Urteilskopf

131 II 306

24. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. X. und Klaro GmbH gegen Eidgenössische Bankenkommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.399/2004 / 2A.466/2004 vom 24. März 2005

Regeste (de):
Art. 103 lit. a und Art. 152 OG; Art. 1 Abs. 2, Art. 23ter Abs. 1, Art. 23quinquies und Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003); Art. 3a Abs. 3 lit. a und c BankV; aufsichtsrechtliche Liquidation eines überschuldeten Finanzintermediärs, der bewilligungslos Publikumsgelder entgegengenommen hat.

Beschwerdelegitimation nach dem neuen Bankensanierungs- und -konkursrecht (E. 1.1). Die Organe einer von der Eidgenössischen Bankenkommission in Liquidation versetzten Gesellschaft sind befugt, den entsprechenden Entscheid für diese anzufechten (E. 1.2.1); der Allein- oder Mehrheitsaktionär ist im eigenen Namen hierzu nicht berechtigt, da und soweit er über die Gesellschaft an das Bundesgericht gelangen kann (E. 1.2.2).

Zusammenfassung der Aufsichtsbefugnisse der Eidgenössischen Bankenkommission (E. 3.1). Ein Finanzintermediär, der bewilligungslos gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hat (E. 3.2), kann in analoger Anwendung von Art. 23quinquies BankG aufsichtsrechtlich in Liquidation versetzt werden, wenn dies verhältnismässig erscheint (E. 3.3 u. 3.4). Erweist er sich als überschuldet, ist die Liquidation nach den Sonderregeln des Bankenkonkurses (Art. 33 ff. BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003) anzuordnen; diese gelten auch für Unternehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgegangen sind (E. 4).

Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege juristischer Personen (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 103 let. a et art. 152 OJ; art. 1 al. 2, art. 23ter al. 1, art. 23quinquies et art. 33 ss LB (dans la teneur du 3 octobre 2003); art. 3a al. 3 let. a et c OB; surveillance de la liquidation d'un intermédiaire financier qui a prélevé de l'argent des clients sans droit.

Qualité pour recourir selon le nouveau droit sur l'assainissement et la faillite des banques (consid. 1.1). Les organes d'une société mise en faillite par la Commission fédérale des banques ont qualité pour contester l'arrêt entrepris (consid. 1.2.1); l'actionnaire unique ou majoritaire n'est pas habilité à agir en son propre nom dans la mesure où il peut accéder au Tribunal fédéral par l'intermédiaire de la société (consid. 1.2.2).

Résumé des devoirs de surveillance de la Commission fédérale des banques (consid. 3.1). Un intermédiaire financier qui accepte professionnellement sans autorisation des dépôts du public (consid. 3.2) peut être mis en liquidation par une application analogique de l'art. 23quinquies LB lorsque cela apparaît proportionné (consid. 3.3 et 3.4). Lorsqu'il y a surendettement la liquidation doit être ordonnée selon la règle particulière de la faillite bancaire (art. 33 ss LB dans sa teneur du 3 octobre 2003); cela vaut aussi pour les entreprises qui ont exercé sans autorisation une activité (bancaire) soumise à autorisation (consid. 4).

Résumé de la jurisprudence concernant le droit à l'assistance judiciaire des personnes morales (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 103 lett. a e art. 152 OG; art. 1 cpv. 2, art. 23ter cpv. 1, art. 23quinquies e art. 33 segg. LBCR (nella versione del 3 ottobre 2003); art. 3a cpv. 3 lett. a e c OBCR; liquidazione, quale provvedimento di vigilanza, di un intermediario finanziario oberato di debiti che ha accettato soldi dal pubblico, senza disporre della necessaria

autorizzazione.

Legittimazione a ricorrere secondo il nuovo diritto in materia di risanamento e di fallimento di banche (consid. 1.1). Gli organi di una società posta in liquidazione dalla Commissione federale delle banche sono legittimati a contestare la relativa decisione per conto della società stessa (consid. 1.2.1); non è per contro legittimato l'azionista unico o maggioritario in suo proprio nome, siccome e nella misura in cui egli può accedere al Tribunale federale per il tramite della società (consid. 1.2.2).

Riassunto dei compiti di vigilanza della Commissione federale delle banche (consid. 3.1). Un intermediario finanziario, che ha accettato depositi del pubblico a titolo professionale senza disporre della necessaria autorizzazione (consid. 3.2), può essere posto in liquidazione a titolo di provvedimento di vigilanza, se ciò appare proporzionato, in applicazione per analogia dell'art. 23quinquies LBCR (consid. 3.3 e 3.4). Se risulta oberato di debiti, la liquidazione va ordinata secondo le regole speciali applicabili al fallimento di banche (art. 33 segg. LBCR nella versione del 3 ottobre 2003); tali regole valgono anche per imprese che si sono dedicate senza permesso ad un'attività (bancaria) soggetta ad autorizzazione (consid. 4).

Riassunto della giurisprudenza sul diritto all'assistenza giudiziaria da parte di persone giuridiche (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 307

A. Die Klaro GmbH wurde am 27. Juli 2001 im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Sie bezweckt den Handel mit Waren aller Art, die Planung, Entwicklung, Realisierung und den Betrieb bzw. Verkauf von Hardware, Software und Kommunikationstechnologien sowie das Erbringen von Dienstleistungen im Bereich Internet, Multimedia und Public-Relations; überdies kann

sie Finanzgeschäfte auf eigene oder fremde Rechnung tätigen. Ihre Stammeinlage von Fr. 20'000.- wird seit dem 8. Juli 2003 durch die Trans-American Investment Banking Institute Incorporation, Carmichael (USA), gestellt; an dieser soll X. als Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer (mit Einzelzeichnungsbefugnis) der Klaro GmbH wirtschaftlich berechtigt sein. Als weiterer Geschäftsführer (mit Kollektivunterschrift zu zweien) amtet Y.

B. Seit November 2003 vertrieb die Klaro GmbH im Finanzsektor unter dem Namen "AmoFin" ein Produkt, bei dem sie gegen die Leistung einer "Prämie" von 8-10 % der einem Dritten bezahlten Investition die Refinanzierung der entsprechenden Summe (inkl. der hierfür geleisteten "Prämie") innerhalb von zwei Jahren zusicherte. Zur Finanzierung dieser Aktivität spekulierte sie mit einem Teil der einbezahlten Gelder über eine Internetplattform ("Gain"- Konti) am Devisenmarkt. Mit Verfügung vom 7. Juni 2004 stellte die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) fest, dass die Klaro GmbH in diesem Zusammenhang gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumsgeldern verstossen habe (Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [BankG; SR 952.0]; Art. 3a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen [BankV; SR 952.02]; Ziff. 1 des Dispositivs). Sie ordnete ge-

stützt hierauf deren Auflösung und sofortige Liquidation an (Ziff. 2 des Dispositivs), wobei sie die Transliq AG, Zürich, als Liquidatorin einsetzte (Ziff. 3 des Dispositivs). Gleichzeitig blockierte die EBK sämtliche im In- und Ausland liegenden Vermögenswerte, Kontoverbindungen und Depots der Klaro GmbH (Ziff. 4 und 5 des Dispositivs), entzog ihren bisherigen Organen, namentlich X. und Y., die Vertretungsbefugnis, untersagte ihnen weitere Rechtshandlungen für die Gesellschaft und hielt sie an, der Liquidatorin sämtliche Informationen und Unterlagen zur Geschäftstätigkeit zur Verfügung zu stellen und ihr den Zugang zu den Räumlichkeiten der Klaro GmbH zu ermöglichen (Ziff. 6, 7 und 8 des Dispositivs). Die Bankenkommission übertrug ihrem Sekretariat die Befugnis, den Inhalt des Liquidationsmandates nötigenfalls zu präzisieren (Ziff. 9 des Dispositivs), wies das Handelsregisteramt St. Gallen an, die erforderlichen Ergänzungen im Handelsregister vorzunehmen (Ziff. 10 des Dispositivs), und ermächtigte die Liquidatorin, von der Klaro GmbH für ihre Aktivitäten einen Kostenvorschuss zu erheben (Ziff. 11 des

Dispositivs). Die Ziffern 1-11 des Dispositivs erklärte sie für sofort vollstreckbar, wies die Liquidatorin indessen an, bis zur Rechtskraft der Verfügung ihre Tätigkeit "auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken" (Ziff. 12 des Dispositivs); im Übrigen auferlegte die EBK der Klaro GmbH die Liquidations- (Ziff. 13 des Dispositivs) sowie die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- (Ziff. 14 des Dispositivs). X. und die Klaro GmbH haben hiergegen am 9. Juli 2004 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht (2A.399/ 2004). Am 15. Juli 2004 wies der Abteilungspräsident das damit verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung bzw. um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Sinne der Erwägungen ab (keine Liquidationshandlungen, indessen sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland gemäss Ziff. 12 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids); gleichzeitig erklärte er, dass über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung später entschieden und vorerst von der Erhebung eines Kostenvorschusses abgesehen werde.

C. Am 19. August 2004 eröffnete die Eidgenössische Bankenkommission in Anwendung der auf den 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Bestimmungen über die Massnahmen bei Insolvenzgefahr und die Liquidation insolventer Banken (Änderung des Bankengesetzes vom 3. Oktober 2003 [AS 2004 2767 ff.]) über die Klaro GmbH ab Freitag, 20. August 2004, 08.00 Uhr, den Konkurs (Ziff. 1 des Dispositivs). Mit der Konkurseröffnung erklärte sie die Wirkungen der Verfügung vom 7. Juni 2004 sowie des damit erteilten Liquidationsmandats für beendet (Ziff. 2 des Dispositivs). Sie setzte die Transliq AG als Konkursliquidatorin ein (Ziff. 3 des Dispositivs) und regelte verschiedene weitere konkursrechtliche Aspekte. Mit Fax und Postzustellung vom 24. August 2004 haben X. und die Klaro GmbH hiergegen beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht (2A.466/2004); sie ergänzten diese am 22. September 2004 und beantragten, die Verfügung der Bankenkommission vom 19. August 2004 aufzuheben, zumindest aber deren Ziffer 3 zu annullieren und eine andere Konkursliquidatorin als die dort genannte Transliq AG einzusetzen. Der Abteilungspräsident entsprach am 25. August 2004 superprovisorisch dem mit der Beschwerde verbundenen Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung insofern, als er die eingesetzte

Konkursliquidatorin anhielt, ihre Handlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen bzw. auf die hierzu erforderlichen Verfahren zu beschränken und von Liquidations- und Verwertungshandlungen noch abzuse-

hen; im Übrigen wies er das Gesuch ab. Am 14. September 2004 bestätigte er diese Anordnung; hinsichtlich des Verfahrens 2A.399/2004 verwies er auf die Verfügung vom 15. Juli 2004, soweit diese nicht gegenstandslos geworden sei.

D. Das Bundesgericht weist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der EBK vom 7. Juni 2004 ab, soweit es darauf eintritt und das Verfahren nicht gegenstandslos geworden ist (2A.399/2004); die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 19. August 2004 weist es ab, soweit es darauf eintritt (2A.466/2004).

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 In Anwendung des Bankengesetzes ergangene Aufsichtsentscheide der Eidgenössischen Bankenkommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 24 Abs. 1 BankG). In den Verfahren nach dem elften und zwölften Abschnitt des Gesetzes sind die Gläubiger und die Eigner einer Bank bloss befugt, gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde zu führen; der Rechtsweg nach Art. 17 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) ist ausgeschlossen (Art. 24 Abs. 2 BankG in der Fassung vom 3. Oktober 2003). Die Gläubiger und die Eigner einer Bank sollen unter dem neuen Bankensanierungs- und -konkursrecht im Wesentlichen gleich gestellt sein wie in den Verfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (BBl 2002 S. 8077). Es steht ihnen kein Beschwerderecht gegen den Entscheid der EBK zu, auf ein Sanierungsverfahren zu verzichten und eine Bank zu liquidieren bzw. gegebenenfalls den Konkurs über sie zu eröffnen (BBl 2002 S. 8078; vgl. ROGER GIROUD, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Rz. 10 und 14 zu Art. 174 SchKG). Die Beschwerdelegitimation der betroffenen Bank wird dadurch nicht tangiert. Auch die Befugnisse zu den gerichtlichen Klagen im Liquidationsverfahren (Kollokations-, Aussonderungsklage usw.) bleiben von der Neuregelung unberührt (BBl 2002

S. 8077 f.; EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht - die Bankenkommission als Konkursbehörde, Teil 1, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2002 S. 125 ff., dort S. 136 f.).

1.2

1.2.1 Die Klaro GmbH ist von der Eidgenössischen Bankenkommission am 7. Juni 2004 in analoger Anwendung von Art. 23quinquies BankG wegen unerlaubter Entgegennahme von Publikumsgeldern aufsichtsrechtlich in Liquidation versetzt worden; am 19. August 2004 wurde über sie in Anwendung von Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) der Konkurs eröffnet. Durch beide Entscheide wird die Klaro GmbH in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen (vgl. Art. 103 lit. a OG). Nach der Rechtsprechung sind die Organe einer in Liquidation versetzten Gesellschaft - trotz Entzugs der Vertretungsbefugnis - berechtigt, den entsprechenden Entscheid für diese anzufechten (vgl. Urteil 2A.573/ 2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1; Urteil 2A.9/1998 vom

19. November 1999, E. 2b/bb nicht publ. in BGE 126 II 71 ff.; BGE 98 Ib 269 E. 1 S. 271; Urteil des EGMR i.S. Credit and Industrial Bank gegen Tschechien vom 21. Oktober 2003, Rz. 48-52 und 64-73). X. war für die Klaro GmbH einzelzeichnungsberechtigt; soweit er die Beschwerden in deren Namen erhebt, ist deshalb darauf einzutreten.

1.2.2 Der Allein- oder Mehrheitsaktionär und der wirtschaftlich Berechtigte an einer Gesellschaft sind zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht befugt, da und soweit sie - wie hier - über die beherrschte Gesellschaft selber an das Bundesgericht gelangen können (vgl. Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1; 2A.136/ 2003 vom 26. August 2003, E. 1.2 nicht publ. in BGE 129 II 484 ff.; BGE 127 II 323 E. 3b/cc S. 330; BGE 125 II 65 E. 1; BGE 116 Ib 331 E. 1c S. 335; Urteil 2A.137/1995 vom 25. September 1996, E. 1b). Der Verwalter oder Vertreter der Gesellschaft, dem durch den angefochtenen Entscheid die Zeichnungsberechtigung entzogen wird, ist hierdurch nicht in eigenen schutzwürdigen Interessen betroffen; es handelt sich dabei bloss um eine Nebenfolge der umstrittenen Liquidation (Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.1, und 2A.9/1998 vom 19. November 1999, E. 2b/aa nicht publ. in BGE 126 II 71 ff.). Auch ein allfälliges Haftungs- oder Strafverfahren verschafft den Organen der Gesellschaft kein eigenes Interesse daran, dass der bankenrechtliche Unterstellungs- und Liquidationsentscheid hiervon unabhängig geprüft wird (Urteil 2A.573/

2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.3). Auf die Beschwerden ist deshalb nicht einzutreten, soweit sie von X. in seinem Namen erhoben werden.

1.2.3 Fraglich erscheint, ob mit der Konkursanordnung vom 19. August 2004 die Liquidationsverfügung vom 7. Juni 2004 dahingefallen und das entsprechende Verfahren damit gegenstandslos geworden ist (vgl. das Urteil 2A.573/2003 vom 30. Juli 2004, E. 1; BGE 128 II 34 E. 1b; BGE 118 Ib 356 E. 1a; BGE 111 Ib 56 E. 2a). Hiervon ist die Bankenkommission ausgegangen, wenn sie in Ziffer 2 des Dispositivs vom 19. August 2004 festhielt, dass mit der Konkurseröffnung die Wirkungen ihrer ersten Verfügung und des damit erteilten Liquidationsmandats beendet seien. Das Bundesgericht hat bisher angenommen, dass mit der Konkurseröffnung - unter Vorbehalt eines möglichen Konkurswiderrufs (Art. 195 SchKG) - das gegen die vorgängige aufsichtsrechtliche Liquidation hängige Beschwerdeverfahren gegenstandslos wird (Urteil 2A.573/ 2003 vom 30. Juli 2004, E. 2.2; vgl. auch Urteil 2A.9/1998 vom 19. November 1999, E. 2b/cc nicht publ. in BGE 126 II 71 ff.). Es erübrigt sich, der Frage nachzugehen, ob und wieweit dies auch unter dem neuen Recht gilt: Die in der Beschwerde 2A.399/2004 aufgeworfenen Probleme müssen zumindest vorfrageweise im Verfahren 2A.466/2004 geprüft werden, da die EBK im Entscheid vom 19. August 2004 auf ihre Verfügung vom 7. Juni 2004 Bezug genommen und diese als rechtmässig vorausgesetzt hat. Anders als nach dem bisherigen ist nach dem neuen Recht bei Banken sowohl für die finanzmarktrechtliche Aufsicht als auch für ein allfälliges Sanierungs- oder Konkursverfahren ausschliesslich die EBK zuständig (vgl. BBl 2002 S. 8061; KARL SPÜHLER, Bankenkonkurs - Bankennachlassstundung - Bankensanierung - gestern und morgen, in: Peter Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2004, S. 79 ff., dort S. 84 f.; ULRICH KOBELT, Zur Revision des Bankengesetzes, in: Der Schweizer Treuhänder 77/2003 S. 819 ff.). Ihre sachliche Kompetenz zur Anordnung der Liquidation nach Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) hängt davon ab, dass die Geschäftstätigkeit der betroffenen Gesellschaft überhaupt in den Anwendungsbereich der Bankengesetzgebung fällt; nur in diesem Fall können die konkursrechtlichen Sonderregeln des Bankenrechts allenfalls an die Stelle der ordentlichen Verfahren und Zuständigkeiten gemäss SchKG treten (vgl. hierzu E. 4). Die

Unterstellungsfrage ist deshalb so oder anders zu prüfen. Ein aktuelles Interesse an der Behandlung der Beschwerde 2A.399/2004 besteht im Übrigen zumindest insofern fort, als die Beschwerdeführerin den Kostenentscheid und die Bevorschussungspflicht der aufsichtsrechtlichen Liquidation beanstandet; diese haben nicht mehr Gegenstand des späteren Verfahrens gebildet. (...)

2.

2.1 Die vorliegende Auseinandersetzung fällt als zivilrechtli che Streitigkeit in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK (SR 0.101; Urteil 2A.9/1998 vom 19. November 1999, E. 3 nicht publ. in BGE 126 II 71 ff.; JUCHLI/PAGNONCINI, Einzelne Aspekte der EMRK - Verfahrensgarantien in der schweizerischen Finanzmarktaufsicht, in: Sutter/Zelger [Hrsg.], 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Bern 2005, S. 171 ff., dort S. 181 f.); danach ist über solche Ansprüche in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf dem Gesetz beruhendes Gericht zu entscheiden. Das vorliegende Verfahren, in dessen Rahmen die Sachverhaltsfeststellung und die Rechtsanwendung der Bankenkommission frei geprüft werden (Art. 104 lit. a und b, Art. 105 und Art. 114 Abs. 1 letzter Halbsatz OG; BGE 116 Ib 73 E. 1b S. 78; JUCHLI/PAGNONCINI, A.A.O., S. 187 F.), genügt diesen Anforderungen, auch wenn eine Kontrolle der Angemessenheit ihres Entscheids ausgeschlossen ist (Urteil 2A.9/1998 vom 19. November 1999, E. 3 nicht publ. in BGE 126 II 71 ff.; BGE 120 Ia 19 E. 4c S. 30).

2.2 Die Beschwerdeführerin hat am 7. November 2004 auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet und sich am 5. Januar 2005 abschliessend geäussert. Von einer Anhörung der Bankenkommission im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels kann abgesehen werden (vgl. Art. 110 Abs. 4 OG), nachdem diese hinreichend Gelegenheit gehabt hat, ihren Standpunkt darzutun, und von einer zusätzlichen Stellungnahme keine neuen Elemente zu erwarten sind (vgl. auch das Urteil des EGMR i.S. Ziegler gegen Schweiz vom 21. Februar 2002, Rz. 36-38, publ. in: VPB 66/2002 Nr. 113). Gestützt auf die vorliegenden Unterlagen erscheint der Fall spruchreif. Auf die von der Beschwerdeführerin beantragten Zeugeneinvernahmen bzw. auf das Einholen eines Gutachtens kann verzichtet werden.

3.

3.1

3.1.1 Der Eidgenössischen Bankenkommission ist unter anderem die Aufsicht über das Bankenwesen zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BankG [in der Fassung vom 24. März 1995]). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes bzw. von dessen Ausführungsvorschriften notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 23bis Abs. 1 BankG). Erhält sie von Verstössen gegen das Gesetz oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. Sie ist befugt, hierzu alle "notwendigen Verfügungen" zu treffen (Art. 23ter Abs. 1 BankG). Da die Bankenkommission allgemein über die Einhaltung der "gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist ihre Aufsicht nicht auf die ihr formell unterstellten Betriebe (Banken und diesen gleichgestellte Unternehmen) beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört auch die Abklärung der banken- oder finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht einer Gesellschaft (Art. 1 und 3 ff. BankG; Art. 3

und 10 BEHG [SR 954.1]; Art. 10, 18 und 22 AFG [SR 951.31]). Dabei kann sie die im Gesetz vorgesehenen Mittel bereits gegenüber Instituten (oder Personen) einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (vgl. BGE 130 II 351 E. 2.1 S. 354 mit Hinweisen).

3.1.2 Liegen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausgeübt werden könnte, ist die Bankenkommission befugt und verpflichtet (vgl. BGE 115 Ib 55 E. 3 S. 58; 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 bzw. gegen das Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen verstossen hat (BGE 130 II 351 E. 2.2. S. 355; BGE 126 II 111 E. 3a S. 115, BGE 126 II 71 E. 6e; Urteile 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3a, und 2A.168/1999 vom 17. Juni 1999, E. 3; DINA BALLEYGUIER, Reichweite der Finanzmarktaufsicht - Liquidation von Marktteilnehmern, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Neuere Entwicklungen im Kapitalmarktrecht, Zürich 2000, S. 235 ff.). Bei der Wahl des geeigneten Mittels hat die Bankenkommission im

Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger bzw. Anleger einerseits und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits, Rechnung zu tragen (Anleger- und Funktionsschutz; BGE 130 II 351 E. 2.2 S. 355; BGE 126 II 111 E. 3b S. 115; BGE 121 II 147 E. 3a S. 149). Die Frage, wie sie ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem "technischen Ermessen" anheim gestellt. Das Bundesgericht greift in dieses nur bei Ermessensfehlern, d.h. Rechtsverletzungen, korrigierend ein (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b S. 115 mit Hinweisen; Urteil 2A.137/1995 vom 25. September 1996, E. 1d/e).

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

3.2.1 Natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, dürfen nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist (Art. 1 Abs. 2 BankG [in der Fassung vom 18. März 1994]). Er hat dies in Art. 3a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen getan. Nicht als Einlagen gelten danach (unter anderem) "Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden" (Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV) bzw. "Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird" (Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV). Keine Einlagen aus dem Publikum im Sinne des Gesetzes sind Verbindlichkeiten von "Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen" (Art. 3a Abs. 4 lit. b BankV) oder solche von institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie (Art. 3a Abs. 4 lit. c BankV). Gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen hält (Art. 3a Abs. 2 BankV) oder in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien für die Entgegennahme von Geldern wirbt (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV).

3.2.2 Die Klaro GmbH hat gemäss dem Revisionsbericht der Kontrollstelle GwG vom 26. April 2004 zum Teil direkt, zum Teil über das von ihr aufgebaute Vermittlernetz rund 280 "AmoFin"-Verträge abgeschlossen, wobei der Grossteil ihrer Kundschaft weder mit ihr oder ihrem Gesellschafter verbunden war, noch als institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie gelten konnte. Aufgrund dieser Verträge sind ihr bis zum 10. April 2004 insgesamt Fr. 1,42 Mio. zugeflossen. Die Klaro GmbH verpflichtete sich dabei, gegen die Überweisung einer "Prämie" von 8-10 % der bei einem Dritten getätigten Investition innert zwei Jahren diesen Betrag und die als Ausgangssumme geleistete "Prämie" zurückzuzahlen. Mit Vertragsabschluss übernahm sie die Verpflichtung und das Risiko, diese Leistung zu erwirtschaften, wozu eine Jahresrendite von über 500 % nötig gewesen wäre. Die entsprechenden Gelder haben als Einlagen zu gelten: Zwar stehen sie im Zusammenhang mit einem Vertrag auf Eigentumsübertragung bzw. mit einem Dienstleistungsvertrag, doch besteht dieser jeweils nicht mit der Klaro GmbH, sondern mit einem Dritten; die Klaro GmbH nimmt eine auf der Basis des entsprechenden Vertrags berechnete Ausgangssumme entgegen und verspricht deren Rückzahlung binnen zwei Jahren mit einer die ursprüngliche Investition deckenden Rendite. Sie erhielt damit fremde Mittel zur Verfügung gestellt und versuchte mit diesen, ihre Kosten, einen Gewinn und die vertraglich versprochenen Leistungen zu erwirtschaften. Wohl erbrachte die Klaro GmbH, wie sie geltend macht, mit ihren - gewagten - Spekulationen am Devisenmarkt eine Dienstleistung, doch bildete die vom Kunden bezahlte Prämie nicht Gegenleistung hierfür, wurde die ursprüngliche Einlage nach Ablauf des Vertrags doch zurückerstattet; es liegt somit kein Ausnahmefall gemäss Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV vor (vgl. das Urteil 2A.218/1999 vom 5. Januar 2000, E. 3b/cc). Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV nimmt die Abwicklungskonti von Effekten-, Devisen- oder Edelmetallhändlern von der Unterstellung aus, soweit damit die notwendige Liquidität zur Abwicklung des im Vordergrund stehenden Hauptgeschäfts zur Verfügung gehalten und dafür kein Zins bezahlt wird (vgl. Rz. 15 f. des Rundschreibens der Bankenkommission 96/4: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes, in: Thévenoz/Zulauf, Banken- und Finanzmarktrecht 2003, 31A-15); die Klaro GmbH versprach einen Zins (Rendite), wobei es ihre Sache war, wie sie ihn

erwirtschaftete; sie trug das entsprechende Risiko, nicht der Kunde. Die Beschwerdeführerin kann sich für die Rechtmässigkeit ihrer Tätigkeit deshalb auch nicht auf Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV berufen. Die Klaro GmbH hat damit in Verletzung von Art. 1 Abs. 2 BankG Publikumseinlagen entgegengenommen, und die Bankenkommission war gehalten, diese Tätigkeit zu unterbinden bzw. den gesetzmässigen Zustand unter grösstmöglichem Schutz der Gläubigerinteressen wiederherzustellen (Art. 23ter Abs. 1 BankG).

3.3 Die Bankenkommission hat hierzu in analoger Anwendung von Art. 23quinquies BankG die (aufsichtsrechtliche) Liquidation der Klaro GmbH angeordnet. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin war dies nicht unverhältnismässig: Die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung fiel mangels des bankenrechtlich vorgeschriebenen Mindestkapitals (Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG [in der Fassung vom 18. März 1994]) und einer adäquaten Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG) zum Vornherein ausser Betracht. Die Organe der Klaro GmbH waren durch die von ihnen geschaffenen Strukturen und Rechtsbeziehungen offensichtlich überfordert, womit eine freiwillige Liquidation - allenfalls auch unter Aufsicht der EBK bzw. eines von ihr ernannten Untersuchungsbeauftragten - nicht in Frage kam. Zwar verfügte die Klaro GmbH neben dem Finanzbereich über andere, nicht bewilligungspflichtige Aktivitäten ("Business", "Online", "Treff"; vgl. das Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994, E. 4 in fine), diese waren jedoch erst im Aufbau begriffen und machten nur einen geringen Teil ihrer Geschäftstätigkeit aus. Die Arbeitszeit der Mitarbeiter lag in erster Linie im Bereich "Finance"; aus diesem stammte überdies der Grossteil der erwirtschafteten Mittel. Die einzelnen Teilbereiche waren buch-

halterisch nicht getrennt; zudem wurde der Aufbau der Geschäftszweige in Buchs auch mit Kundengeldern aus dem (illegalen) Geschäft mit Publikumseinlagen finanziert (vgl. den Revisionsbericht der Kontrollstelle GwG vom 14./26. April 2004, S. 5). Unter diesen Umständen war die EBK nicht verpflichtet, nur das Finanzgeschäft zu liquidieren; dies umso weniger, als den Organen der Klaro GmbH das für ihre Aktivitäten erforderliche finanzmarktrechtliche Wissen fehlte und es zu verhindern galt, dass über sie weitere "Participation"-Verträge (Mindestanlagesumme Fr. 25'000.-; Auszahlung des 3,4-fachen des Einlagebetrags nach "90 Banktagen") für die Klaro-Gesellschafterin Trans-American Investment Banking Institute Incorporation abgeschlossen wurden und es

damit allenfalls zu neuen Verstössen gegen die schweizerische Gesetzgebung kam.

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

3.4.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert das Vorgehen der Liquidatorin; diese sei auszuwechseln, da sie durch ihr "unprofessionelles" Vorgehen bei der Schliessung der einzelnen Devisenhandelsposten Vermögenswerte zerstört habe. Sie verkennt, dass dies nach dem Erlass des angefochtenen Entscheids geschehen sein soll und deshalb nicht geeignet ist, die Bezeichnung der Liquidatorin in der angefochtenen Verfügung in Frage zu stellen. Wen die EBK mit einer Liquidation beauftragt, beschlägt weitgehend die Angemessenheit ihres Entscheids, die das Bundesgericht nicht überprüft (Art. 104 lit. c OG; Urteil 2A.324/1993 vom 2. März 1994, E. 5; BGE 115 Ib 55 E. 2b S. 57); es kann auch in diesem Bereich nur eine allenfalls rechtswidrige Handhabung des technischen Ermessens sanktionieren. Eine solche liegt nicht vor: Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Transliq AG bei ihrer Ernennung am 7. Juni 2004 nicht in der Lage gewesen sein sollte, die angeordnete Liquidation sachgerecht und gesetzeskonform durchzuführen. Auf ihr anschliessendes, angeblich fehlerhaftes Verhalten im Liquidationsverfahren selber wird im Zusammenhang mit der bestrittenen Überschuldung zurückzukommen sein.

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

Aufwand meist noch gar nicht absehbar ist. Die von der EBK genehmigten Honoraransätze entsprechen jenen in vergleichbaren Fällen; die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass und inwiefern die bewilligten Abrechnungen im Einzelnen unzutreffend oder nicht marktüblich wären.

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

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

4.1

4.1.1 Seit dem 1. Juli 2004 steht das neue Bankensanierungs- und -konkursrecht in Kraft. Danach ist für das Aufsichts-, Sanierungs- und Liquidationsverfahren von Banken nunmehr ausschliesslich die Bankenkommission zuständig (zum bisherigen Recht und den damit verbundenen Schwierigkeiten: URS ZULAUF, Recht und Realität der Sanierung und Liquidation von Banken in der Schweiz, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, S. 217 ff.; derselbe, Zur Revision der schweizerischen Rechtsvorschriften über Banksanierung und Bankliquidation,

in: Peter Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1999, S. 25 ff.; BARBARA SCHAERER, Bankeninsolvenzrecht und Einlegerschutz in Revision, in: Peter Nobel [Hrsg.], Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2001, S. 55 f.). Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die EBK der Bank die Bewilligung, ordnet deren Liquidation an und macht diese öffentlich bekannt (Art. 33 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]). Ihre Anordnung wirkt wie eine Konkurseröffnung (Art. 34 Abs. 1 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]in Verbindung mit Art. 197-220 SchKG); unter Vorbehalt abweichender bankenrechtlicher Bestimmungen (Art. 35-37g BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]; Art. 30 Abs. 2 SchKG) erfolgt die Liquidation nach den Art. 221-270 SchKG (Art. 34 Abs. 2 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]).

4.1.2 Diese Sonderregelung gilt auch für Unternehmen, die unerlaubt einer bewilligungspflichtigen (Banken-)Tätigkeit nachgegangen sind. Zwar spricht das Gesetz ausdrücklich nur von den (eigentlichen, bewilligten) Banken und war auch in den parlamentarischen Beratungen nur von diesen die Rede (vgl. AB 2003 N 1209 f.; S 768 f.), aus der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck der Revision ergibt sich jedoch, dass sie auch auf unbewilligte Finanzintermediäre Anwendung finden muss (zu den verschiedenen Auslegungselementen: BGE 130 II 65 E. 4.2; BGE 125 II 192 E. 3): Das Bundesgericht hat wiederholt erklärt, dass die EBK befugt sei, die ihr zustehenden Aufsichtsinstrumente auch gegen unterstellungspflichtige, nicht bewilligungsfähige Unternehmen oder Personen einzusetzen (letztmals BGE 130 II 351 E. 2.1 mit Hinweisen). Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Revision des elften und zwölften Abschnitts des Bankengesetzes hierauf ausdrücklich Bezug genommen (BBl 2002 S. 8096). Nach Art. 37b Abs. 2 BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) gelten Einlagen bei Unternehmen, welche ohne Bewilligung als Bank tätig sind, nicht als privilegiert im Sinne der Neuregelung (Art. 37b Abs. 1 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]). Fände das Banken-

konkursrecht auf solche Betriebe zum Vornherein keine Anwendung, erübrigte sich diese Präzisierung. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch die unbewilligten Finanzintermediäre vom ordentlichen Konkursrecht ausnehmen und neu den Sonderbestimmungen des Bankenkonkurses unterstellen wollte (so auch EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht - die Bankenkommission als Konkursbehörde, Teil 2, in: Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 1/2003 S. 1 ff., dort

S. 8). Die Bankenkommission verfügt über das nötige Fachwissen, um Gesellschaften, welche bewilligungslos einer normalerweise von ihr überwachten Geschäftstätigkeit nachgegangen sind, analog einer nicht sanierungsfähigen Bank effizient und sachgerecht zu liquidieren (BBl 2002 S. 8093); der Rechtsschutz bleibt mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht und den Klagemöglichkeiten nach SchKG bei den örtlich und sachlich zuständigen kantonalen Gerichten gewahrt (vgl. HÜPKES, Teil 2, a.a.O., S. 8).

4.1.3 Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer Bankentätigkeit nach und ist eine nachträgliche Erteilung der hierfür erforderlichen Bewilligung ausgeschlossen, kann sie - soweit dies verhältnismässig erscheint - in analoger Anwendung von Art. 23quinquies BankG aufsichtsrechtlich liquidiert werden. Falls eine freiwillige Total- oder Teilauflösung nicht in Frage kommt, wird die Gesellschaft unter der Aufsicht der Bankenkommission grundsätzlich nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln liquidiert (vgl. Art. 739 ff. OR). Erweist sich die Gesellschaft als überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig, ist die Liquidation analog den Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003; Bankenkonkurs) anzuordnen und durchzuführen; das allgemeine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht kommt in diesem Fall bloss im entsprechend modifizierten Umfang zur Anwendung (vgl. HÜPKES, Teil 2, a.a.O., S. 8). Dabei braucht die Sanierungsfähigkeit (Art. 28 ff. BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]) des unbewilligt tätigen Finanzintermediärs in der Regel jeweils nicht mehr gesondert geprüft zu werden; mit der nachträglichen Bewilligungsverweigerung und der Anordnung der Liquidation steht fest, dass eine Fortführung als bewilligter Betrieb ausgeschlossen ist. Nach Art. 31 lit. e BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) kann ein Sanierungsplan nur genehmigt werden, wenn er die Bewilligungsvoraussetzungen und die übrigen gesetzlichen Vorschriften auch künftig sicherstellt; dies ist bei einem nachträglich nicht bewilligungsfähigen, illegal tätigen Finanzintermediär zum Vornherein nicht möglich (vgl. HÜPKES, Teil 2, a.a.O., S. 2).

4.2 Fraglich erscheint, ob die Bankenkommission auch mit Blick auf die Schlussbestimmungen der Änderung vom 3. Oktober 2003 (Absatz 2) befugt war, vorliegend bereits das neue Recht anzuwenden. Danach ist für die Liquidation sowie eine Banken- oder Nachlassstundung das bisherige Recht massgebend, falls die

Bankenkommission vor Inkrafttreten des neuen Bankensanierungs- und -konkursrechts die Liquidation einer Bank verfügt hat. Die EBK hat am 7. Juni 2004 die Liquidation der Klaro GmbH in analoger Anwendung von Art. 23quinquies BankG angeordnet und erst am 19. August 2004 über sie den Konkurs eröffnet; das neue Recht ist seinerseits am 1. Juli 2004 in Kraft getreten. Die Schlussbestimmung vom 3. Oktober 2003 muss aber im Zusammenhang mit dem Anlass zur Revision des Bankensanierungs- und -konkursrechts gesehen werden. Ziel der Neuregelung war es, im Nachgang zum Fall der Spar- und Leihkasse Thun das Sanierungs- und Liquidationsverfahren bei bewilligten Banken zu erleichtern und die nach dem bisherigen Recht für diese bestehenden Doppelspurigkeiten von Konkurs-, Nachlass- und Aufsichtsrecht zu beseitigen. Der Bundesrat wies

in seiner Botschaft darauf hin, dass es mit der Übergangsregelung darum gehe, die neuen Bestimmungen nicht auf laufende Liquidations- oder Banken- bzw. Nachlassstundungsverfahren anwenden zu müssen, "mit denen sie nicht durchwegs kompatibel" seien (BBl 2002 S. 8108). Bei unbewilligten Finanzintermediären stellt sich dieses Problem kaum, da die für die Banken bisher geltenden Regeln auf sie keine Anwendung fanden und bei einer Überschuldung ausschliesslich die allgemeinen gesellschafts- und konkursrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung kamen. Absatz 2 der Schlussbestimmung will somit in erster Linie den Übergang vom alten zum neuen Recht für die bewilligten Banken regeln, für die sich ohne ihn Zuständigkeitsprobleme ergeben könnten; er berührt indessen die Neuregelung der konkursrechtlichen Liquidation von Gesellschaften nicht, die ohne Bewilligung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen sind, soweit gegen sie noch kein Konkursverfahren nach dem SchKG eröffnet worden ist (vgl. auch Art. 173b SchKG in der Fassung vom 3. Oktober 2003); für sie gilt unmittelbar das neue Recht.

4.3

4.3.1 Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Die Bankenkommission hat angenommen, die Klaro GmbH sei überschuldet bzw. dauernd zahlungsunfähig (vgl. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) und deshalb gestützt auf Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) zu liquidieren. Dies ist aufgrund

der vorliegenden Unterlagen und der im Interesse der Gläubiger vorsichtig vorzunehmenden Einschätzungen der einzelnen Forderungen und Werte nicht zu beanstanden: Bereits gemäss der Bilanz per 31. Dezember 2003 wies die Klaro GmbH eine Überschuldung auf. Der Zwischenabschluss per 31. März 2004 ging bei einer Bilanzsumme von Fr. 1'479'961.54 von einer Überschuldung von Fr. 308'561.85 aus, wobei den mit den Anlegern vereinbarten Rückzahlungsverpflichtungen (Amortisationszahlungen) noch keine Rechnung getragen worden war. Nach der Zwischenbilanz der Liquidatorin per 9. Juni 2004 besteht bei der Beurteilung zu Fortführungswerten eine Überschuldung von Fr. 896'447.42; die per 19. Juli 2004 erstellte Bilanz zu Liquidationswerten weist eine Überschuldung von Fr. 1'847'080.78 aus. Auch bei diesen Zahlen sind die mit den Kunden vereinbarten Amortisationen nicht berücksichtigt; es fehlt damit auf jeden Fall die Liquidität, um die zur Rückzahlung fällig werdenden bzw. bereits fällig gewordenen Zahlungsverpflichtungen vollständig honorieren zu können.

4.3.2 Was die Beschwerdeführerin hiergegen einwendet, stellt die Beurteilung der EBK nicht in Frage: Zwar ist theoretisch nicht ausgeschlossen, dass mit der offenbar ohne fachmännische Analyse innert weniger Minuten erfolgten Schliessung sämtlicher offener Devisenhandelsposten am 9. Juni 2004 ein Schaden entstanden sein könnte - die Beschwerdeführerin spricht von maximal Fr. 961'091.07 -, für den die Liquidatorin bzw. die Bankenkommission möglichwerweise einzustehen hätten; dies ändert jedoch nichts an der schon vorher bestehenden Überschuldung bzw. dauernden Zahlungsunfähigkeit der Klaro GmbH (in Liquidation), namentlich wenn den vereinbarten Rückzahlungsverpflichtungen (bzw. den zu deren Deckung an sich erforderlichen sukzessiven Rückstellungen) Rechnung getragen wird. In diesem Fall ergibt sich eine zusätzliche Überschuldung von rund 49 Mio. Franken. Der Einwand, die entsprechenden Forderungen seien unbeachtlich, da nach den einzelnen Verträgen jeweils nur die einbezahlte Summe mit einem banküblichen Zins geschuldet werde, überzeugt nicht: Gemäss den "AmoFin"-Verträgen zahlt die Klaro GmbH dem Auftraggeber bzw. Einleger "nach einem weltweiten Zusammenbruch der Finanzmärkte" bloss seine "Prämie" samt einem bankenüblichen Zins zurück, wenn "unvorhergesehene wirtschaftliche oder weltbörsenbelastende Einflüsse die Erfüllung der AmoFin-Ziele vor der ersten Zahlung" verhindern; eine Intervention der

Aufsichtsbehörde gegen die dem Vertragsverhältnis zugrunde liegende bewilligungspflichtige Tätigkeit der Klaro GmbH wird davon nicht erfasst. Nichts anderes gilt hinsichtlich der "clausula rebus sic stantibus", nachdem die Klaro GmbH und ihre Organe wissen mussten, dass sie mit ihrer Tätigkeit unbefugterweise gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennahmen. Die Voraussetzungen für eine Liquidation nach Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) waren somit erfüllt.

4.3.3 Der behauptete Haftungsanspruch gegenüber der Bankenkommission müsste im Staatshaftungsverfahren geltend gemacht werden; die Liquidatorin ihrerseits haftet allenfalls nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752 ff. OR in Verbindung mit Art. 39 Abs. 2 lit. a BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]). Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger befugt, den Ersatz eines entsprechenden Schadens an die Gesellschaft zu verlangen; verzichtet die Konkursverwaltung darauf, diesen geltend zu machen, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt (vgl. Art. 757 Abs. 1 und Abs. 2 OR). Es erübrigt sich deshalb, der Haftungsproblematik im vorliegenden Verfahren weiter nachzugehen oder die bankenrechtliche Liquidatorin, die im Bankenkonkurs an Stelle der Konkursverwaltung amtet, auszuwechseln, zumal nicht dargetan wird, dass ihre weitere Tätigkeit zu einer Vergrösserung des Schadens führen könnte. Wem die Gelder auf den Konten "Ushiba" und "Taibi" von Fr. 351'250.- zustehen, ist umstritten, weshalb nicht zu beanstanden ist, wenn sie bei der Beurteilung der Finanzlage von der Liquidatorin bzw. der EBK nicht weiter berücksichtigt wurden. Die Konti lauten nicht auf die Konkursitin; trotz der Anstrengungen der Liquidatorin war die Gaincapital dementsprechend bisher nicht bereit, diese Gelder in die Schweiz zu transferieren (vgl. den Zwischenbericht der Transliq AG vom 10. November 2004).

4.3.4 Die Bankenkommission durfte somit die Klaro GmbH (in aufsichtsrechtlicher Liquidation) wegen der begründeten Besorgnis einer Überschuldung bzw. wegen fehlender flüssiger Mittel zum Schutz der Gläubiger in Anwendung der Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) liquidieren. Dem stand das hängige Verfahren bezüglich der aufsichtsrechtlichen Liquidation nicht entgegen; die beiden Massnahmen gehorchen je eigenen Regeln und schliessen sich bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen im zeitlichen Ablauf nicht aus (vgl. oben E. 1.2.3; BBl 2002

S. 8069 f.; HÜPKES, Teil 2, a.a.O., S. 1 f.; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 2004, S. 691, Fn. 67). Der entsprechende Antrag der Liquidatorin an die Bankenkommission bildete keine Missachtung der im Verfahren 2A.399/2004 am 15. Juli 2004 verfügten vorsorglichen Massnahme; darin waren lediglich Liquidationshandlungen untersagt, sichernde und werterhaltende Massnahmen jedoch vorbehalten worden. Die Überschuldungsanzeige durch die Liquidatorin im Rahmen von Art. 33 BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) fiel hierunter, diente sie doch dazu, den Gläubigerschutz zu verstärken (vgl. Art. 34 Abs. 1 BankG [in der Fassung vom 3. Oktober 2003]).

4.3.5 Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Liquidatorin und die EBK hätten die im Verfahren 2A.466/2004 angeordnete aufschiebende Wirkung insofern verletzt, als sie bereits zu Liquidationshandlungen geschritten seien. Richtig ist, dass der Abteilungspräsident am 25. August 2004 die Eidgenössische Bankenkommission und die von ihr eingesetzte Konkursliquidatorin angehalten hat, "ihre Handlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen bzw. die hierfür erforderlichen Verfahren zu beschränken und von Liquidations- und Verwertungshandlungen vorerst abzusehen". Die Liquidatorin ging davon aus, bei dem inzwischen verwer-

teten Inventar (vorab beim EDV-Material) habe es sich um Posten gehandelt, die einem raschen Wertzerfall ausgesetzt gewesen und deshalb nicht in den Anwendungsbereich der bundesgerichtlichen Verfügung gefallen seien (vgl. Art. 243 Abs. 2 SchKG). Ob dem so ist, braucht nicht weiter geprüft zu werden: Die Transliq AG hat am 16. Dezember 2004 die Gläubiger darüber informiert, dass sie beabsichtige, das Inventar der Klaro GmbH (Büroeinrichtung inkl. EDV-Hardware) für Fr. 43'000.- freihändig zu verkaufen; gleichzeitig setzte sie allen Interessierten unter Verwirkungsfolge Frist bis zum 28. Dezember 2004, um gegebenenfalls bei der Eidgenössischen Bankenkommission eine entsprechende anfechtbare Verfügung zu erwirken (vgl. BBl 2002 S. 8079). Die Beschwerdeführerin bzw. ihre Organe hätten die Möglichkeit gehabt, die in Aussicht genommene Verwertungshandlung auf diesem Weg überprüfen zu lassen; ihre Rüge ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb unbeachtlich.

5.

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

die Beschwerde 2A.466/2004 wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

5.2

5.2.1 Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die unterliegenden Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Sie ersuchen für diesen Fall, ihnen die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren. Hierfür darf der Prozess nicht aussichtslos gewesen sein; zudem muss die ersuchende Partei bedürftig erscheinen und ihre anwaltliche Verbeiständung sich als notwendig erweisen (vgl. Art. 152 OG). Die Regelung ist auf natürliche Personen zugeschnitten; juristische Personen können grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen (vgl. BGE 119 Ia 337 E. 4b; BGE 116 II 651 E. 2; Nichtzulassungsentscheid des EKMR i.S. Edilstudio SA gegen Schweiz vom 2. September 1998, publ. in: VPB 63/1999 Nr. 106 S. 975 ff.); sie sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen (BGE 119 Ia 339 E. 4b; Beschluss 5C.1/2002 vom 20. Februar 2002; Urteile 2A.310/ 2001 vom 12. Juli 2001, E. 2; 4C.395/1999 vom 1. Februar 2000, E. 3a, und H 298/98 vom 22. Januar 1999, E. 2; ALFRED BÜHLER, Die neuere Rechtsprechung im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege, in: SJZ 94/1998 S. 225 ff., dort S. 228 f.). Juristische Personen verfügen deshalb - wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse (BGE 61 III 170; BGE 116 II 651 E. 2d S. 656) - über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung (THOMAS GEISER, Grundlagen, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel 1998, Rz. 1.37; vgl. auch AMMON/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2003, § 13 Rz. 21; FLAVIO COMETTA, in: Staehelin/ Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Rz. 15 zu Art. 20a).

5.2.2 Das Beschwerdeverfahren 2A.399/2004 gegen die aufsichtsrechtliche Liquidationsanordnung vom 7. Juni 2004 war gestützt auf die veröffentlichte und über Internet zugängliche bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Vornherein aussichtslos. Das entsprechende Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist bereits aus diesem Grund abzuweisen. Auch im

Verfahren 2A.466/2004 bezüglich der Liquidation nach Art. 33 ff. BankG (in der Fassung vom 3. Oktober 2003) kann ihm nicht entsprochen werden: Das Bundesgericht hat festgestellt, dass für eine juristische Person ausnahmsweise dann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bestehen kann, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (vgl. BGE 119 Ia 337 E. 4c und e S. 340; vgl. auch BGE 126 V 42 E. 4 S. 47 und BÜHLER, a.a.O., S. 228 f.); dabei ist der Begriff der "wirtschaftlich Beteiligten" weit zu verstehen; er umfasst neben den Gesellschaftern auch die Organe der juristischen Person oder gegebenenfalls interessierte Gläubiger (vgl. den Beschluss 5C.1/2002 vom 20. Februar 2002 und das Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 6.2). Die Stammeinlage der Klaro GmbH (in Liquidation) wird durch die Trans American Investment Banking Institute Incorporation gehalten; dass diese, Y. (als Geschäftsführer der Klaro GmbH) oder interessierte Gläubiger nicht in der Lage gewesen wären, für die Kosten der Verfahren aufzukommen, ist nicht dargetan (vgl. Urteil 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 6.2). Soweit X. die Beschwerde in eigenem Namen geführt hat, war seine Eingabe mangels der erforderlichen Legitimation (vgl. E. 1.2.2) zum Vornherein aussichtslos, weshalb insofern eine unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ebenfalls nicht in Frage kommt.