Urteilskopf

130 II 351

34. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. UIB Servizi SA, UIB Gestioni Patrimoniali SA, United Investment Bank Ltd und Intersmi Gestao e Investimentos Lda gegen Eidgenössische Bankenkommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.111/2004 vom 15. Juli 2004

Regeste (de):
Art. 2 Abs. 1, Art. 23bis Abs. 1 und Art. 23quater BankG; Art. 1 BankV; Art. 2 Auslandbankenverordnung; Art. 35 Abs.1 BEHG; Art. 3 Abs. 5 BEHV; Art. 1 Abs. 1 VwVG; Bewilligungspflicht für Backoffice-Aktivitäten einer ausländischen Bank; Zulässigkeit der Eintragung und der Liquidation von faktischen Zweigniederlassungen.

Zusammenfassung der finanzmarktrechtlichen Aufsichtsbefugnisse der Eidgenössischen Bankenkommission (E. 2). Auf die Abklärungen des Beobachters findet das Verwaltungsverfahrensgesetz keine Anwendung; das Unterstellungsverfahren hat jedoch als Ganzes den verfahrensrechtlichen Minimalgarantien zu genügen (E. 3). Voraussetzungen, unter denen sich die Einsetzung eines Beobachters rechtfertigt (E. 4). Bewilligungspflicht für Backoffice-Aktivitäten zugunsten einer ausländischen Bank (E. 5). Verhältnismässigkeit der Eintragung ins Handelsregister und der Liquidation von faktischen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften, deren bewilligungspflichtige Aktivität schwergewichtig im Ausland liegt und den hiesigen Finanzplatz nur am Rande berührt (E. 6 und 7).

Regeste (fr):
Art. 2 al.1, art. 23bis al.1 et art. 23quater LB; art. 1 OB; art. 2 de l'ordonnance sur les banques étrangères; art. 35 al. 1 LBVM; art. 3 al. 5 OBVM; art. 1 al. 1 PA; obligation de demander une autorisation pour les activités "de back office" d'une banque étrangère; admissibilité de l'inscription et de la liquidation de succursales de fait.

Résumé des devoirs de surveillance des marchés financiers de la Commission fédérale des banques (consid. 2). La loi sur la procédure administrative n'est pas applicable aux investigations de l'observateur; la procédure prise dans son ensemble doit néanmoins donner des garanties minimales (consid. 3). Conditions auxquelles la mise en oeuvre d'un observateur se justifie (consid. 4). Obligation de demander une autorisation pour les activités "de back office" d'une banque étrangère (consid. 5). Proportionnalité de l'inscription au registre du commerce et de la liquidation de succursales de fait de sociétés étrangères, dont l'activité soumise à autorisation se déroule principalement à l'étranger et ne touche que de façon marginale la place financière suisse (consid. 6 et 7).

Regesto (it):
Art. 2 cpv. 1, art. 23bis cpv. 1 e art. 23quater LBCR; art. 1 OBCR; art. 2 dell'ordinanza sulle banche estere; art. 35 cpv. 1 LBVM; art. 3 cpv. 5 OBVM; art. 1 cpv. 1 PA; obbligo di autorizzazione per le attività di back-office di una banca estera; ammissibilità dell'iscrizione e della liquidazione di succursali di fatto.

Riassunto dei compiti di sorveglianza dei mercati finanziari della Commissione federale delle banche (consid. 2). Agli accertamenti dell'osservatore non è applicabile la legge sulla procedura amministrativa; nel suo complesso, la procedura di assoggettamento deve comunque soddisfare le garanzie minime di procedura (consid. 3). Condizioni alle quali si giustifica l'istituzione di un osservatore (consid. 4). Obbligo di autorizzazione per le attività di back-office in favore di una banca estera (consid. 5). Proporzionalità dell'iscrizione a registro di commercio e della liquidazione di succursali di fatto di società estere, la cui attività sottoposta ad autorizzazione si svolge in misura preponderante all'estero e tocca solo marginalmente la piazza finanziaria svizzera (consid. 6 e 7).

Sachverhalt ab Seite 352

BGE 130 II 351 S. 352

Die 1998 gegründete UIB Servizi SA mit Sitz in Lugano bezweckt die konzerninterne Wahrnehmung von Geschäftsführungs-, Verwaltungs- und Aufsichtsaufgaben sowie allgemein die Erbringung von Finanzberatungsdienstleistungen. Die ebenfalls in Lugano domizilierte, im September 2002 gegründete UIB Gestioni Patrimoniali SA erteilt Beratungen im weitesten Sinne im Zusammenhang mit der Verwaltung von durch institutionelle oder private Investoren gehaltene Portefeuilles, erstellt Finanzmarktanalysen und tritt als Vermittlerin im Effektenhandel auf. Beide Gesellschaften gehören zur im Handels-, Verkehrs- und Finanzbereich aktiven A.-Gruppe, die vom in San Marino wohnhaften A. gehalten wird. Teil der Gruppe bildet auch die seit 1995 bestehende, in Vanuatu beheimatete United Investment Bank Ltd (im Weitern auch: UIB Ltd). Diese ist zu 98 % in den Händen der portugiesischen Intersmi Gestao e Investimentos Limitada (im Weitern auch: Intersmi Lda) und zu 2 % in jenen von A. persönlich. Die UIB Servizi SA wird zu 60 % durch die Intersmi Lda und zu 40 % durch die S.M.I. San Marino Investimenti SA (im Weitern auch: S.M.I.) gehalten, die ihrerseits über 95 % der Intersmi

BGE 130 II 351 S. 353

Lda verfügt und zu 100 % von A. kontrolliert wird. Die UIB Gestioni Patrimoniali SA gehört zu 47 % der S.M.I. San Marino Investimenti SA, zu 31 % der Intersmi Lda und zu 19 % A. Die United Investment Bank Ltd verfügt für ihre Aktivitäten über eine Bewilligung des Finanzministeriums bzw. der Reserve Bank of Vanuatu; die S.M.I. San Marino Investimenti SA ist unter der Aufsicht der Zentralbank von San Marino als Finanzgesellschaft nach dem dortigen Recht zugelassen. Wegen des Verdachts, dass die United Investment Bank Ltd über die UIB Servizi SA bzw. die UIB Gestioni Patrimoniali SA in der Schweiz einer nach dem Banken- (Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [BankG; SR 952.0]) oder Börsengesetz (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG; SR 954.1]) bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen könnte, untersagte die Eidgenössische Bankenkommission (im Weitern auch: Bankenkommission oder EBK) diesen Gesellschaften mit superprovisorischer Verfügung vom 26. September 2003 sämtliche finanzmarktrechtlich relevanten Aktivitäten; gleichzeitig setzte sie zur weiteren Abklärung des Sachverhalts die KPMG Fides Peat als Beobachterin ein. Gestützt auf deren Bericht vom 31. Oktober 2003 stellte die EBK am 28. Januar 2004 fest, dass die United Investment Bank Ltd, Vanuatu, und die Intersmi Gestao e Investimentos Lda, Portugal, im Rahmen von faktischen Zweigniederlassungen in den Räumlichkeiten der UIB Servizi SA und der UIB Gestioni Patrimoniali SA einer unbewilligten Banken- bzw. Effektenhändlertätigkeit nachgegangen seien. Sie ordnete gestützt hierauf die Eintragung von Zweigniederlassungen (Lugano) der United Investment Bank Ltd und der Intersmi Gestao e Investimentos Lda in das Handelsregister und die sofortige Liquidation der vier involvierten Gesellschaften an; diese beziehe sich jeweils auf alle vollstreckungsrechtlich der Schweiz zuzurechnenden Aktiven im In- und Ausland. Die Bankenkommission nahm an, bei der United Investment Bank Ltd handle es sich um eine so genannte "Strohbank" ("shell bank") mit rein formellem Sitz in Vanuatu, die im Rahmen einer (zumindest faktischen) Zweigniederlassung von Lugano aus betrieben werde; auch die Intersmi Gestao e Investimentos Lda sei eine Offshoregesellschaft, deren Aktivitäten in Tat und Wahrheit von Lugano ausgingen (Eröffnung der Kundenbeziehungen, Aufbewahrung der Originalakten, Buchhaltung, Vermögensverwaltung).

BGE 130 II 351 S. 354

Das Bundesgericht heisst die von der UIB Servizi SA, der UIB Gestioni Patrimoniali SA, der United Investment Bank Ltd, Vanuatu, und der Intersmi Gestao e Investimentos Lda hiergegen eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hinsichtlich der Eintragung und Liquidation der Zweigniederlassungen Lugano der United Investment Bank Ltd und der Intersmi Gestao e Investimentos Lda, Portugal, gut; im Übrigen weist es die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 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). Sie trifft die zum Vollzug des jeweiligen Gesetzes bzw. von dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 23bis Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 1 BEHG, Art. 56 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Anlagefonds [Anlagefondsgesetz, AFG; SR 951.31]). Erhält sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. Sie ist befugt, hierzu alle "notwendigen Verfügungen" zu treffen (Art. 23ter Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 3 BEHG, Art. 58 Abs. 1 AFG). Da die Bankenkommission allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist die ihr übertragene Aufsicht nicht auf die formell unterstellten Betriebe beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört auch die Abklärung der banken- oder finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft (Art. 1 und 3 BankG; Art. 3 und 10 BEHG; Art. 10, 18 und 22 AFG; BGE 126 II 111 E. 3a S. 114 f.; BGE 121 II 147 E. 3a S. 148 f.; BGE 116 Ib 193 E. 3 S. 198). Sie ist in diesem Rahmen berechtigt, die im Gesetz vorgesehenen Mittel gegenüber Instituten (oder Personen) einzusetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht umstritten ist (bezüglich des Bankengesetzes: BGE 121 II 147 E. 3a S. 149; BGE 116 Ib 193 E. 3 S. 198; bezüglich des Börsengesetzes: BGE 126 II 111 E. 3a S. 115; bezüglich des Anlagefondsgesetzes vom 1. Juli 1966: BGE 116 Ib 73 ff.; vgl. zum Geldwäschereigesetz auch BGE 129 II 438 E. 4.1 S. 446 f.).

BGE 130 II 351 S. 355

2.2 Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass in Verletzung der Meldepflicht eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Bankenkommission befugt und verpflichtet (vgl. BGE 115 Ib 55 E. 3 S. 58; BGE 105 Ib 406 E. 2 S. 408 f.), die zur weiteren Abklärung erforderlichen Informationen einzuholen und die nötigen Anordnungen zu treffen. Diese können bis zur Auflösung und Liquidation eines Unternehmens reichen, das unerlaubt einer zum Vornherein nicht bewilligungsfähigen Tätigkeit nachgeht (BGE 126 II 111 E. 3a S. 115, BGE 126 II 71 E. 6e; DINA BALLEYGUIER, Reichweite der Finanzmarktaufsicht - Liquidation von Marktteilnehmern, in: Rolf H. Weber, Neuere Entwicklungen im Kapitalmarktrecht, Zürich 2000, S. 235 ff.). Für die Einsetzung eines Beobachters ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststünde; es genügt, dass aufgrund der konkreten Umstände hierfür objektive Anhaltspunkte bestehen, wobei sich der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend klären lässt. Der zu beseitigende Missstand liegt in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (BGE 126 II 111 E. 4c S. 118 mit Hinweisen; Urteil 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 2a, publ. in: EBK Bulletin

42/2002 S. 45 ff.). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Bankenkommission im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit des Kapitalmarktes andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 126 II 111 E. 3b S. 115; BGE 121 II 147 E. 3a S. 149). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelfall wahrnimmt, ist ihrem "technischen Ermessen" anheimgestellt. Das Bundesgericht greift in dieses nur bei eigentlichen Ermessensfehlern ein (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b S. 115 mit Hinweisen; PETER NOBEL, Auskunftsrechte und "technisches Ermessen" der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK], in: recht 3/1985 S. 53 ff., dort S. 55).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen in verfahrensrechtlicher Hinsicht geltend, die Bankenkommission habe in Verletzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die superprovisorische Einsetzung der Beobachterin nicht durch eine anfechtbare vorsorgliche Massnahme ersetzt. Die KPMG Fides Peat habe ihrerseits die



Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) bei der Einvernahme ihrer Angestellten und Verantwortlichen missachtet (nachträgliche Erstellung der Protokolle ohne Unterschrift der Betroffenen, fehlende Möglichkeit zu Ergänzungsfragen, fehlende korrekte Vorladung usw.) und auf die Betroffenen in unzulässiger Weise Druck ausgeübt. Verschiedene Mitarbeiter der Beobachterin seien zudem des Italienischen kaum mächtig gewesen, was zu verzerrten, unvollständigen bzw. falschen Einschätzungen und Wiedergaben geführt habe. Die Bankenkommission dürfe die Feststellung des Sachverhalts nicht - wie sie dies hier getan habe - unter Umgehung der Verfahrensvorschriften an eine ungenügend qualifizierte Beobachterin delegieren und diese mit der Beantwortung der von ihr selber zu prüfenden Rechtsfragen betrauen. Trotz der entsprechenden Kritik habe die EBK ohne eigene Abklärungen ausschliesslich auf die Einschätzungen der Beobachterin abgestellt und die verschiedenen Beweisanträge in unhaltbarer antizipierter Beweiswürdigung verworfen.

3.2

3.2.1 Der Präsident der Bankenkommission ist unter gewissen Voraussetzungen befugt, ohne Anhörung der Parteien superprovisorisch einen Beobachter einzusetzen und die für dessen Abklärungen erforderlichen Massnahmen anzuordnen. Die Verfügung ist nach Gewährung des rechtlichen Gehörs gegebenenfalls als vorsorgliche Massnahme zu bestätigen, welche als Zwischenentscheid (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. d und g VwVG), der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hat, beim Bundesgericht angefochten werden kann (vgl. BGE 126 II 111 ff.; Urteil 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 1; Urteil 2A.565/2002 vom 2. April 2003, E. 4.2; Urteil 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 1). Die Betroffenen müssen sich ihrerseits aber in zumutbarer Weise um den Erlass eines solchen Entscheids bemühen. Wer die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Beobachters während des Unterstellungsverfahrens nicht in Frage stellen will, hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass kein unnötiger Aufwand betrieben wird, zumal die Frage nach dem Bestehen der Bewilligungspflicht als solche in diesem Verfahrensstadium gerade (noch) nicht Verfügungsgegenstand bildet (vgl. die Urteile 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 1b/bb, und 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 4b). Es darf vom Betroffenen deshalb erwartet werden, dass er seinen Willen klar zum Ausdruck bringt und seinen Mitwirkungspflichten umfassend nachkommt

.

3.2.2 Dies war hier nicht der Fall: Die superprovisorische Verfügung der Bankenkommission vom 26. September 2003 war als solche beim Bundesgericht nicht direkt anfechtbar und musste deshalb nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden (Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 2.2.2). Den Beschwerdeführerinnen war Gelegenheit gegeben worden, bis zum 30. Oktober 2003 zu den angeordneten Massnahmen Stellung zu nehmen. Innert dieser Frist liessen sie sich indessen nicht vernehmen; am 10. Oktober 2003 unterbreiteten sie der EBK - ohne Ausführungen zur Sache - lediglich den Vorschlag, unter Aufsicht der Beobachterin ihre Aktivitäten in der Schweiz einzustellen und diese nach San Marino zu verlegen. Die Bankenkommission teilte ihnen am 14. Oktober 2003 mit, dass sie hierauf erst nach Vorliegen des Beobachterberichts eingehen werde. Dieser wurde den Beschwerdeführerinnen am 11. November 2003 mit dem Hinweis zur Stellungnahme unterbreitet, dass es der EBK unnötig erscheine, noch eine separat anfechtbare vorsorgliche Verfügung zu erlassen; die Beschwerdeführerinnen verlangten in der Folge erst mit der Vernehmlassung in der Sache selber am 4. Dezember 2003, die superprovisorischen Anordnungen zu korrigieren, da sie entgegen der Auffassung der Beobachterin in der Schweiz gar keiner bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgingen. Zu diesem Zeitpunkt waren die entsprechenden Abklärungen jedoch bereits abgeschlossen und stand der (für die Beschwerdeführerinnen schliesslich negative) Entscheid der Bankenkommission in der Sache selber unmittelbar bevor, weshalb kein schutzwürdiges Interesse mehr daran bestand, dass über ihre Einwände gegen die Einsetzung der Beobachterin und die damit verbundenen weiteren vorsorglichen Massnahmen noch separat entschieden wurde. Es wäre an den anwaltlich beratenen Beschwerdeführerinnen gewesen, zu den superprovisorisch verfügten Massnahmen rechtzeitig Stellung zu nehmen, wollten sie einen anfechtbaren Zwischenentscheid erwirken. Nachdem sie dies nicht getan haben, durfte die EBK davon ausgehen, dass hierauf implizit verzichtetet worden war, zumal die umstrittenen Anordnungen noch mit der vorliegenden Beschwerde gegen den Endentscheid selber in Frage gestellt werden können (vgl. die Urteile 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 2.2.2, und 2A.565/2002 vom 2. April 2003, E. 4.2).

3.3 Entgegen der Kritik der Beschwerdeführerinnen kann auch nicht gesagt werden, der relevante Sachverhalt sei in rechtswidriger Weise oder in Missachtung ihrer Verfahrensrechte festgestellt worden:



3.3.1 Besteht aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Verdacht, es könnte eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werden, ist die Bankenkommission befugt, einen Beobachter einzusetzen, falls der Sachverhalt nur über eine Kontrolle an Ort und Stelle abschliessend erstellt werden kann (vgl. auch die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 S. 8060 ff., dort S. 8074). Der Beobachter geniesst für seine laufende Berichterstattung ein uneingeschränktes Recht zur Einsichtnahme in die Geschäftstätigkeit, die Bücher und die Akten (BGE 126 II 111 E. 4c S. 118); er darf indessen nicht selber direkt in die Aktivitäten der beobachteten Gesellschaft eingreifen (vgl. Art. 23quater Abs. 2 Satz 2 BankG). Die betroffenen Firmen sind zur Mitwirkung im Unterstellungsverfahren verpflichtet (vgl. Art. 1 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen [BankV; SR 952.02]; Urteil 2A.9/1998 vom 19. November 1999, E. 4 nicht publ. in BGE 126 II 71 ff.; CARLO LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 84, Rz. 20). Die für die Verfahrensdauer notwendigen Anordnungen hat die Bankenkommission (gegebenenfalls auf Antrag des Beobachters hin) selber zu treffen; sie kann ihre verfahrens-

rechtlichen Kompetenzen insofern nicht ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in den Ermessensbereich des Beobachters als "Vollzugsgehilfen" delegieren (BGE 126 II 111 E. 5b S. 120; Urteil 2A.119/2002 vom 11. Dezember 2002, E. 3.1.1; vgl. nun aber Art. 23quater Abs. 2 BankG in der ab 1. Juli 2004 gültigen Fassung vom 3. Oktober 2003 [AS 2004 S. 2767], wonach neu die EBK festlegt, in welchem Umfang der Untersuchungsbeauftragte an Stelle der Organe der Bank handeln darf).

3.3.2 Dies schliesst nun jedoch nicht aus, dass der Beobachter bzw. künftig der Untersuchungsbeauftragte zur Abklärung der Tätigkeit im Rahmen seines umfassenden Einsichtsrechts in die Geschäftstätigkeit mit den Angestellten oder den Organen der beobachteten Firmen über deren Aktivitäten spricht und seine Eindrücke bzw. die erhaltenen Auskünfte schriftlich festhält. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren findet im Verfahren vor der Bankenkommission Anwendung (BGE 126 II 111 E. 6b/aa; BGE 129 II 183 E. 4.2; ZOBL/KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, Rz. 730); es gilt indessen nicht für die informell ausgestalteten, die Geschäftstätigkeit begleitenden Abklärungen des Beobachters, der nicht gestützt auf Bundesrecht verfüg



t (vgl. Art. 1 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 129 II 183 E. 4.2; BGE 117 Ib 481 E. 4b/aa). Seine Berichte haben ähnlich den Stellungnahmen der Übernahmekommission (BGE 129 II 183 E. 4) oder den Empfehlungen der früheren Kartellkommission (BGE 117 Ib 481 ff.) keinen zwingenden Charakter; hoheitlich entscheidende und dem Verwaltungsverfahrensgesetz unterworfene Behörde ist die Bankenkommission. Dabei hat - wie das Bundesgericht bereits in ähnlichen Ausgangslagen festgestellt hat (vgl. BGE 129 II 183 E. 4.2 S. 192; BGE 117 Ib 481 E. 5b S. 490) - das Verfahren als Ganzes den gesetzlichen und verfassungsmässigen Garantien zu genügen, wobei den Besonderheiten der zweistufigen, dualistisch ausgestalteten Aufsicht, welche im Rahmen der ordentlichen oder ausserordentlichen Revisionen bzw. zur Abklärung aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalte und zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Massnahmen den Beizug unabhängiger und fachkundiger Personen vorsieht (BGE 126 II 111 E. 5b/aa S. 120 mit Hinweisen; ALOIS RIMLE, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich 2004, 1 N 56; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, § 7 Rz. 106), angemessen Rechnung zu tragen ist (vgl. BGE 129 II 183 E. 4.2 S. 192; BGE 117 Ib 481 E. 5b S. 490).

3.3.3 Die Beobachterin hat ihren Schlussbericht am 31. Oktober 2003 präsentiert. Dieser war entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen durchaus verständlich. Anhaltspunkte dafür, dass sprachliche Schwierigkeiten bestanden hätten, welche dessen Grundaussagen zu beeinträchtigen geeignet gewesen wären, sind nicht ersichtlich; trotz gewisser unglücklich formulierter Passagen sind die einzelnen Aussagen in ihrem Zusammenhang nachvollziehbar. Die sich im Anhang befindlichen Gesprächsnotizen genügten zwar den Anforderungen an die Protokollierung von Zeugenbefragungen und von Auskünften Dritter nicht (vgl. BGE 130 II 169 E. 2.3), mussten dies aber auch nicht, nachdem das Verwaltungsverfahrensgesetz auf die Abklärungen der Beobachterin keine Anwendung fand. Die Beschwerdeführerinnen konnten vor der Bankenkommission und im vorliegenden Verfahren zur Beschreibung ihrer Geschäftstätigkeit und den von der Beobachterin gezogenen Schlüssen umfassend Stellung nehmen. Es war ihnen auch möglich, sich zu den Protokollen der verschiedenen Gespräche im Einzelnen und detailliert zu äussern, was sie am 4. Dezember 2003 einlässlich getan haben. Die abschliessende Bewertung des von der Beobachterin zusammengetragenen Materials oblag der

Bankenkommission; dabei stützte sich diese nicht allein auf die Arbeiten der Beobachterin, sondern trug auch den in Amtshilfe eingeholten Unterlagen bzw. den von den Beschwerdeführerinnen nicht bestrittenen Punkten Rechnung. Sie durfte ihr Beweisverfahren schliessen und von eigenen Befragungen von Zeugen, soweit sie hierzu befugt gewesen wäre (vgl. Art. 14 Abs. 1 VwVG und Art. 51b BankV; Kleiner, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Rz. 10 zu Art. 23bis BankG; CARLO LOMBARDINI, a.a.O., S. 85, Rz. 22), absehen, nachdem sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hatte und in vertretbarer Weise annehmen durfte, dass diese durch weitere Erhebungen nicht geändert würde (Urteil 5A.20/2003 vom 22. Januar 2004, E. 2.1 nicht publ. in BGE 130 II 169; BGE 115 Ia 97 E. 5b S. 101; BGE 117 Ia 262 E. 4b S. 268 f.); dies gilt umso mehr, als - wie zu zeigen sein wird (vgl. E. 5.3.5) - selbst gestützt auf den von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Sachverhalt von einer nach dem schweizerischen Recht bewilligungspflichtigen Aktivität in Lugano auszugehen wäre.

3.3.4 Nichts anderes ergibt sich aus dem von den Beschwerdeführerinnen angerufenen Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Mantovanelli gegen Frankreich vom 18. März 1997 (Recueil CourEDH 1997-II S. 424). Danach umfasst Art. 6 EMRK keinen generellen und abstrakten Anspruch darauf, dass die Verfahrensparteien bei allen Befragungen durch einen Experten beigezogen und ihnen alle Dokumente eröffnet werden, die dieser bei seiner Arbeit berücksichtigt hat (dort Rz. 33). Entscheidend ist, dass das (gerichtliche) Verfahren in seiner Gesamtheit den Anforderungen der Fairness genügt (Rz. 34). Dies war hier der Fall, nachdem die Beschwerdeführerinnen umfassend zum Bericht der KPMG Fides Peat Stellung nehmen konnten und sie über ihre Angestellten und Verantwortlichen an deren Sachverhaltsermittlung gerade selber wesentlich beteiligt waren. Die Frage, ob die festgestellte Tätigkeit in der Schweiz tatsächlich bewilligungspflichtig war, beschlug nicht die Sachverhaltsfeststellung, sondern bildete Gegenstand der der Bankenkommission als Fachbehörde vorbehaltenen rechtlichen Würdigung.

4. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen war die Einsetzung eines Beobachters bzw. eines Untersuchungsbeauftragten aufgrund der im September 2003 bekannten Umstände nicht zu beanstanden und haben sie deshalb praxisgemäss die



entsprechen den Kosten unter solidarischer Haftung zu tragen (vgl. BGE 126 II 111 E. 4d S. 118 f.; Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 4.2):

4.1 Am 3. Juni 2003 war die luxemburgische "Commission de Surveillance du Secteur Financier" mit einem Schreiben an die Bankenkommission gelangt, worin sie diese darauf aufmerksam machte, dass die in Vanuatu beheimatete United Investment Bank Ltd durch die UIB Servizi SA von Lugano aus betrieben werden könnte. Hierfür spreche, dass mehrere, wenn nicht alle Verwaltungsratssitzungen der United Investment Bank Ltd bisher in der Schweiz stattgefunden hätten; gemäss einem entsprechenden Beschluss vom Februar 1996 sei dabei B. zum "General Manager" der Bank ernannt worden; bei diesem handle es sich nach einem Handelsregisterauszug vom 6. Juni 2002 um den Verwaltungsratspräsidenten der UIB Servizi SA. Gestützt hierauf bestanden hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, dass durch die UIB Servizi SA bzw. die UIB Gestioni Patrimoniali SA in Lugano für die UIB Ltd eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werden könnte, wobei der Sachverhalt nur durch eine unmittelbare Kontrolle vor Ort abschliessend zu ermitteln war.

4.2 Die UIB Servizi SA hatte im Rahmen des ihr zugestellten Fragebogens am 31. Juli 2003 zwar erklärt, dass sie für die United Investment Bank, Vanuatu, und die Intersmi Gestao e Investimentos Lda, Madeira, nur Buchhaltungs- und Backoffice-Funktionen wahrnehme; über deren Umfang konnten jedoch ernstliche Zwei-

fel bestehen, nachdem die luxemburgische Aufsichtsbehörde der EBK am 29. August 2003 weitere Unterlagen hatte zukommen lassen, welche darauf schliessen liessen, dass - entgegen der Erklärungen der UIB Servizi SA - Anweisungen für verschiedene auf dem Konto der UIB Ltd bei der BNP Paribas vorgenommene Transaktionen auf Papier der United Investment Bank Ltd, Vanuatu, von ihren Geschäftsräumlichkeiten in Lugano aus gefaxt worden waren. Anhaltspunkte dafür, dass die UIB Ltd in Vanuatu tatsächlich über eine Geschäftsniederlassung verfügte, bestanden zu diesem Zeitpunkt nicht. Schliesslich herrschte zwischen den einzelnen Gesellschaften eine enge personelle Verflechtung und ergab sich aus dem Firmenzweck der UIB Gestioni Patrimoniali SA, über deren Existenz die EBK von der Geldwäschereistelle erfahren hatte, dass diese ebenfalls Dienstleistungen im Vermögensverwaltungs- und Wertschriftenbereich anbot, wobei die für die UIB Servizi SA in Lugano tätige bzw. für die UIB Ltd als "Deputy"-Managerin ernannte C. über eine



Einzelprokura zugunsten der UIB Gestioni Patrimoniali SA verfügte, sich die Geschäftsräumlichkeiten der beiden Firmen am gleichen Ort befanden und D. als Verwaltungsratspräsident sowohl der UIB Gestioni Patrimoniali SA als auch der UIB Ltd amtete.

5.

5.1 Unternehmen, die im Ausland ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz haben, unterstehen dem Bankengesetz, wenn ihre Willensbildung organisiert und regelmässig in der Schweiz erfolgt oder für sie hier eine organisierte regelmässige Tätigkeit ausgeübt wird (KLEINER/SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 1 BankG; NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, a.a.O., S. 686, § 9 Rz. 224; ZOBL/KRAMER, a.a.O., Rz. 612). Eine ausländische Bank bedarf dementsprechend einer Bewilligung der Bankenkommission, wenn sie Personen beschäftigt, (1) die für sie dauernd und gewerbsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus Geschäfte abschliessen, Kundenkonten führen oder sie rechtlich verpflichten (Zweigniederlassung; Art. 2 Abs. 1 BankG, Art. 2 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz [Auslandbankenverordnung, ABV; SR 952.111]) oder (2) die in anderer Weise für sie tätig sind, namentlich indem sie Kundenaufträge an sie weiterleiten oder sie zu Werbe- oder anderen Zwecken vertreten (Vertretung; Art. 2 Abs. 1 lit. b ABV). Dem Gesetz unterliegen auch faktische Zweigniederlassungen, d.h. Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, hier jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben (vgl. RIMLE, a.a.O., 1 N 108 u. 111). Zweck dieser Regelung ist es, eine Umgehung der aufsichtsrechtlichen Ordnung über die Schweiz durch eine geschäftlich nicht gerechtfertigte Inkorporierung an einem ungenügend überwachten Ort zu verhindern ("shell branches"; ROTH/SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 2 BankG). Wird die ausländische Bank tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt sie ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus ab, so muss sie sich nach schweizerischem Recht organisieren und untersteht sie den Bestimmungen über die inländischen Banken (Art. 1 Abs. 2 ABV).

5.2

5.2.1 Die UIB Ltd geht im Rahmen der A.-Gruppe unbestrittenermassen im Ausland einer Banken- und (in der Schweiz an sich

bewilligungspflichtigen) Effektenhändlertätigkeit nach, indem sie Gelder über die in San Marino beheimatete S.M.I. bzw. die Intersmi Lda von vorab italienischen Kunden entgegennimmt und Dritten gegenüber in eigenem Namen auftritt, wobei die wirtschaftlichen Risiken der von ihr getätigten oder in Auftrag gegebenen Effektengeschäfte durch ihre Kunden getragen und die entsprechenden Werte durch sie in Sammelkonten gehalten werden (”Kundenhändler”; Art. 2 lit. d BEHG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 5 BEHV [SR 954.11]und Rundschreiben der EBK [EBK-RS]98/2: Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler, Rz. 50; Urteile 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E. 2b, und 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.1).

5.2.2 Die Beschwerdeführerinnen machen jedoch geltend, diesbezüglich nicht in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig zu sein. Die Aktivitäten zugunsten der UIB Ltd erfolgten über die S.M.I. von San Marino aus, wo diese über die hierfür erforderlichen Bewilligungen verfüge; in Vanuatu genüge die UIB Ltd den dortigen Bewilligungsvoraussetzungen. In der Schweiz würden lediglich gestützt auf entsprechende Mandate durch die UIB Servizi SA und die UIB Gestioni Patrimoniali SA Backoffice- bzw. reine Beratungsfunktionen wahrgenommen. Diese seien nicht bewilligungspflichtig. Die Anweisungen an die auswärtigen Banken ergingen von San Marino aus und würden in Lugano bloss kontrolliert und verbucht. Im Übrigen würden hier allgemeine Marktanalysen erstellt, die Entscheide über die Anlagestrategien träfen indessen die Kundenberater in San Marino in Absprache mit ihren Klienten; das operative Geschäft erfolge voll und ganz ausserhalb der Schweiz, wo nur Verwaltungsdienstleistungen in Anspruch genommen würden.

5.3

5.3.1 Das Backoffice einer Bank umfasst ganz unterschiedliche Aufgaben; es wird damit allgemein der kundenferne Bereich bezeichnet, in dem alle Transaktionen aus den aktiven, passiven und indifferenten Geschäften zusammenlaufen. Es fallen sämtliche Tätigkeiten unter den Begriff, die ”hinter den Kulissen” der Bank ablaufen; so werden im Backoffice etwa die Kunden-, Konten-, Depot- und Wertschriftenbestände verwaltet und allenfalls verwahrt. Zu den Hauptaufgaben des Backoffice gehört zudem die Verbuchung der Geschäftsvorfälle sowie die Datendokumentation (Reporting; vgl. FLORIAN LINNER, in: Boemle/Gsell/Jetzer/Nyffeler/Thalmann, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 102).



Es handelt sich beim Backoffice somit um eine für das Bankgeschäft grundlegende Funktion, deren Auslagerung deshalb nur beschränkt möglich ist (vgl. EBK-RS 99/2: Auslagerung von Geschäftsbereichen [Outsourcing]und den entsprechenden Anhang dazu, in: Thévenoz/Zulauf, BF 2003, Zürich 2003, 31A-25 und 31A-25a).

5.3.2 Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen der UIB Ltd und der UIB Servizi SA ist relativ offen formuliert: ”Facendo seguito agli incontri ed agli accordi con Voi intercorsi, con la presente vi affidiamo l’incarico di fornirci servizi di: - amministrazione, - archivio dati, - elaborazione dati, - tenere, a partire dall’esercizio 98, per nostro conto la contabilità [estratti conto, scritture contabili, etc.]del nostro Istituto, - ricevere parte della nostra posta e/o documentazione, - consulenza in genere e qualsiasi altro servizio dalla Vostra attività che dovessimo richiedere”. Es ist deshalb mit Blick auf den Gesetzeszweck (Verhinderung der Umgehung der aufsichtsrechtlichen Kontrolle, Schutz der Anleger und des schweizerischen Finanzplatzes) zu prüfen, ob die im Verwaltungsbereich der UIB Ltd in Lugano ausgeübte Aktivität insgesamt eine bewilligungsrelevante

Bedeutung erreicht oder nicht. Dabei steht der EBK praxisgemäss gestützt auf ihre besonderen Fachkenntnisse ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (”technisches Ermessen”; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 121 II 147 E. 3a).

5.3.3 Soweit sich das Bundesgericht mit der Problematik bereits beschäftigen musste, hat es bei einer ähnlich verschachtelten Firmenstruktur wie hier implizit eine bewilligungspflichtige Tätigkeit in einem Fall bejaht, in dem die schweizerische Gesellschaft Backoffice-Dienste für eine ausländische Bank angeboten hatte und in diesem Rahmen die internen Richtlinien betreffend Geldwäscherei, Konteneröffnung und Kreditgewährung sowie hinsichtlich der Liquiditätspolitik der Bank durch deren Mitarbeiter unterschrieben worden waren. Zudem betreute die schweizerische Gesellschaft die Internet-Site der Bank, auf der eine Kontoeröffnung ”on line” möglich war; darüber hinaus prägte sie deren Werbepolitik und wies sie in ihren eigenen Unterlagen auf die Bankdienstleistungen hin (Urteil 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001).

5.3.4 Wenn die Bankenkommission angenommen hat, es bestehe aufgrund des weit formulierten Backoffice-Mandates und der konkret wahrgenommenen Tätigkeiten vorliegend seitens der UIB Servizi SA und der UIB Gestioni Patrimoniali SA eine in der

BGE 130 II 351 S. 365

Schweiz bewilligungspflichtige Aktivität für die A.-Gruppe bzw. deren in Vanuatu beheimateten UIB Ltd und die portugiesische Intersmi Lda, ist dies nicht zu beanstanden:

5.3.4.1 Sämtliche Verwaltungsratssitzungen der UIB Ltd fanden bisher in Lugano statt, was darauf hinweist, dass dem Geschäftssitz in Vanuatu keine eigenständige Bedeutung zukam. Zumindest bis zum 31. Dezember 2003 hatte die Hauptniederlassung in Vanuatu keinen reellen Hintergrund. Aus dem Umfang der der Treuhandfirma ”International Finance Trust Company Limited (IFTC)” vergüteten Kosten für ein- und ausgehende Telefaxe ergibt sich, dass das operative Geschäft der UIB Ltd nicht von dort aus betrieben worden sein kann. In seiner Stellungnahme vom 19. November 2003 zum Bericht der Beobachterin gestand A. zu, dass die UIB Ltd zumindest ursprünglich eine ”Shell”-Bank war. Kann beweismässig gestützt auf den Bericht der Beobachterin und die Erklärungen der Beschwerdeführerinnen auch als erstellt gelten, dass die eigentlichen Aktivitäten und insbesondere die Frontoffice-Funktionen in San Marino ausgeübt wurden, so gingen die in die Schweiz ausgelagerten Aktivitäten doch über reine, bewilligungsfrei mögliche Verwaltungsaufgaben hinaus (vgl. diesbezüglich den Anhang zum EBK-RS 99/2: Outsourcing, Ziff. 3). Entscheidend für die örtliche Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ist nicht, wo das Schwergewicht der Tätigkeit entfaltet wird, sondern dass in der Schweiz überhaupt eine aufsichtsrelevante Aktivität besteht (Kleiner/Schwob, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 1 BankG), was nicht aufgrund des rechtlichen Konstrukts, sondern der tatsächlich entfalteten Geschäftstätigkeit zu prüfen ist (Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.2).

5.3.4.2 In Lugano wurden die einzelnen Konten der UIB Ltd geführt und von hier aus die Kontenauszüge nach San Marino verschickt; sämtliche Kundendossiers der Intersmi Lda wurden am Geschäftsort der UIB Servizi SA bzw. der UIB Gestioni Patrimoniali SA aufgefunden, was die Bedeutung des Standorts Lugano für die Aktivitäten der Gruppe unterstreicht, auch wenn sich die Unterlagen nur dort befunden haben sollen, um die Buchführung auf ein neues System zu übertragen. Von Lugano aus wurden gemäss schriftlichen Erklärungen der Mitarbeiter der UIB Servizi SA vom 29. September 2003 die Konten der UIB bei der ”Société Européenne des Banques, Luxemburg (SEB)” und bei der ”Banque Monégasque de Gestion (BMG)” laufend überwacht und bewirtschaftet. Anhaltspunkte dafür, dass bei diesen Erklärungen durch die Beobachterin

auf die Mitarbeiter Druck ausgeübt worden wäre, bestehen nicht; während die Verantwortlichen der Gesellschaft die Aussagen, die sie der Beobachterin gegenüber gemacht haben sollen, im weiteren Verfahren relativierten, wurden diesbezüglich von den Betroffenen keine substantiierten Vorbehalte angebracht.

5.3.4.3 In den Akten finden sich zahlreiche auf Papier der UIB Ltd von C. bzw. E. von Lugano aus an die Verbindungsbanken gefaxte Anweisungen, wobei diese die Unterschrift von B. tragen, welcher sich als "General Manager" der UIB Ltd im Rahmen einer 120-Tage-Bewilligung regelmässig in Lugano aufhielt. Ansprechpartner der Banken hinsichtlich der technischen Abwicklung war jeweils das Personal in Lugano und nicht jenes in San Marino, wie sich etwa aus der Notiz der "Banque Monégasque de Gestion" auf einer Zahlungsanweisung vom 17. Dezember 2001 ergibt, wonach C. mitgeteilt worden sei, dass die in Auftrag gegebene Anweisung von EUR 1'690'740.44 in drei Tranchen erfolgen werde. Hieran ändern die erstmals im bundesgerichtlichen Verfahren beigebrachten Erklärungen der Verantwortlichen der S.M.I. nichts, bei den sichergestellten Papieren handle es sich um interne Unterlagen und die Anordnungen seien allgemein jeweils von San Marino nach Lugano gefaxt worden, wo die Kontrollen vorgenommen und von wo die Anweisungen hernach an die Banken weitergeleitet worden seien. Gegen eine entsprechende lückenlose Praxis spricht, dass die in Amtshilfe erhaltenen Anweisungen der ausländischen Banken mit den in Lugano sichergestellten identisch sind und B., der sich immerhin rund zwei Wochen pro Monat in Lugano aufhielt, selber erklärt hat, Aufträge jeweils an seinem Aufenthaltsort und nicht spezifisch und ausschliesslich in San Marino unterschrieben zu haben. A. schloss dies seinerseits zumindest in einzelnen Fällen nicht aus. Schliesslich hatte die UIB Ltd am 26. Juli 2002 unter dem Titel "unsere operativen Anordnungen" der "Banque Monégasque de Gestion" (mit Telefon- und Faxnummer von Lugano) mitgeteilt, dass die verschiedenen möglichen Transaktionen durch C., E. oder F. angeordnet und durch einen Berechtigten unterschriebene, via Fax übermittelte Anweisungen bestätigt würden: "Con riferimento alla nostra lettera del (...) Vi preghiamo di voler prendere nota che le operazioni che andremo a porre in essere con il Vostro Istituto (depositi a termine, obbligazioni, operazioni su cambi, ecc.) saranno disposte dalle seguenti persone: - Signora C. - Signor E. - Signor[a]F. e saranno seguite, via telefax, da ordini sottoscritti da uno dei



responsabili che Vi hanno depositato le firme. Pertanto vogliate ritenere revocati i precedenti nominativi". Gestützt auf diese Erklärungen ist davon auszugehen, dass für das Bank- bzw. Börsengeschäft der Beschwerdeführerinnen im Ausland wesentliche Funktionen durch Personal in Lugano wahrgenommen wurden, selbst wenn dabei im Rahmen der Beratungstätigkeiten jeweils auch das Frontoffice in San Marino miteinbezogen gewesen sein sollte.

5.3.4.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen einwenden, das in Lugano beschäftigte Personal habe selber gar nicht über die Zeichnungsberechtigung für die entsprechenden Konten im Ausland verfügt, übersehen sie, dass nach ihren eigenen Angaben weitgehend auch mit von B. blanko unterschriebenen Formularen gearbeitet worden ist, womit eine eigenständige Unterschriftsbefugnis der Mitarbeiter nicht erforderlich war; im Übrigen befand sich B. - wie bereits dargelegt - regelmässig selber in Lugano. C. ist am 2. Juni 1999 zur "Deputy Managerin" der UIB Ltd ernannt worden. Mit Blick auf ihren beruflichen Werdegang handelt es sich bei ihr um mehr als eine blosse Verwaltungsangestellte ("addetta alla gestione patrimoniale con specifica procura"), oblag ihr doch bereits früher die Betreuung von nicht unbedeutenden Portefeuilles. Gemäss einer Notiz der "Crédit Lyonnais Luxembourg" soll C. als Verantwortliche für alle Investitionen der S.M.I. 1997 darauf verzichtet haben, die vorgesehenen USD 250 Mio. zu dieser Bank zu transferieren, da sie mit den ihr vorgeschlagenen Konditionen nicht einverstanden gewesen sei; hierauf sei sie später zurückgekommen und habe eine Reaktivie-

rung des Kontos mit Titeln und flüssigen Mitteln in Aussicht gestellt. Ihre zentrale Rolle im Backoffice wird schliesslich etwa auch durch die Notiz "decide C. l'acquisto di obbligazioni in EUR" auf einer mit "Gestioni" überschriebenen Fiche für den Kunden 102604 unterstrichen.

5.3.5 Selbst wenn vollumfänglich von den Sachverhaltsdarstellungen der Beschwerdeführerinnen auszugehen wäre, wonach die operativen Anweisungen ausschliesslich von San Marino ausgegangen seien, änderte dies nichts an der Bewilligungspflicht der in der Schweiz ausgeübten, weitreichenden Backoffice-Aktivitäten: So oder anders beschäftigten die UIB Ltd bzw. die Intersmi Lda in Lugano über die UIB Servizi SA und die UIB Gestioni Patrimoniali SA für ihre Aktivitäten dauernd und gewerbsmässig Personal, welches Konten führte und sie in anderer Weise bei ihren banken- und



börsenrechtlich relevanten Aktivitäten unterstützte bzw. vertrat (vgl. den Anhang zu EBK-RS 99/2: Outsourcing, Ziff. 3: Datenaufbewahrung, Betrieb und Unterhalt von Datenbanken, Betrieb von Informationstechnologie-Systemen; Ziff. 5: Finanzreporting; Ziff. 6: Druck und Versand von Bankdokumenten). Eine derartige Backoffice-Tätigkeit in der Schweiz für eine ausländische Bank, welche an ihrem Inkorporationsort über keine nachgewiesene Aktivität und hinreichend konsolidierte Aufsicht im Sinne des schweizerischen Rechts verfügt, darf die Bankenkommission zum Schutz des Rufs des hiesigen Bankenplatzes untersagen, auch wenn nicht unmittelbar schweizerische Anlegerinteressen betroffen sind. Nach der Empfehlung Nr. 18 der "Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)" sollen keine "Shell"-Banken zugelassen und mit solchen keine Geschäftsbeziehungen gepflegt werden (publ. in: Thévenoz/Zulauf, BF Geldwäscherei, Zürich 2004, 75-1). Die Bankenkommission hat diesen Grundsatz im schweizerischen Hoheitsbereich durchzusetzen und dafür zu sorgen, dass der hiesige Bankenplatz auch nicht indirekt über eine Aufspaltung der Aktivitäten in ein hier angesiedeltes angebliches Backoffice und in ein in einem anderen Staat betriebenes Frontoffice zu solchen Aktivitäten missbraucht wird; dies gilt auch dann, wenn - wie hier - geltend gemacht wird, die Bank gehöre im Sinne der FATF-Empfehlungen zu einer reglementierten Finanzgruppe, deren konsolidierte Aufsicht aufgrund ihrer Organisationsstruktur nach schweizerischen Massstäben aber nicht zu genügen vermag (vgl. NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, a.a.O., § 9 Rz. 222 u. 226). Die Feststellung, dass in den Geschäftsräumen der UIB Servizi SA und der UIB Gestioni Patrimoniali SA eine nach schweizerischem Recht bewilligungspflichtige Tätigkeit für die UIB Ltd bzw. die Intersmi Lda ausgeübt worden sei, deren nachträgliche Bewilligung mangels der erforderlichen Voraussetzungen (fehlendes Mindestkapital, ungenügende Organisation, fehlende konsolidierte Aufsicht usw.) und im Hinblick auf die engen Verknüpfungen der schweizerischen Gesellschaften mit den Aktivitäten der A.-Gruppe nicht in Frage komme, weshalb die UIB Servizi SA und die UIB Gestioni Patrimoniali SA zu liquidieren seien, ist deshalb nicht bundesrechtswidrig.

6.

6.1 Fraglich erscheint, welche Rechtsfolgen hieran in Bezug auf die ausländischen Gesellschaften zu knüpfen sind. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich bei der Bestimmung des Status einer



Ge sellschaft grundsätzlich für die Inkorporationstheorie entschieden; die Sitztheorie gilt nur subsidiär (vgl.

Art. 154 IRSG [SR 291]; WYSS/ZULAUF, Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung?, in: Karl Spühler [Hrsg.], Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Zürich 2001, S. 117 ff., dort S. 135 ff.; BALLEYGUIER, a.a.O., S. 242). Unter diesen Umständen verbliebe für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegen einen ausländischen, in der Schweiz illegal tätigen Finanzintermediär an sich nur wenig Raum. Die Rechtsprechung hat diesen im Interesse eines effizienten Anleger- und Marktschutzes indessen aufsichtsrechtlich ausgedehnt. So hat es das Bundesgericht in Bestätigung der Praxis der Bankenkommission grundsätzlich für zulässig erklärt, ausländische Gesellschaften, die in der Schweiz in Missachtung finanzmarktrechtlicher Vorschriften keine Zweigniederlassung begründet, faktisch aber eine solche betrieben haben, im Handelsregister einzutragen und ihre illegale Geschäftstätigkeit im Rahmen des (vollstreckungsrechtlichen) Bezugs zur Schweiz zu liquidieren (BGE 126 II 71 E. 5b/cc u. dd sowie E. 8; Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.3 u. 5.3.1). Hierin liegt keine Verletzung der ausländischen Souveränität, ist die Schweiz doch befugt, die Folgen einer Geschäftstätigkeit, die auf ihrem Territorium ausgeübt wird, von diesem ausgeht oder sich auf dieses auswirkt, zu regeln, auch wenn die entsprechende Aktivität einer ausländischen Gesellschaft zuzuschreiben ist (vgl. BGE 125 II 450 E. 2c u. d; BGE 108 Ib 513 E. 2b; Urteil 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 5b; BGE 127 III 219 E. 3; THOMAS MERKLI/THOMAS HUGI YAR, Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, in: Liechtensteinische Juristen-Zeitung 2003 S. 82 ff., insbesondere S. 87 u. 90). Die angeordnete Massnahme hat im Einzelfall indessen angemessen zu sein; sie soll nicht weiter gehen als das, was zum Schutz des schweizerischen Finanzplatzes und der lauteren Geschäftstätigkeit auf diesem oder von diesem aus tatsächlich erforderlich erscheint. Es kann nicht darum gehen, ohne spezifische schutzwürdige schweizerische Interessen (vgl. Merkli/Hugi Yar, a.a.O., S. 84 f., Ziff. 2.3 u. 3.) durch die Annahme einer faktischen Zweigniederlassung in Aushöhlung der Inkorporationstheorie (vgl. BGE 117 II 494 ff.) hiesige Standards oder finanzmarktrechtliche Regelungen im Ausland durchzusetzen; es liegt in erster Linie an den ausländischen Behörden, für die Einhaltung ihres Rechts und ihrer Verpflichtungen zu sorgen.

6.2 Vor diesem Hintergrund geht die zwangsweise Eintragung von Zweigniederlassungen Lugano der UIB Ltd bzw. der Intersmi Lda



im Handelsregister und deren anschliessende Liquidation unter Rückgriff auf die im Ausland liegenden Konten der UIB Ltd vorliegend zu weit:

6.2.1 Aus der Übersicht im Bericht des Beobachters ergibt sich, dass die UIB Ltd über rund 140 Kundenbeziehungen verfügt, die Intersmi Lda über ca. 250, wobei 69 mit einem Konto bei der UIB Ltd. Die S.M.I. unterhält ihrerseits rund 2'630 Kundenbeziehungen, wobei 135 mit einem Konto bei der UIB Ltd (vgl. den Bericht der KPMG vom 31. Oktober 2003, S. 15). Das Kundenvermögen bei der UIB Ltd soll insgesamt rund EUR 142.4 Mio. betragen. Seit dem 1. Januar 2004 ist die UIB Ltd, Vanuatu, nach einer Anpassung der dortigen Gesetzgebung, welche zum Verschwinden von 25 Banken geführt hat (vgl. www.rbv.gov.vu/VanuatuBanks.htm), im Besitz einer neuen Bewilligung seitens der Reserve Bank of Vanuatu gemäss dem "International Banking Act No. 4 of 2002"; sie untersteht heute damit einer verstärkten bankenrechtlichen Aufsicht (vgl. www.rbv.gov.vu/BSD.htm). Am 5. September 2003 bestätigte die Regierung von Vanuatu dem Präsidenten der "Financial Action Task Force on Money Laundering", dass ihre neue Gesetzgebung den internationalen Aufsichtsrichtlinien über die Banken gemäss dem Basler Ausschuss für Bankenaufsicht Rechnung trage (vgl. www.rbv.gov.vu/FATF.htm). Die S.M.I. ist ihrerseits in San Marino im Besitz einer Bewilligung als Finanzgesellschaft nach dem dortigen Recht; dieses lässt verschiedene Aktivitäten zu, die in der Schweiz banken- oder börsenrechtlich nicht in der gleichen Form möglich wären. Sie unterliegt hierfür der Kontrolle durch die "Banca Centrale della Repubblica di San Marino", welche in einem Schreiben vom 18. Februar 2004 festgehalten hat: "In base alla normativa di cui alla Legge n. 24 del 1986 ed all'oggetto sociale tipico di tali società, S.M.I. s.a. può svolgere le seguenti attività: collocamento e compravendita di azioni e quote di società, di titoli di Stato, di quote di fondi comuni

di investimento, di obbligazioni ed altri titoli emessi da Enti privati e pubblici, sammarinesi ed esteri; assumere partecipazioni ed interessenze;
accendere riporti attivi e passivi;
gestire, amministrare, custodire per conto di terzi valori e beni mobiliari ed immobiliari mediante l'assunzione di mandati o incarichi, anche di natura fiduciaria e di mediazione; promuovere insediamenti industriali nel territorio sammarinese, anche mediante assistenza e consulenza necessaria per la loro nascita e sviluppo;

BGE 130 II 351 S. 371

effetuare finanziamenti a breve e medio termine nei confronti di persone fisiche, imprese, società ed enti la cui attività sia svolta nell'ambito immobiliare, industriale, commerciale o finanziario; gestire, incassare e smobilizzare crediti di terzi, sia pro-soluto che pro-solvendo; acquistare, vendere e permutare beni immobili e mobili;
effettuare operazioni di locazione finanziaria (leasing);
prestare avalli, fideiussioni ed altre garanzie anche reali a favore di terzi. Le società finanziarie e fiduciarie sammarinesi, e quindi anche SMI s.a., non possono raccogliere direttamente il risparmio tra il pubblico e gestire propri strumenti di pagamento, a differenza delle banche. Il divieto di raccogliere direttamente risparmio tra il pubblico deve intendersi nel senso che le società finanziarie/fiduciarie non possono iscrivere nel proprio passivo patrimoniale del bilancio i depositi a vista o a tempo conferiti dai propri fiduciants, a differenza di quanto avviene per le banche. Le società finanziarie/fiduciarie possono pertanto ricevere somme liquide e valori mobiliari in via fiduciaria con le quali, di seguito, devono accendere conti correnti o depositi presso le banche abilitate, in nome proprio ma per conto del cliente e, attraverso questi, operare in base alle istruzioni ricevute dal cliente. Ne consegue che le società finanziarie/fiduciarie non possono rilasciare ai propri clienti carnet di assegni o altri strumenti di pagamento. Si attesta infine che SMI s.a. è una società finanziaria e fiduciaria assogettata alle normative e disposizioni antiriciclaggio vigenti nella Repubblica di San Marino". Die Auslegung des entsprechenden Rechts ist weder Sache der Bankenkommission noch des Bundesgerichts, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

6.2.2 Die UIB Ltd wird, wie sich aus dem Schlussbericht der Beobachterin ergibt, abgesehen von den in Lugano wahrgenommenen, bewilligungspflichtigen Backoffice-Aktivitäten im Wesentlichen von San Marino aus betrieben, wobei verschiedene Geschäfte aus steuerrechtlichen Gründen über die Intersmi Lda mit Sitz in Madeira abgewickelt werden. Die Beobachterin führt hierzu aus: "Dai colloqui avuti con i responsabili delle diverse società e dalla visione dei nominativi dei clienti possiamo costatare che la maggior parte dei clienti, se non tutti, sono di nazionalità italiana. L'introduzione dei clienti avviene in genere a San Marino o a Roma, in uno degli uffici del Gruppo A. dove si trovano i consulenti alla clientela.

BGE 130 II 351 S. 372

I clienti hanno la possibilità di aprire una relazione, rispettivamente un conto, presso una o più società (SMI, INTERSMI, UIB Ltd.). Le ragioni dell'apertura di una relazione presso una società piuttosto che presso un'altra sono in prevalenza di nature fiscale." (...)
"Secondo le affermazioni della Sig.ra C. e dai documenti inventoriati, il cliente firma un contratto di gestione fiduciaria con una delle tre società, a dipendenza dei propri bisogni. I consulenti alla clientela di San Marino o Roma comunicano telefonicamente alla Sig.ra C. (UIB GP) quali sono i desideri d'investimento dei clienti. La Sig.ra C. elabora quindi delle proposte d'investimento sulla base delle istruzioni ricevute e le sottopone ai consulenti. Questi informano i clienti, ai quali spetta decidere." (...)
"Gli ordini di acquisto e di vendita di titoli di clienti UIB Ltd vengono in genere impartiti dai consulenti alla

clientela di San Marino alle banche corrispondenti estere (SEB, BMG, MS). Tuttavia, durante un colloquio con la Sig.ra C., ci è stato confermato che a volte è lei stessa a contattare le banche e a passare gli ordini. Ciò è motivato dal fatto che lei sola ha le conoscenze tecniche dei mercati e dei titoli trattati".

6.2.3 Die mit der UIB Ltd und Intersmi Lda verbundenen schweizerischen Gesellschaften sind auf dem hiesigen Markt nie aktiv geworden; sie haben weder Kunden geworben noch von hier aus irgendwelche Anpreisungen für die Tätigkeit der UIB Ltd gemacht. Hinsichtlich der UIB Ltd konnte die Beobachterin in Lugano denn auch - anders als für die Intersmi Lda - keine Kundendossiers auffinden. Sie hält diesbezüglich fest: "Grazie al sistema informatico della UIB Servizi, nel quale viene registrata la contabilità della UIB Ltd (Olympic), e alla lista dei clienti consegnataci, possiamo affermare che la società [UIB Ltd]annovera approssimativamente 140 clienti (persone fisiche e giuridiche) al suo attivo (vedi Allegato 5). Le generalità di tali clienti in nostro possesso si limitano al nome e cognome del titolare del conto, ma non abbiamo accesso ai dossier personali. Non siamo neppure sicuri del luogo della loro ubicazione. Nel sistema informatico i nomi dei clienti sono codificati tramite cifra (cosidetti conti cifrati), vale a dire che i nomi non sono visibili e, dalle informazioni ricevute, solo conosciuti dai consulenti di San Marino."

6.2.4 Nachdem die hinter der UIB Ltd stehenden Gesellschaften der aufsichtsrechtlichen Kontrolle in ihren Heimatstaaten unterliegen, die Hauptaktivitäten der UIB Ltd und der Intersmi Lda von San Marino aus über die S.M.I. wahrgenommen wurden und in der Schweiz zwar für diese in den Lokalen der UIB Servizi SA/UIB



Gestioni Patrimoniali SA eine bewilligungspflichtige Aktivität stattfand, die den hiesigen Finanzplatz jedoch nur am Rande berührte, geht die Anordnung der Eintragung von Zweigniederlassungen der UIB Ltd und der Intersmi Lda zum Zwecke der Liquidation wegen der damit verbundenen Auswirkungen auf deren Geschäftstätigkeiten im Ausland zu weit; die vollumfängliche und sofortige Einstellung ihrer in der Schweiz ausgeübten Tätigkeiten unter Liquidation der entsprechenden Gesellschaften und allfälliger Information der zuständigen ausländischen Behörden über die Situation genügt zum Schutz der schweizerischen Aufsichtsinteressen. Die darüber hinaus gehenden Anordnungen der Bankenkommission sind nicht erforderlich und unverhältnismässig, da eine mildere Massnahme ausreicht, um den ordnungsgemässen Zustand in der Schweiz wieder herzustellen und den zum Schutz des hiesigen Finanzplatzes im internationalen Verhältnis zulässigerweise wahrgenommenen Interessen gerecht zu werden.

6.2.5 Bei der Liquidation einer (allenfalls fiktiven) Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in der Schweiz geht es vor allem darum, die Gläubiger von Forderungen aus deren Geschäftsbetrieb zu befriedigen oder sicherzustellen (vgl. Verfügung der EBK vom 14. Juli 1994 i.S. Fidenas AG, E. 4, publ. in: EBK Bulletin 29/1995 S. 17 ff.; BALLEYGUIER, a.a.O., S. 242). Zu diesem Zweck betrifft die Liquidation alle Vermögenswerte, die mit der Schweiz in einem exekutionsrechtlichen Zusammenhang stehen. Ein solcher ist nach der Praxis der EBK für jene Aktiven anzunehmen, die durch die für die Gesellschaft in der Schweiz handelnden Personen begründet worden sind; ist keine Tätigkeit der Gesellschaft durch Personen im Ausland nachweisbar, umfasst die Liquidation alle Aktiven im Namen oder für Rechnung der Gesellschaft (vgl. EBK Bulletin 37/1999 S. 32 ff., E. 5b; 29/1995 S. 29 f.); die Vermögenswerte müssen in einem "engen Zusammenhang mit der von der Schweiz aus erfolgten Geschäftstätigkeit stehen" bzw. sie dürfen nicht nachweisbar durch Personen begründet worden sein, welche in keiner Weise mit der Tätigkeit der Zweigniederlassung verbunden waren (WYSS/ZULAUF, a.a.O., S. 138 u. 143 f.). Vorliegend besteht ein solcher Bezug nur beschränkt und kann nicht gesagt werden, dass in der Schweiz oder von der Schweiz aus durch das Personal der UIB Servizi SA/Gestioni Patrimoniali SA direkt banken- oder börsenrechtliche Aktiven erworben worden wären; die einzigen Einnahmequellen bildeten die von der UIB Ltd bzw.

der Intersmi Lda für die einzelnen Dienstleistungen erbrachten Entschädigungen. Im Übrigen handelt es sich bei den Mitteln der UIB Ltd im Wesentlichen um solche der A.-Gruppe oder ausländischer Kunden von dieser, welche über die S.M.I. betreut werden. Die EBK hat bei der Wahl des geeigneten Mittels den Hauptzwecken der banken- und finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung - dem Schutz der Anleger einerseits und der Lauterkeit des schweizerischen Finanzmarktes und der von diesem aus entfalteten Aktivitäten andererseits - Rechnung zu tragen (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b S. 115; Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 3.2). Weder das eine noch das andere erscheint vorliegend gefährdet, wenn nur die UIB Servizi SA bzw. die UIB Gestioni Patrimoniali SA liquidiert und allfällige weitere Folgen für die - sowohl hinsichtlich der Kunden als auch der im Spiel stehenden Mittel und der entfalteten Aktivitäten (Kundenwerbung, Geldaufnahme, Geldauszahlungen, Infrastruktur usw.) - schwergewichtig involvierten ausländischen Gesellschaften gestützt auf die Inkorporationstheorie den betreffenden Aufsichtsbehörden überlassen werden. Bei den bisher beurteilten Fällen, in denen die Eintragung und anschliessende Liquidation der faktischen Zweigniederlassungen zugelassen wurde, ging es um Gesellschaften, die auch (oder gar praktisch nur) auf dem schweizerischen Markt relevant aktiv waren (vgl. die Urteile 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002; 2A.565/2002 vom 2. April 2003; 2A.320/2001 vom 5. Dezember 2001 in Verbindung mit 2A.119/2002 vom 11. Dezember 2002); zudem befand sich ein wesentlicher Teil der Kundeninformationen und der Konten jeweils auch tatsächlich in der Schweiz. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

7.

7.1 Der angefochtene Entscheid ist demnach insoweit aufzuheben und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gutzuheissen, als er sich auf die Eintragung und Liquidation der Zweigniederlassungen Lugano der United Investment Bank Ltd und der Intersmi Gestao e Investimentos Lda, Portugal, bezieht. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.