Urteilskopf

126 II 111

13. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 24. März 2000 i.S. X. AG u. Mitb. gegen Eidgenössische Bankenkommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 17, 34 und 35 BEHG; Art. 31 BEHV; Art. 23bis und 23quater BankG; Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG; Zulässigkeit der Einsetzung eines Beobachters zur Abklärung der banken- oder börsenrechtlichen Bewilligungspflicht einer Tätigkeit.

Zusammenfassung der Rechtsprechung zu den Aufsichtskompetenzen der Eidgenössischen Bankenkommission (E. 3). Zulässigkeit der Einsetzung eines Beobachters sowie Umfang der diesem zur Abklärung des Sachverhalts eingeräumten Befugnisse (E. 4 u. 5).

Anspruch auf rechtliches Gehör im Verfahren vor der Eidgenössischen Bankenkommission (E. 6 u. 7).

Regeste (fr):
Art. 17, 34 et 35 LBVM; art. 31 OBVM; art. 23bis et 23quater LB; art. 30 al. 2 let. e PA; admissibilité de la désignation d'un observateur pour savoir si une activité doit être soumise à une autorisation bancaire ou boursière.

Résumé de la jurisprudence relative aux compétences de surveillance de la Commission fédérale des banques (consid. 3). Admissibilité de la désignation d'un observateur; étendue de ses pouvoirs pour éclaircir l'état de fait (consid. 4 et 5).

Droit d'être entendu dans la procédure devant la Commission fédérale des banques (consid. 6 et 7).

Regesto (it):
Art. 17, 34 e 35 LBVM; art. 31 OBVM; art. 23bis e 23quater LBCR; art. 30 cpv. 2 lett. e PA; ammissibilità della designazione di un osservatore al fine di sapere se un'attività va sottoposta ad autorizzazione bancaria o borsistica.

Riassunto della giurisprudenza relativa alle competenze di vigilanza della Commissione federale delle banche (consid. 3). Ammissibilità della designazione di un osservatore; estensione dei suoi poteri per chiarire lo stato di fatto (consid. 4 e 5).

Diritto di essere sentito nella procedura dinanzi alla Commissione federale delle banche (consid. 6 e 7).

Sachverhalt ab Seite 112

BGE 126 II 111 S. 112

Die im Finanzbereich tätige X.-Gruppe besteht aus der X. AG und ihren Tochterfirmen. Mitte der neunziger Jahre vertrieb sie fünf Standardanlageverträge, wobei die Konten und Depots jeweils auf die entsprechenden Tochtergesellschaften lauteten und den Kunden teilweise eine Rendite garantiert wurde. Am 11. Oktober 1996 teilte die Eidgenössische Bankenkommission (Bankenkommission bzw. EBK) der X. AG mit, dass dies seit

Inkrafttreten des revidierten Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) am 1. Februar 1995 nicht mehr zulässig und ihr deshalb bis zum 30. Juni 1997 zu bestätigen sei, dass keine Renditegarantien mehr bestünden oder die investierten Gelder zurückbezahlt worden seien. Die Revisionsstelle der X. AG kam dieser Aufforderung am 26. Juni 1997 nach. Am 22. Dezember 1998 fand mit Blick auf eine nunmehr allenfalls gestützt auf das Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) bewilligungspflichtige Tätigkeit der X.-Gruppe zwischen deren Direktor und Vertretern des Sekretariats der Bankenkommission eine Zusammenkunft statt. Im Anschluss hieran wurde der X.-Gruppe mitgeteilt, dass verschiedene von ihren Firmen angebotene Produkte diese als Effektenhändlerinnen im Sinne von Art. 3 Abs. 5 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11) qualifizierten. Die EBK untersagte ihnen, neue Kunden zu werben oder neue Anlageverträge abzuschliessen; zudem sei dafür zu sorgen, dass die bestehenden Kunden keine neuen Zahlungen mehr leisteten,

worüber die deutschen Vermittler und insbesondere die Firma Y. zu informieren seien. Am 18. Januar 1999 teilte die X. AG mit, dass ihre Tochterfirmen von den Auflagen Kenntnis hätten; am 30. März 1999 gab sie der Bankenkommission bekannt, dass die Domizile der bisherigen Tochterfirmen auf die British Virgin Islands verlegt würden; dabei hätten sich aber gewisse Verzögerungen ergeben. Die Gesellschaften seien in der Zwischenzeit in der Schweiz nicht mehr aktiv. Die Bankenkommission nahm von dieser Mitteilung am 23. April 1999 Kenntnis, wobei sie die X. AG auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Börsengesetzes auf ausländische Gesellschaften aufmerksam machte, welche faktisch in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind. Am 6. Juli 1999 bzw. 17. November 1999 erhielt die Bankenkommission Hinweise darauf, dass für die X.-Gruppe auf dem deutschen Markt immer noch akquiriert werde und diese gewisse Anlageverträge noch laufen haben bzw. nach wie vor anbieten könnte. Gestützt hierauf setzte der Präsident der Bankenkommission am 14. Dezember 1999 eine Beobachterin ein (Ziffer 1 des Dispositivs), die einen Bericht über die Geschäftstätigkeit der X.-Gruppe verfassen sollte (Ziffer 2 und 6 des Dispositivs). Er ermächtigte diese, in alle Geschäfte der X.-Gruppe einzugreifen und deren Abschluss zu untersagen, falls dadurch die Interessen der Anleger beeinträchtigt würden (Ziffer 3 des Dispositivs). Unter der gleichen Voraussetzung befugte er die Beobachterin, Gelder, die im Namen oder auf Rechnung der X.-Gruppe im In- oder Ausland deponiert wurden, vorsorglich zu blockieren (Ziffer 4 des Dispositivs). Die Gesellschaftsorgane hielt er unter Strafandrohung an, den Vertretern der Beobachterin Zugang zu sämtlichen Räumlichkeiten, Informationen und Akten zu geben (Ziffer 5 des Dispositivs). Im Übrigen ermächtigte er die Beobachterin, für ihre Tätigkeit einen Kostenvorschuss zu erheben (Ziffer 8 des Dispositivs); gleichzeitig auferlegte er deren Kosten sowie die Verfahrenskosten (F. 5'150.-) den betroffenen Firmen (Ziffer 10 und 11 des Dispositivs). Hiergegen haben die X. AG und ihre Tochtergesellschaften Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, diesen Entscheid aufzuheben. Sie machen geltend, die Bankenkommission behellige ungerechtfertigterweise "grundsolide Firmen", die sich nichts hätten zuschulden kommen lassen. Die Bankenkommission habe voreilig und willkürlich gehandelt. Am 31. Januar 2000 legte die Beobachterin ihren Bericht vor. Darin hielt sie fest, dass sie wegen fehlender Informationen zur finanziellen

Situation und zur Kundenstruktur der X.-Gesellschaften "keine materielle Stellungnahme" abgeben könne. Sie habe aufgrund ihrer Tätigkeit indessen keine Hinweise darauf erhalten, dass die X.-Gesellschaften heute noch aktiv im Anlagegeschäft tätig wären. Die eigentlichen Aktivitäten gingen vermutlich von Deutschland aus,

wo die Kunden betreut und die Anlageentscheide getroffen würden. Buchhaltung und Kundendossiers schienen sich ebenfalls dort zu befinden. Die Bankenkommission teilte hierauf den Firmen der X.-Gruppe am 2. März 2000 mit, dass sie die Angelegenheit "mangels Anknüpfungspunkt in der Schweiz" als erledigt erachte, falls der Domizilwechsel der Tochtergesellschaften nach Erledigung der hängigen Einsprache ohne weiteres im Handelsregister eingetragen werden könne. Erweise sich ein Domizilwechsel ins Ausland dagegen als unmöglich und sollten hinsichtlich der Geschäftstätigkeit der drei Gesellschaften neue Informationen bekannt werden, die auf eine bewilligungspflichtige Tätigkeit schliessen liessen, behalte sie sich vor, dannzumal geeignete Massnahmen zu ergreifen. Bezüglich der X. AG gehe sie davon aus, dass diese keine Aktivitäten mehr im Finanzdienstleistungsbereich in der Schweiz oder vom Ausland her erbringe.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. a) Der Eidgenössischen Bankenkommission ist die Aufsicht über das Bankenwesen, die Anlagefonds, das Börsenwesen, die Offenlegung bedeutender Beteiligungen und die öffentlichen Kaufangebote zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BankG; Fassung vom 24. März 1995). Zu ihrem Aufsichtsbereich gehört auch die Abklärung der Unterstellungs- und Bewilligungspflicht einer Unternehmung (Art. 1 und Art. 3 BankG; BGE 121 II 147 E. 3a S. 148 bzw. Art. 1 und Art. 10 BEHG). Die Bankenkommission trifft die zum Vollzug des Gesetzes bzw. seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 35 Abs. 1 BEHG). Erhält sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands; sie ist befugt, hierzu alle "notwendigen Verfügungen" zu treffen (Art. 35 Abs. 3 BEHG). Da die Bankenkommission damit allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen

Vorschriften" zu wachen hat, ist die ihr übertragene Aufsicht nicht auf unterstellte Betriebe beschränkt. Soweit ihre Aufsichtspflicht reicht, ist sie berechtigt, generell die im Gesetz vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung ihrer Aufsicht auch gegenüber Instituten (oder Personen) einzusetzen, deren Unterstellungspflicht strittig ist (bezüglich des Bankengesetzes: BGE 121 II 147 E. 3a S. 149; BGE 116 Ib 193 E. 3 S. 198; BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 10. Nachlieferung 1999, Zürich, N. 5 zu Art. 23bis). Dies gilt auch im Anwendungsbereich des Börsengesetzes (vgl. differenzierend TOMAS POLEDNA, in: Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, Rz. 15 zu Art. 35 BEHG; KÜNG/HUBER/KUSTER, Kommentar zum Börsengesetz, Zürich 1998, Rzn. 12-15 zu Art. 35 BEHG): Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass in Verletzung der Meldepflicht (vgl. Art. 10 BEHG in Verbindung mit Art. 17 Abs. 1 BEHV) eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Bankenkommission befugt bzw. verpflichtet (vgl. BGE 115 Ib 55 E. 3 S. 58; 105 Ib 406 E. 2 S. 408 f.), die erforderlichen Abklärungen einzuleiten bzw. die nötigen Anordnungen zu treffen; diese können - obwohl die entsprechende Möglichkeit im Börsengesetz im Gegensatz etwa zur Regelung im Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (SR 951.31, Art. 58 Abs. 2) nicht ausdrücklich vorgesehen ist - bis zur Auflösung einer Unternehmung reichen, die unerlaubt einer zum Vornherein nicht bewilligungsfähigen Tätigkeit nachgeht (vgl. BGE 126 II 71 E. 6e; POLEDNA, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 36 BEHG; a.M. KÜNG/HUBER/KUSTER, a.a.O., Rz. 11 ff. zu Art. 36 BEHG).
b) Welcher Auskünfte und Unterlagen die Eidgenössische Bankenkommission zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktionen im Einzelfall bedarf, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheimgestellt; das Bun-

desgericht greift in dieses nur bei eigentlichen Ermessensfehlern ein (vgl. BGE 116 Ib 193 E. 2d S. 197; BGE 108 Ib 196 E. 2a S. 200; PETER NOBEL, Auskunftsrechte und "technisches Ermessen" der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK], in: recht 1985 S. 55). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Bankenkommission im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie dem Hauptzweck der Banken- und Börsengesetzgebung, nämlich dem Schutz der Gläubiger und Anleger bzw. dem Funktionieren der Effektenmärkte (vgl. Art. 1 BEHG), Rechnung zu tragen (BGE 121 II 147

E. 3a S. 149); umgekehrt sollen sich die Auskünfte und die Herausgabe von Unterlagen auf das beschränken, was zur Erfüllung der Aufsichtstätigkeit und insbesondere zur Abklärung der Unterstellungspflicht tatsächlich erforderlich ist (vgl. POLEDNA, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 35 BEHG). Im Zweifelsfall legt das Bundesgericht die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Betroffenen bei der Sachverhaltsfeststellung weit aus, da der präventive Beizug von genügenden und gesicherten Informationen im öffentlichen Interesse die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen ermöglicht (BGE 121 II 147 E. 3a S. 149; POLEDNA, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 35 BEHG; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 4 zu Art. 23bis BankG).

4. Vor diesem Hintergrund sind das Einsetzen eines Beobachters und die zu dessen Gunsten angeordneten Auskunfts- und Unterstützungspflichten der Beschwerdeführerinnen (Ziffer 1, 2, 5 und 6 des Dispositivs) nicht zu beanstanden: a) Die Beschwerdeführerinnen wurden durch die Bankenkommission wiederholt auf ihre Pflichten gemäss Banken- und Börsengesetz aufmerksam gemacht. Am 23. Dezember 1998 stellte die Bankenkommission fest, dass mehrere von der X.- Gruppe angebotene Verträge dem Börsengesetz widersprächen und deshalb jegliche diesbezügliche Tätigkeit einzustellen sei. Die Beschwerdeführerinnen teilten hierauf mit, dass die Tochtergesellschaften ihre Sitze auf die British Virgin Islands verlegen und in der Zwischenzeit in der Schweiz keine Aktivitäten mehr entfalten würden. Am 6. Juli 1999 informierte das deutsche Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die Vorinstanz jedoch darüber, dass in Deutschland nach wie vor Beschwerden gegen eine deutsche Firma eingingen, die als Vertriebsunternehmen der X. auftrete und in die Vertragsabwicklungen eingeschaltet sei. Am 17. November 1999 übermittelte es ihr weitere Unterlagen, aus denen sich ergab, dass für die X.-Gruppe nach wie vor auf dem deutschen Markt akquiriert wurde. Noch im Juli und Oktober 1999 verschickten die Beschwerdeführerinnen ihrerseits Kundenbriefe, welche auf die Weiterführung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit hindeuteten. So antworteten sie etwa einer Kundin, welche einen Vertrag auflöste: "Wir geben ihnen daher folgende Option: Sollten Sie innerhalb der nächsten Monate den Auszahlungsbetrag wieder einzahlen und mit dem Regelsparen fortfahren, setzten wir Ihr Konto ohne Nachteile für Sie in den alten Stand zurück. Somit könnten Sie die Vorteile dieses Kontos bis

Ablauf nutzen."
b) Gestützt hierauf bestanden hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerinnen entgegen ihren bisherigen Zusicherungen nach wie vor einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen könnten. Die Bankenkommission war damit gehalten, die nötigen Abklärungen in die Wege zu leiten und gegebenenfalls den gesetzmässigen Zustand wieder herzustellen (vgl. Art. 35 Abs. 3 BEHG; vgl. POLEDNA, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 35 BEHG). Nachdem die von den Beschwerdeführerinnen auf die verschiedenen Aufforderungen der Bankenkommission hin gelieferten Auskünfte und Unterlagen unvollständig waren bzw. im Widerspruch zu

den übrigen Akten standen, war ein weiteres schriftliches Auskunftsersuchen nicht geeignet, die bestehenden Zweifel zu beseitigen. Nur eine Kontrolle an Ort und Stelle erlaubte der Bankenkommission, sich im Interesse der zu schützenden Anleger und des Vertrauens in den Effektenmarkt nunmehr möglichst rasch ein objektives und vollständiges Bild über die tatsächliche Geschäftstätigkeit der X.-Gruppe zu machen. In Anbetracht der Umstände und der Vorgeschichte durfte sie davon ausgehen, dass die untersuchten Gesellschaften weiterhin nicht mit der gewünschten Offenheit zur Abklärung des Sachverhalts beitragen oder bei weiterem Zuwarten allenfalls gar Vermögenswerte dem Zugriff der Anleger entziehen könnten. Die Einsetzung eines Beobachters mit den entsprechenden Befugnissen war deshalb zur Abklärung, ob und wieweit die Beschwerdeführerinnen tatsächlich einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgingen, sachlich gerechtfertigt sowie geeignet und erforderlich; von einem Ermessensmissbrauch bzw. voreiligen und willkürlichen Handeln kann - entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerinnen - nicht die Rede sein.
c) Zwar sieht das Börsengesetz die Möglichkeit der Abordnung eines Beobachters - im Gegensatz zum Bankengesetz (vgl. Art. 23quater) - nicht ausdrücklich vor, doch dürfte es sich hierbei um ein gesetzgeberisches Versehen handeln (in diesem Sinn PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, § 3 Rz. 178). Der Frage braucht hier indessen nicht weiter nachgegangen zu werden, da die Einsetzung des Beobachters so oder anders rechtmässig war: Nach Art. 35 Abs. 3 BEHG trifft die Bankenkommission generell die zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung der Missstände "notwendigen Verfügungen", wobei die dort ausdrücklich genannten Massnahmen (Untersagen aller Zahlungen und Rechtsgeschäfte für kurze Zeit, vorübergehendes oder dauerndes Verbot der Tätigkeit im Effektenhandel) lediglich beispielhaft erwähnt sind (vgl. POLEDNA, a.a.O., Rz. 21 zu Art. 35

BEHG). Ist die Bankenkommission deshalb befugt, gestützt auf Art. 35 BEHG in Analogie zur bankenrechtlichen Praxis die Auflösung einer Gesellschaft anzuordnen, die unerlaubt eine zum Vornherein nicht bewilligungsfähige Tätigkeit als Effektenhändlerin ausübt, so ist sie auch berechtigt, die weniger weit reichende Einsetzung eines Beobachters zu verfügen, und zwar auch dann, wenn noch nicht feststeht, ob tatsächlich eine Gesetzesverletzung oder ein Missstand vorliegt. Es genügt, dass aufgrund der konkreten Umstände hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei der Sachverhalt nur über eine Kontrolle an Ort und Stelle abschliessend erstellt werden kann. Der zu beseitigende Missstand liegt in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es im Interesse der mit dem Börsen- bzw. Bankengesetz verfolgten Ziele (vgl. Art. 1 BEHG) zu klären gilt. Die Einsetzung eines Beobachters entspricht im Resultat - zumindest teilweise - einer ausserordentlichen Revision. Eine solche kann die Bankenkommission zur Sicherstellung der Börsengesetzkonformität der Geschäftstätigkeit eines Effektenhändlers gestützt auf Art. 31 BEHV vorsehen. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, ist die Bankenkommission im bankenrechtlichen Unterstellungsverfahren bereits dann befugt, eine solche anzuordnen, wenn objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werden könnte (BGE 121 II 147 ff.). Gestützt auf die zahlreichen Verweise auf das Bankenrecht und den sachlichen Zusammenhang zwischen diesem und dem Börsengesetz gilt hier dasselbe (vgl. BGE 126 II 71 E. 6e). Nach Art. 23quater BankG kann die Bankenkommission einen Beobachter einsetzen, welcher die Tätigkeit der leitenden Organe der Bank - insbesondere die Durchführung der angeordneten Massnahmen - überwacht und ihr hierüber laufend Bericht erstattet. Zu diesem Zweck geniesst der Beobachter von Gesetzes wegen ein uneingeschränktes Recht zur Einsicht in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und die Akten der Bank. Die von der Bankenkommission in Ziffer 2, 5 und 6 des Dispositivs ihres Entscheids dem Beobachter eingeräumten Befugnisse entsprechen dieser Regelung, wobei deren Nichtbeachtung mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden werden durfte (vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 16 zu Art. 23bis BankG). d) Nicht zu beanstanden ist auch die Auferlegung der Verfahrenskosten und die Einräumung eines Rechts auf Kostenvorschuss zu Gunsten der als Beobachterin eingesetzten Revisionsstelle (Ziff. 8, 10 und 11 des Dispositivs): Nach Art. 17

BEHG hat der Effektenhändler die mit der Revision verbundenen Kosten zu tragen. Gemäss Art. 31 BEHV kann die Bankenkommission ausserordentliche Revisionen anordnen. Bezeichnet sie dabei die hierfür einzusetzende Revisionsstelle selber, so ist sie befugt, diese zu ermächtigen, vom Effektenhändler einen Kostenvorschuss zu verlangen. Die entsprechenden für anerkannte Effektenhändler vorgesehenen Regeln gelten auch für im Finanzbereich aktive Gesellschaften, bei denen - wie hier - objektive Anzeichen dafür bestehen, dass sie sich zu Unrecht den börsen- oder bankengesetzlichen Regelungen entziehen könnten, wobei die Frage nur durch eine ausserordentliche Revision bzw. die Einsetzung eines Beobachters hinreichend zuverlässig abgeklärt werden kann. Wie bereits dargelegt, ist die Bankenkommission befugt, im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze zur Durchsetzung ihrer Aufsicht auch gegenüber nicht unterstellten Instituten (oder Personen) auf die im Gesetz vorgesehenen Mittel zurückzugreifen. Das Bundesgericht hat deshalb festgehalten, dass sie im Bankenbereich gestützt auf Art. 49 Abs. 2 BankV bzw. Art. 22 Abs. 1 und Art. 23bis BankG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VwVG (SR 172.021) vom Betroffenen verlangen kann, die entsprechenden Kosten zu bevorschussen (BGE 121 II 147 E. 4b S. 152); das Gleiche gilt hier. Soweit die Beschwerdeführerinnen ohne weitere Begründung beantragen, es sei auch der Kostenspruch aufzuheben, ist neben den von der Bankenkommission in diesem Zusammenhang angerufenen Art. 11 und 12 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische Bankenkommission (EBK-Gebührenverordnung, EBK-GebV; SR 611.014) überdies auf deren Art. 14 zu verweisen, wonach für Verfahren, die zusätzlichen Revisions- oder Kontrollaufwand verursachen und nicht mit einer Verfügung enden, eine Gebühr von höchstens 20'000 Franken erhoben werden kann, sofern der Gebührenpflichtige nach dieser Verordnung - wie hier - Anlass zur Untersuchung gegeben hat.

5. a) Problematisch erscheinen indessen die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs, wonach die Bankenkommission die Beobachterin ermächtigt, in alle Geschäfte der Beschwerdeführerinnen "einzugreifen und ihren Abschluss zu untersagen, wenn sie die Interessen der Anleger beeinträchtigen" (Ziff. 3 des Dispositivs), bzw. in diesem Fall auch alle Gelder, die im Namen oder auf Rechnung der Beschwerdeführerinnen im "In- und Ausland deponiert" sind, "vorsorglich zu blockieren" (Ziff. 4 des Dispositivs).

b) Solche Kompetenzdelegationen gehen zu weit und sind in dieser Form im Beweisverfahren hinsichtlich der Unterstellungsfrage unzulässig: aa) Auch wenn das Börsengesetz ein mehrstufiges Aufsichtsverfahren vorsieht und die Revisionsstelle gemäss Art. 19 Abs. 1 BEHG prüft, ob der Effektenhändler seine gesetzlichen Pflichten erfüllt und die Bewilligungsvoraussetzungen sowie die internen Vorschriften einhält (vgl. KÜNG/HUBER/KUSTER, a.a.O., Rz. 38-41 zu Art. 34 BEHG; POLEDNA, a.a.O., Rz. 13 zu Art. 35 BEHG; zur Bankenaufsicht: BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 1a zu Art. 23bis BankG), ist es nach Art. 35 BEHG doch an der Aufsichtsbehörde, die notwendigen Verfügungen - auch vorsorglicher Natur - selber zu treffen. Stösst die Revisionsstelle bei der jährlichen Revision oder bei Zwischenrevisionen auf eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder sonstige Missstände, setzt sie dem Effektenhändler eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands mit einem entsprechenden Vermerk im Revisionsbericht (Art. 19 Abs. 4 BEHG). Sie benachrichtigt die Aufsichtsbehörde sofort, wenn die Frist nicht eingehalten wird, eine Fristansetzung als zwecklos erscheint oder strafbare Handlungen bzw. schwere Missstände festgestellt werden (Art. 19 Abs. 5 BEHG). Kann die Revisionsstelle damit aber bereits gegenüber einem unterstellten Effektenhändler - abgesehen von der Fristansetzung - selber direkt keine weiteren Massnahmen anordnen, sondern nur die

Aufsichtsbehörde informieren und dieser gegebenenfalls Antrag stellen, ist die Bankenkommission ihrerseits nicht berechtigt, ihre weitreichenden Aufsichtsbefugnisse im Rahmen einer ausserordentlichen Revision bzw. der Einsetzung eines Beobachters im Unterstellungsverfahren - und sei es auch nur teilweise und "vorsorglich" - an diesen zu delegieren. Die für die Verfahrensdauer notwendigen Anordnungen hat die Bankenkommission (allenfalls auf dessen Antrag hin) selber zu treffen; sie kann ihre verfahrensrechtlichen Kompetenzen insofern nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in den Ermessensbereich eines "Vollzugsgehilfen" delegieren (vgl. KÜNG/HUBER/KUSTER, a.a.O., Rz. 41 zu Art. 34 BEHG). Dies ergibt sich im Übrigen bereits aus dem analog anzuwendenden Art. 23quater BankG, wonach der Beobachter gerade ausdrücklich nicht in die Geschäftstätigkeit der beobachteten Bank eingreifen darf (vgl. hierzu BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 3 zu Art. 23quater BankG). Enthält das Börsengesetz keine Regelung über die Einsetzung eines Beobachters und ist hierfür über Art. 35 BEHG

analog auf jene im Bankengesetz zurückzugreifen, können die damit verbundenen Befugnisse nicht weiter gehen als die dort vorgesehenen. bb) Hieran ändert nichts, dass es zweckmässig erscheinen mag, den entsprechenden Entscheid direkt dem Beobachter zu überlassen, der mit den Organen der betroffenen Firmen in Kontakt steht und mit den konkreten Verhältnissen rascher und besser vertraut sein dürfte. Das Vorgehen widerspricht der Gesetzessystematik, welche die "notwendigen" Verfügungen der Bankenkommission vorbehält. Es besteht insofern keine Gesetzeslücke, die in Anlehnung an den mutmasslichen Willen des Gesetzgebers durch den Richter zu füllen wäre (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Verfügt die Bankenkommission bereits bei Einsetzung des Beobachters über hinreichend deutliche Anhaltspunkte dafür, dass Anlegerinteressen bedroht sein könnten, kann sie selber superprovisorisch für die Dauer der Abklärungen die nötigen Vorkehren treffen und auch Gelder und Konten vorsorglich blockieren. Auch ein vorsorgliches Verbot aller Geschäftsabschlüsse, welche Anlegerinteressen beeinträchtigen könnten, ist unter denselben Voraussetzungen denkbar. Im Rahmen der mit ihren Anordnungen verbundenen Interessenabwägung muss die Bankenkommission aber der Möglichkeit Rechnung tragen, dass die beobachtete Firma allenfalls tatsächlich keiner unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgeht und die getroffenen (vorsorglichen) Massnahmen sie in ihren Aktivitäten deshalb in ungerechtfertigter Weise massiv beeinträchtigen können. Sie hat deshalb flexibel und rasch zu reagieren und über eine erste möglicherweise kurzfristige superprovisorische Sperrung aller Konten oder Gelder bzw. Suspendierung der Geschäftstätigkeit hinaus - nach Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. hierzu E. 6) - zu klären, ob und wieweit über das Beobachtermandat reichende Massnahmen zum Schutz gefährdeter Interessen tatsächlich vorsorglich noch erforderlich sind. Dies ist in praktischer Hinsicht durchaus in einem vernünftigen Zeitrahmen möglich, kann der Präsident der Bankenkommission doch bei Dringlichkeit auf Antrag des Direktors des Sekretariats die Anordnungen gegebenenfalls in eigener Verantwortung treffen (vgl. Art. 9 Abs. 2 des Reglements vom 20. November 1997 über die Eidgenössische Bankenkommission, R-EBK; SR 952.721; KÜNG/HUBER/KUSTER, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 34 BEHG).

6. a) Die Bankenkommission hat den angefochtenen Entscheid vorliegend - wie in anderen Fällen auch - gestützt auf Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG wegen zeitlicher Dringlichkeit ohne vorgängige

Anhörung der Betroffenen erlassen. Da eine starke Vermutung bestehe, dass die Firmen der X.-Gruppe ihr gegenüber nicht die Wahrheit gesagt hätten, sei Gefahr im Verzug und zu befürchten, dass sie als Effekten-

händlerinnen tätig sein und dadurch Kunden zu Schaden kommen könnten. Die X. sei deswegen nicht darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Ernennung eines Beobachters beabsichtigt sei. Hätten die Gesellschaften Gelegenheit erhalten, zur Ernennung des Beobachters bzw. zu den vorliegenden Unterlagen noch Stellung zu nehmen, wäre angesichts des Sachverhalts zu befürchten gewesen, dass sie allfällige Beweise für ihre Tätigkeit zu beseitigen oder Kundengelder zu verschieben versucht hätten. Da Gefahr in Verzug sei, die Zwischenverfügung beim Bundesgericht angefochten werden könne und keine andere Vorschrift des Bundesrechts eine vorherige Anhörung gebiete, sei eine solche nicht erforderlich. Im Übrigen erwachse aus der Beschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kein nicht wieder gutzumachender Nachteil, da die Bankenkommission gestützt auf den Bericht des Beobachters noch darüber zu befinden haben werde, ob am Sitz und in den Räumlichkeiten der Firmen der X.-Gruppe unerlaubt eine Effektenhändlertätigkeit ausgeübt werde. Vor dem "allfälligen" Erlass einer Endverfügung würden alle Gesellschaften noch umfassend Gelegenheit erhalten, sich zu den "in dieser Verfügung erwähnten Vorwürfen zu äussern". b) Diese Begründung überzeugt nur teilweise und trägt den berechtigten Interessen der Betroffenen zu wenig Rechnung: aa) Im Verfahren vor der Bankenkommission gilt das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 97 I 91 E. 2 S. 93; KÜNG/HUBER/KUSTER, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 35 BEHG; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 7 zu Art. 23bis BankG). Nach dessen Art. 30 Abs. 1 hat die Behörde die Parteien anzuhören, bevor sie verfügt. Hiervon kann sie absehen bei Zwischenverfügungen, die nicht selbständig durch Beschwerde anfechtbar sind (Art. 30 Abs. 2 lit. a VwVG); falls eine Einsprachemöglichkeit besteht (Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG); wenn dem Begehren der Parteien voll entsprochen wird (Art. 30 Abs. 2 lit. c VwVG); bei Vollstreckungsverfügungen (Art. 30 Abs. 2 lit. d VwVG) sowie bei anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, soweit Gefahr im Verzug ist, die Parteien gegen die Verfügung Beschwerde führen können und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung einräumt (Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG). Obwohl die

Bankenkommission - wie sie zu Recht festhält - rasch gegen gesetzwidrige Zustände einschreiten muss, hat sie ihr Verfahren dennoch unter Beachtung der verfahrensrechtlichen Garantien der Betroffenen zu führen (nicht publizierte E. 4c/aa von BGE 126 II 71). Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG ermöglicht den Verzicht auf eine vorgängige Anhörung nur, wenn kumulativ einerseits Gefahr in Verzug ist und andererseits gegen die Verfügung ein verwaltungsinterner Beschwerdeweg mit voller Überprüfungsbefugnis offen steht; die Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt für den Verzicht auf eine Anhörung grundsätzlich nicht, auch wenn das Bundesgericht gegenüber den Kantonen im Rahmen seiner Rechtsprechung zu den aus Art. 4 aBV abgeleiteten verfahrensrechtlichen Minimalgarantien allenfalls weniger strenge Anforderungen gestellt hat (BGE 104 Ib 129 E. 5 S. 135 f.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 315; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., N. 14 zu Art. 23bis BankG; PETER SALADIN, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Basel/ Stuttgart 1979, 16.232, S. 142 f.; zu Art. 4 BV: GEORG MÜLLER, in: Kommentar BV, Rz. 107 zu Art. 4). Kann keine Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition angerufen werden, ist bei Gefahr im Verzug im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG die vorgesehene Massnahme superprovisorisch anzuordnen und unmittelbar anschliessend das rechtliche Gehör zu gewähren, worauf die Anordnung allenfalls als vorsorgliche Massnahme aufrechterhalten werden kann. Dieser Entscheid ist dann im Rahmen von Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG vor Bundesgericht wiederum mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Ist die Bankenkommission befugt, einen Beobachter einzusetzen, kann sie dies, falls Gefahr im Verzug ist, auch superprovisorisch tun; das Gleiche gilt hinsichtlich allfälliger weiterer Eingriffe in die Geschäftstätigkeit (faktische Kontensperre, Untersagen gewisser Geschäftsabschlüsse usw.). Hernach hat sie die Anhörung zu diesen Massnahmen indessen unverzüglich nachzuholen. Nur so kann vermieden werden, dass systematisch im erstinstanzlichen Verfahren der Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet wird und das Bundesgericht sich allenfalls mit neuen Einwänden beschäftigen muss, die das erstinstanzliche Verfahren zu beeinflussen bzw. zu verkürzen oder zu beendigen geeignet gewesen wären. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, ist die Wahrung der Verfahrensrechte der Betroffenen von zentraler Bedeutung. Eine nachträgliche

Heilung eines entsprechenden Mangels kommt nur ausnahmsweise in Frage; die erstinstanzliche Behörde darf nicht darauf vertrauen, dass von ihr missachtete Verfahrensrechte systematisch

BGE 126 II 111 S. 124

nachträglich geheilt werden, ansonsten die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlieren (nicht publizierte E. 4c/aa von BGE 126 II 71; BGE 124 II 132 E. 2d mit weiteren Hinweisen). bb) Ein anderes Vorgehen der Bankenkommission rechtfertigt sich umso mehr, als die von ihr gewählte Konstruktion auch insofern widersprüchlich erscheint, als sie einerseits davon ausgeht, dass es sich bei ihrer Verfügung um einen Zwischenentscheid handle, der beim Bundesgericht angefochten werden könne, weshalb sich eine vorherige Anhörung erübrige, sie andererseits aber gleichzeitig annimmt, dass mit ihrem Vorgehen eigentlich gar kein nicht wieder gutzumachender Nachteil verbunden sei, da die Betroffenen sich noch im weiteren Verfahren mit Blick auf eine "allfällige Endverfügung" äussern könnten. Ein Zwischenentscheid ist jedoch - wie dargelegt - nur insofern anfechtbar, als er geeignet ist, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil nach sich zu ziehen; im Übrigen ergeht, falls die Beobachtungen ergeben, dass keiner bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen wird, in der Regel gar keine Verfügung mehr, sondern dem Betroffenen wird lediglich - wie hier - brieflich mitgeteilt, dass die Sache für die Bankenkommission damit erledigt sei. Unter diesen Umständen haben die betroffenen Unternehmen aber allein schon wegen der mit dem Verfahren verbundenen Kosten ein schutzwürdiges Interesse daran, möglichst schnell zu den der Bankenkommission vorliegenden Unterlagen und den bestehenden Widersprüchen Stellung zu nehmen. cc) Trotz dieser Ausführungen allgemeiner Art zur künftigen Verfahrensgestaltung kann eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliegend durch das Verfahren vor Bundesgericht noch einmal als geheilt gelten, da keine eigentlichen Ermessensfragen zur Diskussion standen und der Sachverhalt vom Bundesgericht frei geprüft werden konnte, womit es sich nicht rechtfertigt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben (so unveröffentlichtes Urteil vom 29. Oktober 1998 i.S. X. c. EBK, E. 3c), zumal das Verfahren inzwischen auch abgeschlossen ist und die Bankenkommission keine weiteren Sanktionen vorgesehen hat: Die Einsetzung des Beobachters, wozu sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde umfassend äussern konnten, war gestützt auf die vorliegenden Unterlagen sowie auf die unbestrittene Tatsache, dass sie Ende 1998 einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sind und über die Anforderungen des

BGE 126 II 111 S. 125

Banken- und Börsengesetzes bestens informiert waren, sowohl als superprovisorische wie als eigentliche vorsorgliche Massnahme verhältnismässig und nicht bundesrechtswidrig. Es ist nicht ersichtlich, welche andere geeignete Massnahme die Bankenkommission hätte treffen können, um die tatsächlichen Verhältnisse abzuklären, nachdem konkrete Hinweise darauf deuteten, dass entgegen den Beteuerungen der Beschwerdeführerinnen auf dem deutschen Markt immer noch für sie akquiriert wurde und damit die bisherigen milderen Massnahmen (Gespräche und Einholen von Informationen direkt bei ihnen) sich als untauglich erwiesen hatten. Die von ihnen geübte pauschale Kritik lässt den angefochtenen Entscheid nicht als unhaltbar oder "willkürlich" erscheinen. Ihre Eingabe vermag die von der Bankenkommission angeführten berechtigten Bedenken bezüglich der bisherigen Erklärungen zur Geschäftstätigkeit der X.-Gruppe in keiner Weise zu entkräften, weshalb weitere Abklärungen an Ort und Stelle geboten waren.

7. a) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist, als sie sich gegen die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids richtet; diese sind aufzuheben. Eine Rückwei-

sung der Sache erübrigt sich, nachdem die Bankenkommission ihr Verfahren eingestellt hat und damit von ihrer Seite her keinerlei faktische Beschränkungen der offenbar in Deutschland ausgeübten Geschäftstätigkeit mehr bestehen. Unter diesen Umständen erübrigt es sich aber auch, den Beschwerdeführerinnen - wie von ihnen beantragt - noch ergänzend Einsicht in das von ihnen bezeichnete Schreiben des deutschen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen zu gewähren. Von dessen Inhalt haben sie gestützt auf die Begründung des angefochtenen Entscheids hinreichend Kenntnis erhalten, so dass sie diesen sachgerecht anfechten konnten. b) Gemäss dem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten im Umfange des Unterliegens den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG); im Übrigen ist ihnen eine - reduzierte - Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 159 OG). Bei der Festsetzung der Kosten und der Entschädigung ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Beschwerdeführerinnen ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nur dank der Beschwerde wahren konnten (so auch unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 1998 i.S. X. c. EBK, E. 3c).