

## BankG, BEHG und FINMAG

### Effektenhandelstätigkeit und Entgegennahme von Publikumseinlagen im Rahmen einer Gruppe

Art. 31, Art. 37 Abs. 3 FINMAG, Art. 23ter Abs. 1 aBankG, Art. 35 Abs. 3 aBEHG, Art. 36 BV

**Die FINMA ist befugt, im Rahmen einer Gruppe tätige Finanzintermediäre unter Beachtung der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze aufsichtsrechtlich zu liquidieren. Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit kommt aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Gesetzesgrundlage besondere Bedeutung zu.**

**BGE 2C\_276/2009 (Urteil vom 22. September 2009)**

Die Steinhalden AG („SAG“) und die Realcapital Invest AG („RIAG“) wurden am 1. November 2007 von der damaligen EBK (heute: FINMA) wegen gewerbsmässiger Entgegennahme von Publikumsgeldern bzw. wegen nicht bewilligter Effektenhandelstätigkeit liquidiert. Gegen diesen Entscheid erhoben die beiden Gesellschaften öff.-rechtl. Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht weist die Beschwerde der SAG ab, heisst aber jene der RIAG gut und weist die FINMA an, die Liquidation der RIAG aufzuheben.

Die Beschwerdeführerinnen, welche gemäss EBK im Verband mit Gesellschaften um die AFT Allgemeine Finanztreuhand („AFT“) ohne Bewilligung gewerbsmässig Effekten angeboten und Publikumseinlagen entgegengenommen haben, machten geltend, sie hätten mit den anderen Gesellschaften der Gruppe um die AFT lediglich Geschäftsbeziehungen im Rahmen ihres Zwecks unterhalten und könnten nicht bereits deswegen in deren Aktivitäten einbezogen werden. Im Übrigen fehle für ihre (Mit-)Erfassung im Rahmen der Gruppe die für den damit verbundenen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erforderliche gesetzliche Grundlage. Ihre Liquidation sei unverhältnismässig.

Das Bundesgericht bestätigte, dass weder das Banken- noch das Börsengesetz ausdrücklich eine Regelung bezüglich der Liquidation von im Rahmen einer Gruppe tätigen Finanzintermediären enthält und die Auflösung einer juristischen Person einen schweren Eingriff in die verfassungsrechtlich verankerte Wirtschaftsfreiheit und allenfalls in die

Eigentumsgarantie bedeute. Nach Art. 23ter Abs. 1 aBankG bzw. Art. 35 Abs. 3 aBEHG treffe die FINMA indessen die zur Beseitigung der von ihr festgestellten Missstände nötigen Verfügungen. Diese gesetzliche Grundlage decke im Interesse der Anleger und des Finanzplatzes auch Anordnungen gegen Finanzintermediäre ab, die in Umgehung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig seien, und erlaube, ihnen gegenüber die für die überwachten Händler im Gesetz geregelten Sanktionen und Verwaltungsmassnahmen analog anzuwenden. Dies gelte auch für bewilligungslos tätige Intermediäre im Rahmen einer Gruppe. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip komme wegen der Offenheit der Gesetzesgrundlage jedoch eine besondere Bedeutung zu.

Das Bundesgericht beurteilte, ob und wieweit die beiden Beschwerdeführerinnen – allein oder als Gruppe verbunden mit der AFT – einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sind. Für die SAG gelangte das Bundesgericht nach Massgabe der einheitlichen (wirtschaftlichen) Betrachtungsweise (BGE 2C\_749/2008 E. 3.2, 2C\_74/2009 vom 22. Juni 2009, E. 2.2.2 und E. 3) zum Ergebnis, dass diese über eine verschachtelte Struktur von verbundenen Gesellschaften Drittanlegern öffentlich Effekten anbot und damit gegen Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 lit. d aBEHG versties. Die RIAG hingegen habe zwar im Rahmen der Gruppe um die AFT untergeordnete Tätigkeiten wahrgenommen, es könne aber offengelassen werden, ob diese intensiv genug gewesen seien, um von der illegalen Tätigkeit der anderen Gruppengesellschaften miterfasst zu werden. Die von der EBK gegen die RIAG verfügte Liquidation war so oder anders unverhältnismässig, weil sie zum Schutz der Anleger und des Finanzplatzes nicht erforderlich war. Es sollen nur Gesellschaften liquidiert werden, die vorwiegend von finanzmarktrechtlich illegalen Tätigkeiten leben und Gläubiger gefährden.

#### Kommentar

Das Bundesgericht bestätigt unter dem FINMAG seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 23ter Abs. 1 aBankG bzw. Art. 35 Abs. 3 aBEHG, wonach gegen Finanzintermediäre, die in Umgehung finanzmarktrechtlicher Bestimmungen bewilligungslos tätig sind, die Liquidation zulässig ist. Zudem hat das Bundesgericht festgestellt, dass diese Rechtsprechung auch gegenüber im Rahmen einer Gruppe tätigen natürlichen oder juristischen Personen gilt, obwohl hierfür keine ausdrückliche Gesetzesgrundlage vorhanden ist. Das Bundesgericht betont aufgrund der Offenheit der Grundlage jedoch das Gebot der Verhältnismässigkeit. Es dürfen nur Verfügungen getroffen werden, welche nicht über das zum Schutz des Finanzplatzes und des Anlegers Erforderliche hinausgehen.