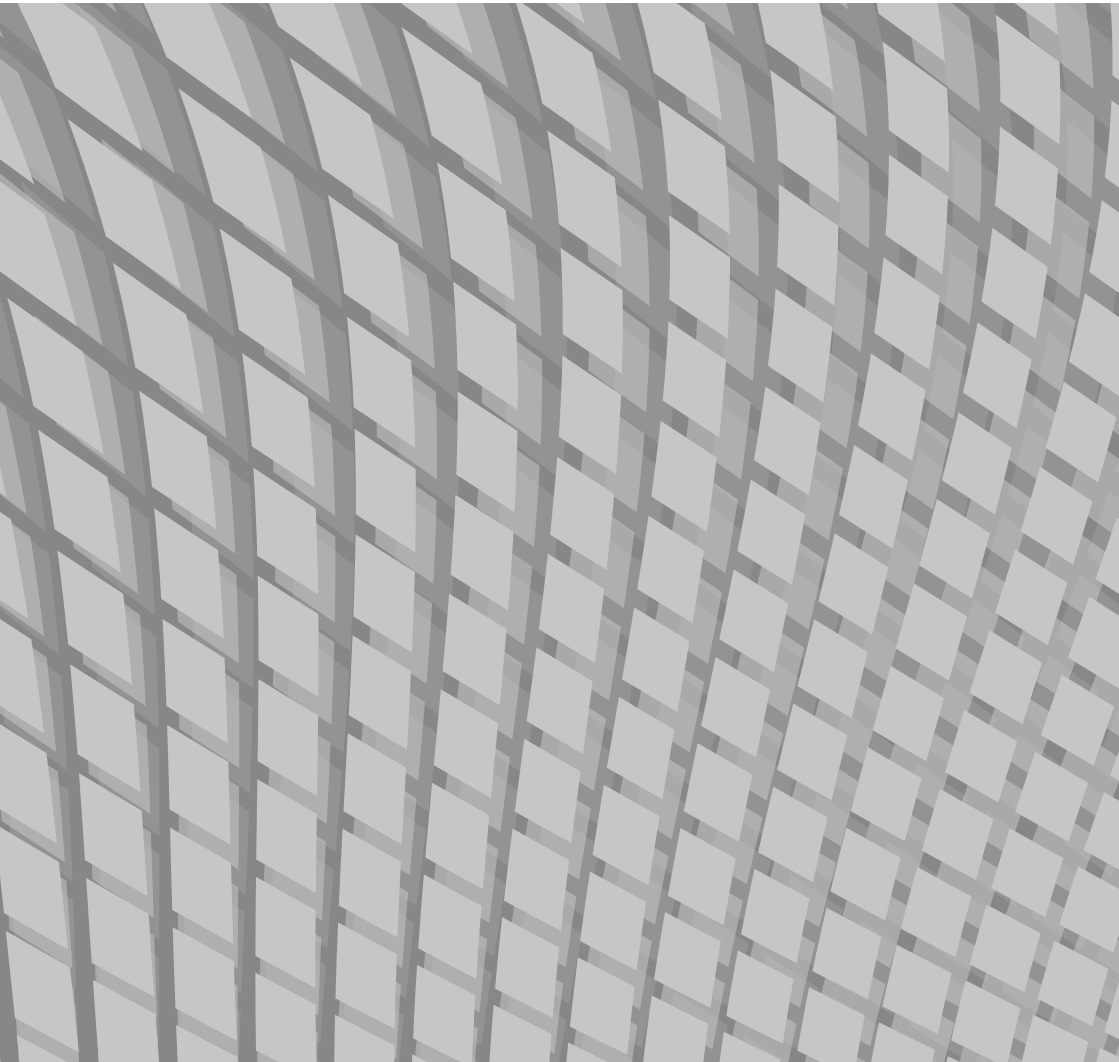




Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

BULLETIN 4/2013



BULLETIN
4/2013

Impressum

Herausgeberin: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Einsteinstrasse 2
CH-3003 Bern
Tel. +41 (0)31 327 91 00
Fax +41 (0)31 327 91 01
info@finma.ch
www.finma.ch

Gestaltung: BBF AG, Basel

Druck: Jost Druck AG, Hünibach

Inhalt / Sommaire / Sommario

Editorial	4
Editorial	5
Editoriale	6
<hr/>	
1 Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht	8
<hr/>	
2 Konkurrentenbeschwerde bei der privatrechtlichen Versicherungstätigkeit	54
<hr/>	
3 Défaillances de sécurité importantes dans le domaine informatique	68
<hr/>	
4 Organisationserfordernis, Informations- und Sorgfaltspflichten sowie öffentliche Werbung	80
<hr/>	
5 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger	102
<hr/>	
6 Anerkennung von ausländischen Bankeninsolvenzverfahren ohne Durchführung eines Partikularverfahrens in der Schweiz	128
<hr/>	
7 Négoce de devises via un abonnement	158
<hr/>	
8 Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und Veröffentlichung eines Werbeverbots	174
<hr/>	
9 Anforderungen an die Unabhängigkeit leitender Prüfer	190

Das FINMA-Bulletin hat zum Ziel, die Praxis im schweizerischen Finanzmarktaufsichtsrecht aufzuzeigen. Wichtige rechtskräftige Verfügungen der FINMA sowie die für die Weiterentwicklung der Praxis bedeutenden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts sollen einem breiten Kreis von interessierten Spezialisten bekannt gemacht werden.

Die Erwägungen der Verfügungen der FINMA sowie die Gerichtsurteile werden teilweise gekürzt wiedergegeben. Diesen vorangestellt sind jeweils eine Regeste sowie der zusammengefasste Sachverhalt. Handelt es sich um publizierte Gerichtsurteile, werden deren Regesten übernommen.

Die im FINMA-Bulletin veröffentlichten Verfügungen der FINMA sind grundsätzlich anonymisiert. Konkursrechtliche Entscheide werden nur so weit anonymisiert, als natürliche Personen involviert sind. Die Gerichtsurteile werden entsprechend deren Veröffentlichung übernommen. Sie sind damit nur anonymisiert, wenn auch das Gericht eine Anonymisierung vorgenommen hat.

Dr. Nina Arquint

Kathrin Tanner

Le Bulletin FINMA a comme objectif de présenter la pratique du droit suisse de la surveillance des marchés financiers et d'informer un large cercle de spécialistes des décisions entrées en force de la FINMA ainsi que des arrêts importants du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral susceptibles d'avoir un impact sur le développement de la pratique.

Dans certains cas, les considérants des décisions de la FINMA et des arrêts des tribunaux sont reproduits sous une forme abrégée. Ils sont précédés d'un regeste ainsi que d'un résumé des faits. Lorsqu'il s'agit d'arrêts publiés par les tribunaux, le Bulletin reprend les regestes de ces derniers.

Les décisions de la FINMA publiées dans son Bulletin sont en principe anonymisées. Celles qui relèvent du droit des faillites ne sont anonymisées que dans la mesure où des personnes physiques sont impliquées. Les arrêts des tribunaux sont reproduits dans le présent Bulletin tels qu'ils ont été publiés. Ils ne sont donc anonymisés que quand le tribunal l'avait lui-même décidé.

Nina Arquint
Docteur en droit

Kathrin Tanner

Il bollettino della FINMA ha lo scopo di illustrare la prassi nel diritto svizzero in materia di vigilanza sui mercati finanziari, portando a conoscenza di una vasta cerchia di specialisti interessati importanti decisioni passate in giudizio emesse dall'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA come pure le sentenze del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale significative per la pratica.

I considerandi delle decisioni della FINMA e le sentenze dei tribunali vengono talvolta riportati in forma abbreviata e sono sempre preceduti da un regesto e dal riassunto dei fatti. Se le sentenze dei tribunali sono pubblicate, il bollettino della FINMA riporta i relativi regesti.

In linea di massima, le decisioni della FINMA pubblicate nel bollettino sono anonimizzate. Le decisioni di diritto fallimentare vengono anonimizzate se sono coinvolte persone fisiche. Le sentenze dei tribunali vengono riprese dalla corrispondente pubblicazione. Esse sono perciò anonimizzate solo laddove il tribunale vi ha provveduto.

Nina Arquint
Dottoressa in giurisprudenza

Kathrin Tanner

1 Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011
vom 24. Juli 2012 i.S. Bank am Bellevue AG gegen
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (BVGE 2012/33)**

Börsenrechtliche Meldepflicht; Verletzung durch den direkten und indirekten Erwerb namhafter Beteiligungen eines Bankmitarbeiters zu Gunsten eines Investors an der Zielgesellschaft; Beweisrecht; Bankenrechtliche Gewährs- und Organisationspflichten (Art. 20 BEHG in der Fassung von 1995 und 2007 sowie einschlägige Bestimmungen des FINMAG und BankG und die entsprechenden Folgeerlasse; Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; Art. 8 ZGB).

1. Aktualität des Rechtsschutzinteresses (E. 1.2).
2. Grundsatz der freien Beweiswürdigung im finanzmarktrechtlichen Aufsichtsverfahren, welches sich gegen eine Verletzung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen oder gegen sonstige Missstände richtet. Als Beweismass gilt die Überzeugung, dass sich der rechtserhebliche Umstand verwirklicht hat. Zulässigkeit des Indizienbeweises und des indirekten Beweises. Untaugliche Anträge können in antizipierter Beweiswürdigung abgelehnt werden (E. 6–6.2.4).
3. Umschreibung und Zielsetzung der börsenrechtlichen Meldepflicht, welche auch den indirekten Erwerb von namhaften Beteiligungsrechten in gemeinsamer Absprache mit Dritten mit einschliesst, wobei es hierbei nicht auf das Kriterium einer vertraglichen Bindung, sondern auf das faktische Verhalten ankommt (E. 7–7.6).
4. Verletzung der Meldepflicht unter anderem durch sogenanntes «Parkieren» von Aktien in den Depots anderer Bankkunden mit dem Ziel, einem bestimmten Investor auf den gewünschten Zeitpunkt hin eine massgebende Beteiligung an der Zielgesellschaft zu verschaffen (E. 8–8.3 und 9.5).
5. Umfang der gesetzlichen Kontroll- und Gewährspflichten. Diese Pflichten wurden vorliegend verletzt, doch hat sich die Beschwerdeführerin im Laufe des Beschwerdeverfahrens auf Anordnung ihrer Muttergesellschaft und der FINMA umfangreichen organisatorischen Massnahmen unterzogen, welche den gesetzlichen Anforderungen nunmehr genügen (E. 10–10.6).
6. Die Androhung des Bewilligungsentzugs im Sinne von Art. 37 Abs. 1 FINMAG war rechters; keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots (E. 11 und 12).

Obligation de déclarer en droit boursier; violation de l'obligation par un employé de banque en raison de l'acquisition directe et indirecte, en faveur d'un investisseur, de nombreuses participations dans la société visée; règles de preuve; obligations de garantie et d'organisation selon le droit bancaire (art. 20 LBVM dans sa version de 1995 et de 2007, dispositions topiques de la LFINMA et de la LB ainsi que les actes législatifs subséquents correspondants; art. 5 al. 2 Cst.; art. 19 PA en lien avec l'art. 40 CPC; art. 8 CC).

1. Caractère actuel de l'intérêt digne de protection (consid. 1.2).
2. Principe de la libre appréciation des preuves dans une procédure de surveillance du droit des marchés financiers qui porte sur une violation des dispositions du droit des marchés financiers ou d'autres irrégularités. La conviction que le fait pertinent s'est réalisé vaut comme degré de preuve. Admissibilité de la preuve par indices et de la preuve indirecte. Les réquisitions de preuves non pertinentes peuvent être rejetées dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves (consid. 6-6.2.4).
3. Définition et objectif de l'obligation de déclarer en droit boursier, qui inclut également l'acquisition indirecte de nombreux droits de participation d'entente avec des tiers; dans une telle occurrence, le critère ne consiste pas en l'existence d'un engagement contractuel mais dans le comportement effectif (consid. 7-7.6).
4. Violation de l'obligation de déclarer notamment par le « parçage » d'actions dans les dépôts d'autres clients de la banque dans le but d'assurer, au moment voulu, à un certain investisseur une participation déterminante à la société visée (consid. 8-8.3 et 9.5).
5. Etendue des obligations légales de contrôle et de garantie. Ces obligations ont été en l'espèce violées, mais la recourante s'est soumise au cours de la procédure de recours, sur ordre de sa société mère et de la FINMA, à diverses mesures organisationnelles qui satisfont désormais aux exigences légales (consid. 10-10.6).
6. La menace de retirer l'autorisation au sens de l'art. 37 al. 1 LFINMA était justifiée. Le principe de proportionnalité est respecté (consid. 11 et 12).

Obbligo di dichiarazione ai sensi della legge sulle borse; violazione dell'obbligo da parte del collaboratore di una banca mediante acquisto diretto e indiretto, a favore di un investitore, di partecipazioni rilevanti nella società mirata; regole in materia di prova; obblighi di garanzia e di organizzazione previsti dalla legislazione sulle banche (art. 20 LBVM nella sua versione del 1995 e del 2007 nonché disposizioni pertinenti della LFINMA e della LBCR nel caso concreto e i relativi atti legislativi susseguenti; art. 5 cpv. 2 Cost; art. 19 PA in combinazione con l'art. 40 CPC; art. 8 CC).

1. Attualità dell'interesse degno di protezione (consid. 1.2).
2. Principio del libero apprezzamento delle prove in un procedimento di vigilanza sui mercati finanziari promosso per violazione di disposizioni sui mercati finanziari o altre irregolarità. Quale grado della prova vale il convincimento che il fatto giuridicamente rilevante si sia verificato. Ammissibilità della prova indiziaria e della prova indiretta. Le domande di assunzione di prove possono essere respinte se non pertinenti sulla base di un apprezzamento anticipato delle prove (consid. 6-6.2.4).
3. Delimitazione e finalità dell'obbligo di dichiarazione ai sensi della legge sulle borse, il quale riguarda anche l'acquisizione indiretta di diritti di partecipazione rilevanti d'intesa con terzi; in tal caso il criterio non consiste nell'esistenza di un vincolo contrattuale, bensì nel comportamento di fatto (consid. 7-7.6).
4. Violazione dell'obbligo di dichiarazione in particolare per mezzo del cosiddetto «parcheggio» di azioni nei depositi di altri clienti della banca al fine di procurare a un determinato investitore al momento voluto una partecipazione rilevante nella società mirata (consid. 8-8.3 e 9.5).
5. Estensione degli obblighi di controllo e di garanzia previsti dalla legge. Nella fattispecie tali obblighi sono stati violati, ma durante la procedura ricorsuale la ricorrente si è sottoposta, per ordine della società madre e della FINMA, a incisive misure organizzative grazie alle quali le esigenze di legge sono ora soddisfatte (consid. 10-10.6).
6. La comminatoria della revoca dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 37 cpv. 1 LFINMA era legittimamente giustificata. Nessuna violazione del principio di proporzionalità (consid. 11 e 12).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Mit Verfügung vom 14. März 2011 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) fest, dass ein Mitarbeiter der Bank am Bellevue AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) den Investor X. im Zeitraum von Dezember 2007 bis Anfang 2008 in unzulässiger Weise aktiv und substanzuell unterstützte, unter Missachtung der börsengesetzlichen Meldepflicht, verdeckte Anteile an der sia Abrasives Holding AG (nachfolgend: sia Abrasives) aufzubauen, und dass es die Bank am Bellevue AG unterlassen hatte, diesen Mitarbeiter angemessen zu überwachen und zu korrigieren. Dadurch habe sie ihre Organisations- und Gewährspflichten verletzt. Zudem ordnete die FINMA eine unverzügliche Behebung der festgestellten Mängel an und drohte mit dem Bewilligungsentzug im Falle einer Wiederholung.

Hiergegen erhob die Bank am Bellevue AG mit Eingabe vom 13. April 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und verlangte die Aufhebung dieser Verfügung. Sie bestritt die gegen sie und ihren Mitarbeiter erhobenen Vorwürfe. Aktienpakete der sia Abrasives seien zwar in der fraglichen Zeit für mehrere Bankkunden oder institutionelle Anleger erworben und wieder veräussert worden. Diese Transaktionen seien indessen einerseits vor dem Hintergrund der sich damals akzentuierenden Finanzkrise zu würdigen und andererseits als – hinsichtlich der Meldepflicht unproblematischer – Blockhandel zu qualifizieren. Unzulässige Unterstützungshandlungen zu Gunsten des Investors X. und eine ungenügende Überwachung ihres Mitarbeiters müssten jedoch klar verneint werden. Unabhängig davon erweise sich die Androhung eines Bewilligungsentzugs als übertrieben und unverhältnismässig.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

1.1 (...)

1.2 (...) Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung der mit Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung gemachten Feststellung, wonach X. als Mitarbeiter der Beschwerdeführerin (...) auf unzulässige Weise aktiv, substantiell und unter Missachtung der börsenrechtlichen Meldepflicht beim verdeckten Aufbau von Anteilen an der sia Abrasives unterstützt und die Beschwerdeführerin es aufgrund mangelhafter Organisation unterlassen habe, die Vermögensverwaltungs-, Anlageberatungs- und Broker-Aktivitäten dieses Mitarbeiters angemessen zu überwachen und zu korrigieren. Insoweit ist das schutzwürdige Interesse gegeben, hat doch die Beschwerdeführerin schon mit Blick auf ihren geschäftlichen Ruf ein schutzwürdiges Interesse daran, zu wissen, ob sie sich gesetzwidrig verhalten hat (vgl. BGE 136 II 304 E. 2.3.1). Der Feststellung eines Verstosses gegen die Offenlegungspflicht kommt der Charakter einer eigentlichen Rüge zu, gegen die sich die Betroffenen wehren können müssen (vgl. BGE 136 II 304 E. 2.3.1). Entsprechendes gilt für den vorliegend damit verbundenen Vorwurf mangelhafter Organisation sowie ungenügender Überwachung und Korrektur der Mitarbeitenden.

Ohne Weiteres zu bejahen ist das schutzwürdige Interesse an der beantragten Aufhebung der vorinstanzlichen Kostenaufgabe (vgl. Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheides).

Die Beschwerdeführerin fordert auch die Aufhebung der Dispositivziffern 3 Bst. b und 4 des angefochtenen Entscheides, mit welchen sie zur Beauftragung einer Prüfgesellschaft verpflichtet und ihr verboten wurde, bis zu deren Umsetzung in den Bereichen Vermögensverwaltung und Anlageberatung neue Kunden zu akquirieren. Der Umstand, dass das Verbot der Kundenakquisition per 9. Januar 2012 aufgehoben wurde und die Vorinstanz mit Schreiben vom 16. Januar 2012 die zwischenzeitlich umgesetzten

organisatorischen Massnahmen als rechtsgenügend bezeichnete, spricht zwar dafür, dass das aktuelle praktische Interesse an der Beschwerdeführung insoweit dahingefallen ist. Freilich können sich die in den genannten Dispositivziffern des angefochtenen Entscheides getroffenen Anordnungen nach wie vor – auch im Fall einer Aufhebung der Feststellung von Dispositivziffer 1 dieses Entscheides – negativ auf den Ruf der Beschwerdeführerin auswirken. Entsprechendes gilt für die mit der Beschwerde ebenfalls angefochtene Androhung des Bewilligungsentzuges im Wiederholungsfall gemäss Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides.

Das schutzwürdige Interesse ist somit vollumfänglich gegeben. (...)

1.3–5.2 (...)

6. Leitsätze betreffend die Behördenorganisation und das Verfahren

6.1 Die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde über die Banken, Börsen und den Effektenhandel trifft, soweit hier interessierend, die zum Vollzug von Banken- und Börsengesetz beziehungsweise von deren Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1]). Erhält sie von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG). Was als Gesetzesverletzung zu verstehen ist, ergibt sich aus dem FINMAG sowie den in Art. 1 FINMAG genannten Finanzmarktgesetzen und den dazugehörigen Ausführungserlassen (vgl. Katja Roth Pellanda, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 3 zu Art. 31 FINMAG). Die FINMA kann eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder bei einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr

angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter). Sie umschreibt in der Einsetzungsverfügung die Aufgaben der oder des Untersuchungsbeauftragten. Sie legt fest, in welchem Umfang die oder der Untersuchungsbeauftragte an Stelle der Organe der Beaufsichtigten handeln darf (Art. 36 Abs. 1 und 2 FINMAG).

6.2 Weil die Beschwerdeführerin in verfahrensrechtlicher Hinsicht vorab Einwände zum Beweisverfahren bei der Vorinstanz erhebt, sind an dieser Stelle die massgebenden beweisrechtlichen Leitsätze festzuhalten (vgl. für die Subsumtion E. 9 ff.).

6.2.1 Im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]). Frei ist die Beweiswürdigung darin, dass sie nicht an bestimmte, starre Beweisregeln gebunden ist, welche der Behörde genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechts-erhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Wenn es um die Beurteilung von inneren Vorgängen geht, die der Behörde oft nicht bekannt und schwierig zu beweisen sind, ist es zulässig, von bekannten Tatsachen (Vermutungsbasis) auf unbekanntere Tatsachen (Vermutungsfolge) zu schliessen. Solche tatsächlichen Vermutungen können sich in allen Bereichen der Rechtsanwendung ergeben, namentlich auch im öffentlichen Recht. Es handelt sich dabei um Wahrscheinlichkeitsfolgerungen, die aufgrund der Lebenserfahrung gezogen werden. Die Beweiswürdigung endet mit dem richterlichen Entscheid darüber,

ob eine rechtserhebliche Tatsache als erwiesen zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (vgl. BVGE 2008/23 E. 4.1 f. mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Absolute Gewissheit ist dabei nicht erforderlich, vielmehr kann die von der Lebenserfahrung sowie der praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung ausreichen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.500/2002 vom 24. März 2003 E. 3.5 mit Hinweisen).

6.2.2 Gelangt der Richter aufgrund der Beweiswürdigung nicht zur Überzeugung, die feststellungsbedürftige Tatsache habe sich verwirklicht, so fragt es sich, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Sofern das massgebliche Recht keine spezifische Beweisregel enthält, kommt die Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) zum Tragen. Danach hat derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus einer unbewiesenen gebliebenen Tatsache ein Recht ableiten will. Für eine belastende Verfügung trägt die Verwaltung die Beweislast (vgl. BVGE 2008/23 E. 4.2 mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

6.2.3 Beweis kann auch indirekt, durch Indizien, erbracht werden, das heisst durch den Beweis von Sachumständen, die den Schluss auf andere, rechtswesentliche Tatsachen zulassen. Der Indizienbeweis ist ein indirekter Beweis, da nicht der rechtserhebliche Sachumstand als solcher, sondern ein anderer Sachumstand, der aber den Schluss auf die Existenz der rechtserheblichen Tatsache zulässt, Gegenstand des Hauptbeweises ist. Dieser Umweg ist naturgemäss dann angezeigt, wenn die unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen nicht oder nur schwer zu beweisen sind (Tatsachen des menschlichen Innenlebens wie Absichten; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Basel 2008, Rz. 3.143; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Bern 1983, S. 272).

6.2.4 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann das Beweisverfahren geschlossen werden, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung an sich abgeht oder die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist. Diesfalls werden von den Parteien gestellte Beweisanträge im Rahmen einer vorweggenommenen, sogenannten antizipierten Beweiswürdigung abgewiesen. Dies ist zulässig, wenn das Gericht aufgrund bereits erhobener Beweise oder aus anderen Gründen den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und überzeugt ist, seine rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (vgl. BGE 130 II 425 E. 2.1; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.141–3.144).

7. Leitsätze betreffend die Meldepflicht

7.1

7.1.1 Art. 20 des Börsengesetzes hatte in der Fassung vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1, AS 1997 68) folgenden Wortlaut:

¹ «Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, für eigene Rechnung erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 5, 10, 20, $33\frac{1}{3}$, 50 oder 66 Prozent der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder überschreitet, muss dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden.

² Die Umwandlung von Partizipations- oder Genussscheinen in Aktien und die Ausübung von Wandel- oder Erwerbsrechten sind einem Erwerb gleichgestellt.

³ Eine vertraglich oder auf eine andere Weise organisierte Gruppe muss die Meldepflicht nach Absatz 1 als Gruppe erfüllen und Meldung erstatten über:

- a) die Gesamtbeteiligung;
- b) die Identität der einzelnen Mitglieder;
- c) die Art der Absprache;
- d) die Vertretung.

⁴ Haben die Gesellschaften oder die Börsen Grund zur Annahme, dass ein Aktionär seiner Meldepflicht nicht nachgekommen ist, so teilen sie dies der Aufsichtsbehörde mit.

⁵ Die Aufsichtsbehörde erlässt Bestimmungen über den Umfang der Meldepflicht, die Behandlung von Erwerbsrechten, die Berechnung der Stimmrechte sowie über die Fristen, innert welchen der Meldepflicht nachgekommen werden muss und eine Gesellschaft Veränderungen der Besitzverhältnisse nach Absatz 1 zu veröffentlichen hat. Die Übernahmekommission (Art. 23) hat ein Antragsrecht.

⁶ Wer Effekten erwerben will, kann über Bestand oder Nichtbestand einer Offenlegungspflicht einen Entscheid der Aufsichtsbehörde einholen.»

7.1.2 Mit Gesetzesnovelle vom 22. Juni 2007, die am 1. Dezember 2007 in Kraft getreten ist, wurde Art. 20 BEHG revidiert. Die Bestimmung führt seither den folgenden Wortlaut (AS 2007 5291, 954.1):

¹ «Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien oder Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, für eigene Rechnung erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 $\frac{1}{3}$, 50 oder 66 Prozent der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder

überschreitet, muss dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden.

² Die Umwandlung von Partizipations- oder Genussscheinen in Aktien und die Ausübung von Wandel- oder Erwerbsrechten sind einem Erwerb gleichgestellt. Die Ausübung von Veräußerungsrechten ist einer Veräußerung gleichgestellt.

^{2 bis} Als indirekter Erwerb gelten namentlich auch Geschäfte mit Finanzierungsinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufgeschäft zu erwerben.

³ Eine vertraglich oder auf eine andere Weise organisierte Gruppe muss die Meldepflicht nach Absatz 1 als Gruppe erfüllen und Meldung erstatten über:

- a) die Gesamtbeteiligung;
- b) die Identität der einzelnen Mitglieder;
- c) die Art der Absprache;
- d) die Vertretung.

⁴ Haben die Gesellschaften oder die Börsen Grund zur Annahme, dass ein Aktionär seiner Meldepflicht nicht nachgekommen ist, so teilen sie dies der FINMA mit.

^{4 bis} Auf Verlangen der FINMA, der Gesellschaft oder eines ihrer Aktionäre kann der Richter die Ausübung des Stimmrechts der Person, die eine Beteiligung unter Verletzung der Meldepflicht erwirbt oder veräußert, für die Dauer von bis zu fünf Jahren suspendieren. Hat die Person eine Beteiligung im Hinblick auf ein öffentliches Übernahmeangebot (5. Abschnitt) unter Verletzung der Meldepflicht erworben, so können die Übernahmekommission (Art. 23), die Zielgesellschaft oder einer ihrer Aktionäre vom Richter die Suspendierung des Stimmrechts verlangen.

⁵ Die FINMA erlässt Bestimmungen über den Umfang der Meldepflicht, die Behandlung von Erwerbs- und Veräusserungsrechten, die Berechnung der Stimmrechte sowie über die Fristen, innert welchen der Meldepflicht nachgekommen werden muss und eine Gesellschaft Veränderungen der Besitzverhältnisse nach Absatz 1 zu veröffentlichen hat. Die Übernahmekommission (Art. 23) hat ein Antragsrecht. Die FINMA kann für die Banken und Effekthändler in Anlehnung an international anerkannte Standards Ausnahmen von der Melde- oder Veröffentlichungspflicht vorsehen.

⁶ Wer Effekten erwerben will, kann über Bestand oder Nichtbestand einer Offenlegungspflicht einen Entscheid der FINMA einholen.»

7.1.3 Hinsichtlich der Umsetzung der geänderten Meldepflichten beziehungsweise der Beachtung der neuen Schwellenwerte gemäss Art. 20 Abs. 1 BEHG in der Fassung vom 22. Juni 2007 gilt, dass ein passiver Investor diese bis zum 29. Februar 2008 zu befolgen hatte, ein aktiver Investor hingegen sogleich beziehungsweise innert vier Börsentagen (Art. 46a der Börsenverordnung-EBK vom 25. Juni 1997 [BEHV-EBK, AS 1997 2045] i.V.m. Art. 18 Abs. 1 BEHV-EBK [AS 2007 5759] und Ziff. 3 der Erläuterungen der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK] vom 24. November 2007 zu den Art. 9–23 BEHV-EBK und dem Übergangsrecht). Anzumerken bleibt, dass die BEHV-EBK nunmehr durch die Börsenverordnung-FINMA vom 25. Oktober 2008 (BEHV-FINMA, SR 954.193) abgelöst wurde.

7.2 Der Sinn von Art. 20 BEHG (sowohl in der Fassung von 1995 als auch in der aktuellen Fassung) erschliesst sich aus der Zielsetzung des Börsengesetzes. Das Börsengesetz bezweckt die Schaffung von Transparenz, insbesondere gegenüber den Anlegern, über die Beteiligungs- und Beherrschungsverhältnisse an kotierten Gesellschaften sowie die Gewährleistung eines Frühwarnsystems für Übernahmen zu Gunsten der Marktteilnehmer und der Zielgesellschaft (Art. 1 BEHG). Die Offenlegungspflicht dient der Erreichung dieser gesetzlichen Ziele sowie der Durchsetzung der Angebots-

pflicht nach Art. 32 BEHG, die dann eintritt, wenn eine bestimmte Beteiligung erreicht wird. Die Offenlegung von bedeutenden Beteiligungen ist zur Erhöhung der Markttransparenz unabdingbar, und von dieser profitieren Anleger wie Gesellschaften. Ziel ist einerseits, die Gleichbehandlung der Marktteilnehmer sicherzustellen, und andererseits, den heimlichen Erwerb, aber auch die verdeckte Veräusserung massgeblicher Beteiligungen zu verhindern. Die Zusammensetzung des Aktionärskreises und die Veränderung massgeblicher Beteiligungen sind für Anlageentscheide der Investoren wichtig und haben Auswirkungen auf die Kursentwicklung. Die Offenlegungsbestimmungen helfen, missbräuchlich nutzbare Informationsvorsprünge zu reduzieren, und die Gesellschaft ihrerseits gewinnt eine bessere Übersicht über die Aktionärsstruktur und die bestehenden Beherrschungsverhältnisse, wenn sie die Identität nicht nur ihrer Namen, sondern auch der wichtigsten Inhaberaktionäre erfährt. Da die Gesellschaft die erhaltenen Meldungen an das Publikum weitergeben muss, ist auch dafür gesorgt, dass die Gesellschaft nicht einseitig durch einen Informationsvorsprung bevorzugt wird. Denn eine Meldepflicht besteht nicht nur gegenüber der Börse, sondern auch gegenüber der Zielgesellschaft. Zweites Ziel der Meldepflicht ist es, dass Übernahmeabsichten frühzeitig aufgedeckt und damit überraschende Übernahmeaktionen erschwert werden. Ein heimlicher Erwerb massgeblicher Beteiligungen oder eine verdeckte Übernahme durch schrittweise Zukäufe wird durch die Meldepflicht praktisch verunmöglicht (vgl. hierzu und zum Folgenden BGE 136 II 304; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2275/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 6.2.3 und 6.3; Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 zum Börsengesetz, BBl 1993 I 1369 ff.; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 1 N. 96 ff., § 10 N. 420 ff.; Derselbe, Schweizerisches Finanzmarktrecht Einführung und Überblick, 2. Aufl., Bern 2004, § 1 N. 37 ff., § 11 N. 249 ff.; Dieter Zobl/Stefan Kramer, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, § 2 N. 25 ff., § 3 N. 341; Alois Rimle, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich/Basel/Genf 2004, § 10 N. 2; Rolf H. Weber, Börsenrecht: Börsengesetz

Verordnungen Selbstregulierungserlasse, Zürich 2001, Art. 20 N. 1 f.; Pascal M. Kistler, Die Erfüllung der [aktien- und börsenrechtlichen] Meldepflicht und Angebotspflicht durch Aktionärsgruppen, Zürich 2001, S. 92 f.).

7.3 Ergänzt wird die gesetzliche Regel durch die BEHV-EBK. Insbesondere präzisiert die Verordnung den Begriff des indirekten Erwerbs einerseits und die gemeinsame Absprache mit Dritten andererseits. Art. 9 Abs. 3 Bst. a–d BEHV-EBK umschreiben den indirekten Erwerb von Aktien wie folgt:

«Als indirekter Erwerb oder indirekte Veräusserung gelten:

- a) der Erwerb und die Veräusserung über eine rechtlich im eigenen Namen auftretende Drittperson, die auf Rechnung der wirtschaftlich berechtigten Person handelt;
- b) der Erwerb und die Veräusserung durch direkt oder indirekt beherrschte juristische Personen;
- c) der Erwerb und die Veräusserung einer Beteiligung, die direkt oder indirekt die Beherrschung einer juristischen Person vermittelt, welche ihrerseits direkt oder indirekt Beteiligungspapiere hält;
- d) alle anderen Vorgänge, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können, ausgenommen die Erteilung von Vollmachten ausschliesslich zur Vertretung an einer Generalversammlung.»

Das Handeln in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe wird sodann in Art. 15 Abs. 1 der BEHV-EBK wie folgt definiert:

«In gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe handelt, wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abstimmt.»

Art. 15 Abs. 2 BEHV-EBK geht sodann näher auf die Abstimmung der Verhaltensweise ein:

«Eine Abstimmung der Verhaltensweise liegt namentlich vor bei:

- a) Rechtsverhältnissen zum Erwerb oder der Veräusserung von Beteiligungspapieren;
- b) Rechtsverhältnissen, welche die Ausübung der Stimmrechte zum Gegenstand haben (stimmrechtsverbundene Aktionärsgruppen); oder
- c) der Zusammenfassung von natürlichen oder juristischen Personen durch die Mehrheit von Stimmrechten oder Kapitalanteilen oder durch eine Beherrschung auf andere Weise zu einem Konzern oder einer Unternehmensgruppe.»

Anzumerken bleibt, dass sich die genannten Verhaltensweisen überlagern können, so dass ein indirekter Erwerb auch in einer abgestimmten Verhaltensweise durch mehrere Personen erfolgen kann (vgl. Georg G. Gotschev, *Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht*, Zürich/Basel/Genf 2005, § 2 Rz. 369). Art. 9 Abs. 3 und Art. 15 BEHV-EBK wurden anlässlich der Revision vom 1. November 2007 nicht geändert (vgl. Daniel Daeniker, *sia Abrasives: Ungeklärte Fragen um die Offenlegung von Beteiligungen*, in: *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 3/2011 S. 409 ff.*).

7.4 Laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der in Analogie zur Rechtsprechung zum Erwerb kotierter Aktien in gemeinsamer Absprache mit Dritten in Art. 20 Abs. 1 BEHG vorgesehene alternative Tatbestand des indirekten Aktienerwerbs erfüllt, wenn der gemeinsame Erwerb der Aktien die Beherrschung objektiv ermöglicht und aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche auch angestrebt wird (vgl. BGE 136 II 304 E. 7.7, BGE 130 II 530 E. 6). Der Begriff des indirekten Erwerbs ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung von Bedeutung sein kann, mit welcher Wirkung ein Vorgang verbunden ist

beziehungsweise welchem Zweck er dient, damit das Geschäftsverhalten als massgeblicher indirekter Erwerb zu qualifizieren ist. Der indirekte Erwerb schliesst demnach alles geschäftliche Handeln ein, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung trotz Auseinanderfallens der wirtschaftlichen und formalen Berechtigung objektiv ermöglicht beziehungsweise geschäftliches Handeln, das im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln kann, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche Beteiligung auch angestrebt wird. Ausschlaggebend ist somit gemäss dem Bundesgericht eine faktische und nicht eine juristische Betrachtungsweise. Entscheidend ist, ob faktisch eine Beteiligung aufgebaut wird, welche die Meldepflicht auslöst. Dabei muss das Vorstadium der reinen Planung beziehungsweise der noch nicht umgesetzten Intentionen bereits verlassen, also zu einem aktiven Verhalten übergegangen worden sein (vgl. BGE 136 II 304 E. 7.7).

7.5 Gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EBK gelten überdies als indirekter Erwerb alle anderen Vorgänge, die in Art. 9 Abs. 3 Bst. a–c BEHV-EBK nicht ausdrücklich erwähnt werden und die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können. Bei Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EBK handelt es sich daher um einen sogenannten Auffangtatbestand, welcher zeigt, dass alle Vorgehensweisen erfasst werden sollen, die faktisch zu einer massgeblichen Beteiligung führen (vgl. BGE 136 II 304 E. 7.8). Auch für diese gilt selbstredend, dass sie objektiv im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligung vermitteln. Entscheidend ist, ob eine Beteiligung aufgebaut beziehungsweise der Aufbau einer solchen ermöglicht wird. Der Frage, ob der Meldepflichtige formeller Eigentümer der Aktien ist oder einen zivilrechtlichen Anspruch auf deren Übertragung hat, kommt keine massgebende Bedeutung zu. Vielmehr hat es das Bundesgericht im zitierten Urteil auch in dieser Konstellation als entscheidend angesehen, dass die Beschwerdeführerin im Fall Laxey die Aktien mit den entsprechenden Stimmrechten faktisch jederzeit an sich ziehen konnte, um damit auf einen Schlag eine erhebliche oder sogar beherrschende Beteiligung an der

Gesellschaft zu erwerben. Andererseits machte das Bundesgericht deutlich, dass die rein faktische Möglichkeit des Beteiligungsaufbaus für sich alleine nicht genügt. Vielmehr fordert es in subjektiver, finaler Hinsicht auch insofern zusätzlich, dass aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden müsse, dass eine solche Beteiligung (bzw. der Aufbau einer solchen Beteiligung) vom Meldepflichtigen auch angestrebt werde. Damit wird den sachimmanenten Beweisschwierigkeiten bei der Festlegung des Beweismasses insofern Rechnung getragen, als nicht im Einzelfall jeweils eine subjektive Erwerbsabsicht des Meldepflichtigen nachgewiesen werden muss, sondern es genügt, wenn aufgrund der Umstände auf eine solche Absicht geschlossen werden kann beziehungsweise muss (vgl. BGE 136 II 304; Peter V. Kunz, Contracts for Difference [CFD]: Offenlegungs- bzw. Meldepflicht nach Art. 20 BEHG, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 11/2010 S. 1475; Corrado Rampini/Charlotte Wieser, Bundesgerichtliche Klarstellungen zum Begriff des indirekten Erwerbs und zur Stellung des Meldepflichtigen im Verfahren vor der FINMA, in: GesKR 2/2010 S. 240 ff.). Mit anderen Worten sind hier eine tatsächliche Vermutung und ein Indizienbeweis im Rahmen der Beweiswürdigung zulässig (vgl. E. 6.2).

7.6 In gleicher Weise wie beim indirekten Erwerb stellt die BEHV-EBK in Art. 15 Abs. 1 bei der gemeinsamen Absprache beziehungsweise bei der Gruppenbildung nicht nur auf das juristische Kriterium einer vertraglichen Bindung, sondern auf das faktische Verhalten ab, welches sich in «anderen organisatorischen Vorkehren» äussern kann. Auch wenn sich das Bundesgericht bisher nur zum indirekten Erwerb geäussert hat, darf angenommen werden, dass es im Zusammenhang mit der Frage der Gruppenbildung nicht bloss auf juristische, sondern in gleicher Weise auf faktische Kriterien abstellen würde. Dies entspricht im Übrigen der Praxis der Offenlegungsstelle (OLS) der SWX Swiss Exchange und der Vorinstanz beziehungsweise der EBK als Vorgängerbehörde (vgl. die Entscheide der EBK in den Fällen Quadrant AG und Converium Holding AG; Daeniker, a.a.O., S. 412 f.).

8. Gerichtliche Beurteilung betreffend unstreitige, bis 25. März 2008 von Investor X. und Frau X. direkt gehaltene und durch Bankmitarbeiter Y. vermittelte SIAN-Bestände

8.1 Wie in (...) E. 4.2.3 und E. 4.2.4 dargelegt, vermittelte Bankmitarbeiter Y. Investor X. und Frau X. bis zum 28. November 2007 insgesamt 25'000 SIAN-Titel, welche einem Stimmrechtsanteil von 3.33% entsprachen. Bis Ende November 2007 galt indessen als unterster Schwellenwert ein solcher von lediglich 5%, so dass keine Meldepflicht bestand (vgl. E. 7.1). Ab Dezember 2007 vermittelte Bankmitarbeiter Y. Investor X. und Frau X. indessen weitere SIAN-Bestände, und zwar am 19. Dezember 2007 1'495 SIAN-Titel, was zu einer Stimmrechtsbeteiligung von 3.53% führte, und am 28. Dezember 2007 5'000 SIAN-Titel, was zu einem Stimmrechtsanteil von 4.20% führte.

8.2 Insofern kann gesagt werden, dass sich Investor X. und Frau X. in börsenrechtlicher Hinsicht aktiv verhielten, weshalb die Meldepflicht hier innert vier Börsentagen zu erfüllen gewesen wäre (E. 7.1.3). Diese wurde indessen nicht wahrgenommen und mithin mit Unterstützung durch Bankmitarbeiter Y. verletzt. Unter diesem Gesichtswinkel erweist sich die in Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids festgestellte Unterstützung eines Investors beim verdeckten Aufbau von Anteilen an der sia Abrasives unter Missachtung der börsenrechtlichen Meldepflicht als zutreffend, weshalb die hiergegen gerichtete Beschwerde in diesem Umfang als unbegründet abzuweisen ist. Wie weiter hinten aufzuzeigen sein wird, ist in diesem Zusammenhang zugleich von einer mangelhaften Organisation der Beschwerdeführerin auszugehen (vgl. E. 10).

8.3 Investor X. und Frau X. hielten am 14. Januar 2008 31'495 SIAN-Titel beziehungsweise eine Beteiligung von 4.20%. Als Bankmitarbeiter Y. realisierte, dass Investor X. und Frau X. mit 31'495 SIAN-Titeln beziehungsweise einer Beteiligung von 4.20% den Grenzwert von 3% überschritten,

verkaufte er am 15. Januar 2008 Frau X.'s gesamte Beteiligung von 9'000 SIAN-Titeln an die zu den Friends & Family-Kunden gehörende C7 (...). Vom 15. Januar bis 25. März 2008 hielten Frau X. und Investor X. 22'495 SIAN-Titel, das heisst 2.99% der Stimmrechtsanteile, also eine Beteiligung knapp unter der börsenrechtlichen Meldeschwelle. Da die Unterschreitung des Grenzwertes von 3% nicht innert der Frist von vier Börsentagen gemeldet wurde, ist auch diesbezüglich von einem Verstoss gegen die börsenrechtliche Meldepflicht auszugehen, bei welcher Bankmitarbeiter Y. als Mitarbeiter der Beschwerdeführerin beteiligt war.

9. Gerichtliche Beurteilung hinsichtlich der streitigen, von den übrigen Kunden der Beschwerdeführerin durch Vermittlung Bankmitarbeiter Y.s direkt gehaltenen SIAN-Bestände

9.1–9.4 (...)

9.5 Würdigung durch das Bundesverwaltungsgericht

9.5.1 Wie in E. 8.1 und E. 8.2 dargelegt, überschritten Investor X. und Frau X. ab 19. Dezember 2007 und ab 28. Dezember 2007 mit einer Stimmrechtsbeteiligung von 3.53% respektive 4.20% an der sia Abrasives den Schwellenwert von 3%, ohne dies offenzulegen. Ebenso kamen sie ihrer Meldepflicht nicht nach, als am 15. Januar 2008 die Beteiligung auf 2.99% zurückging (E. 8.3). Nachfolgend geht es um die fraglichen Meldepflichtverletzungen unter Einschluss der Aktienanteile der übrigen Kunden von Bankmitarbeiter Y., die gemäss Darlegung der Vorinstanz durch indirekten Erwerb zustande kamen.

9.5.2 Der Mailverkehr sowie die parallel dazu getätigten Investitionen und Deinvestitionen in die sia Abrasives sprechen überwiegend für einen beabsichtigten Positionsaufbau, über dessen Weiterführung oder Aufgabe je nach Ergebnis der übrigen Geschäfte von Investor X. (z.B. R1) entschie-

den werden sollte. Anders ist ein Grossteil der E-Mails von Bankmitarbeiter Y. nicht erklärbar. So sandte Bankmitarbeiter Y. Investor X. bereits am 15. November 2007 einen Bloomberg-Auszug der grössten Publikumsaktionäre der sia Abrasives und schrieb von einem «Projekt», «dass zum richtigen Zeitpunkt zugeschlagen werde», «dass potentielle Finanzierungspartner erst kontaktiert würden, wenn das Projekt in der ersten Phase sei» und «dass er bis dann mit niemandem sprechen werde» (...). Auch die beiden E-Mails vom 15. Januar 2008 von Bankmitarbeiter Y. an B2 und B9 sprechen dafür, dass Investor X. Bankmitarbeiter Y. beauftragt hat, eine Beteiligung an der sia Abrasives aufzubauen (...). In die gleiche Richtung sind die Aussagen «(...)–Projekte–strictly conf.» und dass Investor X. ihn, Bankmitarbeiter Y., mit einem mehrstufigen Projekt beauftragt habe, in welches drei kotierte Firmen involviert seien beziehungsweise dass er ihm untersagt habe, die bankinterne Corporate Finance-Abteilung zu involvieren, zu deuten (...). Auch die E-Mail vom 15. Januar 2008, mit welcher Bankmitarbeiter Y. Investor X. erneut einen aktuellen Auszug der grössten Publikumsaktionäre zukommen liess und ihn über seine Beteiligung sowie die Beteiligung seiner anderen Kunden orientierte, kann nur mit einem beabsichtigten Beteiligungsaufbau an der sia Abrasives in Zusammenhang gebracht werden (...). Mit einer weiteren E-Mail vom 24. Januar 2008 «3*3% Tierschützer done – still more @ 350 available – call (...)» hielt Bankmitarbeiter Y. Investor X. über die Beteiligung seiner Kunden auf dem Laufenden (...). Alle diese E-Mails fallen in einen früheren Zeitraum zu Beginn des Jahres 2008, als Investor X. nach seinen eigenen Angaben voll mit anderen Projekten beschäftigt war. Das mag zutreffen, vermag indessen das Argument, er habe nicht namhafte Anteile auch an der sia Abrasives erwerben wollen, nicht zu entkräften. Dafür, dass eine Beteiligung oder allenfalls gar eine Stimmenmehrheit von über 20% angestrebt wurde, spricht auch die von Bankmitarbeiter Y. veranlasste Besprechung zwischen A2 und A1 (...). Die von Bankmitarbeiter Y. getätigten Transaktionen sowie der Mailverkehr zwischen Bankmitarbeiter Y. und Investor X. beziehungsweise weiteren Personen sind ein weiteres starkes Indiz dafür, dass Bankmitarbeiter Y. Investor X. behilflich war, ver-

deckt eine Beteiligung an der sia Abrasives aufzubauen, indem er auf Rechnung seiner bankinternen Kunden und über Brokerage-Beziehungen unter anderem mit der D3 und der D1 SIAN-Titel erwarb und platzierte. Bankmitarbeiter Y. orientierte Investor X. regelmässig mit E-Mails über diesen Beteiligungsaufbau. Seitens Investor X. war die sia Abrasives demnach aus objektiver Sicht Teil einer Akquisitionsstrategie über die X. AG Group. Dies zeigt insbesondere auch die E-Mail von Investor X. vom 19. Februar 2008, in welcher Kommentare hinsichtlich der sia Abrasives aufgeführt waren (...).

9.5.3 Die Befragungen ergeben kein anderes Bild, da sich insbesondere Bankmitarbeiter Y. in Bezug auf wesentliche Punkte widersprochen hat oder sehr ausweichend antwortete: So gab er anlässlich der Befragung vor der Untersuchungsbeauftragten vom 10. Juni 2009 an, Investor X. habe im Februar/März 2008 mit dem Kauf von SIAN-Titeln begonnen (...), widerrief diese Aussage jedoch auf Vorhalt der Transaktionsliste durch die Untersuchungsbeauftragte insofern, als er angab, die X.'s hätten ab November/Dezember 2007 mit dem Erwerb von SIAN-Aktien begonnen (...). Ferner gab er an, per 31. Dezember 2007 hätten Investor X. und Frau X. zusammen keine Beteiligung über 4% gehabt. Auch diese Aussage korrigierte er in einer späteren Einvernahme und räumte ein, dass die X.'s per 31. Dezember 2007 die Schwelle von 3% überschritten hätten. Dabei berichtete er auch seine Aussage, jeweils alles fein säuberlich überprüft zu haben. Zu zahlreichen weiteren Transaktionen befragt, blieb Bankmitarbeiter Y. ausweichend und gab an, um eine genaue Antwort geben zu können, müsse er zuerst seine Unterlagen anschauen oder er möge sich nicht mehr erinnern, was bei dieser Transaktion abgelaufen sei. Damit vermag er die durch den Mailverkehr entstandene, doch sehr belastende Indizienlage selbstredend nicht zu entkräften. Dies betrifft folgende Transaktionen: Erwerb von 709 SIAN-Titeln der D13 AG am 25. März 2008 und Verkauf von 5'479 SIAN-Titeln am 26. März 2008 an die X.-Gruppe (...); Erwerb von SIAN-Titeln für Rechnung von C10 und C17 am 12. Juni 2008 trotz gemischter Konklusion des Research-Besuchs (...); Erwerb von SIAN-Titeln für Rechnung von C1, C2,

C5, C10 und C3 im August 2008 trotz gemischter Konklusion des Research-Besuchs (...); Transaktion C18: Kauf von 2'000 SIAN am 20. Dezember 2007 zum Preis von je rund CHF 396.– für Rechnung der C18 und Verkauf der 2'000 SIAN-Aktien am 20. Februar 2008 zum Preis von je CHF 384.– an die D5 AG (...); Transaktion D7-Stiftung: Kauf von 1'500 SIAN-Aktien am 14. Januar 2008 zum Preis von je zwischen CHF 383.– und 386.– und Verkauf von 1'500 SIAN-Aktien am 27. März 2008 zum Preis von je CHF 376.– an die X.-Gruppe (...).

Bei der Befragung vor der Vorinstanz gab Bankmitarbeiter Y. zu Protokoll, er könne sich nicht an den Tag erinnern, an welchem ihm Investor X. den Auftrag erteilt habe, die Meldeschwelle von 3% zu überschreiten, ebenso wenig an die Art des Auftrags. Weiter gab er an, sich nicht mehr erinnern zu können, was er mit Investor X. vor dem 15. November 2007 besprochen habe. Auch nach dem Inhalt seiner E Mail vom 15. November 2007 befragt, führte Bankmitarbeiter Y. aus, sich nicht mehr erinnern zu können, was er damit gemeint habe. Eklatant sind auch die Widersprüche zwischen den Aussagen von Bankmitarbeiter Y. und Investor X. bezüglich der zwei E-Mails vom 25. März 2008 von Bankmitarbeiter Y. (...). Während Bankmitarbeiter Y. hierzu durchaus plausible Angaben machte, indem er ausführte, Investor X. habe ihn am Vormittag des 25. März 2008 beauftragt, die Positionen aufzulisten, von welchen er glaube, Zugang zu haben (...), konnte sich Investor X. an nichts mehr erinnern und stellte in Abrede, diese E-Mails angefordert oder darauf reagiert zu haben (...). Mit Bezug auf die E-Mail vom 24. Januar 2008, 17:02 Uhr, «C. on board – but not public yet», gab Bankmitarbeiter Y. an, mit C. sei C8 (D12 AG; [...]) gemeint gewesen. Später korrigierte er seine Aussage wieder, indem er angab, mit C. sei B16 (...) gemeint gewesen. In diesem Sinne äusserte sich auch Investor X. Die Umstände legen indessen nahe, dass es sich dabei um C8 gehandelt hat, da sich alle anderen E-Mails auch auf den Beteiligungsaufbau beziehen. Weitere Widersprüche ergeben sich sodann im Hinblick auf den Research-Besuch vom 20. März 2008 bei der sia Abrasives: Während B18 erklärte, er habe diesen organisiert und Bankmitarbeiter Y. mitgenommen, da C14 keine Zeit gehabt habe, gab Bankmitarbeiter Y. an, die-

sen Besuch organisiert und B18 mitgenommen zu haben, da niemand von der Abteilung Research Zeit gehabt habe. Aufgrund all dieser Widersprüche und Unstimmigkeiten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass aus den Befragungen keine Beweisergebnisse resultieren, die die Indizienlage, welche sich aus dem Mailverkehr und den Transaktionen ergibt, umzustossen vermöchten.

9.5.4 Einwand der Beschwerdeführerin, Bankmitarbeiter Y. habe Blockhandel betrieben

9.5.4.1 Einwand der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin brachte vor, Bankmitarbeiter Y. habe Blockhandel betrieben. Beim Blockhandel werde ausserbörslich ein grösseres Aktienpaket «en bloc» gekauft oder verkauft. Aufgabe des Brokers sei es, Parteien ausfindig zu machen, welche als Käufer und Verkäufer eines Aktienblocks zusammengeführt werden könnten. Es gehe um das Orten potenzieller Parteien und Blöcke. Da es kaum möglich sei, sich bei sämtlichen börsenkotierten Unternehmen an die jeweiligen Aktionäre zu erinnern, erstellten die Broker oftmals Übersichten der bedeutenden Aktionäre einer Gesellschaft. In diesem Sinne seien auch die tabellarischen Auflistungen von SIAN-Aktionären zu verstehen, welche Bankmitarbeiter Y. in einigen E-Mails Investor X. zugestellt habe. Der Blockhandel setze in keiner Weise ein Bookbuilding-Verfahren voraus und ein Blockauftrag werde oft über mehrere Tage aufgeteilt. Auch vermögende Privatkunden bildeten regelmässig Parteien beim Blockhandel. Bei der Stimmrechtsbeteiligung von 10–15% handle es sich um die Obergrenze; der Blockhandel könne auch kleinere und mittlere Beteiligungen zwischen 2% und 10% betreffen.

9.5.4.2 Gegenargument der Vorinstanz

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, im vorliegenden Fall habe kein Blockhandel stattgefunden. Blockhandel sei der Verkauf eines Aktienpakets einer börsenkotierten Gesellschaft durch eine private Platzierung an institutionelle Anleger, die durch eine Bank oder ein Bankkonsortium getätigt

werde. Institutionelle Anleger seien juristische oder natürliche Personen oder Rechtsgemeinschaften, die aufgrund ihrer Zielsetzung als Kapital-sammelstelle einen gesteigerten Anlagebedarf hätten und verpflichtet seien, über eine professionelle interne oder externe Vermögensverwaltung beziehungsweise Tresorerie zu verfügen. Blocktransaktionen beträfen im Regelfall eine Beteiligung von 10–15% des Aktienkapitals der Gesellschaft. Die Aktien würden typischerweise den Anlegern durch einen sogenannten Bookbuilding-Prozess angeboten, so dass die Ausführung der Transaktion innerhalb von ein paar Stunden erfolgen könne. Die Transaktion werde in zwei Phasen durchgeführt: Einerseits werde zwischen dem Verkäufer (Aktionär) und der Bank ein Anlagevertrag (sog. *underwriting agreement*) abgeschlossen, andererseits unterzeichne die Bank ein sogenanntes *Term sheet* mit jedem Käufer, welches die wesentlichen Elemente der Transaktion fixiere. Vorliegend hätten Bankmitarbeiter Y. und die Beschwerdeführerin keinen Blockhandel betrieben, weil offensichtlich kein Bookbuilding-Prozess stattgefunden habe, da sämtliche involvierten Kunden – ausser der D3 und der D1 – keine institutionellen Anleger, sondern Privatanleger gewesen seien, und weil die einzelnen SIAN-Pakete, welche die Beschwerdeführerin vom 22. November 2007 bis zum 20. März 2008 für ihre Kunden gekauft beziehungsweise wieder verkauft habe, von geringerer Bedeutung gewesen seien. Das grösste SIAN-Paket habe sich auf 13'495 SIAN-Aktien belaufen, entsprechend 1.79% der Stimmrechte.

9.5.4.3 Allgemeines zum Blockhandel und typische Fallkonstellationen

Als Blockhandel wird im Schrifttum eine Veräusserung eines Paketes von Aktien einer börsenkotierten Gesellschaft im Rahmen einer Privatplatzierung an Investoren unter Einschaltung einer oder mehrerer Investmentbanken bezeichnet (vgl. Frank Gerhard, *Le block-trade comme moyen de placement de titres de participation cotés en bourse*, SZW 2006, S. 258; Jan Liersch, *Regulierung des Blockhandels an den organisierten Aktienmärkten der Vereinigten Staaten, Grossbritanniens und Deutschlands*, Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien Bd. 46, Diss. Frankfurt am Main

2002; Michael Schlitt/Susanne Schäfer, Quick to market – Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit Block-Trade-Transaktionen, in: Die Aktiengesellschaft 2004, Heft 7, S. 346 ff.). Aus Sicht des verkaufenden Aktionärs, von dem in der Regel die Initiative zur Transaktion ausgeht, handelt es sich also um den (ganzen oder teilweisen) Ausstieg aus seiner Investition. Die Konstellationen, aus welchen sich der Anlass für einen Blockhandel ergibt, sind vielfältig. Es geht zum Beispiel um Verkäufe im Anschluss an einen Börsengang, bei welchen die ursprüngliche Aktionärsgruppe, wie es die Regel ist, beim IPO (Initial Public Offering, Börsengang) nur einen teilweisen Ausstieg realisiert, den Abbau einer nicht mehr als strategisch betrachteten Beteiligung, eine Ablösung einer Familienbeherrschung als Nachfolgelösung oder um den Rückzug aus einem gescheiterten Übernahmeversuch. Die Platzierung am Kapitalmarkt und damit die Bedeutung der Frage des Platzierungsrisikos machen den Blockhandel zu einer Kapitalmarkttransaktion und damit zu einem typischen Geschäft der Investmentbanken, deren Platzierungskraft einen wesentlichen Erfolgsfaktor darstellt. Typisch für Blocktrades sind Aktienpakete bis zu ca. 10–15%. Veräusserungen von Aktienpaketen solcher Volumen resultieren in einem kurzfristigen, unter Umständen sehr erheblichen Angebotsüberhang und belasten daher den Kurs. Bei den Anlegern handelt es sich praktisch ausschliesslich um institutionelle Investoren. Die Platzierung wird in der Regel auf dem Wege eines beschleunigten Bookbuilding (sog. Accelerated Bookbuilding) durchgeführt. Anleger werden telefonisch innerhalb eines Zeitraumes von mehreren Stunden bis maximal wenigen Tagen angesprochen.

9.5.4.4 Idealtypischer oder atypischer Blockhandel?

Im vorliegenden Fall gibt es keine Anzeichen dafür, dass die Beschwerdeführerin einen idealtypischen Blockhandel betrieben hätte. Es fand – wie die Vorinstanz zu Recht festhält – kein Bookbuilding-Prozess statt und die zahlreichen Transaktionen betrafen Aktienpakete von höchstens 1.79% der Stimmrechte. Schliesslich wurden die zahlreichen Pakete innerhalb von vier Börsentagen, also nicht innerhalb von ein paar Stunden, an Investor X.

verkauft, und auch hierbei handelte es sich um mehrere kleinere Pakete, die Investor X. verkauft wurden, und nicht um eine «en bloc»-Transaktion. Schliesslich gingen die Transaktionen auch nicht von den verkaufenden Aktionären aus, sondern von der Beschwerdeführerin. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass Investor X. in den Befragungen nicht aussagte, dass es sich bei den E-Mails von Bankmitarbeiter Y. um für den Blockhandel typische E-Mails handelte, sondern um unbedeutenden Spam. Auch dies lässt erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass die E-Mails für den Blockhandel typisch waren. Soweit die Beschwerdeführerin mit dem Argument des Blockhandels den verschiedenen Attachments, welche Bankmitarbeiter Y. seinen E-Mails an Investor X. beifügte, eine andere Bedeutung beimessen will, als dies Vorinstanz und Gericht nach dem in E. 9.5.2 Gesagten tun, vermag sie daher nicht durchzudringen. Soweit die Beschwerdeführerin mit dem Argument des Blockhandels die zahlreichen Überschreitungen von Schwellenwerten ohne Erstattung der gesetzlichen Meldung rechtfertigen will, greifen ihre Argumente ebenso wenig. Denn einerseits ist Blockhandel vorliegend nach dem Gesagten zu verneinen, und andererseits entbindet Blockhandel auch nicht von der Einhaltung zwingender gesetzlicher Vorschriften. Diesem Umstand hat die Beschwerdeführerin nun insofern Rechnung getragen, als sie – wie noch zu zeigen sein wird – zwischenzeitlich organisatorische Massnahmen einführte, die auch bei diesen Formen des Aktienhandels ein effizientes Monitoring und eine entsprechende Verwaltung solcher Aktienbestände gewährleisten (vgl. E. 10.2). Mit anderen Worten: Selbst wenn beim Erwerb der SIAN-Titel Ende März/Anfang April 2008 durch Investor X. eine atypische Form des Blockhandels vorgelegen haben sollte, sind die Meldepflichten einzuhalten, was vorliegend nicht der Fall war, da die Meldepflicht zuvor über mehrere Monate hinweg verletzt wurde. Das Argument der Beschwerdeführerin trägt daher nicht.

9.5.5 Argument der Finanzkrise

9.5.5.1 Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, durch das Zusammentreffen der Finanzkrise, des panikartigen Ausstiegs der Verkäufer aus

illiquiden Titeln, der schlechten Jahreszahlen der sia Abrasives im Jahr 2007, der sich daraus ergebenden Rückstufungen durch Analysten und der tiefen Börsenkurse habe sich für Investor X. eine Kaufgelegenheit eröffnet, die er mutig ergriffen habe.

9.5.5.2 Die Finanzkrise war an sich nicht ungeeignet, Transaktionen bezüglich unterbewerteter Aktien auszulösen, wie es die Beschwerdeführerin und einige der Befragten zu erklären versuchten. Indessen werden diese Erklärungen von Umständen überlagert, die eine andere Würdigung nahelegen. So wurde, wie erwähnt, bereits früh von einem Projekt gesprochen (...) und es wurden Informationen über wichtige Aktionäre ausgetauscht (...). Sodann wurden zunächst kleinere Pakete bei Friends & Family-Kunden platziert, die dann zu institutionellen Anlegern verschoben wurden und für die eine kürzere Aufbewahrungszeit verabredet wurde. Auch dies deutet auf ein zielgerichtetes Vorgehen hin, dessen Logik nicht in der Finanzkrise liegt. Auch insofern vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Argumenten daher nicht durchzudringen.

9.5.6 Argument der Involvierung Investor X.s in andere Aktivitäten

9.5.6.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, von November 2007 bis März 2008 hätten eine ganze Reihe von Projekten erster Priorität – R2, R1, R3, R4 sowie R5 – die volle Aufmerksamkeit von Investor X. in Anspruch genommen. Die Verhandlungen von Investor X. mit R2 bezüglich der Veräusserung seiner R6-Beteiligung hätten von Herbst 2007 bis Januar 2008 gedauert. Die Vertragsunterzeichnung habe am 31. Januar 2008 stattgefunden, worauf R2 während 60 Tagen eine Due Diligence durchgeführt habe. Während dieses Zeitraums sei mit der R2 die Möglichkeit eines Ausstiegs vereinbart worden. Erst in der letzten Märzwoche habe sich ein positiver Ausgang abgezeichnet und am 31. März 2008 sei das Closing mit anschliessendem Mittelzufluss im Umfang von CHF 130 Mio. an Investor X. erfolgt. Investor X. habe im Januar/Februar 2008 geplant, die aus dem Verkauf der R6-Beteiligung möglicherweise frei werdenden Mittel in eine Beteiligung an

R1 zu investieren. Ab Mitte März 2008 habe sich jedoch abgezeichnet, dass die Verkäuferin (die Bank Q4) ihre 25%-Beteiligung zu einem viel zu hohen Preis verkaufen wolle, weshalb sich Investor X. in der zweiten Märzhälfte von den Verhandlungen zurückgezogen habe. Im Januar/Februar 2008 habe Investor X. über einen Beteiligungserwerb an R3 verhandelt. Im selben Monat hätten Verhandlungen über einen Beteiligungserwerb an R7, R4 sowie R5 stattgefunden. Alle diese Verhandlungen hätten durch Investor X. im Februar 2008 erfolgreich abgeschlossen werden können.

9.5.6.2 Es mag sein, dass Investor X. Ende 2007/Anfang 2008 andere Investitionen priorisiert hat, und es trifft zu, dass er selber erst ab Ende März 2008 namhaft in SIAN-Aktien investierte. Insofern ist nachvollziehbar, dass er die Investition in SIAN-Aktien längere Zeit nicht als Priorität behandelte. Gleichwohl entwickelte er eine Aktivität, die ihm die Option einer späteren umfassenden Investition in diese Gesellschaft ermöglichte und die mithin klar auf den Ausbau von Stimmrechtsanteilen an der sia Abrasives gerichtet war. Dies geht auch deutlich aus den Aussagen von Bankmitarbeiter Y. hervor, wonach Ende 2007 das Ziel von Investor X. gewesen sei, «den Finger reinzuhalten» beziehungsweise eine Position von 10% an der sia Abrasives aufzubauen und Verwaltungsrat zu werden, und sich Investor X. dann im März 2008 entschieden habe, eine Position von 10–15% an der sia Abrasives aufzubauen und das Verwaltungsratspräsidium anzustreben (...). Es wurden somit Umstände geschaffen, aufgrund derer Investor X. die Übertragung der entsprechenden Stimmrechte jederzeit erwirken konnte, und es bestand mehr als die bloße Möglichkeit des Beteiligungsaufbaus (vgl. E. 7.5). Auch insofern vermag die Beschwerdeführerin nicht zu überzeugen.

9.5.7 Fazit

Zusammenfassend gelangt das Bundesverwaltungsgericht zu folgenden Schlüssen:

9.5.7.1 Verletzung der Meldepflicht durch Investor X. und Frau X. bereits Ende Dezember 2007/Januar 2008

Wie in E. 8 dargelegt, vermittelte Bankmitarbeiter Y. Investor X. und Frau X. bis zum 28. November 2007 insgesamt 25'000 SIAN-Titel, welche einem Stimmrechtsanteil von 3.33% entsprachen. Bis Ende November 2007 galt indessen als unterster Schwellenwert lediglich 5%, so dass insofern keine Meldepflicht bestand (vgl. E. 7.1.3). Ab Dezember 2007 vermittelte Bankmitarbeiter Y. Investor X. und Frau X. indessen weitere SIAN-Bestände, und zwar am 19. Dezember 2007 1'495 SIAN-Titel, was zu einer Stimmrechtsbeteiligung von 3.53% von Investor X. und Frau X. führte, und am 28. Dezember 2007 5'000 SIAN-Titel, was eine Erhöhung des Stimmrechtsanteils auf 4.20% bewirkte. Hierfür bestand eine gesetzliche Meldepflicht, die indessen nicht wahrgenommen und mithin verletzt wurde.

9.5.7.2 Heimlicher Positionsaufbau seit spätestens November 2007

Der Mailverkehr sowie die Befragungen deuten darauf hin, dass Investor X. zusammen mit Bankmitarbeiter Y. seit spätestens November 2007 aktiv geworden ist und dass über die Kunden von Bankmitarbeiter Y. beziehungsweise der Beschwerdeführerin heimlich eine Position aufgebaut wurde. Anfänglich wurde der Beteiligungsaufbau vorab über die Friends & Family-Kunden und anschliessend über die institutionellen Kunden vollzogen. Diese Aktivitäten waren – gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts – klar auf einen Beteiligungsaufbau gerichtet und stellten mehr dar als die blossе Möglichkeit zu einem Aufbau (vgl. E. 7.5).

9.5.7.3 Dagegen erhobene Einwände der Beschwerdeführerin

Die dagegen erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin überzeugen nicht. Die Priorisierung von Investor X. der Investition in andere Projekte

schloss den vorsorglichen Beteiligungsaufbau an SIAN-Aktien durch Bankmitarbeiter Y. beziehungsweise die Beschwerdeführerin nicht aus. Ebenso wenig überzeugt das Argument der Finanzkrise, da sich mit dieser allein der nach dem Gesagten über längere Zeit erfolgte systematische Beteiligungsaufbau nicht rechtfertigen lässt. Auch das Argument des Blockhandels vermag insofern nicht zu überzeugen, als die Meldepflicht bereits zuvor, das heisst, bevor Investor X. Ende März/Anfang April 2008 namhafte Stimmrechtsanteile an der sia Abrasives erwarb, über mehrere Monate hinweg verletzt wurde.

9.5.7.4 Überschreitung der Schwellenwerte durch Investor X. und Verletzung der Meldepflicht

Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass Investor X. die gesetzlichen Schwellenwerte wie folgt überschritten hat: Am 18. Dezember 2007 wurde der aufgrund des indirekten Erwerbs beziehungsweise bei der gebotenen Hinzurechnung der übrigen Aktienbestände von Bankmitarbeiter Y.s Kunden massgebende Stimmrechtsanteil von 3.73% (Stand: 12. Dezember 2007) auf 3.89% erhöht. Dies hätte eine Offenlegung der 3.89% der Stimmrechte innert vier Börsentagen erfordert. Am 28. Dezember 2007 wurde der Schwellenwert von 5% mit dem von Investor X. und Frau X. direkt gehaltenen Anteil von 4.20% (...) und den hinzuzurechnenden übrigen Aktienbeständen der Kunden Bankmitarbeiter Y.s überschritten. Auch dies hätte eine Offenlegung innert vier Börsentagen erforderlich gemacht. Am 25. Januar 2008 wurde der Schwellenwert von 10% überschritten, was in gleicher Weise eine Offenlegung innert vier Börsentagen erforderlich gemacht hätte. Am 26. März 2008 und 1. April 2008 wurden die Schwellenwerte von 15% und 20% überschritten. Letztere beiden Überschreitungen legte Investor X. offen, nicht aber den indirekten Aktienerwerb, wozu er nach Art. 20 BEHG und auch gemäss Art. 9 Abs. 1 und 3 Bst. d und Art. 17 Abs. 1 Bst. a^{bis} BEHV-EBK verpflichtet gewesen wäre.

Insoweit, als die Beschwerde andere Sichtweisen und Annahmen postuliert, erweist sie sich daher als unbegründet und ist abzuweisen. Bei

diesem Ergebnis erübrigt sich die Einvernahme weiterer Personen, wie es die Beschwerdeführerin betreffend A1 und D4 beantragt, so dass dieser Beweisantrag abzuweisen ist.

10. Vorwurf der ungenügenden Organisation

10.1 Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, Voraussetzung für die Ausübung einer Bankentätigkeit sei die dauernde Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0]), was bedeute, dass die mit der Verwaltung und Geschäftstätigkeit der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssten. Was für die einzelnen Gewährsträger gelte, gelte auch für die Bank als Institut. Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gebiete, dass die Bank keine rechts- und sittenwidrigen Geschäfte tätige. Die Verwicklung in rechts- oder sittenwidrige Geschäfte könne das Vertrauen nicht nur in die betroffene Bank, sondern in die Schweizer Banken ganz allgemein beeinträchtigen. Die Banken hätten deshalb die wirtschaftlichen Gründe eines Geschäfts abzuklären, wenn Anzeichen bestünden, dass dieses Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts bilden könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handle. Die genannten Grundsätze seien analog anwendbar für eine Effektenhändlerin, ihre verantwortlichen Mitarbeiter sowie die massgebenden Aktionäre (Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG). Die Bank beziehungsweise die Effektenhändlerin Sorge gemäss Art. 9 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (BankV, SR 952.02) beziehungsweise Art. 19 Abs. 1 der Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996 (BEHV, SR 954.11) für eine wirksame betriebsinterne Funktionentrennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung. Sie müsse die mit der Geschäftstätigkeit und die mit dem Vollzug von Effektingeschäften verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen (Art. 19 Abs. 3

BEHV). Gemäss Art. 9 Abs. 2 BankV beziehungsweise Art. 19 Abs. 3 BEHV regle die Bank beziehungsweise die Effektenhändlerin die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Des Weiteren Sorge die Bank für ein wirksames internes Kontrollsystem und bestelle eine von der Geschäftstätigkeit unabhängige interne Revision (Art. 9 Abs. 4 BankV bzw. Art. 20 Abs. 1 BEHV). Das EBK-Rundschreiben 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» (RS-EBK 06/6) präzisiere die genannten Organisationsvorschriften. Die Verantwortung für die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Risiken trage teils der Verwaltungsrat und teils die Geschäftsleitung.

Im Einzelnen warf die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, auch wenn für verschiedene Kunden bestimmte SIAN-Transaktionen gewinnbringend gewesen seien, habe die Beschwerdeführerin bezüglich der SIAN-Transaktionen zu keinem Zeitpunkt die Pflicht der best execution gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG und Art. 5 der Verhaltensregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) für Effektenhändler sowie die Treuepflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c BEHG und Art. 8 der Verhaltensregeln der SBVg für Effektenhändler erfüllt: Anstoss für die Anlageentscheide in SIAN sei nämlich in erster Linie das Projekt «Tierschützer» und nicht die «kundenbezogene» Erfüllung der best execution gegenüber jedem einzelnen Kunden gewesen, für welchen SIAN-Titel erworben worden beziehungsweise bei dem SIAN-Titel parkiert worden seien. Es sei zudem offensichtlich, dass die Anlageentscheide in SIAN-Aktien einen Interessenkonflikt mit denjenigen Kunden, bei denen die SIAN-Titel parkiert worden seien, zur Folge gehabt habe. Die Kunden hätten der Beschwerdeführerin als Mittel zum Zweck für den Beteiligungsaufbau an der sia Abrasives gedient, ohne dass diese es gewusst hätten. Dies gelte insbesondere auch für diejenigen Kunden, für welche Bankmitarbeiter Y. SIAN-Aktien mit Verlust verkauft habe. Um den Beteiligungsaufbau an der sia Abrasives durch das Parkieren von Aktien ausführen zu können, seien die Verluste anderer Kunden von der Beschwerdeführerin in Kauf genommen worden. Die Beschwerdeführerin

habe zwischen November 2007 und April 2008 durch das Parkieren von SIAN-Titeln bei Kunden die Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b und c BEHG und somit das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG schwer verletzt. Aus der E-Mail von Bankmitarbeiter Y. an B9 vom 15. Januar 2008 gehe hervor, dass die Beschwerdeführerin ihr eigenes Organigramm beziehungsweise ihre Funktionentrennung zwischen Mitarbeiter und Linienvorgesetzten sowie ihre Funktionentrennung zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat in keiner Weise respektiert habe. Bankmitarbeiter Y. habe als Mitarbeiter der Sales-Abteilung nicht nur den Vorsteher der Geschäftsleitung als direkten Vorgesetzten gehabt, sondern sei von diesem sogar noch angewiesen worden, sich bezüglich des Projekts mit Investor X. direkt an das Verwaltungsratsmitglied B2 zu wenden. Die Beschwerdeführerin habe es mehrfach unterlassen, bezüglich der Geschäfte, die Bankmitarbeiter Y. mit Investor X. abgewickelt habe, Abklärungen vorzunehmen. Dies, obwohl es Anzeichen gegeben habe, dass solche Abklärungen im Interesse der Bank und ihrer Kunden notwendig gewesen wären. B9 und B2 hätten bereits seit den E-Mails von Bankmitarbeiter Y. am 15. Januar 2008 gewusst, dass Investor X. Bankmitarbeiter Y. mit der Ausführung von einem oder mehreren Projekten beauftragt habe, die vertraulich gewesen seien. Eine solche E-Mail hätte die Beschwerdeführerin veranlassen müssen, bezüglich Investor X., Bankmitarbeiter Y. und des SIAN-Bestandes der Beschwerdeführerin Abklärungen vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin hätte Schritte unternehmen müssen, um das Risiko der Bank bezüglich der Projekte von Investor X. zu evaluieren und zu dokumentieren. Sie hätte sicherstellen müssen, dass sie ihren Kunden nicht Hand für allfällige rechtswidrige Geschäfte biete. Die Beschwerdeführerin habe mit den meisten Friends & Family-Kunden mündliche Verträge abgeschlossen. Die Mündlichkeit der Verträge habe die Gewährleistung eines wirksamen Risikomanagements gemäss Art. 9 Abs. 2 BankV beziehungsweise Art. 19 Abs. 3 BEHV verhindert. Es sei offensichtlich, dass mündlich abgeschlossene Verträge die Erfassung und Steuerung der Risiken im Rahmen der internen Kontrolle wie auch

für die externe Prüfgesellschaft verunmöglichten. Ausserdem stellten sie die Seriosität der Geschäftstätigkeit, welche für die Ausübung der Bankentätigkeit dauernd zu gewährleisten sei, in Frage. Die Beschwerdeführerin habe Bankmitarbeiter Y. eine faktische Machtstellung gewährt, die es dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin erschwert hätte, in Bezug auf die von Bankmitarbeiter Y. betreuten Geschäfte und Kunden ihrer Verantwortung im Bereich des Risikomanagements gerecht zu werden und die diesbezüglichen Risiken einzuschätzen. Die Beschwerdeführerin habe für die von Bankmitarbeiter Y. betreuten Geschäfte weder ein angemessenes Risikomanagement noch eine wirksame betriebsinterne Funktionentrennung noch ein wirksames internes Kontrollsystem gehabt. Die Beschwerdeführerin habe vielmehr gegen die gesetzlichen und regulatorischen Bestimmungen bezüglich der Organisation (betriebsinterne Funktionentrennung, Risikomanagement, angemessenes internes Kontrollsystem, Compliance) und der Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG, Art. 9 Abs. 2, 3 und 4 BankV, Art. 19 Abs. 1 und 3, Art. 20 Abs. 1 BEHV sowie gegen die diesbezüglichen Ausführungsbestimmungen des RS-EBK 06/6 verstossen. Die Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b und c BEHG sei nicht nur Teil der Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG, sondern auch Teil der Organisationsvorschriften gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG. Demzufolge habe die Beschwerdeführerin durch die Verletzung der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b und c BEHG gegen die Organisationsvorschriften gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG verstossen.

Dagegen wandte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ein, Bankmitarbeiter Y. sei beim Erwerb von SIAN-Aktien weder als «langer Arm» noch als «alter ego» von Investor X. tätig gewesen. Es habe keinerlei Auftrags- beziehungsweise Treuhandverhältnis vorgelegen und entsprechend hätten weder ein Instruktionsrecht von Investor X. noch eine Weisungsgebundenheit von Bankmitarbeiter Y. bestanden. Vielmehr habe Bankmitarbeiter Y. beim Erwerb der SIAN-Titel für seine Kunden im Interesse dieser

Kunden gehandelt. Da das Verhalten von Bankmitarbeiter Y. Investor X. nicht angerechnet werden könne, könne Bankmitarbeiter Y. kein entsprechender Unterstützungsvorwurf gemacht werden. Da Bankmitarbeiter Y. kein Vorwurf gemacht werden könne, sei auch der Beschwerdeführerin nichts vorzuhalten.

10.2 Mit Eingabe vom 22. November 2010 erklärte die Mutter der Beschwerdeführerin, die Bellevue Group AG, diverse organisatorische Massnahmen bei der Beschwerdeführerin angeordnet zu haben, da der Ablauf der Ereignisse und einzelne Vorkommnisse Anlass zu Fragen gegeben hätten. Insbesondere habe sich in aller Deutlichkeit gezeigt, dass der Bereich Blockhandel in Small- und Mid-Caps unter Umständen ein erhebliches Reputationsrisiko in sich bergen könne. Die Beschwerdeführerin führe gemäss dieser Anordnung nunmehr im Blockhandel eine Kategorie «mit zusätzlichem Abklärungsbedarf» ein. Darunter falle jeder Auftrag zum Kauf oder Verkauf einer Position, die einen Anteil von 2.5% oder mehr an den Stimmrechten beziehungsweise dem Kapital einer Gesellschaft umfasse. Der unter dem Schwellenwert von 3% liegende Grenzwert solle dazu dienen, auch Positionen, welche bewusst darunter gehalten würden, in diese Regelung einzuschliessen. Bevor ein solcher Blockhandel zur Ausführung gelangen könne, seien folgende Massnahmen durchzuführen: Der wirtschaftliche Hintergrund und die Absicht des Kunden seien zu erfragen und schriftlich zu dokumentieren. Der Kunde sei explizit auf allenfalls sich ergebende börsenrechtliche Meldepflichten hinzuweisen. Die Aktennotiz mit den obigen Informationen sei von zwei Geschäftsleitungsmitgliedern zu unterzeichnen. Erst dann könne ein Auftrag freigegeben werden. Eine Kopie der Aktennotiz sei unverzüglich an den Compliance-Verantwortlichen weiterzuleiten. Während der Ausführung, die sich der Natur der Sache entsprechend auch über mehrere Tage erstrecken könne, sei der Auftrag täglich von dem Compliance-Verantwortlichen zu überwachen. Allfällige Besonderheiten oder Auffälligkeiten seien sofort an den CEO und an den Group Compliance-Verantwortlichen zu rapportieren. Die Geschäftsleitung der Bank sei im

Rahmen ihrer ordentlichen Sitzungen lückenlos und laufend über sämtliche Aufträge zu informieren, welche als Blockhandel mit zusätzlichem Abklärungsbedarf kategorisiert würden. Bestände in Schweizer Aktien würden über alle Depots der Beschwerdeführerin, inklusive Nostro, und über vom Compliance-Verantwortlichen zu definierende Kundengruppen aggregiert. Diese aggregierten Positionen würden täglich mit den jeweils geltenden Schwellenwerten pro Gesellschaft abgeglichen. Wo aggregiert ein Schwellenwert erreicht, über- oder unterschritten werde, werde ein entsprechendes Reporting an die vorgesetzten Stellen und an den Compliance-Verantwortlichen erstellt. Diese beurteilten, ob allenfalls weitere Abklärungen angezeigt seien. Da die Beschwerdeführerin Transaktionen in wesentlichem Umfang auf Basis von «Lieferung gegen Zahlung» für Kunden tätige, welche ihr Konto und Depot bei einer anderen Bank unterhielten, werde die oben erläuterte Analyse auch auf dem täglichen Umsatz in den betreffenden Titeln durchgeführt und analog rapportiert. Für die Erstellung der Meldungen an die Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin eine Arbeitsanleitung erstellt und ein striktes Vieraugenprinzip angeordnet. Das Audit Committee der Bellevue Group habe die interne Revision angewiesen, den Bereich Brokerage einer vertieften und ausserplanmässigen Prüfung zu unterziehen. Die interne Revision komme in ihrem Prüfbericht vom 20. Oktober 2010 zum Schluss, dass der Bereich grundsätzlich ordnungsgemäss organisiert sei. Die Beschwerdeführerin werde die Empfehlungen der internen Revision umsetzen. Die Beschwerdeführerin werde sämtliche Kundendossiers den Anforderungen der VSB 08 (Vereinbarung über die Standesregeln und Sorgfaltspflicht der Banken) anpassen. Sie werde überdies die gesamte Kunden-Vertragsdokumentation überarbeiten und vereinheitlichen. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB) würden ebenfalls angepasst, unter anderem mit expliziten Ergänzungen zu Punkten wie der Stimmrechtsausübung der im Kundendepot gelegenen Aktien, der börsenrechtlichen Meldepflichten nach Art. 20 BEHG, den Nettoabrechnungen sowie einer einheitlichen Rundungsregel für alle Kundenabrechnungen. Des Weiteren werde der Kundeneröffnungsprozess überarbeitet. Dazu würden

neu ein softwaregeschützter Workflow aufgebaut und eine elektronische Archivierung aller kundenrelevanten Dokumente eingeführt. Die sogenannten Aktienmandate würden neu schriftlich fixiert und mit folgenden Eckpunkten versehen: Kundenberatung betreffend Investitionen in Schweizer Aktien und opportunistisch auch betreffend andere Investitionen, Ausführung von Kundentransaktionen und Zustellung einer Börsenabrechnung am Folgetag der Transaktion, Monierung der Börsenabrechnung innerhalb von fünf Tagen nach Zustellung, Verzicht auf Erstellen eines Anlageprofils, einer Anlagestrategie und zu erreichende Anlageziele auf ausdrücklichen Kundenwunsch. Die Bellevue Asset Management werde die unabhängige Überwachung für die Vermögensverwaltungsmandate ausüben. Die eingesetzten Prozesse und Systeme entsprächen den für das Mandatsgeschäft der Bellevue Asset Management angewendeten Masstäben. Ein entsprechendes Service Agreement sei aufgesetzt worden. Im Sinne einer Verbesserung der zeitnahen und systemmässigen Überwachungstätigkeit, insbesondere was die Instrumente Watch List beziehungsweise Restricted List anbelange, werde die Weisung Mitarbeitergeschäfte dahingehend geändert, dass neu alle Transaktionen in Aktien und Derivaten auf Schweizer Aktien zwingend über die Bank abgewickelt werden müssten. Mitarbeiter würden auch darüber Auskunft erteilen müssen, ob und in welchem Umfang gewisse Kreditengagements eingegangen worden seien. Zwecks nachhaltiger Stärkung des internen Kontrollsystems werde eine spezialisierte Software implementiert. Damit würden Prozesse und Kontrolltätigkeiten dokumentiert und Eskalationsprozeduren festgelegt. Ebenso würden darin Funktionsbeschreibungen und Verantwortlichkeiten definiert. Dieses Projekt werde gruppenweit umgesetzt. Im Sinne einer Vereinheitlichung von Richtlinien und Prozessen sei der Bereich HR dem Group CFO unterstellt worden. Interimistisch sei IT ebenfalls dem Group CFO unterstellt. Die Unterstellung werde beibehalten. Damit werde eine klare Verantwortung auf Gruppenstufe geregelt. Bankmitarbeiter Y. sei aus dem Sales-Team der Beschwerdeführerin ausgetreten. Die von ihm in der Vergangenheit betreuten Brokerage-Kunden (institutionelle Kunden) seien bereits per Ende 2009

an B12 (...) und B18 (...) übertragen worden. Damit habe Bankmitarbeiter Y. seine Brokerage-Tätigkeit bereits vollständig aufgegeben, einschliesslich der Tätigkeit als Blockhändler. Bankmitarbeiter Y. werde die Beschwerdeführerin spätestens innert sechs Monaten nach Einstellung des Verfahrens verlassen. Während der noch verbleibenden Zeit werde er die ausschliesslich von ihm bis dato betreuten Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsmandate ebenfalls an die genannten Personen übergeben. Der Verwaltungsrat habe angeordnet, dass über die Umsetzung aller aufgeführten Massnahmen quartalsweise Bericht an das Audit Committee der Bellevue Group zu erstatten sei. Er ordne auch an, dass die Umsetzung aller aufgeführten Massnahmen von der internen Revisions- beziehungsweise von der Prüfgesellschaft zu prüfen sei. Die Prüfgesellschaft solle im jährlichen Bericht über die Aufsichtsprüfung explizit über den Stand der Umsetzung der Massnahmen an die Vorinstanz berichten, erstmals im per Ende Mai 2011 einzureichenden Bericht.

10.3 In der angefochtenen Verfügung übernahm die Vorinstanz diesen Massnahmenkatalog im Grossen und Ganzen beziehungsweise hiess ihn gut und wies die Beschwerdeführerin an, die festgestellten Mängel unverzüglich zu beheben und der Vorinstanz monatlich mit Stichtag Ende Monat über eingeleitete Massnahmen beziehungsweise Prozesse detailliert zu berichten und der Vorinstanz den Bericht innert fünf Arbeitstagen nach Stichtag zuzustellen. Ferner wies sie die Beschwerdeführerin an, eine Prüfgesellschaft insbesondere mit der Prüfung der Umsetzung der von der Beschwerdeführerin ergriffenen Massnahmen zu beauftragen.

10.4 Mit E-Mail vom 23. Mai 2011 schlug der Verwaltungsrat der Bellevue Group AG zur Prüfung der Umsetzung der Massnahmen als Drittprüfgesellschaft die BDO AG oder die Ernst & Young AG (nachfolgend: E&Y) vor. Mit Schreiben vom 10. Juni 2011 lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin ein, die E&Y zur Prüfung der Umsetzung und Einhaltung der Massnahmen gemäss der angefochtenen Verfügung, Ziff. 239 und 240

Bst. a–m, unter Berücksichtigung der Einhaltung und Umsetzung der in den FINMA-RS 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» und 2008/38 «Marktverhaltensregeln» massgebenden Bestimmungen einzusetzen. Gleichzeitig wurde die bankengesetzliche Prüfgesellschaft PricewaterhouseCoopers AG (nachfolgend: PwC) beauftragt, bis zum 30. November 2011 einen Sonderbericht über die Umsetzung und Einhaltung der zum Sachverhalt relevanten FINMA-RS 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» und 2008/38 «Marktverhaltensregeln» einzureichen.

10.5 Nach bewilligter Fristerstreckung reichte die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht am 16. Januar 2012 die Berichte der E&Y vom 15. Dezember 2011 und der PwC vom 13. Dezember 2011 ein. Sie führte dazu aus, dass eine Analyse dieser Berichte und weitere Abklärungen ergeben hätten, dass die Umsetzung der Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes adäquat stattgefunden habe. Aus dem Bericht der E&Y vom 15. Dezember 2011 gehe, soweit hier interessierend, namentlich hervor, dass im Bereich Blockhandel neue Richtlinien erlassen worden seien, welche im Intranet zugänglich seien. Die Mitarbeiter der Abteilung Sales und Sales-Trading seien über die Inhalte der neuen Richtlinien geschult worden. Die unter Blockhandel zu klassifizierenden Transaktionen seien zudem explizit durch die Compliance-Stelle der Beschwerdeführerin zu genehmigen. Um die Überwachungstätigkeit im Sinne von Art. 20 BEHG zu stärken, seien die Kontrollfunktionen hinsichtlich der Überwachung von möglichen Überschreitungen von Schwellenwerten gestärkt worden. Dazu würden neu auch Optionsumsätze beziehungsweise -positionen mit einbezogen. Betreffend Meldewesen an die Vorinstanz habe die Beschwerdeführerin eine Arbeitsanleitung erstellt und ein striktes Vieraugenprinzip eingeführt. Der Bereich Brokerage sei durch die interne Revision der Beschwerdeführerin einer vertieften Analyse unterzogen worden. Die daraus resultierenden Empfehlungen hinsichtlich Implementierung einer schriftlichen Regelung zur Nutzung von privaten Mobiltelefonen für

die Kommunikation mit Bankkunden sowie die Sicherstellung von Aufzeichnungen von Kundengesprächen hätten umgesetzt werden können. Was den Prüfbereich Kundendokumentation anbelange, habe die Beschwerdeführerin den Versand der neuen Kundenverträge vorgenommen. Die neu erhaltenen und unterzeichneten Kundendokumente seien eingescannt und elektronisch in WinDekis abgelegt worden. Die Massnahmen hinsichtlich der Regelungen zu Stimmrechtsausübung, börsenrechtlichen Meldepflichten, Nettoabrechnung und Rundungsregel würden in die AGB aufgenommen, welche mit dem Rechtsvertreter Niederer Kraft & Frey erarbeitet würden. Für den Bereich Anlageberatung werde auf die Verwendung des Vertrages für Anlageberatungskunden verzichtet. Die Segmentierung der Kunden werde jedoch generell und über alle Kunden hinweg mittels «Suitability Check» und darauf basierend die entsprechende Risikoabklärung vorgenommen. Weitere Regelungen zur Anlageberatung würden in den AGB geregelt. Die Zuständigkeiten für Kunden mit Vermögensverwaltungsverträgen seien aus organisatorischer Sicht neu definiert worden. Der neuen Abteilung Vermögensverwaltung stehe der CEO vor, wobei zur Gewährung einer adäquaten Funktionentrennung Kontrollschritte implementiert worden seien. Hierzu diene die per 25. November 2011 neu genehmigte Weisung «Vermögensverwaltung». Aus allen diesen Gründen habe sie (die Vorinstanz) das gemäss Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung definierte Verbot zur Akquisition von Kunden in den Bereichen Anlageberatung und Vermögensverwaltung bereits mit Schreiben vom 9. Januar 2012 per sofort aufgehoben.

10.6 Aufgrund der auch in organisatorischer Hinsicht erdrückenden Aktenlage und namentlich auch der einlässlichen Würdigung der Vorinstanz, der beigezogenen Prüfgesellschaften und der Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin, denen die Beschwerdeführerin lediglich eine nicht-substanziierte Kritik entgegenhält (vgl. E. 10.1 am Ende), erachtet das Bundesverwaltungsgericht diese Vorwürfe als gerechtfertigt beziehungsweise die ihnen zu Grunde liegenden, bemängelten Sachverhalte als erwiesen,

und die Beschwerdeführerin vermag auch insofern mit ihrer gegenteiligen Auffassung nicht durchzudringen. Demnach hat die Beschwerdeführerin gegen die gesetzlichen und regulatorischen Bestimmungen bezüglich der Organisationsvorschriften (betriebsinterne Funktionentrennung, Risikomanagement, angemessenes internes Kontrollsystem, Compliance) beziehungsweise bezüglich der Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG, Art. 9 Abs. 2, 3, 4 BankV, Art. 19 Abs. 1 und 3, Art. 20 Abs. 1 BEHV sowie gegen die diesbezüglichen Ausführungsvorschriften des RS-EBK 06/6 verstossen. Des Weiteren hat sie zwischen November 2007 und April 2008 die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 11 Bst. b und c BEHG und damit zugleich Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG (einwandfreie Geschäftstätigkeit) sowie Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG schwer verletzt (Organisationsvorschriften).

11. Androhung des Bewilligungsentzugs

11.1 In Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin für den Wiederholungsfall den Entzug der Bewilligung als Bank und Effektenhändlerin und damit die aufsichtsrechtliche Liquidation angedroht. Zur Begründung führte sie aus, gemäss Art. 37 Abs. 1 FINMAG entziehe die FINMA einer Beaufsichtigten die Bewilligung, wenn sie die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfülle oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletze. Auf einen Bewilligungsentzug sei jedoch zu verzichten, wenn – wie vorliegend – eine mildere Massnahme getroffen werden könne.

Dagegen führt die Beschwerdeführerin ins Feld, da der zentrale Vorwurf der Vorinstanz, der auf schwachen und nicht stichhaltigen Indizien beruhe, nicht zutrefe, sei die Androhung des Lizenzentzuges per se unverhältnismässig. Zu berücksichtigen sei, dass die Beschwerdeführerin ein Kronjuwel der kotierten Bellevue Group AG sei. Durch die Androhung des Lizenz-

entzuges würden auch die Publikumsaktionäre der Bellevue Group AG schwer getroffen und geschädigt, zumal die ungerechtfertigte Androhung bewirke, dass die Beschwerdeführerin und die Bellevue Group AG praktisch unverkäuflich würden. Erschwerend komme hinzu, dass der Lizenzentzug und die aufsichtsrechtliche Liquidation auf unbestimmte Zeit angedroht würden. Die «bedingte Todesstrafe auf Lebzeiten» gegen die Beschwerdeführerin sei – selbst wenn die Annahmen und Forderungen der Vorinstanz richtig wären – unverhältnismässig und unzulässig. Dies sei umso weniger haltbar, als Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung in keiner Weise klarstelle, was von der Vorinstanz als «Wiederholungsfall» taxiert werde.

11.2 Die FINMA entzieht einer beaufsichtigten Gesellschaft die Bewilligung, wenn sie die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Art. 37 Abs. 1 FINMAG). Ein Entzug bildet – gemäss dem verwaltungsrechtlichen Prinzip der Verhältnismässigkeit – die ultima ratio des Aufsichtssystems und soll nur dann angeordnet werden, wenn keine mildere Massnahme getroffen werden kann. Das verfassungsrechtlich verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) gebietet vor der Durchführung des Entzuges die Prüfung milderer, der Sicherung der öffentlichen Interessen gleichermassen dienender Mittel. Zu denken ist dabei insbesondere an die vorgängige Androhung des Entzuges verbunden mit der Aufforderung zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes. Die Androhung des Entzuges impliziert zudem eine angemessene Fristansetzung zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes (vgl. Pellanda, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 37 FINMAG). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist ein Grundprinzip des Verwaltungsrechts und hat Verfassungsrang. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Elemente, die kumulativ beachtet werden müssen. Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen.

Die Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. In Lehre und Rechtsprechung wird statt von Verhältnismässigkeit von Zweck und Wirkung oft auch von «Verhältnismässigkeit im engeren Sinn» gesprochen. Dieser wenig aussagekräftige Terminus ist zu vermeiden. Zutreffend ist dagegen die Bezeichnung «Zumutbarkeit». Eine Verwaltungsmassnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt. Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch ihre Wirkungen beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht. Die Massnahme muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist sie den Privaten zumutbar. Für die Interessenabwägung massgeblich sind also einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen, Rz. 581 ff.).

Nach dem Gesagten liegt im hier streitigen Fall eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vor (vgl. E. 10.6). Mit Blick wohl auf das kooperative Verhalten der Beschwerdeführerin verzichtete die Vorinstanz indessen auf einen Entzug und ordnete eine mildere Massnahme an (u.a. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands unter Androhung des Entzugs im Wiederholungsfall). Diese Massnahme erscheint dem Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände als geeignet, erforderlich und zumutbar. Denn nach der dargelegten umfangreichen Reorganisation scheint hinreichend Gewähr dafür zu bestehen, dass sich ein ähnlicher Fall kaum wiederholen dürfte. Bei allfälligen erneuten

Unregelmässigkeiten wäre die Frage des Entzugs in einem rechtsstaatlichen Verfahren freilich erneut zu prüfen, wobei der Umstand der Wiederholung als erschwerend zu berücksichtigen wäre. Dies und nichts anderes besagt Ziffer 2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids, was nicht zu beanstanden ist. Soweit die Beschwerdeführerin eine andere Auffassung vertritt, kann ihr auch hierin nicht gefolgt werden.

12. Verhältnismässigkeit der Einsetzung einer ausserordentlichen Prüfgesellschaft und des Verbots der Akquisition neuer Kunden in den Bereichen Vermögensverwaltung und Anlageberatung

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, auch die Anordnung der Einsetzung einer (ausserordentlichen) Prüfgesellschaft zur Prüfung der Umsetzung der angekündigten organisatorischen Massnahmen sowie das Verbot, in den Bereichen Vermögensverwaltung und Anlageberatung bis zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes neue Kunden zu akquirieren, erwiesen sich ebenfalls als unverhältnismässig. Dem ist mit Blick auf die schweren Verstösse gegen die gesetzlichen Vorschriften, welche die bisherige ordentliche Revisionsstelle nicht zu verhindern vermochte, und auf den vom Gesetz angestrebten Kundenschutz entgegenzuhalten, dass eine weniger einschneidende als die getroffene Anordnung schwerlich vorstellbar ist. Jedenfalls erachtet das Bundesverwaltungsgericht diese ebenfalls nicht substantiierte Kritik an dieser Anordnung nicht als stichhaltig und das Verhältnismässigkeitsgebot als nicht verletzt. Diese Massnahme erweist sich vielmehr als geeignet, erforderlich und zumutbar. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine mildere Massnahme hätte angeordnet werden können. Die Beschwerde erweist sich als insgesamt unbegründet und ist abzuweisen.

2 Konkurrenten- beschwerde bei der privatrechtlichen Versicherungstätigkeit

**URTEIL des Bundesgerichts 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012
i.S. Schweizerischer Versicherungsverband (SVV),
Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft AG
und Emmentalische Mobiliar Versicherungs-Genossenschaft
gegen GVB Privatversicherungen AG und
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht**

Anforderungen an die Legitimation zur Anfechtung einer Bewilligung zum Betrieb des privatrechtlichen Versicherungsgeschäfts durch ein Konkurrenzunternehmen (Art. 48 Abs. 1 VwVG; Art. 1 Abs. 2 VAG und Art. 6 Abs. 1 VAG).

1. Ein konkurrierendes privatrechtliches Versicherungsunternehmen ist nicht schon aufgrund der Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, zur Beschwerde gegen eine Bewilligungserteilung legitimiert. Erforderlich ist eine spezifische Beziehungsnähe, die sich aus einer einschlägigen wirtschaftspolitischen oder sonstigen speziellen gesetzlichen Regelung ergibt. Ferner ist ein Konkurrent zur Beschwerde legitimiert, soweit geltend gemacht wird, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt (E. 2.3).
2. Das Versicherungsaufsichtsgesetz bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen. Das Versicherungsaufsichtsgesetz schützt nicht unmittelbar die Interessen konkurrierender Versicherer. Das blosse allgemeine Interesse der Konkurrenten an der korrekten Anwendung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vermag keine Parteilstellung konkurrierender Versicherungsunternehmen zu begründen (E. 2.7–2.9).

Qualité pour contester un agrément portant sur l'exploitation d'activités d'assurance de droit privé par une entreprise concurrente (art. 48 al. 1 PA; art. 1 al. 2 LSA et art. 6 al. 1 LSA).

1. Une entreprise d'assurances de droit privé concurrente n'a pas qualité pour recourir contre l'octroi d'un agrément au simple motif qu'elle craint d'être exposée à une concurrence accrue. Une proximité spécifique résultant d'une réglementation pertinente en matière de politique économique ou de toute autre réglementation légale spéciale est nécessaire. En outre, un concurrent a qualité pour recourir quand il lui est possible de faire valoir que d'autres concurrents ont été traités de manière privilégiée (consid. 2.3).
2. La loi sur la surveillance des assurances a en particulier comme objectif de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus. La loi sur la surveillance des assurances ne protège pas directement les intérêts des assureurs concurrents. Le simple intérêt général des concurrents à une application correcte de la loi sur la surveillance des assurances ne fonde aucune qualité de partie pour les entreprises d'assurance concurrentes (consid. 2.7-2.9).

Requisiti per la legittimazione a ricorrere contro un'autorizzazione all'esercizio dell'attività di assicurazione di diritto privato da parte di un'impresa concorrente (art. 48 cpv. 1 PA; art. 1 cpv. 2 LSA e art. 6 cpv. 1 LSA).

1. Un'impresa di assicurazione di diritto privato concorrente non è legittimata a ricorrere contro il rilascio di un'autorizzazione per il solo fatto che essa verrebbe esposta a una forte concorrenza. È invece necessario dimostrare un rapporto di prossimità derivante da determinate normative di politica economica o da altra regolamentazione speciale. Inoltre, un concorrente è legittimato a ricorrere se viene rivendicato il fatto che altri concorrenti sarebbero stati trattati in maniera privilegiata (consid. 2.3).
2. La legge sulla sorveglianza degli assicuratori mira in particolare a tutelare gli assicurati dagli abusi e dai rischi di insolvenza delle imprese di assicurazione. La legge sulla sorveglianza degli assicuratori non tutela direttamente gli interessi degli assicuratori concorrenti. Il semplice interesse generale dei concorrenti alla corretta applicazione della legge sulla sorveglianza degli assicuratori non è sufficiente a motivare la qualità di parte dell'impresa di assicurazione concorrente (consid. 2.7-2.9).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Nach dem bernischen Gebäudeversicherungsgesetz vom 9. Juni 2010 (GVG/BE; BSG 873.11), in Kraft seit dem 1. Januar 2011, sind alle im Kanton Bern gelegenen Gebäude obligatorisch bei der Gebäudeversicherung Bern (GVB) gegen Feuer- und Elementarschaden zu versichern (Art. 4 und Art. 8 GVG/BE). Die GVB ist eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 3 GVG/BE). Nach den Art. 7, 44 und 45 GVG/BE kann die GVB Zusatzversicherungen und Nebentätigkeiten über juristisch selbständige, privatrechtlich organisierte Tochtergesellschaften anbieten. Zu diesem Zweck gründete die GVB die privatrechtlich organisierte GVB Privatversicherungen AG, welche für sämtliche Zusatzversicherungen zuständig sein soll, sowie die GVB Services AG, welche Nebentätigkeiten anbieten soll. Mit Verfügung vom 6. Juli 2011 erteilte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA der GVB Privatversicherungen AG auf deren Gesuch hin die Bewilligung zum Betrieb der Versicherungszweige B8 (Feuer und Elementarschäden), B9 (Sonstige Sachschäden), B13 (Allgemeine Haftpflicht) und B16 (Verschiedene finanzielle Verluste). Die Bewilligungserteilung wurde auszugsweise im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 8. Juli 2011 publiziert.

Gegen diese Verfügung erhoben der Schweizerische Versicherungsverband (SVV), die Schweizerische Mobiliarversicherung AG und die Emmentalische Mobiliar Versicherungs-Genossenschaft, welche zuvor erfolglos um Parteistellung im Verfahren vor der FINMA ersucht hatten, am 8. August 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die von der GVB Privatversicherungen AG beantragte Bewilligung sei nicht zu erteilen; eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Urteil vom 12. Dezember 2011 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde mangels Legitimation der Beschwerdeführer nicht ein.

Der SVV, die Schweizerische Mobiliarversicherung AG und die Emmentalische Mobiliar Versicherungs-Genossenschaft erheben Beschwerde

in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben, den Beschwerdeführern sei die Legitimation zuzuerkennen und die Vorinstanz sei anzuweisen, auf die Beschwerde vom 8. August 2011 einzutreten und die Sache materiell zu beurteilen. Eventuell sei die Frage der Beschwerdelegitimation zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen oder den Beschwerdeführern im Bewilligungsverfahren der Beschwerdegegnerin vor der FINMA Parteistellung zuzuerkennen und die FINMA anzuweisen, das Bewilligungsverfahren unter Wahrung der Parteirechte der Beschwerdeführer durchzuführen.

Aus den Erwägungen

1. (...)

2.

Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe ihre Beschwerdelegitimation im vorinstanzlichen Verfahren zu Unrecht verneint und hierdurch Bundesrecht verletzt.

2.1 Anwendbar ist vorliegend Art. 48 VwVG. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Nach Absatz 2 sind ferner jene Personen, Organisationen und Behörden zur Beschwerde berechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Eine Konstellation im Sinne von Art. 48 Abs. 2 VwVG besteht

vorliegend nicht. Die Legitimation beurteilt sich somit nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, der gleich lautet wie Art. 89 Abs. 1 BGG und auch gleich auszulegen ist.

2.2 Die Beschwerdeführerin 2 und die Beschwerdeführerin 3 sind Versicherungsunternehmen und damit Konkurrentinnen der Beschwerdegegnerin; der Beschwerdeführer 1 ist der Dachverband der privaten Versicherungswirtschaft der Schweiz, als Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB organisiert und statutarisch mit der Wahrung der gemeinsamen Interessen der Vereinsmitglieder betraut; er ist daher nach den Grundsätzen der sog. egoistischen Verbandsbeschwerde zur Beschwerde legitimiert, sofern auch die Mehrheit oder doch eine Grosszahl seiner Mitglieder dazu befugt wären (BGE 136 II 539 E. 1.1 S. 542 mit Hinweisen).

2.3 Die Vorinstanz hat dies verneint und sich dabei auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts gestützt, wonach Konkurrenten nicht schon aufgrund der Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, zur Beschwerde legitimiert sind; diese Art des Berührtseins liegt vielmehr im Prinzip des freien Wettbewerbs. Erforderlich ist eine spezifische Beziehungsnähe, die sich aus einer einschlägigen wirtschaftspolitischen oder sonstigen speziellen gesetzlichen Regelung ergibt, z.B. durch Kontingentierungen, Bedürfnisklauseln oder Monopoleinräumungen (Urteil 2C_694/2009 vom 20. Mai 2010 E. 1.1 nicht publ. in: BGE 136 II 291; BGE 127 II 264 E. 2c und E. 2h f. S. 269, 271 f.; 125 I 7 E. 3d S. 9). Ferner ist ein Konkurrent zur Beschwerde legitimiert, soweit er geltend macht, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt (BGE 127 II 264 E. 2c S. 269; 125 I 7 E. 3e und 3g/cc S. 9 f., 12). Hingegen kann das bloss allgemeine Interesse der Konkurrenten, dass die für alle geltenden allgemeinen Vorschriften gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern korrekt angewendet werden, keine Beschwerdelegitimation begründen (BGE 125 I 7 E. 3g/bb S. 11 f.; 123 II 376 E. 4b/bb S. 380 f.), und zwar auch nicht zu Gunsten der Konkurrenten, welche befürchten, infolge einer angeblich

rechtswidrigen Zulassung neuer Produkte einen Umsatzrückgang zu erleiden (BGE 123 II 376 E. 5b S. 382 ff.). Konkurrenten sind sodann nicht legitimiert, wenn sie nicht eine Dritten zugestandene Begünstigung rügen, sondern im Gegenteil verhindern wollen, dass – ohne dass eine entsprechende Schutznorm zu ihren Gunsten vorläge – Dritten das zugestanden wird, was ihnen auch zusteht (BGE 131 I 198 E. 2.6 S. 203 ff.). Nach diesen Grundsätzen sind z.B. Inspektions- oder Revisionsstellen nicht zur Beschwerde gegen die Zulassung weiterer Inspektions- oder Revisionsstellen legitimiert, wenn diese Zulassung von der Erfüllung rein polizeilicher Voraussetzungen abhängt (Urteil 2A.19/2006 vom 24. Mai 2006 E. 3). Gleiches gilt für landwirtschaftliche Produzenten bezüglich der Zulassung von Lebensmitteln gemäss Art. 16a ff. des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51; Urteile 2C_348/2011 vom 22. August 2011 E. 2.3; 2C_457/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 3.3; 2C_854/2011 vom 10. Mai 2012 E. 3). Demgegenüber sind Apotheker zur Beschwerde legitimiert, soweit die in Frage stehende Norm die Apotheken vor Konkurrenz schützen will (Urteil 2C_53/2009 vom 23. September 2011 E. 1.3), ebenso Produzenten, die sich dagegen wehren, dass die Befugnis zur Verwendung einer kontrollierten Ursprungsbezeichnung ausgedehnt wird, weil die entsprechenden Regelungen eine spezielle Zulassungsordnung für die umschriebenen Produkte darstellen (BGE 135 II 243 E. 1.2 S. 246 f.).

2.4 Im Bereich des Versicherungswesens verneinte das Bundesgericht die Parteistellung eines Versicherungsunternehmens in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren betreffend die Liquidation bzw. Entlassung aus der Versicherungsaufsicht gegen einen Rückversicherer, bei welchem es rückversichert ist (Urteil 2C_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.5). Demgegenüber wurde dem heutigen Beschwerdeführer 1 sowie anderen Versicherungsunternehmen die Legitimation zur Anfechtung von Gesetzesbestimmungen zuerkannt (im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle), welche vorsahen, dass eine öffentlich-rechtliche Gebäudeversicherung nebst ihrer Monopol-tätigkeit auch weitere Versicherungsaufgaben in Konkurrenz zu privaten

Versicherungsunternehmen wahrnehmen kann: Die Legitimation ergab sich dort indessen nicht aus der blossen Tatsache, dass die Beschwerdeführer in jenem Fall Konkurrenten der Gebäudeversicherungsanstalt waren und diese aufgrund der angefochtenen Gesetzesbestimmungen die gleiche Tätigkeit ausführen durfte. Vielmehr war massgebend, dass die dortigen Beschwerdeführer einen Verstoss gegen verfassungsrechtliche Grundsätze rügten, da es der staatlichen Anstalt mit Teilmonopol erlaubt wurde, ausserhalb ihrer Monopoltätigkeit im Wettbewerb tätig zu sein, wodurch sie nach Darstellung der Beschwerdeführer in wettbewerbsverzerrender und verfassungswidriger Weise gegenüber den privaten Unternehmen privilegiert sei (Urteil 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012 E. 1.2). Dabei berief sich das Bundesgericht auf andere Entscheide, in welchen Privaten die Legitimation zuerkannt worden war, im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle eine behauptete verfassungswidrige Privilegierung Dritter in Frage zu stellen (BGE 136 I 49 E. 2.1 S. 53 f.; 133 I 206 E. 2.1–2.3 S. 210 f.; 124 I 145 E. 1c S. 149; 124 I 159 E. 1c S. 162).

2.5 Im Unterschied zum soeben genannten Entscheid ist der Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Fall kein Gesetz, welches zu einer behaupteten unzulässigen Privilegierung der Beschwerdegegnerin führt. Materieller Anfechtungsgegenstand ist hier vielmehr eine Bewilligung zur Ausübung einer Versicherungstätigkeit, welche sich auf Art. 3 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01) stützt. Die Vorinstanz erwog, diese Bewilligung bzw. die Versicherungsaufsicht gemäss VAG schaffe keine wirtschaftspolitische Ordnung im Sinne der dargelegten Rechtsprechung, welche eine besondere Beziehungsnähe zwischen den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin zur Folge hätte. Sodann hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die von den Beschwerdeführern behauptete Privilegierung der Beschwerdegegnerin ohnehin nicht auf den Verantwortungsbereich der FINMA zurückzuführen wäre, sondern vielmehr auf die Gesetzgebung des Kantons Bern bzw. die

Monopolstellung der GVB hinsichtlich der Grundversicherung. Soweit die Beschwerdeführer geltend machten, die FINMA sei verpflichtet, die daraus resultierende Marktverzerrung durch geeignete Auflagen zu beseitigen, legten sie nicht dar, dass sich die FINMA gegenüber anderen Versicherungsunternehmen rechtsungleich verhalte.

2.6 Die Beschwerdeführer machen geltend, das Vorliegen einer wirtschaftsrechtlichen Sonderordnung könne nicht nur aufgrund des Versicherungsaufsichtsgesetzes alleine beurteilt werden, sondern sei im Zusammenspiel mit dem bernischen Gebäudeversicherungsgesetz zu sehen. Die beiden Gesetzgebungen seien verflochten und begründeten gemeinsam eine Sonderordnung, welche es der Aufsichtsbehörde gebiete, eine klare Grenzziehung vorzunehmen, um eine rechtsgleiche Behandlung der Konkurrenten zu gewährleisten. In Bezug auf die Rüge der Ungleichbehandlung bringen die Beschwerdeführer vor, dass sie nur deshalb nicht in der Lage seien, eine ungleiche Behandlung konkret aufzuzeigen, weil es bisher gar keine ähnlich gelagerten Fälle gegeben habe. Die Ungleichbehandlung ergebe sich aber aus der teilweisen Fehlerhaftigkeit der Bewilligung, wodurch die Beschwerdegegnerin in die Lage versetzt werde, sowohl im Monopolbereich als auch im Privatversicherungsmarkt tätig zu sein.

2.7 Die Versicherungsaufsicht bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen (Art. 1 Abs. 2 VAG) und generell das ordnungsgemässe Funktionieren des Versicherungswesens (Botschaft zum VAG, BBl 2003 3789 ff., 3793, 3800 f., 3807 f.; Weber/Umbach, Versicherungsaufsichtsrecht, 2006, S. 43 ff.; vgl. zum aufgehobenen Bundesgesetz vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen [aVAG; AS 1978 1836; in Kraft gewesen bis zum 31. Dezember 2005]: Urteil 2A.393/2005 vom 2. Februar 2006 E. 2.1). Die versicherungsaufsichtsrechtliche Bewilligung wird erteilt, wenn die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind (Art. 6 Abs. 1 VAG). Es handelt sich dabei um eine reine Polizei-

bewilligung (Moritz Kuhn, in: Müller-Studer/Eckert [Hrsg.], Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz. 194; Weber/Umbach, a.a.O., S. 89 f.; Arter/Federle, Bank- und Versicherungsaufsicht: Gleichklang und Unterschiede, in: Peter Nobel [Hrsg.], St. Galler Bankrechtstag 2009, S. 49 ff., 78). Das Versicherungsaufsichtsgesetz schützt somit nicht unmittelbar die Interessen konkurrierender Versicherer und schafft folglich keine besondere Beziehungsnähe im Sinne der dargelegten Rechtsprechung. Zwar muss die FINMA das Gesetz auf eine Weise handhaben, welche Wettbewerbsverzerrungen vermeidet. Dies gilt aber für jede polizeiliche Regelung und begründet keine wirtschaftspolitische Sonderordnung.

2.8 Eine solche Sonderbeziehung entsteht auch nicht im Zusammenspiel mit der bernischen Gebäudeversicherungsgesetzgebung: Diese sieht zwar eine gewisse Verbindung zwischen Monopolversicherung (bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt) und Zusatzversicherung (bei einer privatrechtlich organisierten Tochtergesellschaft dieser Anstalt) vor, welche potenziell geeignet ist, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung zum Nachteil der privaten Versicherungsgesellschaften zu beeinträchtigen; aus diesem Grunde wurde in einem analog gelagerten Fall die Legitimation der Konkurrentinnen zur Anfechtung eines solchen Gesetzes zuerkannt (vgl. E. 2.4 hiervor). Vorliegend steht aber nicht das bernische Gebäudeversicherungsgesetz zur Diskussion, sondern einzig die Bewilligung gemäss dem Versicherungsaufsichtsgesetz, welches seinerseits keine solche Sonderordnung schafft; die FINMA wendet nicht das bernische Gebäudeversicherungsgesetz an, sondern sie hat nur zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss dem Versicherungsaufsichtsgesetz erfüllt.

2.9 Es mag zutreffen, dass es bisher keine identische Konstellation gab, in der eine privatrechtliche Tochtergesellschaft einer kantonalen Monopolversicherungsanstalt (die nicht dem Versicherungsaufsichtsgesetz und der Aufsicht der FINMA untersteht) eine dem Versicherungsaufsichtsgesetz

unterstellte Tätigkeit ausüben will. Insofern ist es nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführer nicht in der Lage sind, einen genau gleich gelagerten Fall zu benennen, der von der FINMA unterschiedlich behandelt worden wäre. Die hier im Raum stehende Konstellation unterscheidet sich aber nicht grundlegend von anderen Fällen, in denen eine Versicherungsgesellschaft die Tochtergesellschaft einer anderen Unternehmung ist, welche eine nicht dem Versicherungsaufsichtsgesetz unterstellte Tätigkeit ausübt. Auch hier können sich Abgrenzungsprobleme zwischen Versicherungsgeschäft und versicherungsfremdem Geschäft ergeben. Abgrenzungsfragen zwischen zulässigen und unzulässigen Geschäften können sich sodann im Zusammenhang mit der Spartenentrennung stellen (Art. 12 VAG). Ferner kann es im Rahmen der Gruppen- oder Konglomerataufsicht (Art. 2 Abs. 1 lit. d und Art. 64 ff. VAG) Koordinationsprobleme mit anderen Aufsichtsbehörden geben (Art. 6 Abs. 2, Art. 65 Abs. 2, Art. 73 Abs. 2 VAG). All dies wirft zwar die Frage nach der korrekten Anwendung des Versicherungsaufsichtsgesetzes auf, vermag aber keine Parteistellung konkurrierender Versicherungsunternehmen zu begründen. Die Legitimation der Beschwerdeführer kann sich auch nicht daraus ergeben, dass die Bewilligungserteilung angeblich fehlerhaft ist; vielmehr ist die Beschwerdelegitimation Voraussetzung dafür, dass die (behauptete) Rechtsverletzung durch die Beschwerdeinstanz geprüft werden kann.

2.10 Die von den Beschwerdeführern behauptete Ungleichbehandlung besteht mithin nicht in einer angeblich rechtsungleichen Handhabung des Versicherungsaufsichtsgesetzes durch die FINMA, sondern darin, dass die Beschwerdegegnerin – anders als andere Versicherungsunternehmen – wirtschaftlich mit einer Monopolversicherungsanstalt verflochten ist. Das Versicherungsaufsichtsgesetz enthält aber keine Bestimmung, wonach dies unzulässig wäre. Die Beschwerdeführer befürchten offenbar eine Wettbewerbsverzerrung infolge einer ungenügenden Trennung des Monopolbereichs der Gebäudeversicherung Bern vom privatrechtlichen Versicherungsbereich der Beschwerdegegnerin. Dies ist aber nicht eine

versicherungsaufsichtsrechtliche, sondern allenfalls eine wettbewerbsrechtliche Frage: Die Beschwerdegegnerin untersteht als privatrechtlich tätige Unternehmung vollumfänglich dem Wettbewerbsrecht, ebenso die GVB, soweit sie Tätigkeiten ausübt, die nicht dem gesetzlichen Monopol unterliegen (Art. 3 Abs. 1 e contrario des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]; Urteil 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, E. 9.4). Die FINMA ist indessen nicht Wettbewerbsbehörde. Wettbewerbsrechtlich problematische Verhaltensweisen, die sich aus dem Zusammenspiel von GVB und Beschwerdegegnerin allenfalls ergeben könnten, sind auf dem kartellrechtlichen Weg zu ahnden, wobei den Beschwerdeführern die dort vorgesehenen Mitwirkungsmöglichkeiten zustehen (Art. 12 ff. und Art. 43 KG). Aktenkundig führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission denn auch eine Vorabklärung (Art. 26 KG) durch und verzichtete darauf, eine Untersuchung zu eröffnen, nachdem die Gebäudeversicherung Bern gewisse Verpflichtungen eingegangen war (Schlussbericht vom 30. November 2011). Eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Verhaltensweise liegt demzufolge offenbar nicht vor. Im Übrigen ist es auch sonst denkbar, dass eine Versicherungsunternehmung, die in eine Konzernstruktur eingebunden ist, dadurch gewisse faktische Wettbewerbsvorteile genießt, welche ihre Konkurrenten nicht haben. Dies vermag indessen keine Parteistellung der Konkurrenten im versicherungsaufsichtsrechtlichen Bewilligungsverfahren zu begründen.

3.

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde unbegründet und somit abzuweisen. (...)

Dispositiv

3 Défaillances de sécurité importantes dans le domaine informatique

**DÉCISION de l'Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers FINMA du (...)**

Organisation administrative appropriée (art. 3 al. 2 let. a LB; art. 9 al. 2 OB); secret bancaire (art. 47 LB).

1. Une banque doit disposer d'une organisation appropriée lui permettant de garantir la confidentialité des données des clients (Cm 73-75).
2. Même en cas de perte de données clients due à des agissements criminels, la banque doit prendre toutes les précautions organisationnelles requises permettant d'éviter une telle perte (Cm 76-97).

Angemessene Verwaltungsorganisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG; Art. 9 Abs. 2 BankV); Bankkundengeheimnis (Art. 47 BankG).

1. Eine Bank muss über eine angemessene Organisation verfügen, welche die Vertraulichkeit von Kundendaten jederzeit garantiert (Rz. 73–75).
2. Auch wenn der Verlust von Bankkundendaten auf einen kriminellen Hintergrund zurückzuführen ist, hat die Bank alle erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, welche einen solchen Verlust verhindern (Rz. 76–97).

Organizzazione adeguata (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR; art. 9 cpv. 2 OBCR); segreto bancario (art. 47 LBCR).

1. Una banca deve disporre di un'organizzazione adeguata che garantisca in ogni momento la riservatezza dei dati dei clienti (nm. 73-75).
2. Anche se la fuga di dati dei clienti è riconducibile a un disegno criminoso, la banca deve adottare tutte le misure organizzative necessarie tese a impedire una tale perdita (nm. 76-97).

Résumé des faits

Suite à un vol de données survenu auprès de la banque X._____, la FINMA a ouvert une procédure à son encontre. Au cours de l’instruction, la FINMA a examiné l’organisation de la banque et de son département IT, les circonstances du vol de données et son étendue, les problèmes de sécurité du système IT et leur évolution ainsi que les mesures prévues pour améliorer la sécurité IT. Elle s’est fondée sur les renseignements de la banque et les investigations d’un consultant externe mandaté par cette dernière. Il est ressorti que le vol portait sur une quantité importante de données personnelles et financières de clients. L’auteur présumé du vol a pour l’essentiel profité de ses accès et de ses connaissances en qualité d’employé du département IT de la banque ainsi que des faiblesses des contrôles, en particulier au niveau de la gestion des accès et du développement de programmes informatiques. Sur la base d’anciens rapports de l’audit interne et du consultant externe, la FINMA a constaté que l’organisation et la sécurité du système informatique IT de la banque souffrait, au moment où le vol a vraisemblablement eu lieu, d’un grand nombre de faiblesses, dont plusieurs à hauts risques. La banque avait alors pris des mesures correctrices qui étaient toutefois insuffisantes pour remédier à certaines faiblesses de nature structurelle. Depuis lors, la banque a entrepris d’importantes mesures supplémentaires.

A. Compétence de la FINMA et législation applicable

(...)

1. La pleine garantie du secret bancaire constitue une condition d'autorisation et de garantie d'une activité irréprochable

(73) Le devoir de confidentialité particulier du banquier ou « secret bancaire » est fondé sur les droits de la personnalité de ses clients, qui protègent la vie privée au niveau économique (art. 27 du Code civil; RS 210), sur le droit du mandat (art. 398 al. 2 du Code des obligations; RS 220), sur la disposition pénale de l'art. 47 LB ainsi que sur la loi sur la protection des données (Carlo Lombardini, *Droit bancaire suisse*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 965-966; Beat Kleiner/Renate Schwob/Christoph Winzeler, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, *Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz*, Zurich 2009, ad. art. 47, n° 1-7).

(74) La pleine garantie du respect du secret bancaire de sa clientèle constitue une des conditions d'autorisation et d'organisation qu'une banque doit respecter en tout temps (Bulletin CFB n° 21, p. 24, consid. 3 a). Une banque doit prendre les mesures organisationnelles internes nécessaires pour faire en sorte que le secret bancaire ne puisse pas être violé (Lombardini, *op. cit.*, p. 969, n° 6 et 7). Sont soumis au secret bancaire et protégés par l'art. 47 LB tous les secrets confiés à une personne en qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque ou les éléments dont cette personne a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi. Sont ainsi couvertes par le secret bancaire l'existence même du rapport contractuel avec une banque, les connaissances issues d'une relation d'affaires entre la banque et le client, notamment les contrats bancaires mais également toutes les requêtes et

offres de relations bancaires ainsi que toutes les transactions et les opérations que la banque fait avec ses clients, qu'elles soient ou non de nature bancaire (Lombardini, op. cit., p. 967 ; Kleiner/Schwob/Winzeler, op. cit., ad. art. 47, n° 8). La FINMA n'assume en principe pas de fonction de surveillance relative au secret bancaire. Toutefois, si des violations graves du secret bancaire indiquant l'existence de lacunes organisationnelles de la banque survenaient, la FINMA pourrait ordonner une enquête et prendre les mesures nécessaires sous l'angle de la garantie du respect d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB) (Kleiner/Schwob/Winzeler, op. cit. ad. art. 47, n° 386).

(75) Ainsi, du point de vue du droit de la surveillance, une banque doit en tout temps disposer d'une organisation lui permettant de garantir que la confidentialité des données qui sont soumises au secret bancaire ne puisse pas être violée, même en présence d'éventuels éléments criminels internes. Dans la mesure où elle gère ces données de manière informatisée, ces exigences d'organisation s'appliquent également à l'organisation de son système informatique. A défaut, la banque ne remplit pas ses conditions d'autorisation et ne fournit pas la garantie d'une activité irréprochable.

2. Exigence d'une organisation irréprochable du secteur informatique en tant que condition d'autorisation et de garantie d'une activité irréprochable

(76) Une banque, ou un négociant, doit disposer d'une organisation adéquate correspondant à son activité (art. 3 al. 2 let. a LB ; art. 7 et ss de l'ordonnance sur les banques [OB] ; RS 952.02 ; art. 10 al. 2 let. a LBVM ; art. 19 et ss de l'ordonnance sur les bourses [OBVM] ; RS 954.11). L'organisation irréprochable du secteur informatique d'une banque fait partie des conditions d'autorisation de l'art. 3 LB qui doivent être respectées en tout temps (Bulletin CFB n° 21 (1991), p. 24, consid. 2 a ; Rapport de gestion CFB 2004, p. 53). Elle est indispensable à une banque pour lui permettre

une surveillance appropriée de sa gestion (art. 3 al. 2 let. a LB) ainsi que pour offrir la garantie du respect d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB). La banque doit fixer dans un règlement ou dans des directives internes les principes lui permettant de déterminer, limiter et contrôler les risques liés à son activité, notamment les risques opérationnels, juridiques et de réputation (art. 9 al. 2 OB). Les buts visés par cette norme sont de plusieurs ordres: il s'agit notamment de protéger les créanciers, de se prémunir contre les risques systémiques ainsi que d'éviter la survenance d'événements propres à mettre en danger la réputation de l'établissement financier concerné et celle de la place financière suisse (Bulletin FINMA 1/2010, p. 51).

(77) Le fonctionnement et la sécurité du système informatique constituent typiquement un risque opérationnel. Comme cela a été ensuite expressément précisé dans les circulaires de l'autorité de surveillance, la structure d'organisation du système informatique doit être clairement mise en place et documentée et ses processus de travail doivent être contrôlés, en particulier en ce qui concerne les accès aux systèmes informatiques et aux données de base (Circ.-FINMA 08/24 « Surveillance et contrôle interne – banques » du 20 novembre 2008, Cm 81-82 et 95; anciennement Circ.-CFB 06/6 du 27 septembre 2006). Ce risque peut par ailleurs avoir également des implications importantes au niveau de la situation juridique et de la réputation de la banque.

(78) La doctrine considère également que le système informatique d'une banque doit être performant et sûr. Il représente un élément essentiel de l'organisation administrative de la banque. Un membre de la direction doit en être responsable. Le système doit être revu régulièrement et ses dysfonctionnements analysés et le cas échéant corrigés. Le rapport d'audit doit se prononcer sur l'organisation informatique. Si des tiers interviennent pour la mise en place et l'entretien du système informatique, la banque doit s'assurer de leurs compétences et conserver seule la maîtrise

du système et de ses accès (Lombardini, op. cit., p. 64, n° 79-80). Ainsi, afin de gérer correctement les risques liés à son activité au niveau de son secteur informatique, une banque doit en particulier définir les besoins et les risques liés à la confidentialité des données traitées et mettre en place une organisation et des contrôles permettant effectivement de garantir cette confidentialité, ceci de manière clairement documentée. A défaut, la banque ne remplit pas ses conditions d'autorisation et ne fournit pas la garantie d'une activité irréprochable.

B. Appréciation

1. Manquement à l'obligation de pleine garantie du secret bancaire en tant que condition d'autorisation et de garantie d'une activité irréprochable

(79) La banque a subi un très important vol de données (...). Ces données comprenaient notamment les noms des titulaires de (...) comptes, leurs adresses, dates de naissances, nationalités et numéros de comptes ainsi qu'au moins (...) données d'identification de personnes liées à ces comptes. Le voleur présumé a également soustrait au moins (...) comptes rendus de communications avec des clients. Ces données sont sans aucun doute soumises au secret bancaire. En effet, elles sont de nature à permettre à un tiers de connaître l'existence d'une relation entre la banque et un client particulier.

(80) A cela s'ajoute que le voleur présumé a également soustrait au moins (...) données de positions financières de clients et est parvenu à établir le lien entre les données d'identification des clients et ces données patrimoniales. Ces données, une fois couplées aux données d'identification des clients, sont également soumises au secret bancaire puisqu'elles permettent à un tiers de connaître la situation patrimoniale du client au sein de la banque et même dans certains cas d'établir un profil client.

(81) Ces données ont été rendues accessibles à des tiers (...).

(82) Certes, comme la banque l'a souligné dans le cadre de la présente procédure, ces atteintes sont selon toute vraisemblance le résultat d'une activité illégale d'un employé de la banque et, même en présence d'une organisation adéquate, on ne saurait totalement exclure qu'un employé indélicat emporte et révèle quelques données confidentielles. Néanmoins, il appartient à la banque de prendre des mesures organisationnelles permettant de garantir globalement le secret bancaire, même en présence d'éléments criminels internes. Dans l'éventualité d'un employé ayant la volonté de soustraire des données, ces mesures doivent non seulement en limiter les occasions, mais également garantir que l'étendue d'une éventuelle soustraction sera limitée au niveau de la quantité et de la qualité des données concernées. Ceci d'autant plus que généralement seul un vol de données d'une étendue significative est susceptible de présenter un intérêt pour son auteur.

(83) En l'espèce, compte tenu de la quantité très importante de données volées soumises au secret bancaire et de leur qualité, force est de constater que les mesures d'organisation de la banque n'étaient pas de nature à garantir pleinement le secret bancaire. De ce fait et compte tenu des conséquences négatives des données soustraites pour les clients, pour la banque et pour la réputation de la place financière suisse, ces atteintes au secret bancaire doivent être qualifiées de particulièrement graves. Dès lors, l'organisation de la banque ne satisfaisait pas aux conditions d'autorisation auxquelles elle était soumise et constitue une violation grave de la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB.

2. Violation de l'exigence d'organisation irréprochable du secteur informatique en tant que condition d'autorisation et de garantie d'une activité irréprochable

(84) Il ressort des différents rapports de l'audit interne et du consultant externe qu'en (...) l'organisation et la sécurité du système informa-

tique IT de la banque souffrait d'un grand nombre de faiblesses significatives. Celles-ci avaient été résumées par le consultant externe en quatre problématiques clés (...):

- une interprétation non uniforme de la réglementation suisse;
- une dissémination inappropriée des données personnelles confidentielles de clients;
- des mesures de protection des données insuffisantes;
- un contrôle des activités IT et des activités déléguées inadéquat.

(85) La banque a soutenu dans le cadre de la présente procédure que certaines recommandations du consultant externe allaient au-delà de ce qui était strictement nécessaire au regard de la loi et que les faiblesses y relatives ne pouvaient lui être reprochées. Cet argument est infondé. La loi ne détermine en effet pas elle-même les mesures de sécurité nécessaires mais impose aux établissements bancaires de définir et de mettre en place les mesures d'organisation adaptées à la couverture des risques de leur activité spécifique.

(86) Quoi qu'il en soit, (...), la considération de l'ensemble de ces faiblesses permet de constater que l'organisation informatique de la banque ne correspondait pas à une organisation informatique irréprochable selon les exigences légales et les règles de l'art (...). En effet, une organisation irréprochable du secteur informatique exigeait, au vu de l'activité de la banque, une définition uniforme et clairement documentée: des données confidentielles, de l'organisation des supports informatiques sur lesquels elles étaient conservées, des personnes qui en étaient responsables, des mesures de protection qui leur étaient applicables ainsi que des contrôles des processus de travail en matière IT.

(87) En l'espèce, le rapport du consultant externe a mis en évidence que la banque ne disposait pas en (...) d'une telle organisation. D'abord, la banque n'avait pas correctement défini quelles étaient les données sou-

mises au secret bancaire ou non. Ceci avait pour conséquence que certaines de ces données, considérées à tort comme non sensibles, notamment (...), avaient été disséminées dans divers systèmes informatiques peu sécurisés. L'architecture complexe de ces systèmes informatiques, leurs mesures de protection ainsi que les personnes responsables étaient également insuffisamment définies et documentées. Finalement, les contrôles des activités IT et des activités IT déléguées n'étaient pas clairement documentés ou étaient inadéquats.

(...)

(97) Au vu de ce qui précède, la FINMA a constaté que la banque ne disposait pas d'une organisation informatique irréprochable lui permettant de contrôler d'une manière adéquate les risques liés à son activité durant les années (...) à (...). Son organisation ne satisfaisait ainsi pas entièrement aux conditions d'autorisation exigées par les art. 3 de la LB et 9 al. 2 de l'OB et constituait une violation grave du droit de la surveillance. Il conviendra de s'assurer de la mise en place des mesures correctrices importantes annoncées par la banque dans les délais prévus par celle-ci.

(...)

Dispositif

4 Organisations- erfordernis, Informations- und Sorgfaltspflichten sowie öffentliche Werbung

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA
vom 15. Juli 2011**

Anforderungen an die Organisation einer Bank (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i.V.m. Art. 7 ff. BankV); Informations- und Sorgfaltspflichten des Effekthändlers (Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b BEHG); Vertriebstätigkeit nach KAG und aAFG; Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG).

1. Die Bank muss über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen. Sie hat hierzu die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeiten und das Verfahren bei der Bewilligung risikobehafteter Geschäfte in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln, ein zweckmässiges Weisungswesen zu erlassen und ein wirksames internes Kontrollsystem mit einer funktionierenden Compliance zu schaffen. Dies insbesondere mit Blick auf das von der Bank betriebene Kerngeschäft (Rz. 24–35).
2. Effekthändler und Banken mit Effekthändlerbewilligung haben gegenüber dem Kunden neben der Treuepflicht eine Informations- und Sorgfaltspflicht. Die Einhaltung der Informationspflicht gegenüber dem Kunden ist zu dokumentieren. Zu den Sorgfaltspflichten gehört die gründliche Evaluation der angebotenen Produkte sowie das Erstellen eines geeigneten Risikoprofils des Kunden, um die Anlagepolitik des Kunden festzulegen (Rz. 36–47).
3. Ausländische Fonds, die in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassen sind, dürfen bewilligungslos nur einem kleinen Personenkreis angeboten werden, ohne als öffentlich beworben zu gelten. Angebote an 27 Kunden sowie die Verwendung von Serienbriefen und Empfehlungslisten mit verschiedenen, in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassenen Fonds, entsprechen nicht einem kleinen Kreis von Personen und gehen damit über diese Beschränkung hinaus (Rz. 48–52).

Exigences en matière d'organisation d'une banque (art. 3 al. 2 let. a LB en lien avec les art. 7 ss OB); devoirs d'information et de diligence du négociant en valeurs mobilières (art. 11 al. 1 let. a et b LBVM); activité de distribution selon la LPCC et l'aLFP; décision en constatation (art. 32 LFINMA).

1. La banque doit disposer d'une organisation administrative correspondant à ses activités. Elle est tenue de fixer, dans un règlement ou dans des directives internes, les traits principaux de gestion des risques ainsi que les compétences et la procédure en matière d'octroi de l'autorisation d'effectuer des opérations à risques, d'édicter des directives adéquates et de mettre en place un système de contrôle interne efficace avec une *compliance* fonctionnant correctement, et ce, avant tout dans la perspective des activités principales de la banque (Cm 24-35).
2. Les négociants en valeurs mobilières et les banques au bénéfice d'une autorisation d'exercer en tant que négociant en valeurs mobilières ont envers leurs clients, outre un devoir de fidélité, un devoir d'information et un devoir de diligence. Le respect du devoir d'information vis-à-vis du client doit être documenté. Relèvent du devoir de diligence une évaluation approfondie des produits proposés ainsi que l'établissement d'un profil de risque correspondant au client et permettant de déterminer sa politique de placement (Cm 36-47).
3. Les fonds étrangers qui ne sont pas autorisés à la distribution en Suisse ne peuvent être proposés sans autorisation qu'à un petit cercle de personnes et sans qu'il en soit fait la promotion. Proposer des fonds qui ne sont pas autorisés à la distribution en Suisse à 27 clients et avoir recours à des lettres sérielles ainsi qu'à des listes de recommandation ne correspond pas à un petit cercle de personnes et outrepassé donc la limitation posée (Cm 48-52).

Esigenze in materia di organizzazione di una banca (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR in combinato disposto con l'art. 7 segg. OBCR); obblighi di informazione e obblighi di diligenza del commerciante di valori mobiliari (art. 11 cpv. 1 lett. a e b LBVM); attività di distribuzione ai sensi della LICol e vLFI; decisione di accertamento (art. 32 LFINMA).

1. La banca deve disporre di un'organizzazione proporzionata all'importanza degli affari. A tale scopo deve disciplinare in un regolamento o in direttive interne gli orientamenti di massima della gestione del rischio come pure le competenze e la procedura per l'approvazione di operazioni a rischio, emanare adeguate direttive e creare un efficace sistema di controllo interno munito di un efficiente servizio di *compliance*. Ciò deve tenere particolarmente conto del *core business* della banca (nm. 24-35).
2. I commercianti di valori mobiliari e le banche in possesso di un'autorizzazione a operare in qualità di commercianti di valori mobiliari sottostanno agli obblighi di lealtà, di informazione e di diligenza nei confronti dei clienti. Il rispetto dell'obbligo di informazione nei confronti del cliente deve essere documentato. Tra gli obblighi di diligenza rientra la valutazione approfondita dei prodotti offerti e l'elaborazione di un adeguato profilo di rischio del cliente, per definire la politica d'investimento di quest'ultimo (nm. 36-47).
3. I fondi esteri la cui distribuzione non è autorizzata in Svizzera possono essere distribuiti senza autorizzazione solo a una ristretta cerchia di persone, poiché ciò non è considerato appello al pubblico. Proporre fondi esteri non autorizzati alla distribuzione in Svizzera a 27 clienti e aver utilizzato lettere tipo ed elenchi di raccomandazioni eccede i limiti dell'offerta a una ristretta cerchia di persone e pertanto va considerato come appello al pubblico (nm. 48-52).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Hauptgeschäftstätigkeit der X._____ Bank liegt in der Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Finanzplanung für vorwiegend aus dem Ausland stammende private und institutionelle Kunden.

Die X._____ Bank verkaufte in den Jahren 2001 bis 2008 ihren Kunden den in der Schweiz nicht zugelassenen Fund A._____. Dabei handelte es sich um einen auf den British Virgin Islands registrierten Fund, dessen Investment Policy darin bestand, in andere Feeder Funds zu investieren. Daneben bewarb die X._____ Bank eine Vielzahl weiterer Funds, die in der Schweiz über keine Vertriebsgenehmigung verfügten. Die FINMA prüfte vor diesem Hintergrund, ob bei der X._____ Bank Organisationsmängel bestehen und allenfalls Informations- und Sorgfaltspflichten verletzt worden sind.

Aus den Erwägungen

(...)

B. Mangelhafte Organisation

1. Organisationserfordernis

(24) Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, dass die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreibt und über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i. V. m. Art. 7 ff. Bankenverordnung [BankV; SR 952.02] und Art. 4 der «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» [SBVg-Richtlinien] vom 16. April 2010). Dabei

sind die Funktionen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung zur Vermeidung von Missbrauchsrisiken und Interessenkonflikten zum Nachteil der Kunden wirksam zu trennen (Art. 9 Abs. 1 BankV). Sinngemäss finden die bankengesetzlichen Bestimmungen und deren Auslegung auch auf Effektenhändler Anwendung, da das Börsengesetz entsprechende Anforderungen enthält (Art. 10 Abs. 2 Bst. a und Abs. 3 BEHG).

(25) Zu einer angemessenen inneren Organisation gehört, dass ein Institut den sachgerechten Umgang mit Risiken sicherstellt. Die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeiten und das Verfahren über die Bewilligung risikobehafteter Geschäfte sind in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln. Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken müssen erfasst, begrenzt und überwacht werden (Art. 9 Abs. 2 BankV; Art. 19 Abs. 3 BEHV). Das Vermögensverwaltungsgeschäft und die Anlageberatung durch beaufsichtigte Institute können beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen, die durch geeignete Massnahmen zu minimieren sind. Dazu gehören insbesondere Weisungen über die Prozesse und die erlaubte Geschäftstätigkeit. Das Personal ist entsprechend zu schulen. Die Einhaltung solcher Weisungen ist auf sinnvolle Weise zu kontrollieren. Wenn nötig, ist das Geschäftsmodell anzupassen und auf die Tätigkeit in bestimmten Märkten zu verzichten.

(26) Sodann haben Banken durch geeignete Vorkehrungen und Kontrollen auf die Einhaltung der Gesetze und übrigen Vorschriften hinzuwirken (Compliance). Dazu gehört insbesondere ein zweckmässiges internes Weisungswesen mit klaren Aufgaben-, Kompetenz- und Verhaltensregeln. Die Leitungsorgane und die übrigen mit Compliance-Aufgaben betrauten Personen haben dafür zu sorgen, dass die von ihnen erlassenen Weisungen und Richtlinien umgesetzt und von sämtlichen Mitarbeitenden dauernd befolgt werden. Die Compliance-Funktion kann in Personalunion mit einer anderen internen Funktion, mit welcher keine

Interessenkonflikte bestehen, betrieben werden. Die Anforderungen an Compliance (sowohl im Sinn der Normeinhaltung als auch der Funktion) sind direkter Ausfluss des Organisationserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG und sind heute in Rz. 97 ff. des FINMA-RS 08/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» (vormals EBK-RS 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» bzw. EBK-RS 95/1 «Interne Revision»; vgl. daneben auch: «Richtlinien zur internen Kontrolle» der Schweizerischen Bankiervereinigung vom Juni 2002) konkretisiert.

(27) Ferner haben Banken nach Art. 9 Abs. 4 BankV für ein wirksames internes Kontrollsystem zu sorgen. Unter dem Begriff IKS oder interne Kontrolle werden alle vom VR, der GL und den übrigen Führungsverantwortlichen angeordneten Vorgänge, Methoden und Massnahmen verstanden, die dazu dienen, einen ordnungsgemässen Ablauf des betrieblichen Geschehens sicherzustellen. Die Anforderungen an das interne Kontrollsystem sind in Rz. 2 und 9 f. des FINMA-RS 08/24 konkretisiert.

2. Organisatorische Mängel

a. Unzweckmässiges Weisungswesen

(28) Die Vermögensverwaltung und die Anlageberatung gehören zu den Haupttätigkeiten der X._____ Bank. Bereits aus diesem Grund ist von ihr zu erwarten, dass sie in diesen Bereichen angemessene Vorkehrungen zur Einhaltung der Gesetze und der übrigen Vorschriften trifft. Dies bedingt u.a. ein zweckmässiges, dem Geschäftsmodell angepasstes Weisungswesen.

(29) Der für die Beratungstätigkeit für Beratungskunden einzuhaltende Anlageprozess war in keiner Weisung dokumentiert, und die Vornahme von Anlagen und Veräusserungen lag in der alleinigen Verantwortung der einzelnen Kundenberater. Manche Kundenberater kannten und verstanden die Wirkungsweise der den Kunden empfohlenen Anlageprodukte und die damit verbundenen Risiken kaum. Da die von der Bank als Vertragspart-

nerin erbrachte Anlageberatung praktisch ausschliesslich vom Fachwissen und der Erfahrung der Kundenberater abhing, konnte sie nicht gewährleisten, dass die gegenüber den Kunden geäusserten Empfehlungen, wie vertraglich geschuldet, auf fundierten Abklärungen und zutreffenden Einschätzungen fussten. So war insbesondere nicht ausreichend sichergestellt, dass die Empfehlungen der Bank mit der vom Kunden erfragten Risikobereitschaft und Risikofähigkeit kompatibel waren. Weiter stellte sich heraus, dass die Risikoaufklärung bei Kunden verschiedentlich unterblieben war (vgl. Rz. (40)). Zudem fehlten Weisungen (...) zum Umgang mit den Beratungskunden, und die Kundenberater erhielten aufgrund einer unklaren Kompetenzregelung oft widersprüchliche Vorgaben durch (...) und den Branch Manager (...). Im Zeitpunkt des Verkaufs von A._____ wurden den Kundenberatern auch keine Vorgaben hinsichtlich der Produktauswahl gemacht. Ferner befanden sich auf der «Exchange Traded Fund List» von 87 Produkten deren 81 ohne Vertriebsgenehmigung für die Schweiz. Diese Restriktion war der Liste weder zu entnehmen, noch waren sie den Kundenberatern geläufig. Die Überwachungs- und Überprüfungsprozesse betreffend den Erwerb von Anlageinstrumenten für Kundendepots waren ebenso wenig in einer Weisung dokumentiert. Die Vornahme von Überprüfungen stand im Ermessen der Kundenberater. Vorgaben der Bank bezüglich Umfang, Periodizität und Dokumentation bestanden nicht. Vor diesem Hintergrund war die nahezu umfassende Eigenverantwortung der Kundenberater hinsichtlich der Anlageberatungstätigkeit und der diesbezüglichen Überprüfungen bzw. das Fehlen ausreichender organisatorischer Vorkehrungen zur Sicherstellung einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Qualität des Anlageberatungsgeschäfts nicht vertretbar.

b. Mangelhafte Compliance

(30) Der X._____ Bank ist sodann vorzuwerfen, dass sowohl die Linienvorgesetzten der Kundenberater als auch die Compliance-Stelle die konsequente Verwendung der Subscription Agreements und des Formulars «(...)» sowie die lückenlose Erstellung eines Kundenrisikoprofils

weder ausreichend überwacht noch durchgesetzt haben. Aufgrund dessen ist die Bank in zahlreichen Fällen nicht in der Lage, einen Nachweis für die Erfüllung ihrer Pflichten zu erbringen, wodurch sie sich Rechts- und anderen Risiken aussetzt. Dass die lückenhafte Dokumentation teilweise auf eine mangelhafte Kompetenzabgrenzung zwischen dem Head of Private Banking und dem Branch Manager (...) zurückzuführen ist, ändert daran nichts und deutet lediglich auf weitere organisatorische Mängel hin. Ferner war die Compliance-Funktion, als 2005 eine dem Thema dedizierte Stelle geschaffen wurde, gemessen an den für die ganze Bank zu bewältigenden Aufgaben mit 60 Stellenprozenten klar unterbesetzt.

c. Mangelhafte Dokumentenablage

(31) Es ist zu bemängeln, dass vor 2005 unterschiedliche Dokumentationsstandards in (...) und (...) bestanden und die Dokumentenablage der einzelnen Kundendossiers unübersichtlich strukturiert und nicht einheitlich war und ist, wodurch die Einhaltung formeller Vorgaben zusätzlich erschwert wurde und bleibt.

d. Ungenügendes Fachwissen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapitalanlagen

(32) Die X._____ Bank verkaufte zahlreichen Beratungskunden Anteile in A._____, wobei sie die quantitative Restriktion für den bewilligungsfreien Vertrieb von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapitalanlagen bei ihren Entscheid- und Überwachungsabläufen nicht berücksichtigte (vgl. (49) ff.). Daraus ergibt sich, dass die Anzahl Kunden, für die die Bank Anteile in A._____ und andere ausländische, in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene Fonds kaufte, beliebig war und sie die betroffenen Anlageprodukte nicht bewusst, wie gesetzlich noch erlaubt (vgl. Rz. (51) f.), bei einer geringen Anzahl Kunden platzierte. (...).

(33) Die Tatsache, dass die regulatorischen Vorgaben betreffend den bewilligungsfreien Vertrieb von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapital-

anlagen in keiner Weise in die Entscheid- und Überwachungsabläufe der X._____ Bank eingeflossen sind, stellt für sich allein schon ein schweres Organisationsversagen und einen Verstoss gegen Art. 12 Abs. 4 Kollektiv-anlagenverordnung (KKV; SR 951.311) dar. Aufgrund der Verletzung von regulatorischen Vorschriften ergaben sich denn auch beachtliche Rechts- und Reputationsrisiken. Umso gravierender erscheint vor diesem Hintergrund, dass es die Bank bei zahlreichen Execution-only- und Beratungskunden unterliess, ihre Pflichten gemäss Art. 11 BEHG sowie weitere sich bei einer Empfehlung seitens der Bank ergebenden auftragsrechtlichen Pflichten zu erfüllen (vgl. Rz. (40), (43) ff.).

e. Mangelhafte Wirksamkeit des internen Kontrollsystems

(34) Über lange Zeit waren sich weder die Geschäftsleitung noch das Back Office der schweren Mängel in der Anlageberatung bewusst. Namentlich zu nennen sind insbesondere die unsorgfältige Auswahl des Anlageprodukts A._____ und die diesbezügliche ungenügende Dokumentation, die Unzweckmässigkeit der Überprüfung des Funds unter Performancegesichtspunkten, die ungenügende Risikoaufklärung der Kunden gemäss Börsengesetz, die Nichteinhaltung des Grundsatzes der Diversifikation bei Vermögensverwaltungskunden (vgl. Rz. (45)), die unzureichenden, lückenhaften Abklärungen bezüglich Risikoappetit und -fähigkeit der Kunden, die unzulässige Vertriebstätigkeit gemäss AFG und KAG sowie die mangelhafte Compliance. Dies war nur aufgrund teils gänzlich fehlender, teils ungenügend ausgeprägter bzw. nicht durchgesetzter Kontrollprozesse durch die GL und die übrigen Führungsverantwortlichen möglich. Demzufolge war das interne Kontrollsystem der X._____ Bank in diesen Bereichen mangelhaft.

3. Fazit

(35) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Geschäftsfeld der Anlageberatung getroffenen organisatorischen Vorkehren zur Einhaltung der Gesetze und übrigen Vorschriften insgesamt ungenügend waren.

Daneben war das Weisungswesen in diesem Bereich unzweckmässig, die Dokumentenablage mangelhaft und das Fachwissen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Funds sowie das interne Kontrollsystem ungenügend. Hinsichtlich des Organisationserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG hat die X. _____ Bank damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Erschwerend tritt hinzu, dass die festgestellten Mängel über eine lange Zeitperiode hinweg Bestand hatten.

C. Verletzung der Informations- und Sorgfaltspflicht

1. Allgemeines

(36) Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts finden auf den zwischen dem Vermögensverwalter und dem Kunden abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag sowie auf den zwischen einer Bank und dem Kunden abgeschlossenen Beratungsvertrag die Regeln des Auftrags Anwendung (vgl. BGE 132 III 460 E. 4.1, BGE 131 III 377 E. 4.1, BGE 124 III 155 E. 2b, BGE 119 II 333 E. 5, BGE 115 II 62 E. 1, Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2006 4C.394/2005 E. 2.3). Für Effektenhändler und Banken mit Effektenhändlerbewilligung gilt auch nach Massgabe von Art. 11 Abs. 1 BEHG eine Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht. Mit der aufsichtsrechtlichen Komponente dieser Norm werden die Effektenhändler direkt verpflichtet, sich so zu organisieren, dass sie dauerhaft ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden nachkommen können und dem auch nachleben (EBK-Bulletin 2008/51, S. 87 ff., S. 36 ff.).

(37) Verhaltensregeln sind auch in zwei Regelwerken der Selbstregulierung festgehalten, die von der EBK bzw. FINMA als Minimalstandards für verbindlich erklärt worden sind: Einmal die «Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhändlergeschäftes» (SBVg-Verhaltensregeln) vom 22. Oktober 2008 (vgl. FINMA-RS 08/10

«Selbstregulierung als Mindeststandard, Anhang I Rz. 11; vormals EBK-RS 04/2 vom 21. April 2004, Anhang I, Ziff. 2 [SBVg-Verhaltensregel vom 4. Februar 1997] bzw. EBK-RS 96/3 vom 18. Dezember 2002, Anhang, Ziff. 7 [SBVg-Verhaltensregel vom 4. Februar 1997]) sowie die «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» (SBVg-Richtlinien) vom 16. April 2010 (FINMA-RS 08/10, Anhang I, Ziff. 14; vormals EBK-RS 04/2 vom 21. April 2004, Anhang I, Ziff. 9 [SBVg-Richtlinie vom 21. Dezember 2005] bzw. EBK-RS 96/3 vom 18. Dezember 2002, Anhang, Ziff. 9 [SBVg-Richtlinie vom 24. Juli 2000]). Ob die heute geltenden und vorliegend für die FINMA noch verbindlichen Regeln im Lichte der zunehmenden Komplexität und des Informationsgefälles zwischen Anbietern auf der einen und Kunden auf der anderen Seite überhaupt noch sachgerecht sind, kann hier offenbleiben (vgl. aber das im Oktober 2010 veröffentlichte Diskussionspapier «FINMA-Vertriebsbericht 2010», www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf).

(38) Die Anteile in A._____ wurden von den Kunden der X._____ Bank in den Jahren 2001 bis 2008 gezeichnet. Demzufolge kommen vorliegend beide Fassungen der SBVg-Verhaltensregeln vom 4. Februar 1997 und vom 22. Oktober 2008 («SBVg-Verhaltensregeln 1997» resp. «SBVg-Verhaltensregeln 2008») zur Anwendung. Die hinsichtlich des konkret zu beurteilenden Falls anwendbaren Bestimmungen unterscheiden sich jedoch nicht voneinander. Hinsichtlich der SBVg-Richtlinien kommen die Fassungen vom 24. Juli 2000 und 21. Dezember 2005 zur Anwendung. Die konkret anwendbaren Bestimmungen sind auch in diesem Fall praktisch identisch. Erteilt ein Kunde einem Effektenhändler einen Vermögensverwaltungsauftrag im Sinne der Richtlinien, wird dieser ermächtigt, alle Handlungen auszuführen, die er im Rahmen der üblichen bankmässigen Vermögensverwaltung als zweckmässig erachtet.

2. Informationspflicht

(39) Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG verpflichtet jeden Effektenhändler, seine Kunden zu informieren und insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen. Das Ausmass der Informationspflicht richtet sich nach der Geschäftserfahrenheit und den fachlichen Kenntnissen des Kunden (Art. 11 Abs. 2 BEHG, Art. 3 Abs. 2 und 3 und N 12 SBVg-Verhaltensregeln 1997, Art. 3 Abs. 2 und 3 SBVg-Verhaltensregeln 2008). Soweit Geschäftsarten betroffen sind, deren Risikopotential über das für Kauf, Verkauf und Halten von Effekten übliche Mass hinausgeht, kann der einzelne Effektenhändler gemäss geltender Gerichtspraxis seine Informationspflicht standardisiert (in der Regel durch Risikoinformationsschriften) oder individualisiert wahrnehmen (Art. 3 Abs. 4, Art. 4, N 9 und 11 SBVg-Verhaltensregeln 1997 bzw. Art. 3 Abs. 4, Art. 4, N 5 und 10 SBVg-Verhaltensregeln 2008). Die Informationspflicht nach Art. 11 BEHG beinhaltet grundsätzlich auch die Verpflichtung des Effektenhändlers und dessen Mitarbeitenden, die Erfüllung der Informationspflicht gegenüber dem Kunden zu dokumentieren (SBVg-Verhaltensregeln 1997 N 11 bzw. SBVg-Verhaltensregeln 2008 N 10).

(40) Zur Erfüllung ihrer Informationspflicht in Bezug auf A._____ händigte die X._____ Bank bis im März 2005 ihren Kunden eine englische Übersetzung der Broschüre der SBVg «Besondere Risiken im Effektenhandel» («Broschüre») als Beilage zum Subscription Form aus. Die Subscription Forms fehlen bei 22 Portfolien vollständig. Demnach kann die Bank in diesen Fällen die Wahrnehmung ihrer Informationspflicht in standardisierter Form nicht nachweisen. Für die Wahrnehmung der Informationspflicht in individualisierter Form gibt es keine Hinweise. Die Bank macht dies auch nicht geltend. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Bank die Kunden in diesen Fällen nicht über die Risiken informiert und damit ihre Informationspflicht nicht erfüllt hat. Bei teilweise fehlenden Subscription Forms hat die Bank dann ihre Informationspflicht ungenügend wahrgenommen, wenn sie im Einzelfall eine erneute Infor-

mation des Kunden über die Risiken hätte vornehmen müssen. Weiter erfolgte in mindestens sieben Fällen die Zusendung der Broschüre erst nach erfolgter Zeichnung der Kunden und somit verspätet. Auch in diesen Fällen hat die Bank ihre Informationspflicht verletzt.

(41) Auf dem Subscription Form wurde das Risiko von Geschäften mit Hebelwirkung nicht näher erläutert und auch das Gegenparteirisiko nicht explizit erwähnt. Das Subscription Form enthielt zwar ausdrücklich den Hinweis, dass der Fund (...), in welchen A._____ hauptsächlich investierte, «is deposited (...) and not with a major international bank [...]», und gemäss den Private Placement Memoranden von 2001 und 2007 führte der Fund (...) Konten bei der Privatperson B._____, wobei letztere die Anlageentscheide traf. Dennoch wäre von der X._____ Bank zu erwarten gewesen, dass sie die Kunden ausdrücklich auf das Gegenparteirisiko hinweist.

(42) Die X._____ Bank ist somit ihrer Informationspflicht gemäss Art. 11 BEHG wiederholt nicht nachgekommen und hat damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

3. Sorgfaltspflichten

(43) Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG hat ein Effekthändler gegenüber seinen Kunden Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Bei Vorliegen von Vermögensverwaltungsaufträgen ist ein Effekthändler zudem verpflichtet, die ins Depot des Kunden aufzunehmenden Anlagen mit Sorgfalt auszuwählen (Art. 7 SBVg-Richtlinien). Der Effekthändler hat weiter dafür zu sorgen, dass der ihm erteilte Vermögensverwaltungsauftrag durch die zuständigen Mitarbeiter im Rahmen der jeweils gewählten Anlagepolitik sowie gemäss den allfälligen internen Weisungen ausgeübt wird (Art. 3 SBVg-Richtlinien). Zu den Pflichten eines Effekthändlers gehört es des Weiteren, mit dem Vermögensverwaltungskunden im direkten Kontakt dessen Anlageziele zu erörtern und festzuhalten (Art. 1 SBVg-Richtlinien).

Diese Grundsätze gelten sinngemäss auch bezüglich der Sorgfaltspflicht bei der Anlageberatung (vgl. P. Christoph Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 57 f.). Ferner sind Vermögensverwaltungsaufträge in schriftlicher Form zu erteilen (Art. 2 SBVg-Richtlinie).

(44) Die Unterlagen, die dem Investment Management über das Anlageprodukt A._____ zur Verfügung standen, um dieses und damit dessen Risiken richtig einschätzen zu können, sind rudimentär. Die Due Diligence der X._____ Bank stützte sich lediglich auf allgemeine Informationen in Bezug auf A._____, (sowie andere Feeder Funds, in die A._____ investierte). Die hinzugezogenen Dokumente gaben aber nur ungenügend Auskunft über A._____ und ermöglichten es nicht, das Produkt zu verstehen. Zudem hatte die X._____ Bank die Anlagestrategie von A._____ nicht evaluiert. Die X._____ Bank unterliess es somit, sich über die Beschaffenheit des Produkts A._____ und dessen Risiken hinreichend zu informieren. Umso gravierender und mit der Sorgfaltspflicht nicht vereinbar ist die Tatsache, dass die Bank den Fund in den Folgejahren lediglich unter Performancegesichtspunkten überprüfte.

(45) A._____ war zudem keine in beschränktem Volumen pro Kundendepot zulässige nicht-traditionelle Anlage im Sinn der SBVg-Richtlinie: Er investierte in Feeder Funds (...), war weder nach dem Fund of Funds-Prinzip strukturiert, noch bot er sonst wie für eine gleichwertige Diversifikation Gewähr oder wäre er leicht handelbar gewesen.

(46) Weiter hat die X._____ Bank bei den wenigsten Kunden Risikoprofile erstellt. Das zur Verfügung stehende Tool (...) verwendete sie kaum. Auch das Formular «(...)», mit welchem zumindest grundlegende Daten betreffend die Kunden hätten ermittelt werden können, wurde in mehr als der Hälfte der geprüften Fälle nicht verwendet. Die X._____ Bank hat es in diesen Fällen unterlassen, die Anlagepolitik

für die Kunden gestützt auf fundierte Abklärungen festzulegen. Aufgrund des Untersuchungsberichts ist zudem darauf zu schliessen, dass die Kundenberater wiederholt A._____ empfohlen, ohne vorgängig ein Kunden- und Risikoprofil zu erstellen und die hierzu notwendigen Erkundigungen einzuholen. Da diese Angaben für eine fachmännische Beratung jedoch erforderlich sind, erfolgten die Empfehlungen der Kundenberater aufs Geratewohl und darüber hinaus häufig, ohne die Kunden über die mit der Investition einhergehenden Risiken zu informieren (vgl. Rz. (40)). Zudem hat sich die Bank bei der Empfehlung von A._____ an Kunden vor allem von der Aussicht auf Retrozessionen leiten lassen und aus diesem Grund den Verkauf des Fonds forciert. Dieses Verhalten, das die Kundeninteressen und -wünsche unberücksichtigt lässt, stellt eine schwere Verletzung der der Bank obliegenden Sorgfaltspflichten dar.

(47) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die X._____ Bank bei der Auswahl, beim Andienen und beim Erwerb des Anlageprodukts A._____ für ihre Vermögensverwaltungs- und Beratungskunden gegen ihre Sorgfaltspflicht verstossen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.

D. Vertriebstätigkeit gemäss AFG und KAG

1. Allgemeines

(48) Die Anteile in A._____ wurden von den Kunden der X._____ Bank in den Jahren 2001 bis 2008 gezeichnet. Hinsichtlich der Vertriebstätigkeit der X._____ Bank in Bezug auf diesen Fund kommen bis am 31. Dezember 2006 das Anlagefondsgesetz (AFG; AS 1994 2523, 2000 2355 Anhang Ziff. 27, 2004 1985 Anhang Ziff. II 4, 2006 2197) und ab dem 1. Januar 2007 das Kollektivanlagengesetz (KAG; SR 951.31) zur Anwendung.

2. Vertriebstätigkeit gemäss AFG

(49) Gemäss Art. 22 Abs. 1 AFG bedarf einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde, wer gewerbsmässig Anteile von in- und/oder ausländischen Anlagefonds anbietet oder vertreibt, ohne der Fondsleitung oder der Depotbank anzugehören, mithin Vertriebstäger ist. Von dieser Bewilligungspflicht ausgenommen sind u.a. Banken und Effektenhändler im Sinne des Bankengesetzes bzw. des Börsengesetzes (Art. 23 der Anlagefondsverordnung [AFV; AS 1994 2547, 1997 85 Art. 57 Ziff. 2 2255 2779 II 64, 2000 2713, 2004 2073 3535, 2006 5427]). Gestützt auf die Bankbewilligung ist eine Bank ermächtigt, wie ein bewilligter Vertriebstäger Anteile von schweizerischen und ausländischen Anlagefonds, die von der EBK in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen sind, gewerbsmässig anzubieten und zu vertreiben. Ausländische Anlagefonds, die in oder von der Schweiz aus gewerbsmässig angeboten oder vertrieben werden, bedürfen einer Bewilligung (Art. 45 Abs. 1 AFG). Gemäss Art. 1a AFV gilt als gewerbsmässiges Anbieten oder Vertreiben im Sinne von Art. 22 AFG, wenn öffentlich für die Anlagefonds geworben wird. Öffentlich ist nach Art. 2 Abs. 2 AFG jede Werbung, die sich nicht bloss an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richtet, wobei die bestehende Kundenschaft eines Unternehmens nicht von vornherein als eng umschriebener Personenkreis gilt. Öffentliche Werbung beinhaltet somit ein quantitatives und ein qualitatives Element (BBl 1993 I 261, EBK-RS 03/1 «Öffentliche Werbung/Anlagefonds» Rz. 9 und Rz. 10 i.V.m. Rz. 16).

3. Vertriebstätigkeit gemäss KAG

(50) Gemäss Art. 19 Abs. 1 KAG bedarf einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde, wer öffentlich Anteile einer kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertreibt. Von dieser Bewilligungspflicht ausgenommen sind u.a. Banken und Effektenhändler im Sinne des Bankengesetzes bzw. des Börsengesetzes (Art. 8 Abs. 1 KKV). Gestützt auf die Bankenbewilligung sind Banken wie Vertriebstäger ermächtigt, Anteile von schweizerischen und ausländischen kollektiven Kapitalanlagen, die von der Aufsichts-

behörde in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen sind, öffentlich anzubieten und zu vertreiben. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, für die in oder von der Schweiz aus öffentlich geworben wird, sind, unabhängig von ihrer Rechtsform, den einschlägigen Bestimmungen des KAG (Art. 119 ff.) unterstellt (Art. 2 Abs. 4 KAG). Werden ausländische kollektive Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus öffentlich vertrieben, so bedürfen deren massgebenden Dokumente wie Verkaufsprospekt, Statuten oder Fondsvertrag der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Art. 120 Abs. 1 KAG). Als öffentliche Werbung im Sinne des KAG gilt jede Werbung, die sich an das Publikum richtet. Die Werbung gilt nicht als öffentlich, wenn sie sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG richtet (Art. 3 KAG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 Bst. e und f KAG, EBK-RS 03/1 Rz. 10 ff.). Daneben verbleibt im Rahmen des Begriffs «Publikum» ein zusätzlicher, beschränkter Raum für nicht öffentliches Handeln. Richtet sich das Angebot bzw. die Werbung an einen eng umschriebenen Personenkreis, liegt keine Öffentlichkeit bzw. kein «Publikum» im Sinne von Art. 3 Satz 1 KAG vor. Der Kreis der Beworbenen kann dabei entweder qualitativ oder quantitativ beschränkt sein, wobei jeweils die Umstände des konkreten Einzelfalls den Ausschlag geben (Urteile des Bundesgerichts vom 10. Februar 2011 2C_89/2010, 2C_106/2010 E. 5.3.2 und 2C_91/2010, 2C_92/2010 E. 5.2.3).

4. Beurteilung

(51) Bei A._____ handelt es sich um einen ausländischen Fund, der in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassen ist. Demzufolge ist Werbung für diesen Fund, die sich an die Öffentlichkeit richtet, unzulässig. Die X._____ Bank hat nachweislich bezüglich 27 Portfolien Werbung für A._____ betrieben. In mehreren Fällen blieben die Verkaufsbemühungen erfolglos. Daneben hat sie einen Serienbrief für die Werbung eingesetzt. Zudem ist aufgrund von Hinweisen naheliegend, dass die Bank bei über 40 weiteren Kunden Werbung für A._____ gemacht hat. Ferner hat die Bank, teilweise ebenfalls mittels Serienbrief, für andere in

der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene ausländische Fonds Werbung betrieben. Schliesslich befinden sich 81 in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene Fonds auf einer Empfehlungsliste für Beratungskunden, wozu die Bank selber einräumt, dass Kundenberater den fünf per Ende 2008 verbliebenen Beratungskunden Investitionen in A._____ vorgeschlagen haben.

(52) Aufgrund der Tatsache, dass die Bank die quantitative Einschränkung beim Vertrieb von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapitalanlagen infolge organisatorischer Mängel nicht beachtet hat (vgl. Rz. (32)), kann im Einzelnen offenbleiben, in wie vielen Fällen pro Geschäftsjahr sie Werbung für die erwähnten Fonds betrieben hat. Eine Gesamtbetrachtung der in Rz. (51) dargelegten Umstände lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Bank gegenüber einer hohen, potenziell unbeschränkten Anzahl Kunden, und damit öffentlich, Werbung für A._____ und andere ausländische, in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene Fonds betrieben hat. Es ist deshalb festzuhalten, dass die X._____ Bank mit ihrem Verhalten gegen Art. 45 AFG und Art. 120 KAG verstossen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.

E. Massnahmen

(53) Gemäss Art. 37 FINMAG entzieht die FINMA einem Beaufsichtigten die Bewilligung, wenn er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat. Gemäss Art. 31 FINMAG sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter Bestimmungen des FINMAG oder der Finanzmarktgesetze verletzt oder sonstige Missstände bestehen. Falls das Verfahren ergibt, dass zwar aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt worden sind, jedoch keine Massnahmen zu deren Beseitigung angeordnet werden

müssen, kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG).

(54) Die X._____ Bank räumt selber ein, dass diverse Mängel bestanden. Sie führt aber an, dass sie eine Reihe organisatorischer Massnahmen initiiert hat, die teilweise abgeschlossen und teilweise noch in Umsetzung begriffen sind. Beispielsweise hat sie eine «Investment Policy» und zwei dazugehörige Richtlinien, (...), erlassen. Weiter besteht ein Konzept zur Verbesserung der Organisation und der Prozesse (...). Ferner hat die Bank durch Einführung einer neuen Struktur die Funktionentrennung gestärkt. Neu führt der COO nur noch die Bereiche Human Resources, Legal und Treasury direkt. Sämtliche Front-Bereiche werden durch den Head Wealthmanagement geführt, wobei die Funktion des Branch Managers (...) abgeschafft worden ist. Zudem wurden die Risiko- und Compliance-Aufgaben unter einer neuen Einheit zentralisiert, die durch den CRO als GL-Mitglied geführt wird. Die mit den Vorkommnissen betreffend A._____ in engem Zusammenhang stehenden Personen wie z.B. der damalige COO (...), die damaligen Head of Private Banking und der Branch Manager (...) haben die Bank verlassen. Aufgrund dessen sind weitergehende personelle Massnahmen nicht angezeigt. Für ein Berufsverbot (vgl. Art. 33 FINMAG) bestünde aufgrund des Rückwirkungsverbots ohnehin kein Raum.

(55) In einem ihrer monatlich zu erstellenden Berichte, dem Bericht vom 19. April 2011, hielt die Prüfgesellschaft der Bank fest, dass mit Ausnahme der fehlenden «(...)» und Risikoprofile sowie der unübersichtlich und nicht einheitlich strukturierten Dokumentenablage im (...) sämtliche Mängel gemäss Untersuchungsbericht behoben sind (...). Die Bank teilte der FINMA am 8. Juni 2011 mit, dass bei 43.8% der Kunden, die ein Risikoprofil benötigen, ein solches erstellt wurde, wobei deren Vermögen 80% des Kundenvermögens ausmache. Standard Background Reports seien erst bei 9.7% der Kunden gemacht worden (p. A1 822).

(56) Die Verfehlungen und Versäumnisse der Bank wiegen schwer. Indessen rechtfertigt es sich im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips, der von der Bank in der Zwischenzeit unternommenen Anstrengungen zur Regularisierung der Organisation sowie der veränderten personellen Situation im konkreten Fall gerade noch, von einem Bewilligungsentzug und damit einhergehend der Anordnung der Liquidation nach Art. 23^{quinquies} BankG abzusehen. Generell scheinen die zahlreichen bereits umgesetzten und die noch umzusetzenden Massnahmen geeignet, eine nachhaltige Verbesserung der Organisationsstruktur herbeizuführen. Es ist von der X._____ Bank zu verlangen, dass sie die noch offenen Punkte innert kurzer Frist umsetzt und die nötigen Bereinigungen in den Kundendossiers abschliesst. Die FINMA wird die Behebung dieser Mängel kontrollieren. Vor diesem Hintergrund ist es im heutigen Zeitpunkt nicht angezeigt, weitere Massnahmen im Sinne von Art. 31 und 33 ff. FINMAG anzuordnen. Daran ändert indes nichts, dass die X._____ Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, was in einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG festzuhalten ist. Zudem ist der Bank für den Wiederholungsfall der Bewilligungsentzug anzudrohen.

(57) Die FINMA wird prüfen, ob und gegen wen wegen wiederholten Verstosses gegen die Strafbestimmungen des Kollektivanlagengesetzes (Art. 148 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 KAG) Strafanzeige zu erstatten ist.

(...)

Dispositiv

5 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger

**DÉCISION de l'Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers FINMA du 8 juin 2010**

Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger (art. 37g al. 1 LB; art. 166 à 175 LDIP); demandes de reconnaissance concurrentes émanant d'une part de l'Etat du siège statutaire d'une banque et d'autre part de l'Etat où celle-ci a son siège effectif (art. 37g al. 2 LB).

En cas de demandes concurrentes, il convient en principe de reconnaître la décision émanant de l'Etat où la banque a son siège statutaire. La FINMA ne reconnaît qu'à titre exceptionnel les décisions de faillite et les mesures applicables en cas d'insolvabilité formulées dans l'Etat où la banque a son siège effectif (Cm 60-73).

Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen (Art. 37g Abs. 1 BankG; Art. 166–175 IPRG); Konkurrierende Anerkennungsgesuche aus dem statutarischen Sitzstaat einer Bank einerseits sowie dem Staat mit tatsächlichem Sitz der Bank andererseits (Art. 37g Abs. 2 BankG).

Bei konkurrierenden Gesuchen ist grundsätzlich die im Staat des statutarischen Sitzes der Bank ergangene Entscheidung anzuerkennen. Ausländische Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen, welche im Staat des tatsächlichen Sitzes der Bank ausgesprochen wurden, anerkennt die FINMA nur ausnahmsweise (Rz. 60–73).

Riconoscimento di decreti di fallimento e di misure esteri (art. 37g cpv. 1 LBCR; art. 166-175 LDIP); domande di riconoscimento concomitanti emanate nello Stato della sede statutaria di una banca da un lato, e nello Stato con sede effettiva della banca dall'altro (art. 37g cpv. 2 LBCR).

Nel caso di domande concomitanti deve essere riconosciuta, in linea di massima, la decisione emanata nello Stato della sede statutaria della banca. La FINMA riconosce solo in casi eccezionali i decreti di fallimento e le misure di insolvenza esteri emanati nello Stato della sede effettiva della banca (nm. 60-73).

Résumé des faits

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a été saisie, en date des 19 et 28 mai 2009, de deux requêtes en reconnaissance de faillite étrangère portant sur l'établissement X._____, dont l'actionnaire unique est Y._____.

Par requête du 19 mai 2009 déposée par devant la FINMA, A._____, appointé *receiver* de X._____ par les autorités américaines, a sollicité l'exequatur de la décision émanant de la Cour de district du Nord Texas et datée du 16 février 2009. Par pli daté du 28 mai 2009, le conseil du *receiver* A._____ a expliqué qu'il sollicitait également l'exequatur de la décision à la même cour du 12 mars 2009.

Les copies certifiées conformes et apostillées des décisions précitées ont été versées au dossier, de même qu'un « certificate of effectiveness » signé par un avocat pratiquant au barreau du Texas et visant à démontrer le caractère exécutoire des deux décisions, accompagné d'une copie de l'art. 62 du code de procédure civil fédéral américain (« Rules of civil procedure »).

Par requête du 27 mai 2009 déposée par devant l'Autorité de céans, B._____ et C._____, appointés liquidateurs de X._____ par les autorités d'Antigua et Barbuda, ont sollicité l'exequatur de la décision de la Haute Cour d'Antigua et Barbuda du 17 avril 2009. Les liquidateurs B._____ et C._____ ont déposé une demande de reconnaissance en date du 28 mai 2009.

L'original de la décision précitée, munie de l'apostille de La Haye, a été déposé au dossier, de même qu'un extrait du droit de procédure applicable et un affidavit visant à démontrer le caractère exécutoire de la décision ainsi que l'absence d'effet suspensif d'un éventuel appel.

Y._____ était à la tête d'un groupe comptant environ une centaine d'unités qu'il contrôlait directement et indirectement (ci-après le « Groupe X._____ »). Le Groupe X._____ était actif dans treize Etats américains, au Canada et une dizaine de pays d'Europe et d'Amérique du Sud. Il offrait une large palette de services financiers et bancaires.

X._____, bien que formellement domiciliée à Antigua et Barbuda, était de fait administrée aux Etats-Unis et ne pratiquait aucune activité dans l'Etat de son siège d'incorporation. Ses services bancaires étaient vendus par des entités sises aux Etats-Unis et ses revenus, immédiatement ventilés vers d'autres juridictions qu'Antigua et Barbuda.

Pour le *receiver* A._____, X._____ n'était qu'une façade destinée à mettre en confiance les investisseurs pour mieux les voler. X._____ aurait son siège effectif aux Etats-Unis. Ces affirmations sont contestées par les liquidateurs nommés par la juridiction d'Antigua et Barbuda qui expliquent, en substance, que des prestations bancaires étaient bien offertes depuis Antigua et Barbuda, lieu où les relations clientèle étaient créées, documentées et assurées. X._____ comptait ainsi pas moins de 80 collaborateurs à Antigua.

X._____ disposait de plusieurs comptes ouverts en Suisse, représentant plusieurs millions de francs.

Extrait des considérants

(...)

I. Compétence

(36) Selon l'art. 37g al. 1 de la loi sur les banques (LB; RS 852.0), la FINMA est la seule autorité compétente pour prononcer la reconnaissance d'une mesure d'insolvabilité prononcée à l'encontre d'une banque sise à l'étranger.

(37) **Banque à l'étranger.** La notion de banque étrangère est définie à l'art. 1 al. 1 de l'ordonnance FINMA sur les banques étrangères (OBE-

FINMA; RS 952.111). Selon cette disposition est une banque étrangère : (i) toute entreprise organisée selon le droit étranger et qui dispose à l'étranger de l'autorisation d'exercer une activité bancaire, (ii) fait figurer le terme « banque » dans sa raison sociale, dans la désignation de son but social ou dans ses documents commerciaux ou (iii) exerce une activité bancaire au sens de l'art. 2a de l'ordonnance sur les banques (OB; RS 952.02). Ces conditions sont alternatives (Bulletin CFB 48 [2006] p. 281 et 282).

(38) X._____ est une entité juridique organisée selon le droit d'Antigua et Barbuda. Soumise à la surveillance de la Financial Services Regulatory Commission of Antigua and Barbuda, elle disposait d'une licence lui permettant de conduire des opérations dite d'*international banking* et sa raison sociale comporte le mot « banque » (*bank*). Elle pouvait accepter des dépôts du public (sauf résidents d'Antigua et Barbuda) et émettre en contrepartie des certificats portant à intérêts; elle octroyait des prêts, même si cette activité était réduite.

(39) Organisée selon le droit étranger, titulaire d'une licence bancaire, pratiquant une activité bancaire et portant la dénomination « banque » dans sa raison sociale, X._____ doit être considérée comme une banque étrangère de l'art. 1, al. 1 OBE-FINMA. A ce titre, il sera relevé que le fait que X._____ ait pu servir de véhicule visant à commettre des infractions contre le patrimoine, au sein du Groupe X._____ ne change rien à sa qualité de banque au sens formel.

(40) **Mesure d'insolvabilité.** La qualification de la décision dont la reconnaissance est sollicitée se fait selon le droit du for (Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP N7). L'art. 37g LB ne se limite pas à prévoir la reconnaissance pour les seules décisions de faillite. Au contraire, il englobe toutes les décisions et mesures ayant trait à l'insolvabilité. Est une décision d'insolvabilité selon l'art. 37g LB, dont l'exequatur peut être requise devant la FINMA, une procédure qui se

déroule sous le contrôle d'une autorité ou d'un tribunal, en vue de répondre à une situation de surendettement ou d'insolvabilité, dans laquelle l'égalité des créanciers est préservée, à tout le moins, au sein des classes, et dont le but ultime est soit la continuation de l'entreprise, soit, en cas d'échec, l'exécution générale impliquant l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à la satisfaction collective des créanciers. Dans l'examen de la qualité de la décision dont est demandée l'exequatur, le contenu du droit étranger est établi d'office, et ce, en application de l'art. 16 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291). Les parties ne sont, toutefois, pas dispensées de collaborer à son établissement (ATF 124 I 49, consid. 3b).

(41) **Le *receivership* de droit américain.** Le *receiver* A._____ affirme que le *receivership* est une procédure d'insolvabilité qui a pour but la satisfaction collective des créanciers selon un plan équitable préalablement approuvé par un tribunal. Il explique également que selon ses fonctions de *receiver*, il est tenu de liquider les avoirs du Groupe X._____, inclus X._____, et d'en redistribuer le produit selon un plan approuvé par et sous la supervision du United District Court Judge. Ses pouvoirs seraient similaires à ceux d'un *trustee in bankruptcy*, l'institution du *receivership* étant fréquemment utilisée dans le contexte d'entreprises insolubles, car celle-ci présente l'avantage d'être moins coûteuse pour la masse. A l'appui de ses affirmations, il produit notamment une décision américaine, émanant du 6^e Circuit (cour d'appel), *Liberte Capital Group, LLC v. Capwill*, 462F.3d 543 (6th Cir. 2006), un mémorandum signé d'un praticien américain et un affidavit d'un professeur de droit de l'Université du Texas affirmant disposer d'une solide expérience en matière d'insolvabilité. Les biens mis sous *receivership* seraient distribués selon un plan respectant le concept de l'égalité des créanciers.

(42) Les affirmations du *receiver* A._____ sont contestées par les liquidateurs B._____ et C._____, selon lesquels le *receivership* américain est une procédure de nature conservatoire dont le but ultime n'est pas

la distribution des biens aux créanciers, mais la sauvegarde des biens de la masse. A l'appui de leurs allégués, les liquidateurs B._____ et C._____ produisent un affidavit émanant d'un avocat pratiquant le droit de l'insolvabilité et un jugement de la High Court of Justice Chancery Division (juridiction anglaise) pour laquelle le *receivership* instauré par les décisions des 16 février et 12 mars 2009 n'est pas une procédure relative à l'insolvabilité au sens de la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale.

(43) Le *receivership* a été ordonné et le *receiver* A._____ appointé à la requête de la United States Securities and Exchange Commission, autorité de supervision des négociants en valeurs mobilières. Dans sa requête, celle-ci avait sollicité du juge l'instauration d'un *receivership* en vue de protéger les investisseurs contre la dilapidation de leurs avoirs par Y._____ , celui-ci étant soupçonné d'opérer en réalité un *Ponzi scheme*. Du reste, il ressort du texte même de la première décision rendue par les tribunaux du Texas que la mission du *receiver* A._____ était limitée à des mesures conservatoires visant principalement à sauvegarder les biens appartenant à l'empire X._____ et empêcher leur dilapidation. Il avait également pour mission de se faire remettre les livres de compte et tous autres documents sociaux ou comptables lui permettant de dresser un inventaire des biens appartenant directement ou indirectement à Y._____.

(44) Le texte de la deuxième décision est quasi identique à la première à ceci près que le *receiver* est expressément autorisé à présenter une requête de faillite: « *The Receiver shall have the sole and exclusive power and authority to manage and direct the business and financial affairs of the Defendants, including without limitation, the sole and exclusive power and authority to petition for relief under the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §§ 101 et seq. (the «Bankruptcy Code»)* ». L'art. 101 dont il est question définit « petition » comme toute requête déposée selon les art. 301 à 304 du *Bankruptcy Code*. L'art. 303 traite notamment de la faillite non volontaire.

(45) Il ne ressort toutefois pas des décisions précitées que le *receiver* ait le pouvoir de distribuer les biens de la masse aux créanciers : tout au plus est-il de son devoir de sauvegarder leurs intérêts par une maximisation des avoirs de la masse. La distribution est toutefois possible sur la base d'un plan ad hoc, équitable et approuvé par le juge. Or, même si le *receiver* A. _____ affirme que le plan doit être « équitable », il n'est pas déterminé, ni même déterminable, si le principe de l'égalité des créanciers sera respecté.

(46) Ainsi, s'il est possible d'affirmer que le *receivership* est une procédure visant à la satisfaction collective des créanciers d'une entité au moyen de ses biens, sous la supervision d'un tribunal, l'autorité de céans, n'est pas en mesure de constater que le principe de l'égalité des créanciers est respecté. Cette question peut rester ouverte, comme on le verra infra dans le cadre de l'interprétation de l'art. 37g LB (voir ci-dessous ch. 62 ss).

(47) **La liquidation selon le droit d'Antigua et Barbuda.** Les liquidateurs B. _____ et C. _____ allèguent que la procédure de liquidation à Antigua est en tout point similaire à une procédure de faillite en Suisse puisque X. _____ est dissoute et liquidée, sous la supervision d'une autorité judiciaire, ses biens devant revenir à l'ensemble de ses créanciers sous le contrôle d'un juge, le principe de l'égalité étant au demeurant respecté. Ils versent au dossier les extraits de loi pertinents. Le *receiver* A. _____ ne prend pas position par rapport à cette question.

(48) Il ressort du texte même de la décision du 17 avril 2009 que la dissolution avec liquidation de X. _____ est ordonnée et qu'il est du devoir des liquidateurs de collecter l'ensemble des biens de X. _____ pour les affecter à la satisfaction collective de ses créanciers. Les biens ainsi réalisés serviront à désintéresser en premier lieu les frais de la masse, ainsi que les anciens employés de X. _____, puis les créanciers selon le rang prévu par la loi, en l'espèce l'International Business Corporations Act de 1982, et enfin les actionnaires de X. _____. Il ressort des textes de loi qu'en cas

d'insuffisance de biens, les créanciers sont dédommagés au pro rata de leur créance, selon le système de priorité des classes toutefois. L'ensemble des créanciers, sans égard à leur domicile, peuvent participer à la distribution des biens. La procédure ainsi décrite répond en tout point à la définition de principe d'une mesure d'insolvabilité énoncée plus haut (ch. 40). Il s'agira ainsi pour l'autorité saisie de dissoudre la société et, au travers des liquidateurs, de se saisir de ses biens, de les réaliser, puis de les affecter à la satisfaction collective des créanciers. L'autorité doit désintéresser les créanciers selon un ordre de priorité préétabli qui permettra ainsi de garantir leur égalité au sein des classes. En cas d'insuffisance de biens, les créanciers des premières classes sont désintéressés en priorité sur les classes subséquentes, ceux-ci concourant au marc le franc au sein de leurs classes.

(49) A teneur de ce qui précède, la FINMA est ainsi compétente à raison de la matière pour se saisir de la demande d'exequatur des liquidateurs B._____ et C._____.

J. Légitimation active

(50) Selon les art. 37g LB et 166 LDIP, une mesure d'insolvabilité étrangère rendue dans l'Etat du domicile du débiteur est reconnue en Suisse à la réquisition des représentants autorisés ou d'un créancier. Par représentants autorisés, on entend toute personne, qui en vertu de la loi ou de la décision en cause, a le pouvoir d'administrer, de gérer et de disposer des biens du débiteur (voir en ce sens, Hans Hanisch, *Die Vollstreckung von ausländischen Konkurserkennnissen in der Schweiz*, AJP/PJA 1999, p. 17-18 et p. 23).

(51) En l'espèce, à teneur des décisions du 16 février et 12 mars 2009, le *receiver* A._____ a le droit d'administrer et gérer les biens de X._____ ainsi que de les réaliser.

(52) Il en va de même pour les liquidateurs B._____ et C._____ à teneur de la décision émanant de la Haute Cour d'Antigua et Barbuda du 17 avril 2009.

(53) Tant le *receiver* A._____ que les liquidateurs B._____ et C._____ sont ainsi compétents pour solliciter l'exequatur des décisions des 16 février et 12 mars 2009 et 17 avril 2009, respectivement. La FINMA entrera ainsi en matière sur chacune des requêtes.

K. Exception de l'autorité de la chose jugée

(54) Le *receiver* A._____, sous la plume de son conseil, soulève l'exception *res judicata* à l'encontre de la requête déposée par les liquidateurs B._____ et C._____ par devant l'autorité de céans. En effet, selon le *receiver* A._____, le retrait unilatéral de leur requête par devant les tribunaux du canton de Genève par ces derniers aurait valeur d'un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée ou force de chose jugée au sens matériel. Il explique que le dépôt de l'original de l'assignation en main du greffier emporte introduction de la cause en justice et par là même création du lien d'instance. Dans un tel cas, le retrait unilatéral aurait valeur de désistement d'action muni de l'autorité de la chose jugée.

(55) Conformément au droit fédéral, l'existence d'un premier jugement fait obstacle à l'introduction d'un nouveau procès civil lorsque ce dernier oppose les mêmes parties, qu'il porte sur une même prétention et qu'il se fonde sur le même complexe de faits (principe de l'autorité de la chose jugée; ATF 119 II p. 89). En principe toutefois, n'acquiescent l'autorité de la chose jugée que les jugements au fond et, exceptionnellement, les jugements de procédure uniquement lorsqu'ils statuent sur la recevabilité (ATF 127 I 133/139; ATF 115 II 187/189). Sont des jugements au fond les décisions condamnationnelles ou formatrices qui mettent fin à des contestations

portant sur des droits et obligations, le statut d'une personne ou encore en constatation de droit, en bref qui statuent sur le bien-fondé d'une prétention (Fabienne Hohl, Procédure civile, T. I, n 1239 et 1259, 2001). Sont des jugements dits de recevabilité les décisions qui statuent sur l'existence d'une condition du procès, notamment la compétence *ratione loci*. Un jugement constatant l'absence de compétence *ratione loci* empêche la partie demanderesse de renouveler son action, basée sur les mêmes faits, devant le même tribunal (SJ 2009 I 92 et Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2007, p. 412).

(56) En l'espèce, il sied de relever que le juge ordinaire n'aurait pas été compétent *ratione materiae* pour se saisir de la demande. Ainsi, même si la procédure avait suivi son cours, elle se serait soldée par un jugement d'irrecevabilité, lequel n'aurait pas empêché la partie demanderesse de renouveler son action devant la FINMA.

(57) A cela s'ajoute que, dans le cas précis d'une décision de reconnaissance, l'Etat requis permet à une décision étrangère de déployer ses effets sur son propre territoire (ATF 120 II 83/86), renonçant ainsi à une partie de sa souveraineté. La décision de reconnaissance n'est ainsi ni condamnatoire ni constatatoire. Elle n'emporte pas non plus de création de droits et obligations (ATF 134 III p. 367, consid. 3.3, JdT 2009 I p. 287, consid. 3.3; ATF 129 III 626/635), car elle ne saurait avoir plus d'effets que la décision dont l'exequatur a été requise. En règle générale, le droit suisse accorde la reconnaissance lorsque les conditions en sont remplies (Paul Volken, ZK-IPRG, art. 25 n 6 ss et art. 27 LDIP n 1 et 54, 2^e éd.) et tend à éviter un débat sur sa substance matérielle (ATF 120 II 83, JdT 1995 I 14/16), car il n'appartient pas au juge suisse de se prononcer à nouveau sur la question tranchée par les tribunaux étrangers.

(58) La requête en reconnaissance déposée par les liquidateurs B._____ et C._____ auprès du Tribunal de première instance du can-

ton de Genève n'avait ainsi pas pour but de créer de nouveaux droits et obligations pour chacune des parties intéressées, mais bien de faire reconnaître une mesure de droit étranger sur le territoire suisse et lui permettre d'y déployer ses effets. Dans un tel cas, le juge n'était pas appelé à trancher une question de droit matériel, mais bien de décider si les conditions de la reconnaissance étaient remplies in casu. Dès lors, peu importe que la procédure se termine par le retrait unilatéral de la requête par les requérants ou par un jugement d'incompétence à raison de la matière, l'autorité de la chose jugée ne peut être invoquée puisque la procédure entamée ni n'avait pour but, ni n'aurait eu pour effet de trancher une contestation matérielle entre deux parties.

(59) L'exception de l'autorité de la chose jugée soulevée par le *receiver* A._____ est en conséquence rejetée.

L. Le principe de l'unité de la faillite et la tension entre la reconnaissance du siège effectif et le siège d'incorporation

(60) Selon l'art. 37g al. 1 et 2 LB, la FINMA décide de la reconnaissance des décisions relatives à l'insolvabilité prononcées à l'étranger. Elle peut aussi reconnaître de telles mesures lorsqu'elles sont prononcées dans l'Etat où la banque a son siège effectif.

(61) La FINMA est saisie, en l'espèce, de deux requêtes concurrentes en reconnaissance de mesures d'exécution forcée, l'une émanant de l'Etat du siège d'incorporation, l'autre de l'Etat du siège effectif d'un établissement bancaire. La reconnaissance de ces deux décisions à la fois ne saurait être prononcée. En effet, le principe de l'unité de la faillite ancré à l'art. 55 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) prohibe l'ouverture de deux faillites à la fois. Ce principe trouve son corollaire en droit international à l'art. 167 al. 2 LDIP qui empêche l'ouverture de faillites

ancillaires simultanées (Henri-Robert Schübbach, Commentaire Romand LP, art. 55 n 17). En tant que la reconnaissance de faillite entraîne de plein droit l'ouverture de la faillite ancillaire, la reconnaissance ne sera prononcée qu'à l'égard d'une seule décision étrangère.

(62) Dans ces conditions, il se justifie de procéder à l'interprétation de l'art. 37g al. 1 et 2 pour déterminer quel ordre de priorité sera donné dans un tel cas d'espèce pour traiter des deux requêtes.

(63) Selon les principes d'interprétation reconnus, la loi s'interprète d'abord selon sa lettre; en cas de doute sur le sens de la norme, le sens véritable de la disposition en cause pourra être dégagé grâce à l'examen des travaux préparatoires (interprétation historique), selon la systématique de la loi (interprétation systématique) et du but et du sens de la loi (interprétation téléologique) (ATF 133 III p. 497, consid. 2.5 et les références citées).

(64) Selon le deuxième alinéa de l'art. 37g LB, la FINMA peut prononcer la reconnaissance d'une décision étrangère concernant une banque et émanant de l'Etat de son siège effectif. La compétence de la FINMA de reconnaître une décision émanant du siège effectif est tempérée par l'utilisation de la condition potestative « peut », mais également par l'adjonction dans le texte de l'adverbe « aussi ». Prise dans son sens strictement littéral, la loi offre la possibilité à l'autorité de reconnaître une décision émanant de l'Etat du siège effectif, mais ne lui en fait pas l'obligation. Il s'agit donc d'une faculté qui lui est offerte, voire une prérogative. L'ordre des alinéas et le choix des mots permettent ainsi de conclure sans conteste que le législateur partait du principe que c'est uniquement en l'absence d'une décision émanant de l'Etat du siège d'incorporation que serait prise en compte une mesure émanant de l'Etat du siège effectif.

(65) La reconnaissance d'une décision émanant du siège d'incorporation n'est pas expressément mentionnée dans l'alinéa 1 de l'art. 37g LB. Cet

alinéa traite en premier lieu de la compétence de la FINMA à prononcer la reconnaissance d'une décision étrangère relative à l'insolvabilité d'un institut bancaire. Introduite par la nouvelle du 3 octobre 2003, il s'agissait ici de refléter sur le plan international la solution voulue sur le plan national, à savoir le transfert de la compétence de prononcer la faillite et mener la procédure de liquidation y afférente des autorités cantonales à l'ancienne Commission fédérale des banques (Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20 novembre 2002, FF 2002 7476/7516; ci-après le « Message »).

(66) Sur le plan systématique, il convient de souligner que les art. 37f et 37g LB sont des dispositions qui relèvent tant de la législation bancaire que de la législation de droit international privé. Il s'agit ici de normes spéciales, applicables aux banques uniquement, qui complètent les articles 166 ss LDIP sur la faillite internationale et qu'il convient d'interpréter dans ce contexte.

(67) Selon l'art. 166 al. 1 LDIP, sera reconnue en Suisse la décision de faillite rendue dans l'Etat du domicile du débiteur. Pour les sociétés, le siège statutaire vaut domicile conformément à l'art. 21 al. 2 LDIP. A défaut d'une telle désignation ou d'un résultat incompatible avec l'ordre public suisse, le siège d'une société se trouvera là où elle est administrée de fait, étant rappelé que, d'une manière générale, la LDIP se montre hostile au critère de rattachement du siège effectif, et ce, d'autant plus que la réserve du siège fictif fondée sur la théorie de la fraude à la loi a été abandonnée avec son entrée en vigueur (ATF 128 III 346/351; ATF 117 II 494, consid. 6c; Max Keller/Jolanta Kren Kostiewicz, ZK-IPRG, 2^e éd., art. 21, n 6). C'est ainsi que la LDIP ne prévoit pas la possibilité de reconnaître une décision de faillite rendue dans l'Etat du siège effectif de la société (Paul Volken, ZK-IPRG, 2^e éd., art. 166 n 51; arrêt du Tribunal fédéral 5P.472/2004 du 23 février 2005, consid. 5.2) et même si la question reste controversée en matière de faillite internationale (voir Saverio Lembo/Yvan Jeanneret, La reconnaissance d'une faillite étrangère [art. 166 et ss LDIP]: état des lieux

et considérations pratiques, SJ 2002 II 247/256 pour un bref résumé), le Tribunal fédéral s'en tient pour l'instant à la théorie de l'incorporation telle que développée dans l'ATF 117 II 497 et telle que voulue par le législateur. Une telle interprétation de l'art. 37g al. 2 LB, systématique et dans son contexte de norme de droit international privé, permet ainsi de dégager une règle et son exception pour les instituts bancaires. La règle est celle de la reconnaissance d'une décision de faillite prononcée par l'Etat du siège d'incorporation et, en son absence et de manière exceptionnelle, pourra être reconnue une décision émanant de l'Etat du siège effectif. Par souci d'exhaustivité, il sera relevé que l'art. 167 al. 2 LDIP n'est pas applicable, car il s'agit d'une règle de conflit de compétences au niveau interne et non pas sur le plan international.

(68) Cette conclusion est également corroborée par une interprétation historique et téléologique de la norme. En effet, il ressort du Message, reprenant mot pour mot le rapport d'experts y relatif (Assainissement et liquidation de banques, protection des déposants, Rapport de la commission d'experts instituée par le Département fédéral des finances, octobre 2000, p. 76) que le législateur entendait pallier une lacune de la LDIP en introduisant la possibilité pour l'ancienne CFB de prononcer la reconnaissance d'une décision prononcée par l'Etat du siège effectif également, et ce, aux fins de promouvoir une meilleure coordination des procédures de faillites transnationales. La pratique avait, en effet, démontré que certaines autorités étrangères, tout comme l'ancienne CFB ouvraient parfois la faillite au siège considéré comme « réel » de la banque (Message, p. 7516). L'introduction de cette possibilité n'avait pas pour but de modifier radicalement le système prévu par la LDIP, mais bien de répondre à une nécessité pratique sur le plan international, dans un cas de figure bien précis (soit l'absence de décision émanant de l'Etat d'incorporation). Dès lors, il se justifie également sous cet angle de donner la priorité à une décision prononcée par l'Etat du siège statutaire.

(69) Ceci est d'autant plus vrai que les impératifs de sécurité juridique imposent de permettre aux justiciables de se fonder sur des normes claires et prévisibles, ce qui ne serait pas le cas si la reconnaissance pouvait être octroyée à choix soit à l'Etat du siège statutaire, soit à l'Etat du siège effectif sans qu'un cadre certain ne soit à disposition des autorités et des justiciables pour les guider dans l'examen d'une telle question (ATF 117 II 494, consid. 6c; Frank Vischer, ZK-IPRG, art. 157 n 12). Ainsi la reconnaissance d'une décision émanant de l'Etat du siège effectif ne saurait être prononcée qu'en l'absence de décision émanant de l'Etat du siège d'incorporation.

(70) Pour le *receiver* A. _____ cependant, le siège de X. _____ à Antigua est fictif et artificiel, toutes les décisions se prenant aux Etats-Unis, les données des clients y étant du reste conservées. X. _____ n'avait pas le droit de fournir des services bancaires à des résidents d'Antigua et Barbuda. Ses résultats étaient fictivement déterminés par Y. _____ et son acolyte Z. _____ et la plupart de ses activités étaient outsourcées. X. _____ n'était pas véritablement surveillée par le régulateur antiguais, (...). Le gouvernement d'Antigua lui-même aura reconnu que l'administration effective de X. _____ avait lieu depuis Houston. Ces circonstances justifieraient selon lui de faire fi du siège d'incorporation et de reconnaître la décision de faillite émanant du siège effectif. En résumé, le *receiver* A. _____ s'appuie sur la théorie dite de la fraude à la loi qui prévalait avant l'entrée en vigueur de la LDIP.

(71) Ainsi que vu plus haut (ch. 67), la LDIP a abandonné la théorie de la réserve du siège fictif (ATF 117 II 494, consid. 6c; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP n 27) pour limiter la reconnaissance, sauf cas exceptionnels, aux décisions rendues dans l'Etat du siège d'incorporation. L'art. 17 LDIP (réserve de l'ordre public) constitue l'un de ces cas exceptionnels (au contraire de la réserve du siège fictif, l'autre étant l'absence de décision émanant de l'Etat d'incorporation) et permet de faire abstraction du siège statutaire lorsque

des principes fondamentaux du droit suisse des sociétés seraient violés par l'application du droit de l'Etat d'incorporation (Frank Vischer, ZK-IPRG, 2^e éd., art. 154 n 32). Vischer cite, à titre d'exemple, la reconnaissance d'une décision emportant violation des droits élémentaires des actionnaires minoritaires d'une société, mais on pourrait imaginer qu'enfreindrait l'ordre public suisse une décision qui exclurait totalement la responsabilité des membres du conseil d'administration, lesquels ne répondraient pas de leurs actes vis-à-vis des actionnaires ou créanciers. D'une manière générale, il convient de se montrer restrictif avec les conditions d'application de la réserve de l'ordre public, le droit suisse n'ayant pas vocation à se substituer au droit étranger même en cas de différences d'appréciation (ATF 134 III 661/665 ; ATF 126 II 327/330).

(72) En l'espèce, il ressort de la procédure que X._____ n'était pas qu'une simple boîte aux lettres à Antigua, même s'il est vrai que ses activités étaient restreintes. X._____ y disposait de locaux et y employait pas moins de 80 personnes qui étaient engagées dans des tâches d'administration et de représentation. Ainsi, l'autorité de céans ne saurait suivre le *receiver* A._____ lorsqu'il affirme que le siège de X._____ à Antigua n'était qu'apparence: X._____ et ses employés exerçaient réellement une activité de nature bancaire à Antigua, même si celle-ci était limitée au support clientèle, au traitement des chèques et à la *compliance*. Ainsi, le siège de X._____ à Antigua n'était pas fictif comme le prétend le *receiver* A._____, constituant plus qu'une boîte aux lettres. De plus, le fait que les autorités antiguaises reconnaissent que X._____ était administrée de fait depuis Houston s'explique aisément par le fait que le gouvernement d'Antigua fait l'objet actuellement d'une *class action* de la part d'une coalition de victimes de Y._____ (p. 1340 [49]) et qu'il cherche à se défendre. De plus, même si X._____ était administrée depuis les Etats-Unis, il n'en reste pas moins que son siège statutaire se situe à Antigua et qu'elle est soumise au droit de cet Etat. L'application de l'art. 17 LDIP ne sera ici d'aucun secours pour le *receiver* A._____, car on peine à voir en quoi reconnaître la déci-

sion des autorités d'Antigua emporterait violation de l'ordre public suisse (sur la réserve de l'ordre public, voir aussi ci-dessous ch. 83).

(73) La requête déposée par les liquidateurs B._____ et C._____ concluant à la reconnaissance de la décision du 17 avril émanant des autorités d'Antigua et Barbuda sera donc examinée en premier lieu. Ce n'est que si sa reconnaissance ne saurait être prononcée, que la requête du *recei- ver* A._____, fondée sur l'existence d'un siège effectif et sur la réserve du siège fictif, pourrait être examinée et, pour autant que l'ensemble des conditions posées à la reconnaissance soient remplies, acceptée.

M. Conditions de la reconnaissance s'agissant de la requête des liquidateurs B._____ et C._____

(74) A teneur de l'art. 166 LDIP, applicable en complément des art. 37f et 37g LB, une décision de faillite étrangère est reconnue pour autant que la reconnaissance ne viole pas l'ordre public suisse, que la réciprocité soit garantie et que la faillite selon le droit étranger ait une vocation universelle. En application des art. 29 al. 1 let. a et b et art. 167 al. 1 LDIP, la demande de reconnaissance doit être accompagnée d'une expédition complète et authentique de la décision, laquelle doit être au surplus exécutoire.

(75) **Expédition complète et authentique de la décision.** En application de l'art. 3 de la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, conclue à La Haye le 5 octobre 1961 (ci-après la « Convention » ; RS 0.172.030.4), la seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille définie à l'art. 4, délivrée par l'autorité compétente de l'Etat d'où émane le document. L'apostille est apposée sur le document lui-même selon le modèle annexé à la Convention (art. 4). Selon

les indications qui figurent sur le site officiel de la Conférence de La Haye sur le droit international privé (http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=text.display&tid=37), Antigua et Barbuda a déclaré se considérer liée par la Convention en date du 1^{er} mai 1985. Toujours selon les informations disponibles sur ledit site, l'autorité compétente d'Antigua et Barbuda pour délivrer l'apostille est le « Registrar of the High Court of Antigua ».

(76) Les liquidateurs B._____ et C._____ ont versé au dossier en date du 16 juin 2009 un exemplaire original de la décision du 17 avril 2009, munie de l'apostille de La Haye selon le modèle figurant en annexe à la Convention et émanant du Registrar of the High Court, si bien que la première condition mise à la reconnaissance est considérée remplie.

(77) **Caractère exécutoire.** Le caractère exécutoire d'une décision ne se confond pas avec l'autorité de chose jugée ou son caractère définitif (ATF 126 III 101, JdT 2000 II 41/45). Sera exécutoire toute décision qui produit des effets typiques de faillite (Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP n 46), tel que le dessaisissement du failli, la création de la masse, la suspension des poursuites ou des procès en cours. L'effet suspensif d'un éventuel recours devra également être pris en compte dans l'appréciation de l'exécutabilité de la décision. En principe, le requérant devra produire une attestation d'exécutabilité, mais le caractère exécutoire d'une décision pourra aussi ressortir du texte de la décision elle-même ou être démontrée par les dispositions légales pertinentes et la jurisprudence y relative (Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 LDIP n 49).

(78) Selon les liquidateurs B._____ et C._____, le caractère exécutoire de la décision ressort directement de son texte. Ils expliquent également que, selon les règles de procédure applicables, une telle décision est immédiatement exécutoire, un appel n'emportant pas d'effet suspensif, sauf ordonné par la cour. Les dispositions topiques ont été versées au dos-

sier. Selon un affidavit émanant d'un avocat admis au barreau d'Antigua, l'effet suspensif n'a pas été accordé au *receiver* A. _____ lorsqu'il a été autorisé, en date du 22 juillet 2009, à faire appel de la décision de faillite. Le *receiver* américain, quant à lui, affirme que les liquidateurs B. _____ et C. _____ n'ont pas démontré le caractère exécutoire de la décision, deux appels étant pendants; il n'allègue toutefois pas avoir obtenu l'effet suspensif par rapport à son appel, ni que celui-ci ait été ordonné par rapport à l'appel interjeté par un ancien client de X. _____.

(79) En l'espèce, il ressort des règles de procédure civile versées au dossier que la décision est immédiatement exécutoire (art. 42.8 des « Civil Procedure Rules » 2000) et qu'un éventuel appel n'emporte pas d'effet suspensif (art. 62.19 [a] des Civil Procedure Rules 2000). Le dispositif de la décision prévoit du reste une prise d'effet immédiate, et ce, en des termes exprès (« *This Order shall take effect from the date hereof* »). Le *receiver* A. _____ n'a pas démontré que les deux appels précités auraient reçu l'effet suspensif. L'autorité retiendra, en conséquence, que la décision du 17 avril 2009 émanant de la Haute Cour d'Antigua et Barbuda est exécutoire.

(80) **Réciprocité.** Selon l'art. 166 al. 1 let. c LDIP, une décision de faillite ne peut être reconnue en Suisse que si la réciprocité est garantie dans l'Etat dont elle émane. La réciprocité est limitée aux décisions de même nature et, en l'espèce, contre une entité similaire.

(81) Pour établir que la réciprocité est donnée dans le cas d'espèce, les liquidateurs B. _____ et C. _____ ont déposé un avis de droit rédigé à leur requête par l'Institut Suisse de droit comparé, ainsi qu'une attestation émanant du département de justice d'Antigua et Barbuda (Ministry of Legal Affairs acting through the office of the Attorney General). Le *receiver* A. _____ relève que le signataire de cette déclaration est également président de la Financial Services Regulatory Commission, autorité ayant procédé à la nomination des liquidateurs antiguais, ce qui pourrait laisser

douter de son impartialité. Il explique, plus loin, qu'un jugement étranger ne peut être reconnu à Antigua en l'absence d'un traité avec le pays dont émane la décision, raison pour laquelle la décision américaine concernant X._____ n'a pas été reconnue par la Haute Cour d'Antigua et que cette absence de réciprocité est même vantée sur un des sites officiels du gouvernement d'Antigua.

(82) Il ressort en effet de l'attestation du Ministry of Legal Affairs d'Antigua versée au dossier que la reconnaissance à Antigua d'une décision de faillite étrangère s'exerce, en premier lieu, sur la base d'un traité international auquel la Suisse n'est pas partie, ce que relève également l'Institut suisse de droit comparé. Toutefois, tant l'attestation précitée que l'avis de droit précisent, qu'en l'absence de traité, les juridictions d'Antigua et Barbuda se référeront à la Common Law britannique pour décider d'une mesure de reconnaissance. En application de celle-ci, une décision de faillite étrangère rendue à l'égard d'un institut bancaire sera reconnue à la condition que la décision émane de l'Etat du siège d'incorporation de la personne morale considérée et, s'agissant d'une banque, soit soumise à la surveillance des autorités bancaires compétentes. L'avis de droit et l'attestation, selon un raisonnement dont le cheminement est identique, concluent ainsi tous deux à l'existence de la réciprocité entre la Suisse et Antigua et Barbuda, l'attestation utilisant même des termes exprès. Certes, le *receiver* A._____ s'est vu refuser la reconnaissance de la décision émanant de la Cour de district du Nord Texas pour absence de réciprocité et a versé au dossier des documents visant à démontrer celle-ci, mais il ne parvient pas à démontrer que la réciprocité n'existerait pas avec la Suisse. En effet, la décision de non-reconnaissance prononcée par les juridictions d'Antigua a été rendue dans des circonstances pour le moins exceptionnelles dans la mesure où la même cour était saisie d'une demande de liquidation de X._____ émanant des autorités locales et d'une demande de reconnaissance d'une décision émanant d'une autorité étrangère. Ensuite, les affirmations contenues sur le site Internet des autorités d'Antigua et Barbuda doivent être comprises comme

un « produit d'appel » ne reflétant pas systématiquement la réalité juridique ou étant limitée à des cas précis d'« *asset protection* » (soit protection du patrimoine contre les exigences des créanciers, des autorités fiscales ou encore des héritiers). En réalité, ce qui est déterminant en l'espèce est le versement au dossier par les liquidateurs B._____ et C._____ d'un acte souverain émanant d'une autorité souveraine, dont la FINMA n'a aucune raison de douter du bien-fondé, et d'un avis de droit émanant d'un institut fédéral, dont également l'impartialité ne saurait être remise en cause. Sur la base de ces documents et malgré les allégations contraires du *receiver* A._____, la FINMA peut conclure à l'existence de la réciprocité entre Antigua et Barbuda et la Suisse.

(83) **Absence de violation d'ordre public.** La reconnaissance d'une décision étrangère est exclue en cas de violation de l'ordre public. On ne saurait ainsi reconnaître une décision qui heurte de manière fondamentale les conceptions suisses de la justice, soit en raison de son contenu matériel, soit en raison de la procédure dont elle est issue ; à ce titre, on distingue le droit public matériel du droit public procédural. A ce dernier égard, la LDIP exige le respect des garanties de procédure fondamentales qui découlent directement de la Constitution, soit le droit à un procès équitable et le droit d'être entendu (ATF 126 III 327, consid. 3 et les références citées). Dans l'examen du critère de l'ordre public matériel, plutôt que de s'attacher à la décision elle-même, il conviendra de vérifier si la reconnaissance et l'exécution de la décision per se sont compatibles avec l'ordre public suisse (ATF 126 III 101, JdT 2000 II 41/49 ; Gabrielle Kaufmann-Kohler / Antonio Rigozzi, Commentaire Romand LP, art. 166 n 54 ss).

(84) Selon le *receiver* A._____, la reconnaissance de la décision de faillite du 17 avril 2009 à l'égard de X._____ emporterait violation de l'ordre public matériel. En effet, seuls les créanciers de X._____ seront en mesure de participer à sa liquidation forcée à l'exclusion des autres personnes lésées par Y._____ et le Groupe X._____. X._____ faisant

partie d'un tout, il se justifierait d'en allouer ses biens à la satisfaction globale de l'ensemble des créanciers du Groupe X._____, faute de quoi les créanciers de X._____ seraient indûment avantagés par rapport aux autres.

(85) Cette argumentation ne convainc pas. Même si les sociétés du Groupe X._____ étaient particulièrement imbriquées entre elles, on ne voit pas en quoi la liquidation séparée de chacune d'entre elles violerait l'ordre public matériel suisse, et ce, d'autant plus que l'ordre juridique suisse ne connaît pas l'institution de la faillite de groupe. Dans un cas similaire en Suisse, chaque société se verrait liquidée de manière autonome, sans qu'on puisse en conclure que certains créanciers soient indûment avantagés par rapport à d'autre. De plus, faire abstraction de la personnalité juridique de X._____ reviendrait à faire abstraction du privilège des créanciers bancaires de X._____ et les noyer dans la masse des créanciers du Groupe X._____ dont la plupart ne bénéficient d'aucun privilège.

(86) Le *receiver* A._____ affirme plus loin que la requête des liquidateurs B._____ et C._____ poursuit un but exploratoire, incompatible avec l'ordre public, aux fins de connaître les avoirs de X._____ en Suisse. Or, à nouveau, l'argumentation ne convainc pas. Les liquidateurs B._____ et C._____ cherchent à obtenir la reconnaissance de la mesure de liquidation prononcée à Antigua conformément au mandat qui est le leur. On relèvera que le *receiver* A._____ a lui-même déposé des demandes de reconnaissance en Suisse, en Angleterre, au Canada et à Antigua sans qu'on puisse en conclure qu'il poursuit un but exploratoire.

(87) Le *receiver* A._____ soutient enfin que la décision du 17 avril a été rendue en violation de l'ordre public procédural puisqu'il n'a pas été cité régulièrement, ni pu exercer son droit d'être entendu. Le fait qu'il a été autorisé à faire appel de la décision n'a pas pour effet de réparer la violation de son droit d'être entendu, car « compte tenu des circonstances, l'on est

en droit d'être relativement pessimiste quant aux véritables possibilités et résultat de cette intervention ».

(88) Or, il ressort de la décision du 17 avril et de ses considérants que non seulement le *receiver* A._____ a présenté ses arguments à la cour par « *amicus curiae* », mais que son conseil a pu participer aux audiences qui ont précédées la décision. En outre, sa qualité de partie a été examinée par la cour pour être définitivement écartée dans un jugement du 24 avril 2009. Dans ses conditions, force est de conclure qu'il n'y a pas de violation de l'ordre public procédural, car le *receiver* A._____ a pu faire valoir ses arguments, participer aux audiences et voir sa demande examinée. On peine à y voir la violation du droit d'être entendu ou du droit d'être cité régulièrement.

(89) **Caractère universel.** Il ressort du dispositif de la décision du 17 avril 2009 que l'ensemble des actifs appartenant à X._____, peu importe leur lieu de situation, sont appréhendés par la procédure de faillite et au bénéfice de l'ensemble des créanciers. Les effets de la faillite n'étant pas limités au seul territoire d'Antigua et Barbuda, la condition de la vocation universelle de la procédure de faillite est ainsi remplie.

(90) A teneur de ce qui précède, la décision de faillite prononcée à Antigua le 17 avril 2009 remplit toutes les conditions posées à la reconnaissance en Suisse d'un tel acte. La reconnaissance sera ainsi prononcée.

(...)

Dispositif

6 Anerkennung von ausländischen Bankeninsolvenzverfahren ohne Durchführung eines Partikularverfahrens in der Schweiz

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 28. August 2012

Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen (Art. 37g Abs. 5 BankG, Art. 166–175 IPRG); Wirkungen der Anerkennung in der Schweiz (Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG); Herausgabe von inländischen Vermögenswerten an die ausländische Insolvenzmasse nach Art. 37g Abs. 2 BankG.

1. Die FINMA kann im Sinne eines abgekürzten Verfahrens das in der Schweiz belegene Vermögen eines Konkursiten ohne Durchführung eines inländischen (Hilfs-)Verfahrens der ausländischen Vermögensmasse zur Verfügung stellen. Ein abgekürztes Verfahren setzt gemäss Art. 37g Abs. 2 Bst. a und b BankG voraus, dass im ausländischen (Haupt-)Insolvenzverfahren die nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt werden und die übrigen Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz angemessen berücksichtigt werden (Rz. 50–86).
2. Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann die FINMA die ausländische Insolvenzverwaltung zwecks Liquidation des Partikularvermögens zu Rechtshandlungen in der Schweiz ermächtigen (Rz. 87–102).

Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures applicables en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger (art. 37g al. 5 LB; art. 166 à 175 LDIP); effets de la reconnaissance en Suisse (art. 37g al. 5 LB en relation avec l'art. 170 al. 2 LDIP); distribution du patrimoine situé en suisse à la masse en faillite étrangère selon l'art. 37g al. 2 LB.

1. Au sens d'une procédure abrégée, la FINMA peut mettre à disposition de la masse des actifs étrangers le patrimoine situé en Suisse d'un failli sans procédure (d'entraide) suisse. Une telle procédure abrégée nécessite, selon l'art. 37g al. 2 let. a et b LB, que la (principale) procédure d'insolvabilité étrangère traite de manière équivalente les créances garanties par gage et les créances privilégiées en vertu de l'art. 219 LP des créanciers domiciliés en Suisse et prenne dûment en compte les autres créances des créanciers domiciliés en Suisse (Cm 50-86).
2. Si les conditions sont remplies, la FINMA peut autoriser l'administration étrangère de la faillite à agir juridiquement en Suisse afin de liquider les actifs particuliers (Cm 87-102).

Riconoscimento di decreti di fallimento e di misure esteri (art. 37g cpv. 5 LBCR; art. 166-175 LDIP); effetti del riconoscimento in Svizzera (art. 37g cpv. 5 LBCR in combinato disposto con l'art. 170 cpv. 1 LDIP); consegna di valori patrimoniali situati in Svizzera alla massa fallimentare estera ai sensi dell'art. 37g cpv. 2 LBCR.

1. Avvalendosi di una procedura abbreviata, la FINMA può mettere a disposizione della massa patrimoniale estera il patrimonio di un fallito situato in Svizzera senza avviare una procedura (ancillare) interna. Ai sensi dell'art. 37g cpv. 2 lett. a e b LBCR, una procedura abbreviata presuppone che, nella procedura (principale) estera di insolvenza, i crediti garantiti da pegno e privilegiati, ai sensi dell'art. 219 LEF, di creditori domiciliati in Svizzera sono trattati in maniera equivalente e gli altri crediti di creditori domiciliati in Svizzera sono adeguatamente presi in considerazione (nm. 50-86).
2. Se le premesse sono adempiute, la FINMA può autorizzare l'amministrazione del fallimento estera a effettuare atti giuridici in Svizzera a scopo di liquidazione degli attivi particolari (nm. 87-102).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Glitnir hf. wurde unter der Firma Íslandsbanki im Jahr 1990 durch Fusion mehrerer Banken als hlutafélag (hf., isländische Aktiengesellschaft) gegründet. Mit Bewilligung der Fjármálaeftirlitið (FME, isländische Finanzaufsichtsbehörde) war sie für die Ausübung einer Banktätigkeit nach dem Act on Financial Undertakings (nachfolgend «AFU», isländisches Gesetz über Finanzunternehmen) lizenziert. Die erteilte Lizenz wurde mit Entscheidung vom 19. Juli 2011 entzogen. Seit 2006 bis zum Entzug der Bankenlizenz im Jahr 2011 lautete die Firma Glitnir banki hf., seither Glitnir hf.

Am 7. Oktober 2008 wurde der Verwaltungsrat der Gesuchstellerin durch die FME abgesetzt und stattdessen ein Resolution Committee bestellt. Mit Beschluss des Héraðsdómi Reykjavíkur (Bezirksgericht Reykjavík), Island, vom 24. November 2008 wurde der Glitnir banki hf. erstmals eine Nachlassstundung gewährt. Mit Inkrafttreten des Änderungsgesetzes zum AFU am 22. April 2009 war die Glitnir banki hf. qua Gesetz in ein besonderes Winding-up-Verfahren versetzt worden, das weiterhin als ein Verfahren der Nachlassstundung galt. In diesem besonderen Verfahren wurde mit Beschluss vom 12. Mai 2009 auf Antrag der Glitnir banki hf. zusätzlich ein Winding-up-Committee eingesetzt. Zum Ende der Nachlassstundung leitete das Bezirksgericht Reykjavík auf Antrag der Gesuchstellerin am 22. November 2010 das besondere Winding-up-Verfahren in ein normales Winding-up-Verfahren über. Per 1. Januar 2012 ging die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verwertungsbefugnis über das Vermögen der zu liquidierenden Bank qua Gesetz allein auf das Winding-up-Committee über. Das Winding-up-Committee ist seither allein für die Durchführung des Winding-up-Verfahrens zuständig.

Mit Schreiben vom 11. April 2012 ersuchte die Glitnir hf., handelnd durch das Winding-up-Committee, die FINMA, es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Reykjavík vom 22. Dezember 2010 betreffend Eröffnung eines Winding-up-Verfahrens mit Wirkung für die Schweiz anzuerkennen, das in der Schweiz liegende Vermögen ohne Durchführung eines inländischen

Verfahrens der Gesuchstellerin zur Verfügung zu stellen und das Winding-up-Committee zu ermächtigen, die Vermögenswerte in der Schweiz selbst einzufordern.

Aus den Erwägungen

A. Zuständigkeit der FINMA

(10) Nach Art. 37g Abs. 1 des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) entscheidet die FINMA über die Anerkennung von Konkursdekreten und Insolvenzmassnahmen in der Schweiz, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden.

(11) Als ausländische Bank im Sinne von Art. 37g Abs. 1 BankG gelten Unternehmen, die (a) im Ausland eine Bewilligung als Bank besitzen, (b) in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszwecks oder in den Geschäftsunterlagen den Ausdruck «Bank» oder «Bankier» verwenden, oder (c) die Bankentätigkeit im Sinne von Art. 2a der Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) betreiben (Art. 1 Abs. 1 Auslandsbankenverordnung [ABV-FINMA; SR 952.111]).

(12) Die Gesuchstellerin verfügte bei Eröffnung des isländischen Winding-up-Verfahrens über die Erlaubnis der FME (...), Bankgeschäfte (...) zu betreiben. Sie gilt als Geschäftsbank im Sinne des AFU. Damit durfte sie unter anderem gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen (...). Sie erfüllt somit alle drei alternativen Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 ABV-FINMA. Die Gesuchstellerin ist folglich als Bank im Sinne von Art. 37g Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 ABV-FINMA zu qualifizieren.

(13) Unter einer Insolvenzmassnahme nach Art. 37g BankG ist ein behördlicher Entscheid zu verstehen, mit dem eine wirtschaftliche Krisensituation, in der das Haftungssubstrat nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht (Insolvenz oder Insolvenzgefahr), in einem staatlich normierten und behördlich überwachten Verfahren mit Hilfe einer Verfahrensleitung beseitigt werden soll. Ziel des Entscheids muss es sein, den Weiterbestand des Unternehmens zu sichern (Sanierung) oder alle Gläubiger im Rahmen einer Generalexekution des Schuldnervermögens zu befriedigen (Konkurs).

(14) Mit Entscheid vom 22. November 2010 hat das Bezirksgericht Reykjavik die Gesuchstellerin in ein «normales» Winding-up-Verfahren übergeleitet. (...) Die Anordnung des Gerichts stützt sich u.a. auf Interim Provision V Ziff. 2 i.V.m. Art. 101 Abs. 2 Ziff. 3 AFU, wonach ein Winding-up-Verfahren eröffnet werden [soll], wenn der Gemeinschuldner «cannot completely fulfill its obligations to creditors when they fall due and the undertaking's payment difficulties are not deemed to be temporary in nature». Ein solches Winding-up-Verfahren dient dazu, die Gläubiger der Bank gemeinschaftlich, in der Rangfolge bestimmter Gläubigerklassen (...) zu befriedigen. Das Verfahren findet (...) vor dem zuständigen Bezirksgericht am Sitz des Gemeinschuldners statt. Die Handlungen des Winding-up-Committees werden durch eine Aufsichtsbehörde überwacht. Sollten die Vermögenswerte zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen, kann die Bank ihre Geschäftstätigkeit wiederaufnehmen oder die verbliebenen Vermögenswerte den Aktionären zur Verfügung stellen. Reichen dagegen die Vermögenswerte nicht zur Befriedigung aller Gläubiger aus, kann mit den Gläubigern ein Nachlassvertrag (...) («composition with creditors») geschlossen werden. Dabei setzt (...) die notwendige, gerichtliche Bestätigung eines solchen Nachlassvertrages voraus, dass die privilegierten Forderungen (...) beglichen oder sichergestellt werden. Gelingt der Abschluss eines genehmigungsfähigen Nachlassvertrags nicht, ist beim Bezirksgericht Konkursantrag zu stellen ([...]«demand [...] bankruptcy proceedings»).

(15) Der Entscheid vom 22. November 2010 ist durch das Bezirksgericht Reykjavik und damit von einer Behörde erlassen worden. Der Entscheid erfolgte in einer Situation, als nach Feststellung des isländischen Gerichts das Haftungssubstrat nicht zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreichte. Das isländische Verfahren ist, wie aufgezeigt, gesetzlich normiert und wird durch das isländische Bezirksgericht und eine isländische Aufsichtsbehörde überwacht.

(16) Im aktuellen Verfahrensstadium ist weder sicher noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit absehbar, ob im Rahmen des isländischen Verfahrens die Bank über einen Nachlassvertrag («composition with creditors») saniert werden kann oder liquidiert werden muss. Ein Nachlassvertrag («composition with creditors») soll den Gläubigern erst noch zur Abstimmung vorgelegt werden. Das Ziel des durch Entscheid des isländischen Bezirksgerichts eröffneten Verfahrens steht damit (noch) nicht abschliessend fest. Nach bisherigem Sachstand und beabsichtigtem Verfahrensfortgang scheidet eine Qualifikation als Konkursdekret im Sinne von Art. 37g BankG i.V.m. Art. 166 IPRG im aktuellen Verfahrensstadium jedoch aus. Allerdings liegen derzeit die Merkmale einer sonstigen Insolvenzmassnahme nach Art. 37g BankG i.V.m. Art. 175 IPRG vor. Der Beschluss des Bezirksgerichts vom 22. November 2010 ist folglich (zumindest vorerst) als Eröffnung eines Sanierungsverfahrens zu qualifizieren.

(17) Bereits mit Entscheid vom 12. Mai 2009 setzte das Bezirksgericht Reykjavik für die Leitung und Durchführung des besonderen Winding-up-Verfahrens ein Winding-up-Committee ein. [Dieses] (...) eingesetzte Winding-up-Committee [bleibt] mit unveränderten Befugnissen auch für die Leitung und Durchführung des mit Entscheid vom 22. November 2010 eröffneten, «normalen» Winding-up-Verfahrens zuständig.

(18) Die in Island getroffenen Massnahmen – Einsetzung einer Zwangsverwaltung, Schuldenruf, Sanierung (über Nachlassvertrag) oder

ordentliche Liquidation der Gesellschaft – sind dem Grundsatz nach dem in der Schweiz im 11. und 12. Abschnitt des BankG geregelten Verfahren betreffend die Sanierung bzw. Liquidation insolventer Banken (Bankenkonzurs) ähnlich. Die vom Bezirksgericht Reykjavik erlassenen Entscheide stellen deshalb Massnahmen im Sinne von Art. 37g BankG dar.

(19) Die FINMA ist somit nach Art. 37g Abs. 1 BankG zuständig für die Anerkennung der Entscheide des Bezirksgerichts Reykjavik vom 12. Mai 2009 über die Ernennung des Winding-up-Committees und vom 22. November 2010 über die Eröffnung eines Winding-up-Verfahrens über die Glitnir hf. in der Schweiz.

B. Antrag

(20) Für die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes bzw. einer ausländischen Insolvenzmassnahme bedarf es eines Antrags an das zuständige Gericht (Art 175 und Art. 166 Abs. 1 Satz 1 IPRG i.V.m. Art. 167 Abs. 1 Satz 1 IPRG). Als zuständiges Gericht gilt vorliegend – wie bereits ausgeführt – die FINMA.

(...)

(22) Das Gesuch kann durch die ausländische Insolvenzverwaltung oder einen Konkursgläubiger eingereicht werden. Als Insolvenzverwaltung gilt, wer gestützt auf die erlassenen Insolvenzmassnahmen die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verteilungsbefugnis für das Schuldnervermögen innehat (Paul Volken, in: Girsberger/Heini/Keller/Kren Kostkiewicz/Siehr/Vischer/Volken [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 166 N 64), wer also zur Anhebung, Leitung und Durchführung des Verfahrens zuständig ist (BGE 137 III 631 E. 2.3.2).

(23) Das Anerkennungsgesuch wurde vorliegend von der Glitnir hf., handelnd durch das Winding-up-Committee, eingereicht. (...). Mit Erlass eines Entscheids über die Eröffnung eines Winding-up-Verfahrens obliegt dem Winding-up-Committee die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verwertungsbefugnis, der Schuldenruf sowie die Verteilungsbefugnis über das Vermögen des Gemeinschuldners.

(24) Zusammen mit dem Gesuch sind nach Art. 167 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. a IPRG vollständige und beglaubigte Ausfertigungen der anzuerkennenden Entscheide einzureichen.

(25) Neben der Beglaubigung der vorzulegenden ausländischen Entscheide durch die zuständige ausländische Behörde ist bei Vorlage von öffentlichen Urkunden in einem anderen Staat als dem Staat, in dem die Urkunde errichtet wurde, eine Überbeglaubigung vorzunehmen. Diese erfolgt durch die diplomatischen oder konsularischen Vertreter des Staates, in dem die Urkunde vorgelegt werden soll, um die Echtheit der Unterschrift, die Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner der Urkunde gehandelt hat, und gegebenenfalls die Echtheit des Siegels oder Stempels, mit dem die Urkunde versehen ist, zu bestätigen. In Anwendung des am 5. Oktober 1961 in Den Haag geschlossenen Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung (Haager Übereinkommen, SR 0.172.030.4) werden anstelle einer Überbeglaubigung durch die zuständigen isländischen Stellen ausgestellte Apostillen nach Art. 4 des Übereinkommens anerkannt (vgl. Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens).

(26) Die Gesuchstellerin legte jeweils eine vollständige und beglaubigte Ausfertigung des Beschlusses des Bezirksgerichts Reykjavik vom 22. November 2010 mit Schreiben vom 11. April 2012 und des Beschlusses vom 12. Mai 2009 mit Schreiben vom 16. Juli 2012 vor. Mit letztgenanntem Schreiben reichte sie zudem die mit Apostillen der zuständigen isländischen

Behörde im Sinne von Art. 6 des Haager Übereinkommens versehenen Ausfertigungen der beiden genannten Beschlüsse nach.

(27) Soweit ersichtlich handelt es sich beim Entscheid vom 22. November 2010 nicht um ein Abwesenheitsurteil, so dass der Antrag keine weiteren Beilagen erfordert (vgl. Art. 167 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG).

C. Aktuelles und praktisches Interesse

(28) Eine Anerkennung setzt weiter voraus, dass der ausländische Gemeinschuldner Vermögen in der Schweiz hat (vgl. Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 167 Abs. 1 und 3 IPRG). Aufgrund des Territorialitätsprinzips ist die ausländische Insolvenzmasse daran gehindert, auf dieses in der Schweiz belegene Vermögen zuzugreifen. Für diesen Zugriff ist die Anerkennung der ausländischen Insolvenzmassnahme in der Schweiz notwendig.

(29) Die Glitnir hf. beabsichtigt, Vermögensinteressen in der Schweiz wahrzunehmen und mit den Gläubigern die für die Durchführung des Winding-up-Verfahrens notwendige Korrespondenz zu führen. Folglich hat sie ein aktuelles rechtliches und praktisches Interesse an der Anerkennung des Entscheids des Bezirksgerichts Reykjavik.

D. Anerkennungsvoraussetzungen

(30) Die Bedingungen der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen richten sich nach den Art. 166 bis 175 IPRG, soweit das BankG nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt (Art. 37g Abs. 5 BankG).

(...)

[Als Anerkennungsvoraussetzungen gilt das Vorliegen eines geeigneten Anerkennungsobjekts (z.B. ausländisches Konkursdekret oder ein Nachlassvertrag u.a.), das universalen Charakter für sich beansprucht und vollstreckbar ist. Das Anerkennungsobjekt muss daneben am Wohnsitz des Schuldners ergangen sein und darf weder dem formellen noch dem materiellen Ordre public entgegenstehen. Der Staat, in dem das Anerkennungsobjekt ergangen ist, muss schliesslich Gegenrecht halten. Vorliegend waren diese Anerkennungsvoraussetzungen allesamt erfüllt.]

E. Wirkungen der Anerkennung in der Schweiz

(50) Aufgrund des passiven Territorialitätsprinzips entfalten im Ausland ergangene Insolvenzmassnahmen keine unmittelbare Wirkung in der Schweiz. Vielmehr bestimmt das schweizerische Recht, welche Wirkungen sich aus der Anerkennung in der Schweiz ergeben.

1. Massgebendes Verfahren

(51) Die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen zieht die Folgen des Schweizer Rechts nach sich, soweit das IPRG nichts anderes vorsieht (Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 170 Abs. 1 IPRG).

(52) Zur Bestimmung dieser Folgen sind die im Ausland getroffenen Entscheide nach der *lex fori* – also dem schweizerischen Recht – zu qualifizieren. Massgeblich ist dabei nicht die Bezeichnung der ausländischen Entscheide und des ausländischen Verfahrens, sondern allein der tatsächliche Regelungsgehalt und dessen Wirkung.

(53) Wie bereits ausgeführt, ist derzeit das Ziel des isländischen Verfahrens (Sanierung oder Liquidation) nicht abschliessend vorhersehbar;

aufgrund des beabsichtigten Verfahrensforgangs ist es jedoch (vorerst) als Sanierungsverfahren zu qualifizieren (vgl. Rz. (16)).

(54) Massgebliche Rechtsgrundlage für die vorliegend zu bestimmenden insolvenzrechtlichen Folgen der Anerkennung ist daher der 11. Abschnitt, Art. 28 ff. BankG, betreffend das Bankensanierungsverfahren. Zudem führt Art. 10 Abs. 4 Bankenkonzursverordnung-FINMA (BKV-FINMA, SR 952.812.32) dazu aus, dass die FINMA das anwendbare Verfahren regelt, wenn sie eine andere (als ein Konkursdekret) ausländische Liquidations- oder Sanierungsmassnahme anerkennt.

(55) Bei den Folgen, die eine Anerkennung in der Schweiz nach sich zieht, ist Art. 37f BankG zu berücksichtigen. Demnach sind inländische Konkursverfahren soweit als möglich mit ausländischen Verfahren und den dort zuständigen Organen abzustimmen. Dieser Grundsatz ist allgemein auf parallele Insolvenzverfahren im In- und Ausland anzuwenden. Im Kontext von Sanierungsverfahren gewinnt er gegenüber Konkursverfahren noch stärker an Bedeutung, da der Koordinationsbedarf in internationalen Sanierungsverfahren naturgemäss höher ist. Bei Sanierungsmassnahmen ist es für deren erfolgreiche Durchführung grundsätzlich notwendig, dass diese auf das gesamte Unternehmen und gegenüber allen Gläubigern gleichermaßen angewandt werden. Anders als im (Hilfs-)Konkursverfahren würde ein eigenständiges, vom ausländischen Verfahren abgekoppeltes (Hilfs-) Sanierungsverfahren erfahrungsgemäss kaum bzw. nur in Ausnahmefällen die notwendigen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Sanierung der Bank als Ganzes schaffen. Auch werden in Sanierungsverfahren die Gläubiger in der Regel stärker in das Verfahren eingebunden, als dies in einem Konkursverfahren der Fall ist. Daraus entsteht im Interesse eines erfolgreichen Gelingens von Sanierungsmassnahmen ein gesteigertes Interesse, die in der Schweiz durchzuführenden Sanierungsmassnahmen mit dem ausländischen Verfahren zu koordinieren.

(56) Als Grundsatz zieht die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzmassnahme in der Schweiz gemäss Art. 37g BankG die Eröffnung eines eigenständigen Hilfssanierungsverfahrens über das in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners nach sich (Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 170 Abs. 1, Art. 175 IPRG und Art. 10 BKV-FINMA).

(57) Die Gesuchstellerin begehrt in ihrem Hauptantrag, es seien die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte der Glitnir hf. ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens dem Winding-up-Committee zur Verfügung zu stellen.

(58) Seit Inkrafttreten der Änderungen des Bankengesetzes vom 18. März 2011 (Sicherung der Einlagen; AS 2011 3919, 3925) am 1. September 2011 sieht Art. 37g Abs. 2 BankG die Möglichkeit vor, das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen (Hilfs-)Verfahrens der ausländischen Vermögensmasse zur Verfügung zu stellen. Die Anerkennung einer ausländischen Insolvenzmassnahme wird nach dieser Norm insofern abgekürzt, als mit erfolgter Anerkennung das Verfahren aus schweizerischer Sichtweise grundsätzlich beendet ist. Ein solch abgekürztes Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG bedingt, dass im ausländischen (Haupt-)Verfahren die nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt und die übrigen Forderungen von Gläubigern mit Schweizer Wohnsitz angemessen berücksichtigt werden (Art. 37g Abs. 2 Bst. a und b BankG).

(59) Nachfolgend ist zu prüfen, ob die in Art. 37g Abs. 2 BankG an das abgekürzte Verfahren gestellten Voraussetzungen hinsichtlich der Gläubigerstellung im ausländischen Verfahren erfüllt sind.

2. Gleichwertige Behandlung von pfandgesicherten und privilegierten Gläubigern

2.1 Begriff der Gleichwertigkeit

(60) Gemäss Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG setzt ein abgekürztes Verfahren voraus, dass im ausländischen Verfahren die nach Art. 219 Abs. 1 und 4 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt werden.

(61) Es ist auslegungsbedürftig, wie der Begriff «gleichwertig» zu definieren ist. Die Botschaft des Bundesrates führt hierzu aus, dass die Berücksichtigung der den Gläubigern nach schweizerischem Recht zukommenden Privilegierung gewährleistet sein muss (Botschaft des Bundesrates vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes [Sicherung der Einlagen], BBl 2010 3993, 4009 [nachfolgend «Botschaft Einlagensicherung»]). Eine gleichwertige Behandlung bzw. eine Gewährleistung der Privilegierung ist dann gegeben, wenn ein Gläubiger unabhängig davon, ob er die Forderung in der Schweiz in einem Sanierungsverfahren oder im Ausland nach dem entsprechenden Insolvenzverfahren eingibt, in gleichem Masse behandelt wird. Unerheblich ist dabei, ob ein privilegierter Gläubiger im ausländischen Verfahren die gleiche Dividende erzielt, wie wenn er seine Forderung im Rahmen eines Hilfssanierungsverfahrens befriedigt erhalten hätte. Dieser Umstand ist durch die von Art. 37g Abs. 2 BankG vorgesehene Teilnahme am ausländischen Verfahren naturgemäss bedingt, wird in diesem doch kaum je dasselbe Verhältnis zwischen den relevanten Aktiven und Passiven bestehen, wie dies im schweizerischen Hilfssanierungsverfahren der Fall wäre. Die im schweizerischen Hilfssanierungsverfahren vorgesehene bevorzugte Befriedigung am in der Schweiz erhältlichen Vermögen durch die daran teilnehmenden Gläubiger wird nicht geschützt. Eine gleichwertige Behandlung der pfandgesicherten und privilegierten Forderungen ist dann zu bejahen, wenn das Privileg im ausländischen Insolvenzverfahren in seiner Rangordnung und in seinem Umfang gleich wie in einem schweizerischen Verfahren berücksichtigt wird und aufgrund dieser Umstände

einem Gläubiger so im ausländischen Verfahren voraussichtlich die gleiche Dividende zukäme, wie wenn das Verfahren als Hauptsanierungsverfahren in der Schweiz stattfinden würde. Gleichwertig bedeutet aber nicht gleich. Geringfügige Unterschiede, wie sie sich beispielsweise aufgrund unterschiedlicher Verwertungskosten ergeben können, bleiben zulässig.

(62) Weiter ist zu klären, ob der Nachweis der Gleichwertigkeit einzel-fallbezogen oder in allgemeiner Form zu erfolgen hat. Erfolgt die Prüfung einzelfallbezogen, so kann der Nachweis der Gleichwertigkeit auf dieje-nigen privilegierten Forderungen beschränkt werden, bei denen Gläubiger-positionen im konkreten Fall auch vorliegen bzw. vorliegen können. Ist ein abstrakter Nachweis erforderlich, so ist unabhängig vom Einzelfall die Gleichwertigkeit der gesamten Privilegienordnung, also jedes einzelnen Privilegiums der Rangordnung von Art. 219 SchKG, nachzuweisen.

(63) Den klassischen Auslegungsmethoden folgend, ist für die Aus-legung von Art. 37g Abs. 2 BankG zuerst vom Wortlaut auszugehen. Gemäss diesem ist die Voraussetzung von Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG erfüllt, wenn die gleichwertige Behandlung «im ausländischen Insolvenz-verfahren» erfolgt. Dieser Ausdruck deutet eher auf einen Vergleich mit dem konkreten ausländischen Insolvenzverfahren hin. Aus der gram-ma-tikalischen Auslegung ist somit eher auf eine einzelfallbezogene Anwen-dung zu schliessen.

(64) Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG ist im zwölften Abschnitt mit dem Titel «Konkursliquidation insolventer Banken (Bankenkonzurs)» enthalten. Der Titel der Norm «Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen» gibt ebenso wenig eine Hilfestellung bei der Auslegung des Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG wie der Zusammenhang mit den anderen Normen dieses Abschnitts. Aus der systematischen Auslegung lassen sich vorliegend keine Rückschlüsse ziehen.

(65) In den Beratungen des National- und Ständerats lassen sich keine Hinweise für eine Auslegung von Art. 37g Abs. 2 BankG finden. Es ist lediglich der Hinweis zu finden, dass der FINMA die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen erleichtert werden soll (AB 2010 1155, Votum Widmer Schlumpf). Der Botschaft ist zu entnehmen, dass bis zum Inkrafttreten des Art. 37g Abs. 2 BankG in der heutigen Form bei der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens ein Partikularverfahren in der Schweiz stattzufinden hatte, selbst wenn in der Schweiz nur Aktiven vorhanden waren und keine Gläubiger mit Schweizer Wohnsitz existierten (Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Das zum 1. September 2011 eingeführte Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG soll eine Vereinfachung gegenüber dem aufwändigen Verfahren nach Art. 37g Abs. 1 BankG darstellen (Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 30. September 2010, S. 46; ähnlich Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Beispiele für die Einschlägigkeit von Art. 37g Abs. 2 BankG enthält die Botschaft nicht. Daher hat eine Auslegung nach dem Zweck der Norm zu erfolgen.

(66) Mit dem Nachweis der Gleichwertigkeit sollen die Interessen der Gläubiger von pfandgesicherten und privilegierten Forderungen geschützt werden. Ein solches Interesse entfällt, wenn keine entsprechenden Gläubiger existieren. Der Schutz soll nicht einer fiktiven Gläubigergruppe, sondern den vorhandenen Gläubigern im konkreten Fall zukommen. (...). Sinn und Zweck der Norm ist somit eine konkrete, einzelfallbezogene Prüfung der Gleichwertigkeit.

(67) Aus dem Gesagten ergibt sich somit, dass der Nachweis der gleichwertigen Behandlung der nach Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz anhand des konkreten Einzelfalls zu erbringen ist.

2.2 Existenz von pfandgesicherten oder privilegierten Gläubigern

(68) Auf das Erfordernis der Gleichwertigkeit kann somit insoweit verzichtet werden, als der Gesuchsteller darzulegen vermag, dass entsprechende Gläubiger in der Schweiz im konkreten Fall nicht existieren.

(69) Der strikte Beweis eines Nichtbestehens von pfandgesicherten und privilegierten Forderungen ist naturgemäss nicht restlos zu erbringen. Wenn ein direkter Beweis des Negativen nicht möglich ist, ist er indirekt über positive Sachumstände zu führen (Hans Schmid/Flavio Lardelli in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB 1, Art. 8 N 72). Es ist ausreichend, wenn die Gesuchstellerin das Nichtbestehen soweit darzulegen vermag, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass im konkreten Verfahren keine pfandgesicherten und privilegierten Gläubiger gemäss Art. 219 SchKG bestehen (analoge Anwendung von Art. 8 Zivilgesetzbuch [ZGB, SR 210]; vgl. dazu BGE 107 II 269 E. 1.b). Der Nachweis ist auch anhand objektiver Anhaltspunkte zu führen, eine blosser Behauptung reicht dagegen nicht aus.

(70) Vorliegend hat die Gesuchstellerin bzw. das Winding-up-Committee bestätigt, dass pfandgesicherte oder privilegierte Gläubiger nach Art. 219 Abs. 4 SchKG mit Wohnsitz in der Schweiz nach ihrer Einschätzung weder existieren noch derartige Pfandrechte oder Privilegierungen – mit einer Ausnahme (vgl. nachfolgend Rz. (82)) – geltend gemacht wurden. Insbesondere hat das Winding-up-Committee bestätigt, dass die Gesuchstellerin keine Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz beschäftigte und auch nicht der schweizerischen Mehrwertsteuer unterlag.

(71) Grundsätzlich muss die FINMA auf Zusicherungen der Gesuchstellerin abstellen können, soweit sie über keine gegenteiligen Anhaltspunkte verfügt. Auf eine Zusicherung ist insbesondere dann abzustellen, wenn die Gesuchstellerin darlegen kann, dass die Gläubiger über das Insolvenzverfahren informiert wurden und ihre Forderungen anmelden konnten. Von

Bedeutung ist somit, ob ein Schuldenruf in einer geeigneten Weise erfolgt ist, so dass die Gläubiger gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG Kenntnis vom Insolvenzverfahren erhalten haben.

(72) Die Gesuchstellerin unterhält unter «www.glitnirbank.com» eine Webseite über das ausländische Winding-up-Verfahren, auf der über den Verfahrensfortgang und die den Beteiligten zustehenden Rechte informiert wird. Insbesondere finden sich darauf Hinweise, wie die Gläubiger Forderungen im Winding-up-Verfahren geltend machen können (...). Diese Informationen sind im Internet abrufbar und somit auch für privilegierte Gläubiger gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG aus der Schweiz ohne Weiteres zugänglich.

(73) Angesichts der internationalen Auswirkung des vorliegenden ausländischen Winding-up-Verfahrens kann die genannte Webseite als geeignetes Publikationsorgan bezeichnet werden, um sich an die Gläubigersamtheit zu wenden. Dies umfasst auch Gläubiger nach Art. 37g Abs. 2 BankG. Die pfandgesicherten und privilegierten Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz erhielten vom ausländischen Winding-up-Verfahren somit ausreichend Kenntnis. In der Beschränkung der Publikationen über das Internet ist vorliegend keine besondere Härte für die pfandgesicherten oder privilegierten Gläubiger zu erblicken. Zwar kann nicht notwendig davon ausgegangen werden, dass jedermann Publikationen im Internet zur Kenntnis nimmt bzw. nehmen kann, doch ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls daraus keine massgebliche Benachteiligung. Die Glitnir banki hf. hatte weder eine physische Anlaufstation in der Schweiz noch war ihr Geschäft massgeblich auf die Schweiz ausgerichtet. Potentielle Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz haben somit bei Eintritt in eine Geschäftsbeziehung mit der Glitnir banki hf. in Kauf genommen, allein über Fernkommunikationsmedien mit der Glitnir banki hf. in Kontakt treten zu können. Von einer Publikation des Schuldenrufes in der Schweiz, insbesondere im Schweizerischen Handelsamtsblatt, kann daher abgesehen werden.

(74) Trotz angemessener und zumutbarer Aufforderung der Gesuchstellerin haben sich – mit einer Ausnahme (vgl. nachfolgend Rz. (82)) – keine Gläubiger im ausländischen Verfahren manifestiert, um dort pfandgesicherte oder privilegierte Forderungen nach Art. 219 SchKG geltend zu machen.

2.3 Plausibilisierung des Fehlens von pfandgesicherten und privilegierten Gläubigern

(75) Es ist auch plausibel, dass keine pfandgesicherten Forderungen nach Art. 219 Abs. 1 SchKG in der Schweiz bestehen.

(76) Zunächst ist festzuhalten, dass bei pfandgesicherten Forderungen von Gläubigern im Sinne von Art. 37g Abs. 2 BankG das Anknüpfungskriterium an die Schweiz die Belegenheit des Pfandes in der Schweiz ist. Der Wohnsitz des Pfandgläubigers ist irrelevant. Dies entspricht der Definition gemäss Art. 172 IPRG, worauf sich das Bankengesetz stützt (vgl. dazu Paul Volken, in: Girsberger/Heini/Keller/Kren Kostkiewicz/Siehr/Vischer/Volken [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 172 N 9).

(77) Als Vermögenswerte in der Schweiz gab die Gesuchstellerin Kontoguthaben bei zwei Banken sowie eine Forderung in einem Konkursverfahren an. Massgeblich sind somit Pfandrechte einzig an diesen Forderungsrechten der Gesuchstellerin. Solche Pfandrechte sind nach Art. 899 ff. ZGB grundsätzlich möglich; es erscheint aber unwahrscheinlich, dass sie vorliegend bestehen. Weder haben die Banken entsprechende Pfandrechte auf Anfrage der FINMA mitgeteilt, noch sind der FINMA als Aufsichtsbehörde solche im Konkursverfahren, in dem die Gesuchstellerin Forderungen angemeldet hat, bekannt. Damit bestünde mangels «Übergabe» bzw. Übergabesurrogats (vgl. Art. 899 Abs. 2 i.V.m. Art. 884 Abs. 1 und 3 ZGB) für den Pfandgläubiger keine Sicherheit bezüglich des Pfandwertes. In der Praxis werden Forderungsverpfändungen daher zugunsten von Siche-

rungszessionen oder anderen Sicherungsgeschäften kaum praktiziert (vgl. Thomas Bauer, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB 2, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 899 N 8; Stephan Wolf/Martin Eggel, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], ZGB Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 899 N 2).

(78) Es liegen somit neben der glaubhaften Zusicherung der Gesuchstellerin auch objektive Anhaltspunkte für das Fehlen von pfandgesicherten Forderungen im Sinne von Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG vor.

(79) Auch für privilegierte Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 SchKG, erste und zweite Klasse, ist es aufgrund bestehender, objektiver Anhaltspunkte plausibel, dass keine derartigen Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz bestehen.

(80) Die Gesuchstellerin hatte nie eine Niederlassung oder sonst eine feste Einrichtung in der Schweiz. Es ist daher unter Berücksichtigung der geographischen Entfernung zwischen der Schweiz und dem Sitz der Gesuchstellerin in Island unwahrscheinlich, dass die Gesuchstellerin Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz beschäftigt hat. Es bestehen somit auch objektive Anhaltspunkte dafür, dass keine privilegierten Forderungen (vgl. Art. 219 Abs. 4 erste Klasse Bst. a, a^{bis}, a^{ter} und b sowie zweite Klasse Bst. b und d) bestehen, die ihren Ursprung in einem Arbeitsverhältnis zwischen der Gesuchstellerin und einem Arbeitnehmer mit Wohnsitz in der Schweiz haben.

(81) Dasselbe gilt mangels relevanter Tätigkeit in der Schweiz für das Vorliegen von Mehrwertsteuerforderungen (Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse Bst. e SchKG) und, da die Gesuchstellerin keine natürliche Person ist, für die familienrechtlichen Privilegien (Art. 219 Abs. 4 erste Klasse Bst. c und zweite Klasse Bst. a) und die Forderungen der sozialen Krankenversicherungen (zweite Klasse Bst. c).

(82) Soweit eine Privilegierung geltend gemacht wurde, stützt diese sich nach Angabe der Gesuchstellerin darauf, dass die geltend gemachten Forderungen der Einlagensicherung unterliegen. Art. 219 Abs. 4 zweite Klasse Bst. f SchKG i.V.m. Art. 37a Abs. 1 BankG und Art. 23 BKV-FINMA sehen eine Privilegierung von Einlagen bis zu CHF 100'000.–, die auf den Namen des Einlegers lauten, vor. Diese aufsichtsrechtlichen Vorschriften gelten jedoch nur für Banken, die in der Schweiz eine Bewilligung als Bank besitzen (vgl. Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 2a BankV und Art. 1 ABV-FINMA). Die Gesuchstellerin war nur nach isländischem Recht, nicht jedoch nach schweizerischem Recht, lizenziert. Einlagen bei ihr unterliegen daher nicht der Einlagensicherung nach Schweizer Recht. Eine Privilegierung nach schweizerischem Recht (vgl. Art. 37a BankG), die für die Anwendbarkeit des abgekürzten Verfahrens nach Art. 37g BankG im ausländischen Verfahren gleichwertig zu beachten wäre, kann folglich nicht bestehen.

(83) Zusammenfassend ist demzufolge davon auszugehen, dass keine pfandgesicherten oder privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz existieren. Mangels entsprechender Gläubiger ist eine Prüfung des Kriteriums der gleichwertigen Behandlung von pfandgesicherten und privilegierten Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 Bst. a BankG entbehrlich.

3. Angemessene Berücksichtigung der übrigen Forderungen

(84) Als weiteres Kriterium für die Durchführung des abgekürzten Verfahrens ist erforderlich, dass die übrigen, nicht pfandgesicherten oder privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren angemessen berücksichtigt werden (Art. 37g Abs. 2 Bst. b BankG). Dieses Kriterium entspricht im Wesentlichen den Voraussetzungen, welche an die Anerkennung eines ausländischen Kollokationsplanes gemäss Art. 173 IPRG gestellt werden. Im Gegensatz zu den pfandgesicherten und privilegierten Forderungen hat es hier der Gesetzgeber bei einer Angemessenheitsprüfung belassen. Danach ist

insbesondere zu prüfen, dass Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz im ausländischen Verfahren nicht schlechter gestellt werden als die übrigen Gläubiger, insbesondere aufgrund ihres schweizerischen Wohnsitzes. Eine angemessene Berücksichtigung kann zu verneinen sein, wenn das ausländische Verfahren exorbitante Privilegien vorsieht, welche im Ergebnis gegen den schweizerischen Ordre public verstossen und durch ihre Grösse die mutmassliche Dividende der schweizerischen Drittgläubiger in einem nicht zumutbaren Ausmass beeinträchtigen.

(85) Anhaltspunkte für eine Benachteiligung von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz im isländischen Verfahren sind nicht ersichtlich. Insbesondere werden Gläubiger unabhängig von ihrem Wohnort gleich behandelt. Können nicht alle Gläubiger einer Gläubigerklasse befriedigt werden, so werden die Gläubiger dieser Klasse anteilmässig befriedigt. Diesbezüglich ist die Rechtslage mit der Schweiz vergleichbar. Auch sind keine Privilegien erkennbar, welche gegen den schweizerischen Ordre public verstossen. Das Kriterium einer angemessenen Berücksichtigung der Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gemäss Art. 37g Abs. 2 Bst. b BankG ist demnach zu bejahen.

(86) Somit sind die Voraussetzungen des Art. 37g Abs. 2 BankG hinsichtlich der Herausgabe des sich in der Schweiz befindlichen Vermögens an die ausländische Insolvenzmasse ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens gegeben.

4. Herausgabe von Vermögenswerten

4.1 Rechtshandlungen von ausländischen Insolvenzverwaltern in der Schweiz

(87) Die Gesuchstellerin begehrt, es seien die in der Schweiz liegenden Vermögenswerte ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der Insolvenzmasse der Gesuchstellerin zur Verfügung zu stellen, und das Winding-up-Committee sei zu ermächtigen, die Vermögenswerte in der

Schweiz einzufordern. Mit ihrem Rechtsbegehren beabsichtigt die Gesuchstellerin, in der Schweiz durch Handlungen ihrer Zeichnungsberechtigten aktiv zu werden und Rechtshandlungen vorzunehmen. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob eine derartige Ermächtigung als Rechtsfolge einer Anerkennung nach Art. 37g Abs. 2 BankG zulässig ist.

(88) Die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Insolvenzdekrets in der Schweiz fusst auf dem Grundsatz des Territorialitätsprinzips (Daniel Staehelin, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz [Art. 166 ff. IPRG], Basel 1989, S. 3 f.). Als ein wesentlicher Ausfluss dieses Prinzips folgt, dass ausländische Insolvenzverwalter in der Schweiz grundsätzlich keine Rechtshandlungen vornehmen dürfen. Selbst nach erfolgter Anerkennung wird ein allfälliges Hilfssanierungsverfahren in der Schweiz ausschliesslich durch eine inländische Insolvenzverwaltung durchgeführt.

(89) Im abgekürzten Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG wird auf die Durchführung eines Hilfssanierungsverfahrens verzichtet, an den Grundprinzipien ändert sich nichts. Insofern ist das Territorialitätsprinzip grundsätzlich auch bei der Durchführung eines abgekürzten Verfahrens nach Art. 37g Abs. 2 BankG zu berücksichtigen. Der Gesetzeswortlaut, wonach das in der Schweiz belegene Vermögen der ausländischen Masse zur Verfügung gestellt wird, enthält ebenfalls keine Anhaltspunkte, dass hierfür Rechtshandlungen in der Schweiz notwendig sind. Die Formulierung entspricht Art. 173 Abs. 1 IPRG. Auch hier wird das Territorialitätsprinzip durch die Herausgabe nicht aufgehoben. Vielmehr ist es Aufgabe der inländischen Insolvenzverwaltung, die Vermögenswerte der ausländischen Masse durch die Herausgabe an das Ausland abzuliefern.

(90) Es stellt sich somit die Frage, ob es Gründe gibt, bei Art. 37g Abs. 2 BankG eine Durchbrechung des Territorialitätsprinzips zu bejahen und einer ausländischen Insolvenzverwaltung zu ermöglichen, in der Schweiz

Rechtshandlungen vorzunehmen. Hierfür spricht, dass nach Massgabe von Art. 37g Abs. 2 BankG – anders als bei Art. 173 Abs. 1 IPRG – keine inländische Insolvenzverwaltung besteht, welche eine Übertragung ins Ausland vollziehen könnte. Dies müsste direkt durch die FINMA vollzogen werden. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich zur Frage von Rechtshandlungsbefugnissen in der Schweiz keine Antwort, da er nicht dazu Stellung nimmt, ob die Vermögenswerte im In- oder im Ausland zur Verfügung gestellt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass Rechtshandlungen ausländischer Liquidatoren in der Schweiz auch ausserhalb von Art. 37g Abs. 2 BankG nicht restlos ausgeschlossen sind. So können im Rahmen eines Hilfskonkursverfahrens Ansprüche auch an die ausländische Masse abgetreten werden, welche dann von dieser in Durchbrechung des Territorialitätsprinzips in der Schweiz geltend gemacht werden können (BGE 137 III 374 E. 3).

(91) Wie sich anhand eines Beispiels in der Botschaft des Bundesrates ergibt, hat der Gesetzgeber bei Art. 37g Abs. 2 BankG primär an die Herausgabe von Aktiven in Form eines Guthabens bei einer Schweizer Bank gedacht (Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Durch den Zusatz «insbesondere» wurde aber auch zum Ausdruck gebracht, dass gemäss Artikel 37g Abs. 2 BankG auch andere Vermögenswerte der ausländischen Insolvenzverwaltung zur Verfügung gestellt werden können. Die Botschaft führt weiter aus, dass die Liquidation von Partikularvermögen im abgekürzten Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG möglich ist. Da nach erfolgter Anerkennung kein inländisches Verfahren eröffnet wird, bedingt dies zwangsweise, dass entsprechende Rechtshandlungen in der Schweiz durch den ausländischen Liquidator vorgenommen werden dürfen. Ebenfalls in diese Richtung zielt der Hinweis in der Botschaft auf das Chapter-15-Verfahren in den USA, welches ebenfalls Rechtshandlungen des ausländischen Insolvenzverwalters ermöglicht. Schliesslich erwähnt die Botschaft ausdrücklich, dass die FINMA neben dem ausländischen Insolvenzverfahren auch die dort eingesetzten Administratoren anerkennen können soll (Botschaft Einlagensicherung, BBI 2010 4009). Dies kann sinnvollerweise

nur so verstanden werden, dass den ausländischen Administratoren Rechts-handlungsbefugnisse in der Schweiz verliehen werden können, da deren Anerkennung – neben dem ausländischen Insolvenzverfahren – ansonsten zwecklos wäre. Der Botschaft des Bundesrates ist somit zu entnehmen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat, dass eine ausländische Insolvenzverwaltung im Namen der insolventen Gesellschaft in der Schweiz Verwertungshandlungen vornehmen kann.

(92) Aus diesen Gründen ist der Schluss zu ziehen, dass mit Art. 37g Abs. 2 BankG bewusst eine Durchbrechung des passiven Territorialitätsprinzips statuiert worden ist und folgerichtig ausländische Liquidatoren zu Rechtshandlungen in der Schweiz ermächtigt werden können.

4.2 Ermessen der FINMA

(93) Mit der «kann»-Formulierung in Art. 37g Abs. 2 BankG wird zum Ausdruck gebracht, dass kein Rechtsanspruch auf Anwendung dieser Norm besteht, selbst wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Es liegt somit im Ermessen der FINMA, zu entscheiden, ob sie eine Durchführung im abgekürzten Verfahren für zweckdienlich erachtet. Allerdings wird die FINMA bei Vorliegen der Voraussetzungen ein ausländisches Konkursdekret nur dann nicht mit Wirkung eines abgekürzten Verfahrens anerkennen, wenn dies aufgrund besonderer Umstände angezeigt ist.

(94) Bedenken, dass durch eine entsprechende Anwendung von Art. 37g Abs. 2 BankG ausländische Insolvenzverwalter ohne Beschränkung und ohne Kenntnis inländischer Behörden Vermögenswerte in der Schweiz verwerten und in das Ausland überweisen, kann dahingehend Rechnung getragen werden, dass es der FINMA frei steht, im Rahmen der Anerkennungsverfügung einzelfallbezogen Auflagen zu machen, um so eine gewisse Kontrolle der Handlungen der ausländischen Liquidatoren sicherzustellen. Dies ist auch in der Botschaft des Bundesrates entsprechend vorgesehen, indem ausgeführt wird, dass die Liquidation des Partikularvermögens im

Verfahren nach Art. 37g Abs. 2 BankG «unter Aufsicht der FINMA» erfolgen kann (Botschaft Einlagensicherung, BBl 2010 4009).

(95) Aufgrund obiger Überlegungen ist die beantragte Ermächtigung des Winding-up-Committee im Anwendungsbereich von Art. 37g Abs. 2 BankG zulässig. Gemäss ihren eigenen Angaben verfügt die Gesuchstellerin in der Schweiz über Aktiva bei zwei Banken und in einem Bankenkonnkursverfahren. Die Gesuchstellerin wird ermächtigt, die genannten Aktiva (...) im Namen der Gesuchstellerin einzufordern. Damit wird der Gesuchstellerin erlaubt, Rechtshandlungen in der Schweiz vorzunehmen. Das Winding-up-Committee ist nach isländischem Recht berechtigt, für die Gesellschaft zu handeln. Demzufolge ist das Winding-up-Committee berechtigt, die ersuchten Rechtshandlungen in der Schweiz vorzunehmen.

(96) Die angeordnete Herausgabe der in der Schweiz befindlichen Vermögenswerte bezieht sich einzig auf die angegebenen Aktiva (...). Sollte sich herausstellen, dass in einem anderen Zusammenhang weitere Rechtshandlungen durch die Gesuchstellerin in der Schweiz erfolgen sollen, insbesondere, wenn die Gesuchstellerin noch über weitere Vermögenswerte in der Schweiz verfügt, welche in den Anwendungsbereich von Art. 37g BankG fallen, so ist für deren Geltendmachung vorgängig die Zustimmung der FINMA einzuholen.

(97) Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, nach erfolgter Überführung der jeweiligen Vermögenswerte ins Ausland, der FINMA den jeweils abgeschlossenen Vermögenstransfer und nach Überführung aller Vermögenswerte der Glitnir hf. in das Ausland die Beendigung der Tätigkeit in der Schweiz anzuzeigen. Dadurch behält die FINMA die Übersicht über die aktuellen Aktivitäten ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz.

5. Kommunikation mit Schweizer Gläubigern

(98) Die Gesuchstellerin ersucht sodann um Ermächtigung, den in der Schweiz wohnhaften Gläubigern sämtliche Unterlagen, Informationen und Entscheide, welche das ausländische Winding-up-Verfahren, insbesondere das geplante Nachlassverfahren («composition with creditors») und dessen Vorbereitung oder die individuellen Gläubigerforderungen betreffen, zustellen zu dürfen.

(99) Die Information der Schweizer Gläubiger ist zur Wahrung ihrer Rechte und dem ordnungsgemässen Ablauf des isländischen Winding-up-Verfahrens erforderlich. Ohne die Zusendung jeglicher verfahrensbezogener Informationen könnten Schweizer Gläubiger einen Schaden erleiden und gegebenenfalls ihre Rechte nicht in der gleichen Art ausüben, wie Gläubiger aus anderen Staaten. Es bestehen zudem keine Anhaltspunkte, dass durch die Zusendung verfahrensbezogener Informationen nicht wiedergutzumachende Nachteile für die Schweizer Gläubiger entstehen könnten. Somit wird die Gesuchstellerin ermächtigt, mit den Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz über alle verfahrensbezogenen Unterlagen, Informationen und Entscheide zu kommunizieren.

(100) Ihr wird allerdings zur Auflage gemacht, dass sie dabei die während des laufenden Geschäftsbetriebs, das heisst vor dem Eintritt in das Stundungs- bzw. Winding-up-Verfahren, dem jeweiligen Gläubiger gegenüber verwendete Sprache gebraucht.

(101) Weiter wird zur Auflage gemacht, die FINMA über Zustellungen an Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz in Kenntnis zu setzen, damit diese sich über den Verfahrensstand informieren und somit die Koordination der Verfahren fördern kann.

(102) Ein in Island ergangener Sanierungsplan ist nach Eintritt der Rechtskraft zur Anerkennung in der Schweiz vorzulegen (analog Art. 173 Abs. 2

IPRG), so dass über eine Wirkungserstreckung bzw. eine anderweitige Koordination der Sanierungsmassnahmen entschieden werden kann. Der Gesuchstellerin wird deshalb die Auflage gemacht, der FINMA die erfolgte gerichtliche Genehmigung des Sanierungsplans nach in Island eingetretener Rechtskraft unverzüglich mitzuteilen und zur Anerkennung vorzulegen. Ebenso ist der FINMA unverzüglich mitzuteilen, falls eine rechtskräftige gerichtliche Genehmigung des Sanierungsplans nicht zu erreichen sein wird.

F. Publikation der Massnahmen

(103) Die Anerkennung der ausländischen Insolvenzmassnahme in der Schweiz ist nach Art. 37g Abs. 5 BankG i.V.m. Art. 175 und Art. 169 IPRG öffentlich bekanntzumachen.

(104) Die Veröffentlichung erfolgt im Schweizerischen Handelsamtsblatt und auf der Internetseite der FINMA (www.finma.ch) durch Wiedergabe der Bestimmungen des Dispositivs (vgl. Art. 10 Abs. 4 BKV-FINMA i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BKV-FINMA analog).

G. Sofortige Vollstreckung

(105) Aufgrund von Art. 24 Abs. 3 BankG kommt einer Beschwerde gegen diese Verfügung von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu. Die hier getroffenen Anordnungen sind damit sofort vollstreckbar.

(106) Nicht gerechtfertigt erscheint die sofortige Vollstreckbarkeit hingegen bezüglich der Ermächtigung an das Winding-up-Committee, Vermögenswerte selbst einzufordern. Gestützt auf diese Ermächtigung könnte das Winding-up-Committee die Vermögenswerte sofort an sich nehmen und ins Ausland transferieren. Der Hauptzweck der sofortigen Vollstreckung von

Insolvenzentscheiden nach Art. 24 Abs. 3 BankG liegt darin, die Vermögenswerte der insolventen Gesellschaft im Interesse der Gläubigergesamtheit zu schützen (vgl. auch BBI 2006 7759, 7768). Der Gläubigerschutz bedingt deshalb die sofortige Anerkennung von Insolvenzmassnahmen. Weitergehende Massnahmen wie die Herausgabe oder Transferierung von Vermögenswerten nach Island sind jedoch nicht notwendig. Im Interesse der allenfalls doch vorhandenen, privilegierten Gläubiger in der Schweiz, die sich gegen diese Verfügung zur Wehr setzen möchten, hat deshalb jegliche Verfügung über das in der Schweiz belegene Haftungssubstrat bis zur Rechtskraft dieser Verfügung zu unterbleiben.

(...)

Dispositiv

7 Négocier de devises via un abonnement

**ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-1489/2011
du 19 septembre 2011**

Acceptation non autorisée de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB en relation avec l'art. 3a al. 3 et 4 OB); rétablissement de l'ordre légal (art. 31 LFINMA).

1. Selon la première phrase de l'art. 1 al. 2 LB, les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel. Sont en principe considérés comme placements tous les engagements. Ne sont pas considérées comme dépôts au sens de la loi sur les banques uniquement les exceptions telles qu'énoncées de manière exhaustive et décrites étroitement dans l'art. 3a OB (consid. 3).
2. La qualification d'avoirs acceptés comme dépôts du public ne peut pas être contournée par des frais d'abonnement (non remboursables) pour le traitement de transactions sur le marché des devises (consid. 3.3.2).

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV); Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG).

1. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG ist es natürlichen und juristischen Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, verboten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen. Dabei gelten grundsätzlich alle Verbindlichkeiten als Einlagen. Nicht als Einlagen im Sinne des Bankengesetzes gelten nur die eng umschriebenen und abschliessend aufgezählten Ausnahmen in Art. 3a BankV (E. 3).
2. Die Qualifikation von entgegengenommenen Geldern als Publikumseinlagen kann nicht mit (nicht rückerstattungsfähigen) Abonnementsgebühren für die Abwicklung von Transaktionen auf dem Devisenmarkt umgangen werden (E. 3.3.2).

Accettazione non autorizzata di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR in combinato disposto con l'art. 3a cpv. 3 e 4 OBCR); ripristino della situazione conforme (art. 31 LFINMA).

1. Conformemente all'art. 1 cpv. 2 frase 1 LBCR, le persone fisiche e giuridiche che non sottostanno alla legge sulle banche non sono legittimate ad accettare depositi del pubblico a titolo professionale. In linea di principio, rientrano nella categoria dei depositi tutte le tipologie di impegni passivi. Non sono considerate depositi ai sensi della legge sulle banche unicamente le eccezioni descritte in maniera dettagliata ed elencate in maniera esaustiva nell'art. 3a OBCR (consid. 3).
2. La qualifica di depositi del pubblico per i fondi accettati non può essere elusa mediante spese di abbonamento (non recuperabili) per l'esecuzione di transazioni sul mercato delle divise (consid. 3.3.2).

Résumé des faits

La société A. _____ SA exploitait à travers son site Internet une plateforme Internet pour traiter des transactions sur le marché des devises (Forex). Par décision du 28 janvier 2011, la FINMA a déterminé que l'activité de la société A. _____ s'apparentait à du négoce de devises et équivalait à une activité bancaire nécessitant autorisation. La FINMA a qualifié d'investissements du public les frais d'abonnement versés mensuellement à la société A. _____ SA par les déposants pour avoir accès à la plateforme électronique de négoce de devises ainsi que les montants transférés par les déposants pour combler le solde négatif des comptes, d'autant plus que la société A. _____ SA s'était engagée à verser chaque semaine aux investisseurs les gains réalisés. La FINMA a parallèlement ordonné la liquidation de la société A. _____ SA.

Le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours formé par la société A. _____ SA (ci-après : la recourante) contre cette décision.

Extrait des considérants

(...)

2.

2.1. La LFINMA est entrée intégralement en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Cette loi vise à regrouper la surveillance étatique des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de contrôle afin notamment de renforcer la surveillance des marchés financiers. Ainsi, la Commission fédérale des banques (CFB), l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte

contre le blanchiment d'argent furent remplacés par la FINMA dès le 1^{er} janvier 2009 (art. 58 al. 1 LFINMA).

2.2. La FINMA exerce la surveillance conformément aux lois sur les marchés financiers, dont la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB, RS 952.0; art. 6 al. 1 en relation avec art. 1 al. 1 let. d LFINMA). Elle a pour but de protéger les créanciers, les investisseurs ainsi que les assurés, et d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers; elle contribue ce faisant à améliorer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 5 LFINMA; cf. Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, FF 2006 2741, en particulier 2771 s.). Si elle apprend que les prescriptions légales sur les marchés financiers ont été enfreintes ou si elle constate d'autres irrégularités, elle prend les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal et à la suppression des irrégularités (art. 31 LFINMA). Dans la mesure où elle veille de manière générale au respect des prescriptions légales, son pouvoir de surveillance n'est pas limité aux seules entreprises qui se trouvent clairement assujetties à la loi; elle est également autorisée à utiliser les moyens légaux prévus pour exercer sa surveillance à l'égard d'instituts ou de personnes dont l'assujettissement à la loi est litigieux et doit déterminer si l'activité de ces derniers nécessite une autorisation (art. 1 et 3 LB; cf. ATF 136 II 43 consid. 3.1, ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.). Si des indices concrets suffisants permettent de penser qu'en violation des dispositions légales une activité soumise à autorisation est exercée sans que celle-ci n'ait été accordée, l'autorité inférieure a le pouvoir – et même le devoir – d'entreprendre les investigations nécessaires et d'adopter les mesures utiles pour rétablir l'ordre légal (cf. ATF 132 II 382 consid. 4.2, arrêt du Tribunal fédéral 2A.119/2002 du 11 décembre 2002 consid. 2.1).

2.3. Le choix de la mesure à adopter dans une situation concrète constitue une question d'appréciation (cf. Katja Roth Pellanda in: Rolf Watter/

Nedim Peter Vogt, *Basler Kommentar Börsengesetz – Finanzmarktaufsichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2011, n° 10 ad art. 31 LFINMA). La FINMA, en tant qu'autorité spécialisée dans la surveillance des banques, jouit d'une importante marge de manœuvre dans le choix des mesures qu'elle décide d'appliquer (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1, arrêt du Tribunal fédéral 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). Les instances de recours n'interviennent qu'en cas d'excès (cf. ATF 132 II 382 consid. 4.1 et les réf. cit.). L'autorité inférieure se conformera cependant aux principes généraux régissant toute activité administrative, ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (cf. Roth Pellanda, *op. cit.*, n° 11 ad art. 31 LFINMA). La mesure choisie doit également correspondre aux buts essentiels de la législation sur les marchés financiers, à savoir la protection respectivement des créanciers et des investisseurs, d'une part, et le bon fonctionnement du marché ainsi que la réputation de la place financière helvétique, d'autre part (cf. ATF 136 II 43 consid. 3.2, ATF 135 II 356 consid. 3.1).

3.

La recourante reproche à l'autorité inférieure d'avoir violé le droit fédéral (art. 49 let. a PA) en considérant à tort qu'elle acceptait sans autorisation des dépôts du public à titre professionnel.

3.1. Les personnes physiques ou morales qui ne sont pas assujetties à la loi sur les banques ne peuvent accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1 al. 2 LB). Aux termes de cette disposition, l'acceptation de dépôts du public, opération relevant du passif du bilan, consiste en ce qu'une entreprise s'oblige à titre professionnel envers des tiers, devenant ainsi débitrice en remboursement de la prestation correspondante (ATF 136 II 43 consid. 4.2 et les réf. cit.). Il n'est pas nécessaire que le remboursement effectif corresponde au montant originairement versé, étant donné que les soldes des comptes varient fréquemment en raison des intérêts dus, des

évolutions de cours, d'autres profits ou pertes (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2311/2010 du 22 octobre 2010 consid. 4.2). Le Tribunal fédéral a par ailleurs considéré que le caractère de dépôt ne présupposait pas que l'obligation de rembourser portât sur l'ensemble de la somme versée par le client, ni même que le remboursement pût s'effectuer de manière immédiate, sans transaction intermédiaire (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.218/219/1999 du 5 janvier 2000 consid. 3b/bb).

Tous les passifs ont en principe le caractère de dépôts, hormis ceux énumérés de manière exhaustive à l'art. 3a al. 3 de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (OB, RS 952.02; cf. ATF 136 II 43 consid. 4.2; Circulaire de la FINMA 2008/3: «Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires» [ci-après: Circ.-FINMA 2008/3], Cm 10, accessible sous le lien Internet <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2008-03-f.pdf>, dernière visite le 19 septembre 2011). En outre, il ressort de ladite ordonnance que tous les dépôts constituent des dépôts du public, à l'exception des fonds dont la provenance est stipulée à l'art. 3a al. 4 OB (cf. ATF 136 II 43 consid. 4.2; Circ.-FINMA 2008/3, Cm 19). Agit à titre professionnel au sens de la LB celui qui sur une longue période accepte plus de 20 dépôts du public (art. 3a al. 2 OB; cf. Circ.-FINMA 2008/3, Cm 9) ou fait de la publicité à cet effet, en particulier par des annonces dans la presse ou les médias électroniques, par des prospectus ou par des circulaires (art. 3 al. 1 OB), et ce, même s'il en résulte moins de 20 dépôts (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.51/2007 du 5 juin 2007 consid. 3.1; Circ.-FINMA 2008/3, Cm 9; Beat Kleiner/Renate Schwob in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 15^e éd., Zurich 2004, n° 31 ad art. 1).

Comme il a été exposé plus haut (cf. supra consid. 2.2), le but de la surveillance des marchés financiers tend à protéger les créanciers, les investisseurs et les marchés financiers. La poursuite de cet objectif ne saurait être mise en échec par des mesures – telles que les modalités juridiques des activités litigieuses – visant à éluder la loi et à échapper à l'obligation d'obtenir une autorisation; selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de

groupes de sociétés agissant en commun, seule une considération globale de l'affaire examinée, incluant les aspects économiques, permet de tenir compte des circonstances effectives et de la finalité de la surveillance des marchés financiers (cf. ATF 136 II 43 consid. 4.3.1, ATF 135 II 356 consid. 3.2 et les réf. cit.).

3.2. Afin de procéder à la qualification des sommes versées par les clients, il sied d'examiner le modèle d'affaires de la recourante selon ses modalités générales, sans se limiter au cadre purement juridique qui, comme l'autorité inférieure l'indique à juste titre, ne se révèle pas clair.

3.2.1. En effet, la recourante n'expose pas à ses clients les conséquences du blocage de leurs comptes et ne leur communique pas explicitement s'il leur incombe l'obligation ou non de rembourser les soldes négatifs. Elle prétend ne disposer d'aucun moyen lui permettant d'en exiger la compensation; nonobstant, la section « (...) » (indemnisation) de son « (contrat client individuel) » prescrit que les clients s'engagent à la dédommager de tout préjudice découlant de leur activité de négoce. Ils peuvent donc être amenés à croire qu'ils ont l'obligation de procéder aux paiements correspondants. De même, la rubrique « FAQ » (questions fréquemment posées) de la page Internet de la recourante mentionne un « (...) » (bonus effectif) dont bénéficieraient les clients sans expliquer clairement en quoi il consiste. La recourante n'a d'ailleurs pas donné de réponse satisfaisante à l'autorité inférieure lorsqu'elle lui a demandé des détails à ce sujet.

Au surplus, la recourante ne conteste pas avoir exercé une activité de négoce virtuel en devises et avoir accepté des versements de la part de ses clients à cet effet. Elle réfute toutefois les conclusions de la FINMA qui a qualifié de dépôts du public les frais d'abonnement mensuels ainsi que les paiements en compensation des soldes négatifs tout en estimant que les activités effectuées par la recourante correspondaient typiquement tant à des opérations bancaires qu'à des activités propres aux négociants en devises. La recourante affirme pour sa part que l'acceptation de dépôts

du public au sens de la LB implique toujours une obligation de rembourser; les frais d'abonnement étant non remboursables, ils ne sauraient donc constituer des dépôts du public. Pour cette raison, elle ne se considère pas comme négociant en devises type soumis à l'obligation d'une autorisation. Quant à la nature des versements en compensation des soldes négatifs, elle se contente de déclarer qu'elle ne disposait pas de la possibilité d'en obtenir le paiement.

3.2.2. En l'espèce, les frais d'abonnement octroient aux clients le droit d'accéder à la plateforme de négoce de la recourante et d'y effectuer des opérations virtuelles de négoce portant, selon le type d'abonnement, sur 2 500, 5 000 ou 10 000 unités de la devise concernée. Il est vrai, comme l'indique la recourante, que les frais d'abonnement ne s'avèrent en soi pas remboursables, et ce indépendamment des soldes positifs ou négatifs résultant des opérations des clients ou même si ces derniers n'accomplissent pas la moindre opération. Envisagées cependant de manière globale, les cotisations revêtent une fonction double: celle d'une taxe d'accès – non remboursable – à la plateforme de négoce pendant un mois et celle d'un avoir initial sur le compte du client consistant en un montant virtuel en devises négociables qui doit être qualifié de passif à la charge de la recourante dans la mesure où il l'oblige non seulement à exécuter les transactions des clients mais aussi à rembourser les bénéfices réalisés sur la base de cet avoir jusqu'à la clôture de la semaine de négoce. En effet, la contre-prestation consistant en la mise à disposition de cet avoir naît du paiement de la cotisation mensuelle. En sus, eu égard aux gains engrangés grâce aux transactions, le caractère de passifs apparaît encore plus évident, attendu que ces sommes équivalent aux soldes positifs déposés sur le compte B._____ de la recourante dans l'attente de leur remboursement à la fin de la semaine de négoce. Dans ce contexte, l'existence d'un solde positif et son montant ne sont pas décisifs; comme l'autorité inférieure l'indique à juste titre, le droit au remboursement ne doit pas nécessairement porter sur un montant identique aux versements effectués par les clients (cf. consid. 3.1); in casu,

la différence s'explique par la nature même des frais d'abonnement correspondant à des taxes de tenue de compte ou de transaction ainsi que par la fluctuation des cours de change.

Même si, à l'instar de l'autorité inférieure, l'on considère le capital initial non pas comme un avoir versé par les clients mais comme une ligne de crédit mise à leur disposition par la recourante, cela ne change rien à la qualification des gains réalisés comme passifs à la charge de celle-ci.

3.2.3. Sur le vu de ce qui précède, les cotisations litigieuses payées par les clients et les soldes positifs de leurs comptes constituent des dettes inscrites au passif du bilan de la recourante.

3.3. Il reste à examiner si ces cotisations et soldes obéissent à l'un des cas d'exception énumérés de manière exhaustive à l'art. 3a al. 3 et 4 OB.

3.3.1. D'emblée, il appert que les conditions prévues aux let. b et d de l'art. 3a al. 3 ne sont manifestement pas remplies dans le cas d'espèce. Quant à l'art. 3a al. 3 let. a OB, il prescrit que les fonds reçus en contrepartie d'un contrat de transfert de propriété ou de prestations de services, ou remis à titre de garantie, ne sont pas regardés comme des dépôts. Or, la recourante ne se contente pas d'offrir une prestation de services en contrepartie des versements des clients, se limitant par exemple à fournir un accès à une plateforme de négoce, mais crédite aussi leur compte d'un avoir initial et leur rembourse les gains engrangés grâce à cet avoir. Il n'est également pas question de transfert de propriété ou de remise de fonds à titre de garantie. En cela, la prestation de la recourante dépasse ainsi largement le cadre de l'exception visée à l'art. 3a al. 3 let. a dont elle n'a d'ailleurs nullement tenté de se prévaloir.

3.3.2. L'art. 3a al. 3 let. c OB pour sa part institue une exception en faveur des soldes en compte de clients auprès de négociants en valeurs mobilières ou en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises

analogues qui servent uniquement à exécuter des opérations de clients, lorsqu'aucun intérêt n'est accordé sur les comptes. Or, la recourante déploie une activité de négociant en devises qui ne se trouve pas parmi les cas de figure énumérés à cette disposition. De prime abord, elle ne peut donc rien en déduire en sa faveur. Nonobstant, elle insiste sur le caractère atypique de son activité et prétend ainsi ne pas être soumise à autorisation.

A l'appui de leurs conclusions, tant l'autorité inférieure que la recourante se réfèrent à la révision de l'art. 3a al. 3 let. c OB entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008 (RO 2008 1199). Auparavant, cet article prévoyait également une exception en faveur des négociants en devises dans la mesure où les fonds qu'ils se voyaient confier n'avaient pour autre but que d'exécuter les transactions des clients et qu'aucun intérêt n'était accordé sur les comptes. Tel ne s'avérait toutefois pas le cas lorsque le négociant ne couvrait pas les positions de ses clients (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-8228/2007 du 5 décembre 2008 consid. 5.3.6 s.; Commentaire de la CFB: Négociants en devises – Modification de l'art. 3a al. 3 de l'Ordonnance sur les banques [ci-après: Commentaire de la CFB], 2007, p. 5, accessible sous le lien Internet http://www.finma.ch/archiv/ebk/ff/regulier/konsultationen/20071119_04_f.pdf, dernière visite le 19 septembre 2011). A cet égard, l'autorité inférieure rappelle à juste titre que l'abandon de l'exception en faveur des négociants en devises, y compris ceux qui couvraient les positions de leurs clients, était motivé par les risques encourus par ces derniers et par les intérêts contradictoires du client et du négociant (cf. Commentaire de la CFB, p. 5 et 7). Cette révision visait en particulier les négociants en devises type, à savoir ceux agissant pour le compte de clients, qui reçoivent des fonds de la clientèle qu'ils regroupent sur un compte global ouvert à leur nom et agissent en qualité de contrepartie dans les transactions (cf. Commentaire de la CFB, p. 5).

Se fondant également sur le Commentaire de la CFB, la recourante prétend que son modèle d'affaires a été adopté en conformité avec les objectifs de la révision de manière à ne pas tomber sous le coup de l'obligation d'obtenir une autorisation. A l'appui de cette affirmation, elle se contente

d'arguer qu'elle n'est pas un négociant en devises type car son modèle se base sur des abonnements non remboursables. Cette argumentation ne peut être suivie car, comme il été exposé ci-dessus, la qualification de ces fonds comme dépôts au sens de la LB ne peut être contournée par la simple astuce consistant à les camoufler sous forme d'abonnement. Par ailleurs, le passage du Commentaire auquel la recourante se réfère (cf. Commentaire de la CFB, p. 9) précise bien que les négociants non désireux ou non capables d'obtenir une autorisation en tant que banques devraient adapter leur modèle d'affaires, par exemple en renonçant à intervenir en leur propre nom ou en s'associant à d'autres établissements; nonobstant ses assertions, le modèle d'affaires de la recourante ne poursuit manifestement pas cet objectif car il correspond bien à celui du négociant en devises type. En effet, la recourante rassemble les paiements sur son propre compte B._____ et agit comme contrepartie dans les transactions. Le caractère virtuel des opérations de change ne fait pas obstacle à cette qualification: le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de se pencher sur un cas de négoce virtuel, ou du moins partiellement virtuel, qu'il a qualifié d'activité de négociant type ne couvrant pas ou pas entièrement les positions des clients (cf. arrêt précité B-8228/2007).

En l'espèce, et contrairement aux dires de la recourante qui conteste le fait que le négoce sur sa plateforme permette de profiter d'un effet de levier et déclare ne pas procéder à des appels de marge, il sied de constater que les clients peuvent négocier plusieurs milliers d'unités de devises alors même qu'ils ne versent initialement pas plus de USD 24.–. Cela constitue manifestement un usage de l'effet de levier, considérable en l'occurrence: l'autorité inférieure a présenté dans sa décision un exemple de négoce de la paire GBP/USD, dans lequel cet effet pouvait atteindre un ratio de 781:1. Comme le fait remarquer l'autorité inférieure, de telles opérations exposent les clients à des risques importants. Les déclarations de la recourante contredisent par ailleurs les explications qui figurent sur son site Internet dans les documents « (...) » (accessible sous le lien Internet (...), dernière visite le 19 septembre 2011) et « (...) » (accessible sous le lien Internet (...), dernière

visite le 19 septembre 2011) où elle mentionne expressément l'usage de l'effet de levier ; elle y utilise également les termes « *available margin* » (marge disponible), « *margin account* » (compte de marge) et « *margin call* » (appel de marge).

Par conséquent, il convient de donner raison à l'autorité inférieure lorsqu'elle affirme que les activités de la recourante correspondent tant à des opérations typiques de négoce de devises sur la base d'une marge initiale (les frais d'abonnement), faisant usage d'un effet de levier et donnant lieu selon les résultats à des remboursements de soldes positifs ou à des appels de marge (les paiements en compensation des soldes négatifs), qu'à des opérations bancaires. En effet, le droit accordé aux clients d'avoir des soldes négatifs, qu'ils pourront combler, équivaut à la mise à disposition d'un crédit, opération typique de l'activité bancaire. Les paiements subséquents des clients remboursent ce crédit et rétablissent l'avoir initial en leur faveur. Il n'y a pas lieu de suivre la recourante lorsqu'elle argue du fait qu'elle ne dispose d'aucun moyen lui permettant d'exiger l'acquittement des sommes en question ; d'une part, le cadre juridique de ses activités n'est pas clair à ce sujet et, d'autre part, elle accepte les versements effectués par ses clients en compensation des soldes négatifs de leurs comptes. Dans les faits, cela signifie que tant la recourante que les clients s'accordent à considérer ces montants comme crédits en faveur de ces derniers.

Il ressort de ce qui précède que l'art. 3a al. 3 let. c OB ne se révèle pas pertinent en l'occurrence.

3.3.3. Au surplus, in casu il ne s'agit manifestement pas d'un des cas d'exception au sens de l'art. 3a al. 4 OB, étant donné que les clients de la recourante ne possèdent à l'évidence pas le profil des déposants, investisseurs et autres créanciers énumérés dans cette disposition.

3.3.4. Dans la mesure où les fonds confiés à la recourante par ses clients constituent des passifs ne correspondant à aucun cas d'exception prévu à l'art. 3a OB, rien ne s'oppose à les qualifier de dépôts du public.

3.4. Attendu que l'activité de la recourante doit être qualifiée de professionnelle puisqu'elle a accepté de l'argent de 60 clients selon ses dires et qu'elle fait de la publicité pour ses services au travers de sa page Internet, force est de constater qu'elle a consenti des dépôts du public à titre professionnel. Ne bénéficiant pas d'une autorisation ad hoc, elle agit en violation de l'art. 1 al. 2 LB. Par conséquent, la décision attaquée ne s'avère pas contraire au droit fédéral.

4.

La recourante reproche au surplus à l'autorité inférieure une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA). Il ressort du mémoire de recours que ce grief se rapporte à la prétendue communication qu'une représentante de la FINMA aurait faite à la recourante lors de l'entretien du 17 décembre 2009, admettant expressément qu'aucun manquement ou infraction ne pouvaient lui être reprochés et l'autorisant à poursuivre son activité.

4.1. La procédure administrative est régie essentiellement par la maxime inquisitoriale selon laquelle les autorités définissent les faits pertinents et les preuves nécessaires, qu'elles ordonnent et apprécient d'office (art. 12 PA). Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaboration des parties à l'établissement des faits (art. 13 PA) ainsi que par le droit des parties, compris dans le droit d'être entendu, de participer à la procédure et d'influencer la prise de décision (cf. ATF 128 II 139 consid. 2b, ATF 120 V 357 consid. 1a, arrêt du Tribunal fédéral 2A.404/2004 du 18 février 2005 consid. 3.2). Ces règles de procédure n'influent toutefois pas sur la répartition du fardeau de la preuve, laquelle est déterminée conformément au principe général du droit consacré à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), applicable en droit public dans la mesure où aucune loi spéciale n'en dispose autrement (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2A.669/2A.677/2005 du 10 mai 2006 consid. 3.5.2 et les réf. cit. ;

Clémence Grisel, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 58 s.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich/St-Gall 2010, n° 1623, Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011, p. 299 s.). En vertu de ce principe, l'administré doit prouver les faits dont il entend tirer un avantage et doit supporter les conséquences du défaut de preuve.

4.2. En l'espèce, la recourante invoque une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents par l'autorité inférieure afin d'obtenir l'annulation de la décision attaquée; c'est à elle qu'il incombe d'en apporter la preuve. Or, elle n'a produit aucun moyen de preuve démontrant qu'une représentante de l'autorité inférieure l'aurait assuré que son activité était conforme à la loi. Pour sa part, l'autorité inférieure conteste fermement cette version des faits et a joint à sa réponse – cosignée par la représentante en question – le procès-verbal de la séance du 17 décembre 2009 duquel ne ressort aucune affirmation semblable.

4.3. En l'absence de preuve suffisamment étayée, il n'y a pas lieu d'admettre le grief de la recourante.

5.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

(...)

Dispositif

8 Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und Veröffentlichung eines Werbeverbots

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 1. Juli 2011

Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG); Entgegennahme von Publikumseinlagen als Gruppe; Konkursöffnung; Veröffentlichung eines Werbeverbots.

Eine unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen stellt praktisch immer eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen dar. Gegenüber den hauptverantwortlichen Personen kann daher unter Berücksichtigung des konkreten Einzelfalls die Publikation eines Werbeverbots verfügt werden. Beim Entscheid über die Publikation kann unter anderem die Schadenshöhe, die Dauer der illegalen Tätigkeit und das Verhalten der betroffenen Personen eine Rolle spielen (Rz. 45–49).

Décision en constatation (art. 32 LFINMA); acceptation de dépôts du public comme groupe; ouverture d'une procédure de faillite; publication d'une interdiction de publicité.

Accepter à titre professionnel des dépôts du public sans autorisation constitue quasi toujours une grave violation des dispositions du droit de la surveillance. En fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce, la publication d'une interdiction de publicité peut être décidée à l'encontre des principaux responsables. Le montant des dommages, la durée durant laquelle fut exercée l'activité illégale ainsi que le comportement des personnes concernées peuvent notamment jouer un rôle pour la décision de publication (Cm 45-49).

Decisione di accertamento (art. 32 LFINMA); accettazione di depositi del pubblico attraverso un gruppo; apertura della procedura di fallimento; pubblicazione del divieto di pubblicità.

L'accettazione non autorizzata di depositi del pubblico a titolo professionale costituisce praticamente sempre una grave violazione delle disposizioni del diritto prudenziale. Di conseguenza, considerando il caso specifico, può essere disposto un divieto di pubblicità nei confronti delle persone responsabili. Nella decisione sulla pubblicazione, l'autorità può tenere conto, fra l'altro, dell'entità dei danni, della durata dell'attività illegale e del comportamento delle persone interessate (nm. 45-49).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Mit superprovisorischer Verfügung vom 18. April 2011 setzte die FINMA bei der X._____ AG und der Y._____ GmbH wegen Verdachts auf unbewilligte Entgegennahme von Publikumseinlagen einen Untersuchungsbeauftragten ein. Mit superprovisorischer Verfügung vom 19. April 2011 erweiterte die FINMA das Verfahren auf die Z._____ GmbH.

Mit Schreiben vom 17. Mai 2011 nahm der Rechtsvertreter der Gesellschaften und von A._____ zum Bericht des Untersuchungsbeauftragten sowie zu den vorsorglichen Massnahmen Stellung und anerkannte die Unterstellungspflicht der X._____ AG und der Y._____ GmbH. In Bezug auf die Z._____ GmbH beantragte der Rechtsvertreter, die superprovisorische Verfügung vom 19. April 2011 aufzuheben.

Über die X._____ AG und die Y._____ GmbH nahm A._____ von mindestens 164 schweizerischen und ausländischen Kunden Gelder zur Anlage entgegen. Die Akquisition von Neukunden erfolgte grösstenteils über verschiedene Vermittler.

Die Z._____ GmbH schloss mit Anlegern keine Verträge ab und war im Weiteren an den Geschäftsaktivitäten der X._____ AG und der Y._____ GmbH nicht beteiligt, allerdings bestanden Zahlungsflüsse, die eine Verwicklung der Z._____ GmbH in die Geschäftstätigkeit der übrigen Gesellschaften vermuten liess. Die Z._____ GmbH führte zudem einen operativen Geschäftsbetrieb im Bereich des Handels und der Verarbeitung.

Die X._____ AG und die Y._____ GmbH waren gemäss dem Untersuchungsbericht überschuldet, bei der Z._____ GmbH lag hingegen keine Überschuldung vor.

(...)

B. Entgegennahme von Publikumseinlagen als Gruppe

(25) Nach Art. 1 Abs. 2 des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass alle Verbindlichkeiten Einlagecharakter haben. Die Ausnahmen von diesem Verbot werden in Art. 3a Abs. 3 und 4 der Bankenverordnung (BankV; SR 952.02) aufgeführt. Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 BankV). Gewerbsmässigkeit liegt aber auch bereits vor, wenn nur die Absicht besteht, Gelder gewerbsmässig entgegenzunehmen, so bei öffentlicher Werbung für Publikumseinlagen. Die Tatsache, dass ein Dritter als Vermittler eingesetzt wird, ist bereits als öffentliche Werbung zu qualifizieren (FINMA-RS 08/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» Rz. 9; BGE 136 II 43 E. 4.2, Urteil des Bundesgerichts 2A.575/2004 vom 13. April 2005 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1645/2007 vom 17. Januar 2008 E. 2.4 und 4.1). Gemäss ständiger Praxis der FINMA sind die Aufsichtsgesetze unter Umständen auf alle Gesellschaften einer Gruppe anwendbar, selbst wenn nicht alle Gruppengesellschaften selber die bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Eine Gruppe liegt vor, wenn zwischen mehreren Gesellschaften und/oder Personen enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen, so dass diese als wirtschaftliche Einheit behandelt und in Bezug auf die von ihnen je einzeln ausgeübte Geschäftstätigkeit aufsichtsrechtlich als Einheit betrachtet werden müssen (vgl. BGE 136 II 43 E. 4.3, Urteil des Bundesgerichts 2C_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3, Urteil des Bundesgerichts 2C_74/2009 vom 22. Juni 2009 E. 2.2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8299/2008 vom

1. Juni 2010 E. 3.4, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7764/2008 vom 26. November 2009 E. 5.1).

1. Gruppe

(26) Die engen Verflechtungen zwischen der X._____ AG und der Y._____ GmbH sind offensichtlich. Einziges Verwaltungsratsmitglied der X._____ AG mit Einzelunterschrift ist A._____, welcher ebenfalls einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Y._____ GmbH ist. Die Y._____ GmbH verwendet im geschäftlichen Verkehr die Telefonnummer der X._____ AG sowie dieselbe Geschäftsadresse, an der die X._____ AG domiziliert ist.

(27) Die geschäftliche Verflechtung wird offensichtlich durch die Tatsache, dass die Anleger der X._____ AG und Y._____ GmbH gleichzeitig durch dieselben Vermittler angeworben werden und auch dieselben Rundschreiben erhalten. Des Weiteren werden die an die Y._____ GmbH zu zahlenden Einlagen der Anleger angeblich durch Aktien der X._____ AG «besichert». Die X._____ AG nimmt zudem Gelder entgegen, die die Anleger gestützt auf Verträge mit der Y._____ GmbH überweisen. Die X._____ AG und die Y._____ GmbH sind somit gemäss konstanter Praxis und Rechtsprechung aufsichtsrechtlich als Einheit und damit als Gruppe zu betrachten (nachfolgend «X._____ -Gruppe»). Das Vorliegen einer Gruppe bestehend aus der X._____ AG und der Y._____ GmbH wird auch in der Stellungnahme vom 17. Mai 2011 nicht bestritten.

(28) Gemäss Feststellungen des Untersuchungsbeauftragten hat die Z._____ GmbH keine Verträge mit Anlegern abgeschlossen und war im Weiteren an den Geschäftsaktivitäten der X._____ AG und Y._____ GmbH nicht direkt beteiligt. Die Z._____ GmbH führt in erster Linie einen operativen Geschäftsbetrieb im Bereich des Handels und der Verarbeitung von (...). Indes wurde ein Teil der von der X._____ AG entgegengenommenen Kundengelder an die Z._____ GmbH überwiesen. Die

Gelder wurden sodann für die Liquiditätssicherung der Z._____ GmbH verwendet oder in eigenem Namen investiert. Der Gesamtsaldo der offenen Forderungen der X._____ AG gegenüber der Z._____ GmbH beträgt per 13. April 2011 CHF (...). Die Z._____ GmbH erklärt sich ausdrücklich bereit, die Forderung der X._____ AG (unter Vorbehalt einzelner Korrekturen) zu begleichen, was gemäss Angaben der Gesellschaft aufgrund der guten Auftragslage innert nützlicher Frist möglich sein sollte. Insgesamt erscheint der Beitrag der Z._____ GmbH zur Tätigkeit der X._____ AG und Y._____ GmbH noch nicht als derart koordiniert und wesentlich, dass eine Gruppenbetrachtung für die Z._____ GmbH angezeigt wäre. Die Z._____ GmbH ist somit nicht als zur X._____ -Gruppe zugehörig zu betrachten (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.3).

2. Entgegennahme von Publikumseinlagen

(29) Die X._____ AG hat gestützt auf «Beteiligungsverträge» von mindestens 164 Anlegern Gelder in der Höhe von umgerechnet mindestens CHF 5,5 Mio. auf diverse Konten lautend auf die X._____ AG entgegengenommen. Einzahlungen von Anlegern gestützt auf «Gesellschaftsverträge Stille Beteiligung» mit der Y._____ GmbH erfolgten ebenfalls auf Konten der X._____ AG. Gestützt auf die vorliegenden «Beteiligungsverträge» mit einer festen Laufzeit wird den Anlegern ein monatlicher Zins von 15%, 8% oder 5% garantiert. Somit handelt es sich beim einbezahlten Kapital um Fremdkapital und damit um Einlagen aus dem Publikum. Ausnahmen gemäss Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV sind nicht ersichtlich.

(30) Indem die X._____ AG und die Y._____ GmbH für die Anwerbung der Kunden Vermittler einsetzen, nehmen sie die Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegen. Zudem haben sie Kundengelder von weit mehr als 20 Personen entgegengenommen. Im Übrigen wird auch in der Stellungnahme vom 17. Mai 2011 die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen nicht bestritten.

(31) Die X._____ AG und die Y._____ GmbH nehmen somit als Gruppe gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen, ohne über die dafür notwendige Bankbewilligung zu verfügen, und verstossen damit gegen das Bankengesetz.

(...)

D. Massnahmen

1. Konkursöffnung

(34) Verletzt eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter die Bestimmungen des FINMAG oder eines der Finanzmarktgesetze nach Art. 1 FINMAG oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA gemäss Art. 31 FINMAG für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.1). Gemäss Art. 37 Abs. 1 FINMAG entzieht die FINMA einer oder einem Beaufsichtigten die Bewilligung, die Anerkennung, die Zulassung oder die Registrierung, wenn sie oder er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Mit dem Entzug verliert die oder der Beaufsichtigte das Recht, die Tätigkeit auszuüben (Art. 37 Abs. 2 FINMAG). Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen (Art. 37 Abs. 2 FINMAG). Nach Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG bewirkt der Entzug der Bewilligung bei juristischen Personen und Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Auflösung und bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister. Gemäss Art. 37 Abs. 3 FINMAG gelten diese Folgen analog, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter tätig ist, ohne über eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung zu verfügen.

(35) Im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz hat die FINMA diejenigen Massnahmen zu wählen, welche sie für angemessen hält, um den Gesetzeszweck zu erreichen. In der Wahl der geeigneten Massnahme hat die

FINMA das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren und die Massnahmen zu wählen, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen, ihren Zweck, die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, jedoch trotzdem erreichen. Ihr Vorgehen soll dabei den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit des Kapitalmarkts andererseits, Rechnung tragen. Die FINMA handelt dabei im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze. Die Frage, wie die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem «technischen Ermessen» überlassen (vgl. BGE 136 II 43 E. 3, BGE 135 II 356 E 3.1, Urteil des Bundesgerichts 2C_565/2010 vom 14. April 2011 E. 4.1).

(36) Besteht bei einer in den Aufsichtsbereich der FINMA fallenden Gesellschaft begründete Besorgnis einer Überschuldung oder ernsthafter Liquiditätsprobleme, so hat die FINMA die notwendigen Insolvenzmassnahmen und -verfahren anzuordnen (Art. 25 Abs. 1 BankG, Art. 2 der Bankenkonzursverordnung-FINMA [BKV-FINMA; SR 952.812.32] und BGE 131 II 320). Die FINMA hat zwingend den Konkurs zu eröffnen, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) gegeben sind und keine Aussicht auf eine Sanierung besteht (Art. 33 Abs. 1 BankG; BGE 136 II 43 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_202/2010 und 2C_199/2010 vom 12. April 2011 E. 11.3, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1873/2009 vom 8. März 2010 E. 8.1).

(37) Die X._____ AG hat per 15. April 2011 liquide Mittel im Umfang von umgerechnet CHF (...). Aus dem vom Untersuchungsbeauftragten erstellten provisorischen Status ergibt sich, dass die X._____ AG eine Forderung gegenüber der Z._____ GmbH in der Höhe von CHF (...) hat. Diesen Aktiven stehen Verbindlichkeiten gegenüber Anlegern in der Höhe von mindestens CHF 5,4 Mio. entgegen. Die X._____ AG ist damit offensichtlich überschuldet.

(38) Die Y._____ GmbH verfügt über keine Aktiven. Demgegenüber bestehen Forderungen von Anlegern von mindestens CHF 306'617.–. Hinzu kommen die Kosten des Untersuchungsbeauftragten. Gemäss den Feststellungen des Untersuchungsbeauftragten ist die Y._____ GmbH offensichtlich überschuldet.

(39) Die nachträgliche Erteilung einer Bankbewilligung fällt bei der X._____ AG und der Y._____ GmbH mangels vorgeschriebenem Mindestkapital (Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG) und einer adäquaten Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG) von vornherein ausser Betracht. Zudem würden die Gesellschaften sowie die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen auch keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG). Da weder der X._____ AG noch der Y._____ GmbH eine Bankbewilligung erteilt wurde und auch keine Bankbewilligung erteilt werden kann, ist auch ein Sanierungsverfahren gemäss Art. 28 ff. BankG ausgeschlossen (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2., BGE 131 II 306 E. 4.1.3; BBl 2002 8085).

(40) Infolge der begründeten Besorgnis einer Überschuldung der X._____ AG und der Y._____ GmbH sowie der Unmöglichkeit der Durchführung eines Sanierungsverfahrens ist über die X._____ AG und die Y._____ GmbH in Anwendung von Art. 33 Abs. 1 BankG zwingend der Konkurs zu eröffnen. Der Konkursort befindet sich am Sitz der Gesellschaft (Art. 8 Abs. 1 BKV-FINMA).

(41) Eröffnet die FINMA über eine oder mehrere Gesellschaften den Konkurs, ernennt sie einen oder mehrere Konkursliquidatoren, die unter ihrer Aufsicht stehen (Art. 33 Abs. 2 BankG).

(42) Rechtsanwalt L._____, der bereits als Untersuchungsbeauftragter mit vorliegender Sache betraut ist, ist für die Durchführung der beiden Konkursverfahren hinreichend qualifiziert und bietet Gewähr, dass die

Konkursliquidationen mit der erforderlichen Unabhängigkeit, Sorgfalt und Fachkenntnis durchgeführt werden. Rechtsanwalt L._____ ist daher als Konkursliquidator bei der X._____ AG und der Y._____ GmbH einzusetzen.

(...)

3. Werbeverbot

(45) A._____ ist in die Geschäftstätigkeit der X._____ AG und der Y._____ GmbH massgebend involviert. Ihm oblag die effektive Geschäftsführung der X._____ AG und der Y._____ GmbH. Somit ist er hauptsächlich verantwortlich für die durch die X._____ AG und die Y._____ GmbH vorgenommene Entgegennahme von Publikumseinlagen und die darin begründete Verletzung des Bankengesetzes. Es besteht somit ein ausreichender Grund, ein Verbot der Ausübung einer Banktätigkeit und der entsprechenden Werbung in genereller Form gegen A._____ auszusprechen.

(46) Mit dem ausdrücklichen Verbot, ohne Bewilligung gewerbmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen oder dafür zu werben, wird A._____ lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gilt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 7). Die FINMA weist A._____ zudem auf Art. 44 und 48 FINMAG sowie auf Art. 46 und 49 BankG und die darin enthaltenen Strafdrohungen hin.

4. Veröffentlichung

(47) In Anwendung von Art. 34 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt und die Publikation

in der Verfügung selber angeordnet wird. Die «schwere» Verletzung von Aufsichtsrecht ist ein unbestimmter Rechtsbegriff (Hsu Peter/Bahar Rashid/Renninger Silvia, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Art. 32 N 22). Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten gilt nicht als schwere Verletzung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1). Die Botschaft zum FINMAG bezeichnet namentlich Art. 46 BankG als gravierende Pflichtverletzungen in Bezug auf die Bankengesetzgebung (BBl 2006 2901). Eine unbewilligte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen stellt praktisch immer eine schwere Verletzung von Aufsichtsbestimmungen dar (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.5). Der Schutz des Publikums bzw. potentieller künftiger Anleger steht bei der Publikation eines Werbeverbots im Vordergrund (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2.1.3 und 8.4.2). Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten (Individualschutz) andererseits – müssen die Veröffentlichung des Werbeverbots rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen. Die Veröffentlichung muss demnach im Einzelfall verhältnismässig sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1).

(48) A._____ ist massgeblich verantwortlich für die unbewilligte Tätigkeit der X._____ -Gruppe. Selbst wenn er sich anfänglich von einem Dritten, R._____, beeinflussen liess, bleibt er dennoch hauptsächlich verantwortlich für diese Tätigkeit. Er hat denn auch R._____ die Anlage-tätigkeit entzogen, an einen Vertrauensmann übertragen und die unbewilligte Tätigkeit der X._____ -Gruppe weitergeführt. Die X._____ -Gruppe hat ab April 2010 innerhalb eines kurzen Zeitraumes Publikums-

einlagen in der Höhe von umgerechnet minimal CHF 5,5 Mio. von mindestens 164 Anlegern auf diversen Konten entgegengenommen (vgl. Rz. (29)). Sobald eine Bank über die Hintergründe der Zahlungseingänge Auskunft verlangte respektive eine Geldwäschereimeldung an die zuständige Behörde erstattete, eröffnete A._____ für die Gruppe ein neues Konto bei einer anderen Bank. Gemäss eigenen Angaben wurde A._____ zudem von einem Rechtsanwalt darauf aufmerksam gemacht, dass die über die X._____ AG und Y._____ GmbH ausgeübte Geschäftstätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtig sei. Seine behauptete Absicht, nach dieser Auskunft die Gelder an die Anleger zurückzuerstatten, lässt sich durch die bekannten Fakten nicht bestätigen. Ganz im Gegenteil hat er in der Folge weder eine Rückerstattung an die Hand genommen noch um eine Bewilligung der FINMA ersucht, sondern weiterhin Kundengelder entgegengenommen. Entgegen seiner Behauptung hat er auch danach weitere «Investments» getätigt. Durch sein gesamtes Verhalten und insbesondere seine beharrliche Fortführung der unbewilligten Tätigkeit hat sich A._____ dem gesamten aufsichtsrechtlichen Pflichtenkatalog von Beginn weg entzogen. Entsprechend handelt es sich nicht um eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten (vgl. Rz. (47)). Schliesslich sind die X._____ AG und die Y._____ GmbH massiv überschuldet, weshalb davon auszugehen ist, dass die Anleger einen beträchtlichen Schaden erleiden dürften. Der von A._____ begangene Verstoß gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen wiegt aus diesen Gründen schwer.

(49) Mit seiner Tätigkeit bei der Z._____ GmbH im Bereich des Handels und der Verarbeitung von (...) ist A._____ nicht im finanzmarktrechtlichen Bereich tätig. Ein publiziertes Werbeverbot, das die Entgegennahme von Publikumseinlagen bzw. die entsprechende Werbung dafür verbietet, wirkt sich unter diesen Umständen wenig auf sein wirtschaftliches Fortkommen aus. Die X._____ AG und die Y._____ GmbH werden, nachdem sie von der FINMA in Liquidation gesetzt worden sind, ihre

Geschäftstätigkeit einstellen müssen. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht besteht jedoch die Gefahr, dass A._____ seine über die X._____ AG und die Y._____ GmbH ausgeübte Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft oder unter Einbezug von Drittpersonen als Strohleute weiterführt oder auf bereits bestehende eigene Gesellschaften auslagert. Gestützt auf ein Rundschreiben der X._____ AG an ihre sowie die Anleger der Y._____ GmbH ist insbesondere zu befürchten, dass A._____ künftig Investoren über ihm zuzurechnende, ausländische Gesellschaften akquirieren wird. Zwar gibt A._____ an, in der Schweiz nicht mehr im Finanzbereich tätig sein zu wollen. A._____ hat seinen Wohnsitz aber in der Schweiz und beabsichtigte offenbar, die Geschäftstätigkeit (...) zu verlagern, die administrativen Tätigkeiten aber weiterhin von der Schweiz aus zu führen. Es besteht daher weiterhin die Gefahr, dass er in Zukunft eine unbewilligte Tätigkeit zumindest faktisch in oder von der Schweiz aus wahrnimmt und hierdurch potentielle Anleger schädigt. Zudem hat A._____ seine unbewilligte Tätigkeit unbeirrt fortgesetzt und beharrlich Kontobeziehungen mit neuen Banken eröffnet, sobald bei einer bestehenden Bankbeziehung Auskünfte über die Zahlungsvorgänge verlangt oder eine Geldwäschereimeldung erstattet wurde. Auch aus diesem Grund ist nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass er seine Tätigkeit im Finanzbereich nunmehr definitiv einstellen wird. Auch die erst kürzlich erfolgte bzw. geplante Aufsetzung der Fonds «X._____ (...)» und «Y._____ (...)» ist ein Hinweis darauf, dass A._____ möglicherweise seine Tätigkeit auf dem Finanzmarkt in anderer Form weiterführen wird. Das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits und der Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger und der Anleger (Individualschutz) andererseits sowie der Präventionscharakter der Veröffentlichung überwiegen vorliegend insgesamt den privaten Interessen von A._____. In Anbetracht der festgestellten schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sowie der gesamten Umstände rechtfertigt sich insbesondere im Interesse potentieller künftiger Anleger die Publikation des Werbeverbots für eine

Dauer von fünf Jahren. Es ist somit verhältnismässig, dass die FINMA den das Werbeverbot betreffenden Teil des Dispositivs der vorliegenden Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft im Einklang mit Art. 34 FINMAG für die Dauer von fünf Jahren auf ihrer Internetseite (www.finma.ch) veröffentlicht.

5. Beendigung des Mandats des Untersuchungsbeauftragten bei der Z._____ GmbH

(50) Unter den gegebenen Umständen ist das Mandat des Untersuchungsbeauftragten bei der Z._____ GmbH zu beenden. Die Sperrung sämtlicher Kontoverbindungen und Depots, die auf die Z._____ GmbH lauten oder an denen diese wirtschaftlich berechtigt ist, wird aufgehoben.

(...)

Dispositiv

9

Anforderungen an die Unabhängigkeit leitender Prüfer

**URTEIL des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011
vom 31. Mai 2012 i.S. A. und B. gegen
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
(BVGE 2012/10)**

Finanzmarktaufsicht; Ausstand; Begründungspflicht; Anzeige der Verfahrenseröffnung; Rechtsverzögerung; Unabhängigkeit leitender Prüfer; Berufsverbot (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 26 Abs. 2, Art. 30 und Art. 33 FINMAG; Art. 728 OR; Art. 10 Abs. 1 VwVG).

1. Ein Behördenmitglied, dem die dauernde Aufsicht über ein Unternehmen obliegt, verletzt in einem nachfolgenden eingreifenden Verfahren die Ausstandspflicht dann nicht, wenn es bloss in untergeordneter Funktion mitwirkt (E. 2).
2. Eine verspätete Anzeige der Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens bildet keinen rechtserheblichen formellen Fehler, sofern der Betroffene seine Rechte in geeigneter Weise wahrnehmen konnte (E. 4).
3. Ob eine Rechtsverzögerung vorliegt, ist unter Berücksichtigung des Umstandes zu beurteilen, dass das Verfahren zum Erlass eines Berufsverbotes im Sinne von Art. 33 FINMAG umfangreiche Feststellungen des Sachverhalts erfordert. Massgebend ist die Dauer des Verfahrens ab Anzeige der Verfahrenseröffnung, soweit die betroffene Partei vor diesem Zeitpunkt noch keinen belastenden Schritten ausgesetzt war (E. 5).
4. Unabhängigkeitsanforderungen an leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG. Die Unabhängigkeit dem Anschein nach ist nicht gewahrt, wenn bei Verhandlungen zum Abschluss eines Prüfungsauftrages eine Honorarverzichtsofferte abgegeben wird (E. 6–7).
5. Berufsverbot. Die Behörden haben einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG vorliegt. Verstösse gegen die Anforderungen an die Unabhängigkeit von leitenden Prüfern bilden keine nur untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten. Dauer der verhängten Massnahme und Verhältnismässigkeitsprüfung (E. 8).

Surveillance des marchés financiers; récusation; devoir de motivation; annonce de l'ouverture d'une procédure; retard injustifié; indépendance des auditeurs responsables; interdiction d'exercer (art. 29 al. 1 et 2 Cst.; art. 6 ch. 1 CEDH; art. 26 al. 2, art. 30 et art. 33 LFINMA; art. 728 CO; art. 10 al. 1 PA).

1. Un membre de l'autorité, auquel incombe la surveillance permanente d'une entreprise, ne viole pas son devoir de récusation lorsque, dans une procédure contraignante ultérieure, il n'exerce qu'une fonction subalterne (consid. 2).
2. L'annonce tardive de l'ouverture d'une procédure contraignante ne constitue pas un vice de forme juridiquement pertinent, pour autant que la partie concernée ait pu sauvegarder ses droits de manière appropriée (consid. 4).
3. Pour apprécier s'il y a eu retard injustifié, il faut tenir compte du fait que la procédure visant à prononcer une interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LFINMA exige que les faits soient établis de manière complète. La durée déterminante est celle de la procédure à partir de l'annonce de son ouverture, pour autant que la partie concernée n'ait pas fait l'objet auparavant de mesures dirigées contre elle (consid. 5).
4. Exigences quant à l'indépendance des auditeurs responsables au sens de l'art. 26 al. 2 LFINMA. L'apparence d'indépendance n'est pas garantie si, lors de négociations en vue de l'attribution d'un mandat d'audit, il est proposé de renoncer aux honoraires (consid. 6-7).
5. Interdiction d'exercer. Les autorités ont un certain pouvoir d'appréciation pour juger si une violation grave du droit de la surveillance, au sens de l'art. 33 LFINMA, a été commise. Les manquements aux exigences relatives à l'indépendance des auditeurs responsables ne sont pas seulement des violations d'importance secondaire des devoirs relevant de la législation sur les marchés financiers. Durée de la mesure prononcée et examen de sa proportionnalité (consid. 8).

Vigilanza dei mercati finanziari; ricsuzione; obbligo di motivazione; avviso di avvio di un procedimento; ritardata giustizia; indipendenza degli auditor responsabili; divieto di esercizio della professione (art. 29 cpv. 1 e 2 Cost; art. 6 n. 1 CEDU; art. 26 cpv. 2, art. 30 e art. 33 LFINMA; art. 728 CO; art. 10 cpv. 1 PA).

1. Un membro dell'autorità a cui compete la sorveglianza continua di un'impresa non viola l'obbligo di ricsuzione nell'ambito di un procedimento successivo vincolante fintanto che la sua partecipazione è limitata ad un ruolo secondario (consid. 2).
2. Se l'interessato ha potuto adeguatamente salvaguardare i propri diritti, l'avviso tardivo di avvio di un procedimento vincolante non costituisce un vizio di forma giuridicamente rilevante (consid. 4).
3. Nell'esaminare se sussiste un caso di ritardata giustizia occorre tener conto del fatto che la procedura per l'emanazione di un divieto di esercizio della professione ai sensi dell'art. 33 LFINMA richiede complessi accertamenti della fattispecie. La durata della procedura è determinante a partire dall'avviso di avvio del procedimento se prima di tale avviso la parte interessata si è trattenuta di intraprendere passi compromettenti (consid. 5).
4. Requisiti di indipendenza imposti agli auditor responsabili ai sensi dell'art. 26 cpv. 2 LFINMA. L'indipendenza non è garantita in apparenza se nell'ambito delle trattative per la conclusione di un mandato di revisione viene emessa un'offerta di rinuncia all'onorario (consid. 6-7).
5. Divieto di esercizio della professione. Le autorità dispongono di un certo margine di apprezzamento riguardo al sussistere di una grave violazione delle disposizioni legali in materia di vigilanza ai sensi dell'art. 33 LFINMA. Il mancato adempimento dei requisiti di indipendenza degli auditor responsabili non costituisce soltanto una violazione di importanza secondaria degli obblighi in materia di sorveglianza sui mercati finanziari. Durata della misura inflitta ed esame della proporzionalità (consid. 8).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Beschwerdeführer sind von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) zugelassene leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1).

Der Beschwerdeführer A. erhielt von einem bei der C. AG angestellten Ökonomen am 15. Juni 2009 ein E-Mail, wonach die C. AG für die D. AG bei der FINMA eine Bewilligung als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen beantragen werde. Dem E-Mail beigefügt waren Unterlagen betreffend die D. AG.

Am 18. Juni 2009 bestätigte der Beschwerdeführer A. gegenüber dem genannten Ökonomen per E-Mail, dass seine Arbeitgeberin, die E. AG, in der Lage wäre, «als kollektivanlagegesetzliche Prüfgesellschaft» aufgrund der angehängten Unterlagen eine positive Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen zu verfassen. Freilich müsse er sich «schon noch vorbehalten, weitere Informationen zu erhalten, um diese entsprechend in die Stellungnahme einfliessen zu lassen». Ferner äusserte er die Ansicht, dass die Prüfgesellschaft in der Gesuchsphase identisch mit der anschliessend mit den jährlichen Prüfarbeiten beauftragten Gesellschaft sein sollte. Schliesslich erklärte der Beschwerdeführer A. die Bereitschaft, «im Sinne einer Investition in eine nachhaltige Zusammenarbeit als Prüfer der Vermögensverwalterin das Honorar für die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch zu unseren Lasten zu übernehmen». Der Beschwerdeführer B. erhielt eine Kopie dieses E-Mails.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2010 zeigte die Vorinstanz den Beschwerdeführern an, dass ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen sie eröffnet worden sei. Zugleich verlangte sie von ihnen die Beantwortung verschiedener Fragen zu den Honoraren beim Mandat D. AG und bei zwei weiteren Mandaten.

Mit Verfügung vom 1. Juli 2011 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführer aufsichtsrechtliche Vorschriften schwer verletzt hätten.

Ferner untersagte sie ihnen, während der Dauer von sechs Monaten als leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG tätig zu sein. Für die Widerhandlung gegen das Verbot wurden ihnen Konsequenzen gemäss Art. 48 FINMAG angedroht. Schliesslich auferlegte die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten je zur Hälfte. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführer hätten durch den angebotenen Honorarverzicht im Fall D. AG zumindest den Anschein erweckt, im Bewilligungsverfahren keine negativen Stellungnahmen abzugeben. Deshalb seien sie – jedenfalls dem Anschein nach – nicht mehr unabhängig gewesen und hätten in gravierender Weise die für leitende Prüfer geltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit missachtet. Da beide Beschwerdeführer gleichermaßen für die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortlich seien, sei ihnen ein je sechsmonatiges Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG aufzuerlegen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die hiergegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen

(...)

2.

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden zunächst eine Verletzung von Grundsatz 10 der Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009 (abrufbar unter <<http://www.finma.ch>> Enforcement > Enforcement-Begriff, besucht am 28. Mai 2012, nachfolgend: Enforcement-Policy), wonach – wenn immer möglich – innerhalb dieser Behörde nicht die gleichen Personen für die dauernde Aufsicht über Institute und für Enforcement-Verfahren gegen diese verantwortlich sein sollten. Sie bringen diesbezüglich im Wesentlichen vor, F., Leiter (...) der Vorinstanz, habe an

einer am 25. März 2011 durchgeführten Befragung der Beschwerdeführer teilgenommen und dabei – namentlich bei der Befragung des Beschwerdeführers A. – eine sehr aktive Rolle gespielt. Weil dieser Mitarbeiter zuvor auch für die dauernde Aufsicht im Zusammenhang mit dem Mandat D. AG zuständig gewesen sei, sei er befangen gewesen.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht befasste sich im Urteil B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 eingehend mit den für die FINMA geltenden Ausstandsvorschriften, namentlich mit der Tragweite von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 10 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) und Art. 11 Abs. 1 des Verhaltenskodexes der FINMA vom 19. November 2008 (abrufbar unter <<http://www.finma.ch>> Regulierung > Gesetze und Verordnungen > FINMA, besucht am 28. Mai 2012; siehe zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1583/2011 vom 8. Juni 2011, insbes. E. 2.1–2.7, 3.4 und 5.1–5.4). Es erachtete es dabei – auch mit Blick auf Grundsatz 10 der Enforcement-Policy der FINMA – als zulässig, dass ein Mitarbeiter der Vorinstanz, der im Rahmen der sogenannten laufenden Aufsicht eine führende Rolle bei den Sachverhaltsabklärungen ausgeübt hatte, bei einem späteren, dieselbe Unternehmensgruppe betreffenden, eingreifenden Verfahren in tragender Funktion als Fachspezialist mitwirkte. Entscheidend war dabei nach Auffassung des Gerichts, dass der Mitarbeiter für das Enforcement-Verfahren nicht völlig unabdingbar war und die Entscheidkompetenz nicht bei ihm, sondern beim Enforcement-Ausschuss der Vorinstanz lag (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1583/2011 vom 8. Juni 2011 E. 5.1 und 5.4 f.). An der mit dieser Rechtsprechung eingeschlagenen Richtung ist festzuhalten.

2.2 Es ist unbestritten, dass F. als Leiter (...) der Vorinstanz für die laufende Aufsicht im Zusammenhang mit dem Mandat D. AG zuständig und «wegen seiner profunden Fachkenntnisse und Erfahrungen» bei der im Rahmen des eingreifenden Verfahrens durchgeführten Befragung der

Beschwerdeführer am 25. März 2011 anwesend war. Dieser Umstand begründet freilich gemäss der soeben erwähnten Rechtsprechung keine Rechtsverletzung. Denn zum einen ist nicht substantiiert, dass F. für die Durchführung des eingreifenden Verfahrens unentbehrlich war und ihm dabei eine federführende Rolle zukam. Dies gilt selbst dann, wenn er – wie die Beschwerdeführer behaupten – namentlich dem Beschwerdeführer A. anlässlich der Besprechung vom 25. März 2011 eine Vielzahl von Fragen gestellt haben sollte. Zum anderen war der Geschäftsbereich Enforcement der Vorinstanz nach deren eigenen Angaben für das eingreifende Verfahren verantwortlich. Für die Annahme, dass Letzteres nicht zutrifft und die Entscheidkompetenz stattdessen beim fraglichen Mitarbeiter lag, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. Es erübrigt sich vor diesem Hintergrund namentlich, F. im Sinne der in der Beschwerde zu diesem Punkt gestellten Beweisofferte zu befragen.

Die Rüge, die Vorinstanz habe gegen Grundsatz 10 der Enforcement-Policy der FINMA und Ausstandsvorschriften verstossen, ist somit unbegründet.

3. (...)

4.

Die Beschwerdeführer rügen sodann, die Vorinstanz habe sie nicht rechtzeitig über die Eröffnung des eingreifenden Verfahrens informiert, weshalb ein Verstoß gegen Art. 30 FINMAG und eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege. Gemäss Art. 30 FINMAG zeigt die FINMA den Parteien die Eröffnung eines eingreifenden Aufsichtsverfahrens an. Dabei handelt es sich freilich lediglich um eine Ordnungsvorschrift, soweit damit keine spezifischen weiteren Anordnungen verbunden sind. Entscheidend ist, dass die Parteien (im Sinne von Art. 6 VwVG) ihre Rechte vor Erlass der Aufsichtsmaßnahme tatsächlich voll wahrnehmen können (siehe zum

Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2C_749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch Katja Roth Pellanda, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 19 zu Art. 30 FINMAG). Eine unterlassene Anzeige der Verfahrenseröffnung begründet keine Rechte der betroffenen Partei und führt auch nicht etwa dazu, dass die FINMA keine Massnahmen anordnen darf (Roth Pellanda, a.a.O., Rz. 19 zu Art. 30 FINMAG mit Hinweis).

Die Vorinstanz eröffnete am 15. Dezember 2009 gegen die E. AG und die Beschwerdeführer ein eingreifendes Verwaltungsverfahren. Den Beschwerdeführern wurde die Verfahrenseröffnung zwar erst mit Schreiben vom 9. Juli 2010 angezeigt. Sie hatten indes sowohl im Rahmen der Beantwortung der dabei gestellten Fragen wie auch aufgrund der Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Schreiben der Vorinstanz vom 20. Dezember 2010 ausreichend Gelegenheit, ihre Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen. Mit Bezug auf die Anzeige der Verfahrenseröffnung liegt somit kein formeller Fehler vor, welcher zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen müsste.

5.

In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführer schliesslich eine Rechtsverzögerung geltend und rügen die Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Sie bringen diesbezüglich im Wesentlichen vor, das erstinstanzliche Verfahren bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung habe ohne nachvollziehbare Gründe rund ein Jahr und sieben Monate gedauert. Die überlange Verfahrensdauer müsse in Analogie zu strafprozessualen Grundsätzen zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung, zumindest jedoch zu einer Milderung der ausgesprochenen Sanktion führen.

Nach Auffassung der Vorinstanz ist die Verfahrensdauer hingegen mit Blick auf das umfangreiche, knapp sechs Monate dauernde Beweisaufnahme-

verfahren und die im Laufe des Verfahrens aufgetretene schwere Erkrankung des ursprünglich zuständigen Sachbearbeiters nicht zu beanstanden.

5.1

5.1.1 Laut Art. 29 Abs. 1 BV hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen jedermann Anspruch auf Beurteilung seiner Sache innert angemessener Frist. Einen analogen Anspruch statuiert Art. 6 Ziff. 1 EMRK für zivilrechtliche Streitigkeiten und strafrechtliche Anklagen (vgl. René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühlmoser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 288). Die Verfahrensdauer lässt sich nicht nach starren Regeln beurteilen, vielmehr ist in jedem Einzelfall unter Würdigung aller konkreten Umstände zu prüfen, ob sich diese als angemessen erweist. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Art des Verfahrens und die konkreten Umstände einer Angelegenheit wie Umfang und Bedeutung des Verfahrens, das Verhalten der betroffenen Privaten und der Behörden, die Bedeutung für die Betroffenen sowie die für die Sache spezifischen Entscheidungsabläufe (anstelle vieler: BGE 135 I 265 E. 4.4; Urteile des Bundesgerichts 12T_2/2011 vom 23. Juni 2011 E. 3.1, 6B_294/2011 vom 16. September 2011 E. 3.3 und 1C_420/2009 vom 24. November 2009 E. 2.2).

Das Verfahren zum Erlass eines Berufsverbotes im Sinne von Art. 33 FINMAG ist grundsätzlich als komplex zu qualifizieren. Den Behörden steht bei der Anwendung dieser Vorschrift ein Beurteilungsspielraum zu, in welchen das Gericht nicht ohne Not eingreift (vgl. E 8.1.1). Deshalb sind namentlich umfangreiche Sachverhaltsfeststellungen erforderlich, um der jeweiligen Situation gerecht zu werden (vgl. auch Grundsatz 8 Abs. 1 der Enforcement-Policy, wonach die Auferlegung eines Berufsverbotes nach Art. 33 FINMAG ein sorgfältiges Abwägen der Beweislage bedingt [siehe zu diesem Grundsatz auch E. 8.1.3]).

5.1.2 Bei *strafrechtlichen Anklagen* beginnt nach Praxis des Bundesgerichts die Frist, deren Angemessenheit zu beachten ist, mit der offiziellen

amtlichen Mitteilung der zuständigen Behörde an den Betroffenen, dass ihm die Begehung einer Straftat angelastet wird. Auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist sachgerecht, weil der Betroffene ab Bekanntgabe des Schuldvorwurfes dem Druck sowie den Belastungen strafprozessualer Verfolgungsmassnahmen ausgesetzt ist (BGE 117 IV 124 E. 3 mit Hinweis). Es drängt sich auf, diese Praxis – unabhängig von der Rechtsnatur des Berufsverbotes von Art. 33 FINMAG (vgl. dazu Felix Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht [SZW] 2011/5, S. 437 ff., 441 ff. mit Hinweisen, sowie hinten E. 5.3) – sinngemäss auch dann anzuwenden, wenn die Auferlegung eines Berufsverbotes im Sinne von Art. 33 FINMAG infolge schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in Frage steht. Dies gilt umso mehr, als auch das diesbezügliche Verfahren nicht auf Begehren des Betroffenen eingeleitet wird und in dessen Rechtsstellung eingreift.

5.2 Vorliegend wurde die Verfahrenseröffnung den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 9. Juli 2010 angezeigt. Zwar wurde das Verfahren bereits am 15. Dezember 2009 eröffnet. Da die Beschwerdeführer aber bis zur Anzeige des Verfahrens noch keinen belastenden Schritten ausgesetzt waren, rechtfertigt es sich, für den Beginn der zur Beurteilung der geltend gemachten Rechtsverzögerung massgebenden Frist auf den 9. Juli 2010 abzustellen. Das in Frage stehende Berufsverbot wurde den Beschwerdeführern am 1. Juli 2011 auferlegt, so dass von einer Verfahrensdauer vor der Vorinstanz von rund einem Jahr auszugehen ist. Selbst wenn die seitens dieser Behörde erwähnte Erkrankung ihres Mitarbeiters keine Verzögerung des Verfahrens rechtfertigen würde (vgl. dazu BGE 130 I 312 E. 5.2; Felix Uhlmann/Simone Wälle-Bär, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, Zürich 2009, N. 20 zu Art. 46a mit Hinweisen), erscheint diese Frist als angemessen (vgl. auch Grundsatz 4 der Enforcement-Policy, wonach die FINMA ihre Verfahren grundsätzlich innert sechs bis zwölf Monaten oder schneller durchführt). Denn zum einen hatte die Vorinstanz vor Auferlegung des Berufsverbotes die Honorarregelung bei insgesamt

drei Mandaten zu untersuchen. Zum anderen konzidieren die Beschwerdeführer selbst, seit Mitteilung der Verfahrenseröffnung von der Vorinstanz «in hoher Kadenz mit Nachfragen beschäftigt» worden zu sein. Zwar war die Sache seit Eingang der Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 14. Januar 2011, also während rund fünfenehalb Monaten, spruchreif. Diese Periode liegt indes noch im Zeitrahmen von Behandlungsunterbrüchen, mit welchen normalerweise im Rahmen eines Verfahrens der vorliegenden Art zu rechnen ist.

Für die Annahme einer überlangen Gesamtdauer des Verfahrens bestehen keine genügenden Anhaltspunkte. Es liegt somit keine gegen Art. 29 Abs. 1 BV oder – falls diese Bestimmung vorliegend überhaupt anwendbar sein sollte – Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossende Rechtsverzögerung vor.

5.3 Nach der strafrechtlichen Rechtsprechung kommen als Sanktionen für die Verletzung des Beschleunigungsgebots die Berücksichtigung der Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung, die Schuldigsprechung des Täters unter gleichzeitigem Strafverzicht und als ultima ratio in extremen Fällen die Verfahrenseinstellung in Betracht (BGE 133 IV 158 E. 8; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühlmoser, a.a.O., Rz. 293, je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführer erachten eine (analoge) Anwendung dieser Rechtsprechung auch beim Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG als angezeigt. Ob einer solchen Lösung zu folgen ist, hängt davon ab, ob diese Sanktion strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.2.1 und B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.2; zur Tragweite der genannten strafrechtlichen Rechtsprechung im Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht vgl. Uhlmann/Wälle-Bär, a.a.O., N. 35 zu Art. 46a mit Hinweisen). Gegen den strafrechtlichen Charakter spricht, dass die in Frage stehende Sanktion nicht als Strafe konzipiert ist, indem das FINMAG das Berufsverbot nach seiner Systematik klar als Aufsichtsinstrument (vgl. Art. 29 ff. FINMAG mit der Überschrift «Weitere Aufsichtsinstrumente») und nicht unter den Strafbestimmungen von Art. 44 ff. FINMAG vorsieht (Uhlmann, a.a.O., S. 442).

Hinzu kommt, dass die Auferlegung eines Berufsverbotes nicht zu einem Eintrag ins Strafregister führt. Nichtsdestotrotz erscheint es mit Blick auf die Schwere der Sanktion nicht als von vornherein ausgeschlossen, dass das Berufsverbot von Art. 33 FINMAG als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren ist (Uhlmann, a.a.O., S. 443; vgl. auch Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 10 zu Art. 33 FINMAG).

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich nicht zur Frage der strafrechtlichen Natur des Berufsverbotes von Art. 33 FINMAG geäußert (vgl. Uhlmann, a.a.O., S. 442). Diese Frage kann vorliegend offengelassen werden, da – wie aufgezeigt (vgl. E. 5.1 f.) – keine Rechtsverzögerung gegeben ist und sich damit das Problem, ob die erwähnte strafrechtliche Rechtsprechung (direkt oder analog) anwendbar ist, nicht stellt.

6.

In materieller Hinsicht stellt sich vorab die Frage, ob die Offerte eines ausdrücklich im Hinblick auf eine spätere Kooperation unentgeltlichen Prüfungsauftrages gegen die Anforderungen an die Unabhängigkeit der leitenden Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG in Verbindung mit Art. 127 Abs. 1 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31) verstösst.

6.1 Die von den leitenden Prüfern einzuhaltenden Anforderungen an die Unabhängigkeit richten sich gemäss Art. 26 Abs. 2 FINMAG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 der Finanzmarkprüfverordnung vom 15. Oktober 2008 (FINMA-PV, SR 956.161) und Art. 11 Abs. 1 des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (RAG, 221.302) unter anderem nach Art. 728 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Letztere Bestimmung regelt die Unabhängigkeit der Revisionsstelle für Gesellschaften, welche der ordentlichen Revision (Art. 727 OR) unterstehen. Gemäss

Abs. 1 hat die Revisionsstelle unabhängig zu sein und sich ihr Prüfungsurteil objektiv zu bilden. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein. Abs. 2 statuiert einen nicht abschliessenden Katalog von mit der Unabhängigkeit unvereinbaren Tatbeständen. Dazu zählt insbesondere «der Abschluss eines Vertrags zu nicht marktkonformen Bedingungen oder eines Vertrags, der ein Interesse der Revisionsstelle am Prüfergebnis begründet» (Ziff. 6). Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit gelten nach Abs. 3 für alle an der Revision beteiligten Personen. Sodann enthalten Abs. 3–6 weitere, hier nicht interessierende Vorschriften zur Unabhängigkeit.

Nach der Rechtsprechung gelten die Unabhängigkeitsvorschriften von Art. 728 Abs. 1 und 2 OR nicht nur für leitende Prüfer, sondern auch für die Mitglieder des Prüfungsteams sowie alle übrigen Personen, welche Prüfungshandlungen vornehmen oder zu diesen beitragen (BVGE 2011/41 E. 2.5.3; siehe dazu auch Rolf Watter/Corrado Rampini, in: Watter/Bertschinger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Revisionsrecht, Basel 2011, Rz. 54 f. zu Art. 728 OR). Die Unabhängigkeit darf dabei weder tatsächlich («independence in fact») noch dem Anschein nach («independence in appearance») beeinträchtigt sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1355/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 4.4.2; BVGE 2011/41 E. 2.5.1 und 2.5.6.1).

6.2 Auch die Richtlinien zur Unabhängigkeit der Treuhand-Kammer 2007 (Fassung vom 6. Dezember 2010 [mit hier nicht einschlägigen Änderungen im Vergleich zu der im Jahr 2009 in Kraft stehenden Fassung], nachfolgend: RzU 2007), welche als Präzisierung des Gesetzestextes faktisch auch für Nichtmitglieder Wirkung entfalten dürften (vgl. BVGE 2007/49 E. 3.4.2), verlangen die innere oder tatsächliche Unabhängigkeit («independence of mind») und die Unabhängigkeit dem Anschein nach («independence of appearance») (vgl. Art. 1 Abs. 1 RzU 2007). Zur Honorargestaltung führen sie namentlich Folgendes aus:

«Art. 41: Höhe und Art der Honorare im Allgemeinen

Revisionsunternehmen vermeiden die tatsächliche oder scheinbare Beeinträchtigung ihrer Objektivität und Unabhängigkeit im Zusammenhang mit Höhe oder Art der Honorare, die sie einem Prüfungskunden in Rechnung stellen.

Art. 42: Honorarniveau

Erlangt ein Revisionsunternehmen einen Prüfungsauftrag zu einem deutlich niedrigeren Honorar als das von einem Vorgänger in Rechnung gestellte oder von anderen Gesellschaften angebotene Honorar, bleibt die Unabhängigkeit gewahrt, solange dem Auftrag ausreichend Zeit und qualifiziertes Personal zugewiesen sind und alle anwendbaren Prüfungsstandards, Richtlinien und Qualitätskontrollverfahren eingehalten werden.»

Art. 45 Abs. 1 Satz 1 RzU 2007 hält sodann fest, dass ein Risiko aus der Wahrnehmung eigener Interessen entstehen könne,

«wenn Honorare, die von einem Prüfungskunden geschuldet sind, über einen längeren Zeitraum hinweg unbezahlt bleiben, insbesondere wenn vor der Erstellung des Prüfungsberichts für das folgende Jahr ein erheblicher Teilbetrag ausstehend ist.»

6.3 Die Offerte eines ausdrücklich im Hinblick auf eine spätere Zusammenarbeit unentgeltlichen Prüfungsauftrages weckt bei einem Aussenstehenden unweigerlich den Anschein, dass die Prüfgesellschaft ein Interesse an einem positiven Prüfungsergebnis hat, um die spätere Kooperation mit der geprüften Gesellschaft nicht zu gefährden. Auch lässt eine solche Offerte Zweifel aufkommen, ob die Prüfung trotz der nicht durch die geprüfte Gesellschaft gedeckten Kosten sorgfältig durch-

geführt wird (vgl. Watter/Rampini, a.a.O., Rz. 47 zu Art. 728 OR). Einem Dritten drängt sich unter diesen Umständen der Schluss auf, die Integrität, die Objektivität oder die berufsmässige kritische Grundhaltung der Prüfgesellschaft oder eines Mitgliedes des Prüfungsteams sei gefährdet. Die äussere Unabhängigkeit bleibt in einem solchen Fall nicht gewahrt (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 Bst. b RzU 2007), weshalb eine solche Offerte gegen Art. 728 Abs. 1 OR verstösst.

Keine Rolle spielt dabei, ob unter Art. 728 Abs. 2 Ziff. 6 OR lediglich Verträge zu subsumieren sind, welche den Prüfer begünstigen (in diesem Sinne anscheinend Jean Nicolas Druey, Die Unabhängigkeit des Revisors, SZW 2007/6, S. 439 ff., 443; a.M. Watter/Rampini, a.a.O., Rz. 45 zu Art. 728 OR mit Hinweis). Zum einen ist der Negativkatalog von Art. 728 Abs. 2 OR – wie erwähnt – nicht abschliessender Natur. Zum anderen macht Art. 42 RzU 2007 deutlich, dass zugunsten der geprüften Gesellschaft unter dem marktüblichen liegende Honorare, unter dem Blickwinkel des Unabhängigkeitserfordernisses, grundsätzlich problematisch sind. Aus letzterer Vorschrift ist zudem *e contrario* zu schliessen, dass ein gänzlicher Honorarverzicht die Standesregeln ohne Weiteres verletzt. Die Annahme, dass ein im Hinblick auf eine spätere Kooperation gemachtes Angebot eines Honorarverzichts nicht mit der Unabhängigkeit vereinbar ist, wird auch durch Art. 45 Abs. 1 Satz 1 RzU 2007 bekräftigt, kommt doch darin das Bestreben zum Ausdruck, über den konkreten Prüfungsauftrag hinausgehende Abhängigkeiten des Revisionsunternehmens von der geprüften Gesellschaft zu unterbinden.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine Honorarverzichts-offerte im Rahmen der Verhandlungen zum Abschluss eines Prüfungsauftrages nicht mit dem von leitenden Prüfern im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG zu beachtenden Unabhängigkeitserfordernis gemäss Art. 728 OR vereinbar ist.

7.

Streitbetroffen ist vorliegend einzig das Mandat D. AG. Der diesbezüglich den Beschwerdeführern vorgehaltene Sachverhalt ist gestützt auf das soeben Ausgeführte wie folgt zu würdigen:

7.1 Der Beschwerdeführer A. erklärte in einem in Kopie dem Beschwerdeführer B. zugestellten E-Mail vom 18. Juni 2009 die Bereitschaft, «als kollektivanlagegesetzliche Prüfgesellschaft eine positive Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch [der D. AG] als Vermögensverwalterin schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen zu verfassen» und dabei «im Sinne einer Investition in eine nachhaltige Zusammenarbeit als Prüfer der Vermögensverwalterin das Honorar für die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch zu unseren Lasten zu übernehmen».

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass mit dem letztgenannten Passus aus dem E-Mail vom 18. Juni 2009 eine nicht mit dem Unabhängigkeitserfordernis vereinbare Offerte eines Honorarverzichts gestellt wurde und dieses Verhalten den Beschwerdeführern gleichermaßen anzurechnen ist.

7.2 Was die Beschwerdeführer hiergegen vorbringen, verfängt nicht.

7.2.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, das E-Mail vom 18. Juni 2009 sei nicht an die zu prüfende Gesellschaft gerichtet gewesen und daher keine gültige Offerte. Dem ist entgegenzuhalten, dass die C. AG als Vertreterin der D. AG auftrat und das genannte E-Mail damit einen der letzteren Gesellschaft gestellten, verbindlichen Antrag bildet.

7.2.2 Die Beschwerdeführer behaupten sodann, die von ihnen vorgeschlagene Honorargestaltung habe auf der Annahme basiert, «dass die Prüfung der KAG-Bewilligung einen Teil der nachfolgenden Arbeiten der aufsichtsrechtlichen Prüfung und aktienrechtlichen Revision im ersten Geschäftsjahr umfassen würde». Der Beschwerdeführer A. habe dementsprechend mit dem Passus «nachhaltige Zusammenarbeit als Prüfer der

Vermögensverwalterin» im E-Mail vom 18. Juni 2009 signalisiert, dass eine noch zu stellende Offerte die ganze Phase von der KAG-Bewilligung bis zum ersten Revisions- beziehungsweise Prüfbericht abdecken soll und dafür eine marktübliche Entschädigung vorgesehen werden soll.

Auch dieses Vorbringen ist nicht stichhaltig, handelt es sich doch dabei um eine nachträglich aufgestellte, unsubstantiierte Schutzbehauptung. Aus dem E-Mail vom 18. Juni 2009 und dem daraus zitierten Passus geht nicht hervor, dass für die Leistungen, für welche ein Honorarverzicht offeriert wurde, die spätere Vereinbarung eines marktüblichen Honorars vorbehalten wurde. Dies ergibt sich auch nicht aus den übrigen Akten.

7.2.3 Nach Ansicht der Beschwerdeführer vermag der im E-Mail vom 18. Juni 2009 gemachte Vorbehalt, erst nach Erhalt weiterer Informationen eine positive Stellungnahme abgeben zu können, den mit dem Angebot eines Honorarverzichts erweckten Anschein fehlender Unabhängigkeit zu entkräften. Dieser Einwand stösst ins Leere, weil die blosser Behauptung einer unvoreingenommenen Prüfung für sich allein dem mit einer Honorarverzichtsofferte erzeugten Anschein nicht den Boden zu entziehen vermag.

7.2.4 Gegen den Vorwurf, den Anschein fehlender Unabhängigkeit erweckt zu haben, machen die Beschwerdeführer ferner geltend, sie hätten mangels direkter Auswirkung auf ihr Salär, ihre Gewinnbeteiligung oder die Erfüllung ihrer Jahreszielvereinbarungen von vornherein kein eigenes Interesse an einer längerfristigen Zusammenarbeit der E. AG und der D. AG sowie kein entsprechendes Interesse an einem positiven Prüfungsergebnis gehabt. Selbst wenn Letzteres der Fall gewesen wäre, haben die Beschwerdeführer Fakten und Umstände geschaffen, welche einen Dritten dazu hätten veranlassen können, ihre Objektivität als leitende Prüfer in Zweifel zu ziehen. Ihr Einwand, weder an einer längeren Zusammenarbeit der E. AG und der D. AG noch am Ausgang des Prüfungsverfahrens ein Interesse gehabt zu haben, ist deshalb unbegründet.

7.2.5 Zwar haben die Beschwerdeführer im Nachhinein ein marktübliches Honorar vereinbart. Daraus können sie indes nichts zu ihren Gunsten ableiten, selbst wenn dieses Honorar – wie sie behaupten – noch vor der Intervention durch die Vorinstanz und vor der eigentlichen Prüfung des Bewilligungsgesuches vereinbart worden sein sollte. Den Beschwerdeführern wird nämlich kein tatsächlich erfolgter Honorarverzicht angelastet. Stattdessen ist ihnen – wie aufgezeigt – ein den Anschein der Unabhängigkeit untergrabendes Verhalten im Vorfeld des Abschlusses eines Prüfungsmandates vorzuwerfen.

7.2.6 Die Beschwerdeführer rügen sodann, man habe in rechtsverletzender Weise ihren unterschiedlichen Rollen beim Mandat D. AG und bei ihrer Arbeitgeberin nicht Rechnung getragen.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Beschwerdeführer haben die Stellungnahme zum Bewilligungsgesuch der D. AG gemeinsam unterzeichnet. Zudem arbeiten sie nach eigenen Angaben «faktisch auf gleicher Ebene» zusammen. Vor diesem Hintergrund ist das E-Mail vom 18. Juni 2009 jedem der beiden Beschwerdeführer gleichermassen zuzurechnen. Anders gesagt, verhielt sich auch der Beschwerdeführer B. nicht korrekt und ist ihm vorzuwerfen, nicht gegen das im fraglichen E-Mail vorgeschlagene Vorgehen opponiert zu haben. Weder der Umstand, dass allein der Beschwerdeführer A. im Formular «Dienstleistungen anerkannter Prüfgesellschaften» als verantwortlicher Partner angegeben wurde, noch die Tatsache, dass dieser innerhalb der Organisation seiner Arbeitgeberin in einer verantwortungsvolleren Position als der Beschwerdeführer B. angesiedelt war, kann etwas daran ändern.

8.

Nach Art. 33 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen, wenn sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher

Bestimmungen feststellt. Dieses Berufsverbot kann gemäss Art. 33 Abs. 2 FINMAG für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden.

Vorliegend ist zu Recht unbestritten, dass die Beschwerdeführer als leitende Prüfer in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG fallen. Uneinigkeit besteht hingegen mit Bezug auf die Frage, ob sie mit ihrem hiervor festgestellten Verstoß gegen Unabhängigkeitsvorschriften eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 FINMAG begangen haben und dies ein je sechsmonatiges Berufsverbot rechtfertigt.

8.1

8.1.1 Der Ausdruck «schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» bildet einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011 E. 8.3.1). Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung zu üben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. anstelle vieler: Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 445 ff. mit Hinweisen).

Ob eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 FINMAG schwer ist, hat die FINMA im Rahmen ihres Ermessens in Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes zu beurteilen. Zwar lässt sich im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auch überprüfen, ob der angefochtene Entscheid unangemessen ist (vgl. Art. 49 Bst. c VwVG). Bezüglich der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA jedoch – wie erwähnt – ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. neben den soeben genannten Autoren auch: Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG).

8.1.2 Ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG stellt eine erhebliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) des Betroffenen dar und muss als solche – auch mit Bezug auf die Dauer – verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 Abs. 3 BV sowie Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG). Bei der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung ist insbesondere das Verschulden des Betroffenen zu berücksichtigen (vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG und Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Silvia Renninger, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 21 zu Art. 32 FINMAG). Zudem ist zu beachten, dass das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG eine im Vergleich zur Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG einschneidendere Sanktion darstellt und dementsprechend höhere Anforderungen an die Schwere der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gelten (Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 33 FINMAG). Insofern ist das Berufsverbot von Art. 33 FINMAG mit der Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 FINMAG vergleichbar (vgl. Hsu/Bahar/Renninger, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 34 FINMAG). Zu letzterer Vorschrift hat das Bundesgericht ausgeführt, mit Blick auf die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen genüge es für die Veröffentlichung eines Werbeverbotes nicht, wenn eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten vorliege. Hingegen rechtfertige sich eine Publikation zum Schutz des Publikums namentlich dann, wenn die Wiederholung schweren Fehlverhaltens als wahrscheinlich erscheine (Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1 mit Hinweisen).

8.1.3 Die im Folgenden zitierten Vorschriften der Enforcement-Policy konkretisieren den hier zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. zu den beim Entscheid über die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens zu berücksichtigenden Kriterien auch Urs Zulauf/David Wyss/Daniel Roth, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 108 f.):

«Grundsatz 3 Enforcement mit Augenmass

Am Ende eines «eingreifenden Verwaltungsverfahrens» der FINMA kann ein schwerer Eingriff in Rechtspositionen der Parteien stehen. Bevor die FINMA ein solches Verfahren eröffnet, wägt sie deshalb sorgfältig alle wesentlichen Umstände ab und prüft alternative Handlungsmöglichkeiten. Sie prüft Kriterien wie die Gefahr für Anleger, Versicherte, Gläubiger, Investoren, Beaufsichtigte und die Reputation des Finanzplatzes, Schwere und Zeitpunkt der in Frage stehenden Verletzungen des Aufsichtsrechts und die Funktion der für die Verletzung Verantwortlichen. Wesentlich sind aber auch Elemente wie die vorhandenen Ressourcen, öffentliche Erwartungen und (Korrektur-)Massnahmen der Parteien. [...]

Grundsatz 6 Zurückhaltung bei Verfahren gegen natürliche Personen

Die FINMA übt Zurückhaltung bei der Eröffnung von eingreifenden Verfahren gegen natürliche Personen. Mit Ausnahme der Marktaufsicht und bei Offenlegungsfragen, wo individuelles Fehlverhalten im Vordergrund steht, konzentriert sich die FINMA darauf, vorab erkannte Missstände bei den Beaufsichtigten zu adressieren. Die Anordnung personeller Massnahmen kann sich aber dort aufdrängen, wo es die Beaufsichtigten unterlassen, von sich aus das Notwendige zu unternehmen, oder wo es um die Verfolgung von Tätigkeiten geht, für die eine von einem Finanzmarktgesetz vorgeschriebene Bewilligung fehlt (Unterstellungsverfahren). [...]

Grundsatz 8 Abgewogener Einsatz von Berufsverboten

Die FINMA «kann» den für «schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» «verantwortlichen Personen» ein «Berufsverbot» auferlegen und ihnen damit die «Tätigkeit in leitender Stellung» bei «einem von ihr Beaufsichtigten» für bis zu fünf Jahre untersagen (Art. 33 FINMAG). Die FINMA wägt den Einsatz dieses für die Betroffenen sehr einschneidenden Instrumentes im Rahmen des ihr vom Gesetz auferlegten Beurteilungsspielraums sorgfältig ab. Sie berücksichtigt dabei zum einen die für die nach Grundsatz 3 für die Eröffnung von Verfahren geltenden Kriterien. Eine besondere Bedeutung hat die Funktion der betroffenen Personen. Die FINMA schätzt das Gefahrenpotential höher ein, wenn Vertreter der obersten Hierarchiestufen für eine schwere Verletzung verantwortlich sind. Die Verantwortung muss ihnen aber konkret und rechtsgenügend nachgewiesen werden können, was ein sorgfältiges Abwägen der Beweislage bedingt. [...]»

Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Enforcement-Policy um eine Verwaltungsverordnung handelt. Als solche ist sie für das Bundesverwaltungsgericht nicht bindend. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. 1b).

8.2 Die Unabhängigkeit ist im System der dualen Aufsicht, bei welchem die Beaufsichtigten nicht direkt von der Aufsichtsbehörde, sondern von Prüfgesellschaften im Auftrag und gegen Entschädigung der Beaufsichtigten überprüft werden, von zentraler Bedeutung (Rolf Watter/Daniel C. Pfiffner, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 40 zu Art. 26 FINMAG und Rz. 5 zu Art. 24 FINMAG; siehe zur Bedeutung der Unabhängigkeit

im Rahmen der Revisionsaufsicht und des Berufs- und Standesrechts auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7967/2009 vom 18. April 2011 E. 4.3). Die vorliegende Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen betrifft somit den Kernbereich der von den Beschwerdeführern als leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG einzuhaltenden Vorschriften. Von einer nur untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kann deshalb nicht die Rede sein, zumal die Beschwerdeführer wissen mussten, dass ihr Verhalten nicht mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit vereinbar ist. Beiden Beschwerdeführern ist in gleichem Masse ein erhebliches Verschulden vorzuwerfen (vgl. auch E. 7.2.6). Zu ihren Gunsten ist immerhin in Rechnung zu stellen, dass ihnen nur ein einmaliges Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann, und dass sie im Nachhinein rasch ein marktübliches Honorar in Rechnung stellten. Andererseits blieb die Vorinstanz mit ihrem je sechsmonatigen Berufsverbot nahe an der unteren Grenze und schöpfte den gesetzlichen Rahmen von bis zu fünf Jahren bei weitem nicht aus.

Unter Würdigung aller Umstände erscheint es als verhältnismässig und gerechtfertigt, dass die Vorinstanz von einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ausging und den Beschwerdeführern ein je sechsmonatiges Berufsverbot auferlegte. Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes durfte die Vorinstanz mit Recht annehmen, dass vorliegend angesichts der Schwere des Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften eine mildere Massnahme wie eine Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG oder eine blossе «Adressierung» der Beschwerdeführer im Sinne von Grundsatz 6 Enforcement-Policy nicht genügt hätte.

Dispositiv

