23

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. X. gegen Eidgenössische Bankenkommission
B-3708/2007 vom 4. März 2008

Aufsicht über Banken und Effektenhandel. « Gewährsverfahren ». Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Dauer der Nichtwählbarkeitsperiode für eine Gewährsposition, Verhältnismässigkeits- und Rechtsgleichheitsgrundsatz.

Art. 3 Abs. 2 Bst. c, Art. 23bis Abs. 1 und Art. 23ter Abs. 1 BankG. Art. 10 Abs. 2 Bst. d und Art. 11 Abs. 1 BEHG.

1. **Ein Gewährsträger, der gewusst hat oder bei hinreichender Wahrnehmung seiner Kontrollpflicht und Führungsverantwortung hätte wissen müssen und in Kauf nimmt, dass ein Verlust der Bank auf deren Kunden überwälzt wird, macht sich eines groben Verstosses gegen die Treuepflicht gegenüber den Bankkunden schuldig. Ein solches Verhalten ist mit dem Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit unvereinbar (E. 3 sowie E. 5, insbesondere E. 5.6).**

2. **Weisen die vom Gewährsträger begangenen Fehler und Pflichtverletzungen eine gewisse Schwere und Tragweite auf, so führt dies in der Regel zu dessen Ausscheiden aus der betreffenden Bank und zum zeitweisen Verbot der Übernahme einer Gewährsposition. Beim Entscheid über die Dauer einer Nichtwählbarkeitsperiode für eine bestimmte Gewährsposition ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit von ganz besonderer Bedeutung. Die Aufsichtsfunktion der Eidgenössischen Bankenkommission verfolgt keine repressiven, sondern einzig präventive Zielsetzungen. Daher ist insbesondere auch abzuklären, ob ein weiteres Fehlverhalten des Gewährsträgers in Zukunft als wahrscheinlich angesehen wird, so dass bei der Einnahme einer andern Gewährsposition eine Gefahr für die Sicherheitsinteressen der Bank und der Bankkunden oder für das Ansehen des schweizerischen Bankenwesens besteht (E. 6, insbesondere E. 6.2 und 6.3).**

Surveillance des banques et du commerce de valeurs mobilières. Procédure concernant la garantie d'une activité irréprochable. Garantie d'une activité irréprochable, durée de la période d'inéligibilité pour une position requérant cette garantie, principes de la proportionnalité et de l'égalité de traitement.

Art. 3 al. 2 let. c, art. 23bis al. 1 et art. 23ter al. 1 LB. Art. 10 al. 2 let. d et art. 11 al. 1 LBVM.

1. **Lorsqu'une personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable savait ou aurait dû savoir, en exerçant correctement ses devoirs de contrôle et de dirigeant, que des pertes de la banque étaient mises à la charge des clients de celle-ci, et qu'elle s'en accommode, elle commet une violation grave de son devoir de loyauté envers les clients de la banque. Un tel comportement est incompatible avec l'exigence de garantie d'une activité irréprochable (consid. 3 et consid. 5, en particulier consid. 5.6).**

2. **Si la gravité et la portée des fautes et manquements commis par la personne devant présenter la garantie d'une activité irréprochable sont importantes, les conséquences sont normalement pour cette personne son exclusion de la banque concernée et l'interdiction temporaire d'occuper une position requérant la garantie d'une activité irréprochable. Le principe de la proportionnalité joue un rôle particulier dans la détermination de la durée de la période d'inéligibilité pour une position concrète. La Commission fédérale des banques exerce une fonction de surveillance qui ne comporte que des objectifs de prévention, non de répression. C'est pourquoi il convient notamment de rechercher s'il est probable que la personne en question ait à nouveau un comportement inadéquat à l'avenir, ce qui, si elle occupait à nouveau une position requérant la garantie d'une activité irréprochable, présenterait un danger pour la sécurité de la banque et de ses clients ou pour la réputation des banques suisses (consid. 6, en particulier consid. 6.2 et 6.3).**

Vigilanza sulle banche e sul commercio di valori mobiliari. « Procedura di garanzia ». Garanzia di un'attività irreprensibile, durata del periodo di non eleggibilità per una posizione esigendo questa garanzia, principio della parità di trattamento e della proporzionalità.

Art. 3 cpv. 2 lett. c, art. 23bis cpv. 1 e art. 23ter cpv. 1 LBCR. Art. 10 cpv. 2 lett. d e art. 11 cpv. 1 LBVM.

1. **Una persona con funzioni di garante che è al corrente del fatto che una perdita della banca viene addossata ai clienti, o che avrebbe dovuto esserne al corrente se avesse sufficientemente ottemperato al suo obbligo di controllo e alla sua responsabilità a livello di gestione, e accetta tale fatto, si rende colpevole di una grave violazione dell'obbligo di fedeltà nei confronti dei clienti della banca. Un simile comportamento è incompatibile con l'esigenza della garanzia di un'attività irreprensibile (consid. 3 e 5, in particolare 5.6).**
2. **Se gli errori e le violazioni degli obblighi commessi dal garante presentano una certa gravità e portata, di regola ne conseguono le dimissioni del garante dalla banca in questione e il divieto provvisorio di assumere posizioni esigendo la garanzia di un'attività irreprensibile. Per decidere la durata di un periodo di non eleggibilità per una determinata posizione esigendo la garanzia di un attività irreprensibile, riveste particolare importanza il principio della proporzionalità. La funzione di vigilanza della Commissione federale delle banche persegue obiettivi unicamente preventivi e non repressivi. Va quindi in particolare chiarita anche la probabilità che possa verificarsi un'ulteriore comportamento scorretto del quadro tale da costituire, qualora egli assumesse un'altra posizione esigendo la garanzia di un'attività irreprensibile, un pericolo per la sicurezza della banca e dei relativi clienti o per la reputazione del sistema bancario svizzero (consid. 6, in particolare 6.2 e 6.3).**

Im Oktober 2005 kam es bei der zur Gruppe der Kantonalbank des Kantons Y. gehörenden Bank Z. zu einem Verlustfall, welcher zusammengefasst dargestellt folgendermassen ablief (vgl. die detaillierte Beschreibung in E. 5.1): Am Mittwoch, 12. Oktober 2005, beauftragte der Leiter Asset Management, M., seine Unterstellte C., Leiterin Portfoliomanagement, mit dem Kauf von N.-Aktien für eine Vermögensverwaltungskundin. Bei N. handelt es sich um einen als gut befundenen « Research »-Titel der Bank

Z. Aufgrund eines Fehlers im Computersystem kaufte C. statt der beabsichtigten 15'000 Titel über zwei Tage hinweg 210'000 Titel zu einem Durchschnittskurs von EUR 45.68. Der Gesamtpreis der zuviel gekauften Aktien betrug rund Fr. 13,8 Mio. Am Freitag, 14. Oktober 2005, bemerkte C. den Fehler. Der Kurs der Aktie war inzwischen gesunken und schloss am selben Tag bei EUR 42.50.

In den folgenden Tagen fanden mehrere Sitzungen statt, an welchen der Umgang mit diesem Verlust und dessen Bewältigung besprochen wurde. An diesen Sitzungen nahmen jeweils C., M., der Beschwerdeführer (Leiter Geschäftsbereich Privatkunden und Private Banking, zuständiges Geschäftsleitungsmitglied für das Asset Management) und R. (Leiter Handel) teil. Dabei wurde unter anderem entschieden, den Grossteil der Titel aus dem Fehlkauf soweit sinnvoll in Vermögensverwaltungsmandate der Bank zu platzieren (sog. « Switches »). In der Folge wurden über mehrere Tage verteilt 86'000 Aktien verschiedenen Depots von Mandatskunden zugewiesen und dabei jeweils zum Einstandspreis von durchschnittlich EUR 45.68 abgerechnet. Dadurch wurden rund Fr. 425'000.– des hypothetischen Verlustes der Bank Z. Kunden überwälzt.

Als der Leiter des Konzerninspektorats, F., einige Tage später über den Verlustfall informiert wurde, teilte er dem Beschwerdeführer umgehend mit, dass es nicht akzeptabel sei, einen grossen Teil der Verluste der Bank Vermögensverwaltungskunden zuzuweisen. Die Kundenabrechnungen wurden storniert und neu zum Schlusskurs vom Freitag, 14. Oktober 2005, zu EUR 42.50 erfasst.

Als Folge des Vorfalls wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufgelöst. Im Herbst 2006 eröffnete die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) ein Untersuchungsverfahren zum Verlustfall. Zu Beginn des Jahres 2007 beantragte der Beschwerdeführer die Beurteilung seiner Gewähr im Hinblick auf die vertraglich zugesicherte Einnahme einer Gewährsposition bei der Bank U. im Laufe des Jahres 2008.

Mit Verfügung vom 26. April 2007 stellte die EBK fest, dass der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Geschäftsleitungsmitglied der Bank Z. und Leiter des Geschäftsbereiches Privatkunden und Private Banking das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) und Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) verletzt habe, indem er als zuständiges Geschäftsleitungsmitglied den Entscheid mitgetragen habe, einen der Bank entstandenen Schaden teilweise auf Vermögensverwaltungskunden der Bank zu überwälzen (Dispositiv Ziffer 1). Dem Beschwerdeführer wurde

verboten, vor dem 1. Oktober 2010 bei der Bank U. eine Funktion als Gewährsträger zu übernehmen (Dispositiv Ziffer 2). Die Verfahrenskosten von Fr. 19'300.– wurden dem Beschwerdeführer auferlegt (Dispositiv Ziffer 3). Zur Begründung führte die EBK im Wesentlichen aus, nachdem der Verlustfall bemerkt worden sei, hätten die Linienverantwortlichen der Bank Z. entschieden, einen Teil der zuviel gekauften Aktien in Vermögensverwaltungsmandate der Bank zu platzieren. Das Vorgehen, bei diesen « Switches » den Einstandskurs anzuwenden, wodurch ein grosser Teil des der Bank entstandenen Schadens auf Kunden der Bank abgewälzt worden sei, stelle einen groben Verstoss gegen die Treuepflichten der Bank gegenüber ihren Kunden dar. Bei der Frage des bei den « Switches » anwendbaren Kurses handle es sich um eine Grundsatzfrage, für welche der Beschwerdeführer Führungsverantwortung getragen habe.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer (...) am 30. Mai 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Er beantragte, die Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass er volle Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit biete, insbesondere im Hinblick auf die für 2008 geplante Geschäftstätigkeit bei der Bank U. (Nachfolge Leiter Privatkunden), unter Kostenfolge zu Lasten der Vorinstanz. Er hielt unter anderem fest, die Vorinstanz habe den Nachweis nicht erbracht, dass der Beschwerdeführer gewusst habe oder hätte wissen müssen, dass der « Switch » zum Einstandskurs ausgeführt und damit Verluste der Bank an deren Kunden überwälzt worden seien. Auch aus Gründen der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit sei der angefochtene Entscheid nicht haltbar. Soweit der Beschwerdeführer überhaupt mit einem Verbot zu belegen sei, müsse dies aus Gründen der Verhältnismässigkeit bis längstens zum 30. September 2007 beschränkt werden.

Das BVGer heisst die Beschwerde insoweit gut, als es das Verbot, eine Gewährsposition zu übernehmen, um zwei Jahre kürzt und auf den 1. Oktober 2008 begrenzt. Im Übrigen weist es die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Mit Verfügung vom 26. April 2007 stellte die EBK fest, dass der Beschwerdeführer als zuständiges Geschäftsleitungsmitglied den Entscheid mitgetragen habe, einen der Bank entstandenen Schaden teilweise auf Vermögensverwaltungskunden der Bank zu überwälzen. Damit habe er in seiner Eigenschaft als Geschäftsleitungsmitglied der Bank Z. und Leiter der Geschäftsbereiches Privatkunden und Private Banking das Erfordernis der

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG verletzt (Dispositiv Ziffer 1).

2.1 Nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) kann die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG).

Nach der Rechtsprechung ist ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges, rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist, das nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann, und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 129 III 503 E. 3.6, BGE 127 II 323 E. 5, je mit Hinweisen).

2.2 Nach der Praxis der EBK hat ein entlassener Gewährsträger Anspruch darauf, dass seine Gewähr geprüft wird, wenn er eine neue Anstellung als Gewährsträger konkret in Aussicht oder bereits angetreten hat (vgl. EBK Bulletin 17/1987 S. 16 ff. und EBK Bulletin 18/1988 S. 26 ff.). Diese Praxis steht im Einklang mit den vorstehend zitierten Normen und bundesgerichtlichen Urteilen.

Dem Beschwerdeführer wurde von seiner heutigen Arbeitgeberin, der Bank U., vertraglich zugesichert, dass er im Laufe des Jahres 2008 den Leiter des Geschäftsbereiches Privatkunden nach dessen Pensionierung ablösen und dabei gleichzeitig in die Geschäftsleitung befördert werde. Die Vorinstanz hat sein Feststellungsinteresse somit zu Recht bejaht.

3. Die Vorinstanz stützte ihre Verfügung auf Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG.

3.1 Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG wird der Bank die zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit notwendige Bewilligung der Bankenkommission nur erteilt, wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Inhaltlich ähnlich lautende Voraussetzungen statuieren Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG betreffend die Tätigkeit als Effektenhändler und Art. 14 Abs. 1 Bst. a des Kollektivanlagengesetzes vom

23. Juni 2006 (KAG, 951.31) betreffend die Verwaltung und Aufbewahrung von kollektiven Kapitalanlagen.

Die genannten, als « Gewährsartikel » bezeichneten Bestimmungen des Banken- und des Börsengesetzes haben den gleichen Gehalt (PHILIPPE A. HUBER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007 [hiernach: BSK BEHG], Art. 10 Abs. 1–4 N. 59). Vorliegend betätigten sich die Bank bzw. deren Angestellte als Effektenhändler. Anwendbar sind somit beide Erlasse (vgl, BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz [Hrsg.]: Kommentar zum schweizerischen BankG [hiernach: Kommentar zum Bankengesetz], Art. 3 N. 223 [Ausgabe April 2005]).

Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effektenhändlers zu verstehen. Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden, bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber, verstösst (vgl. KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 191 ff. [Ausgabe April 2005]; CHRISTOPH WINZELER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel/Genf/München 2005 [hiernach: BSK BankG], Art. 3 N. 16 und 25; HUBER, BSK BEHG, Art. 10 Abs. 1–4 N. 60, je mit Hinweisen; EBK Bulletin 45/2003 S. 164, 170 f.).

Für Effektenhändler sind Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten ausdrücklich in Art. 11 BEHG verankert. Danach hat der Effektenhändler gegenüber seinen Kunden: a. eine Informationspflicht; er weist sie insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hin; b. eine Sorgfaltspflicht; er stellt insbesondere sicher, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können; c. eine Treuepflicht; er stellt insbesondere sicher, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen (Art. 11 Abs. 1 BEHG).

Art. 11 BEHG ist eine sogenannte Doppelnorm, d. h. ist zivil- und aufsichtsrechtlicher Natur (vgl. BGE 133 III 97 E. 5.2). In aufsichtsrechtlicher Hinsicht stellen die Verhaltenspflichten von Art. 11 BEHG eine Konkretisierung der in Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG enthaltenen Anforderungen

an eine einwandfreie Geschäftsführung dar. Ihrerseits wurden diese Verhaltenspflichten in den Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung betreffend die Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts vom 22. Januar 1997 weiter konkretisiert (EBK Bulletin 40/2000 S. 26 f.).

Dem von Banken und Effektenhändlern zu beachtenden Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr kommt ein hoher Stellenwert zu (HUBER, BSK BEHG, Art. 10 Abs. 1–4 N. 62 mit Hinweisen u. a. auf Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 5 und 6 sowie EBK Bulletin 45/2003 S. 170 f.; WINZELER, BSK BankG, Art. 3 N. 16). Dies ergibt sich daraus, dass die Bank und der Effektenhändler im Rahmen der Vermögensverwaltung eine ausgesprochene Vertrauensposition gegenüber den Kunden einnehmen. Diese haben unter Umständen nur beschränkt Einblick in die Tätigkeiten der Bank und damit auch eher begrenzte Möglichkeiten zur konkreten Intervention im Falle von Missständen. Die Anforderungen an die in dieser Branche massgebend tätigen Personen sind höher anzusetzen als für vergleichbare Positionen in anderen Berufssparten (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 164 [Ausgabe April 2005]; äussern sich aber kritisch gegenüber unrealistischen, überspitzten Anforderungen). Aus der Sorgfaltspflicht ergibt sich eine Verpflichtung zur bestmöglichen Erfüllung der Kundenaufträge in preismässiger, zeitlicher und quantitativer Hinsicht. Die Pflicht zur bestmöglichen Erfüllung verlangt vom Effektenhändler insbesondere eine Ausführung zum bestmöglichen Marktkurs. Die Treuepflicht stipuliert die Vermeidung von Interessenkonflikten bzw. verbietet die Benachteiligung von Kunden in Situationen mit Konfliktpotential (EBK Bulletin 40/2000 S. 26 f.; ERIC STUPP/DIETER DUBS, BSK BEHG, Art. 11 N. 59, 68 und 72 ff.).

3.2 Die Bankenkommission trifft die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 23bis Abs. 1 BankG). Erhält die Bankenkommission von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (Art. 23ter Abs. 1 BankG).

Auch das Börsengesetz sieht in Art. 35 Abs. 3 eine entsprechende Bestimmung vor. Überdies ist in diesem Artikel festgehalten, dass die Aufsichtsbehörde a. einem Effektenhändler für kurze Zeit alle Rechtsgeschäfte und Zahlungen sowie Zahlungen an ihn untersagen kann, sofern eine Gefahr für seine Gläubiger droht; b. Personen, die als verantwortliche Mitarbeiter

eines Effektenhändlers den Effektenhandel betreiben und dieses Gesetz, die Ausführungsvorschriften oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzen, die Tätigkeit im Effektenhandel dauernd oder vorübergehend verbieten kann (Art. 35 Abs. 3 BEHG).

Art. 35 BEHG vereinigt verschiedene Vollzugs- und Aufsichtsaufgaben der EBK, wie sie die Banken- und Anlagefondsgesetzgebung, allerdings aufgeteilt auf verschiedene Einzelbestimmungen, ebenfalls kennen (THOMAS POLEDNA, BSK BEHG, Art. 35 N. 1; vgl. auch Art. 23bis, Art. 23ter und Art. 23^{quater} BankG).

Beim Berufsverbot gemäss Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG handelt es sich um eine repressive Massnahme, welche direkt gegen den Autor einer verpönten Handlung, also gegen eine physische Person, und nicht gegen den Effektenhändler als Unternehmung gerichtet ist. Mit dieser Bestimmung werden nicht die herkömmlichen Gewährsträger, sondern die Händler bzw. die im Effektenhandel tätigen Personen in die Pflicht genommen (EBK Bulletin 46/2004 S. 54 ff.). Ganz im Gegensatz hierzu hat eine auf Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG abgestützte Massnahme präventiven Charakter und dient primär der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und der Vermeidung von Wiederholungen (vgl. hierzu auch E. 4.1).

Bestehen Zweifel an der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, so führt die EBK ein Gewährsverfahren durch, das sich primär gegen das beaufsichtigte Institut richtet. Ist ein Gewährsträger unter aussergewöhnlichen Umständen aus einem beaufsichtigten Institut ausgeschieden, so wird ihm nach ständiger Praxis der EBK ein sog. Gewährsbrief ausgestellt (vgl. EBK Bulletin 46/2004 S. 25 ff.; HUBER, BSK BEHG, Art. 10 Abs. 1–4 N. 64, mit Verweis auf MARK-OLIVER BAUMGARTEN/PETER BURCKHARDT/ALEXANDER ROESCH, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, Aktuelle Juristische Praxis 2006 S. 169 ff., insbes. S. 174, 4.2.2; der Gewährsbrief ist in der Lehre umstritten: vgl. dazu WINZELER, BSK BankG, Art. 3 N. 19, sowie KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 247 [Ausgabe April 2005]).

3.3 Mit der Beschwerde beim BVGer kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden (Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i. V. m. Art. 49 VwVG). Dies gilt grundsätzlich auch für Beschwerden gegen Entscheide der EBK. Die Beschwerdeinstanz kann indessen ihre Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache einer unbeschränkten Überprüfung des angefochtenen Entscheids entge-

gensteht, so beispielsweise bei der Würdigung von örtlichen oder technischen Verhältnissen, denen die verfügende Verwaltungsbehörde näher steht beziehungsweise über die sie mehr Information und Sachkenntnis hat als die Beschwerdeinstanz (vgl. FRANCESCO BERTOSSA, Der Beurteilungsspielraum: Zur richterlichen Kontrolle von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen im Verwaltungsrecht, Diss. Bern 1984, S. 91; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f., je mit Hinweisen).

Vorliegend verhält es sich so, dass der EBK nach der Rechtsprechung des BGer bei der Frage, *ob* die Voraussetzungen für ein Einschreiten der EBK gegen ein ihr unterstelltes Bankinstitut gegeben sind, einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Prüfung des Einzelfalls zukommt. Diese Rechtsfrage wird vom BGer zwar grundsätzlich frei überprüft; es auferlegte sich aber bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen Zurückhaltung (BGE 116 Ib 193 E. 2d, BGE 115 Ib 55 E. 2c, BGE 108 Ib 196 E. 1). Nichts anderes gilt nach dem oben Gesagten für das BVGer, welches nunmehr als erste Rechtsmittelbehörde fungiert.

Ein Beurteilungsspielraum ist der EBK auch zuzugestehen, wenn die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes der Bankgesetzgebung im Einzelfall zu überprüfen ist (BGE 108 Ib 196 E. 1b). Beim Begriff « Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit » handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dies gibt der EBK indessen nicht die Kompetenz, in ihren Verfügungen einwandfreie Geschäftstätigkeit nach völlig freiem Ermessen zu definieren. Vielmehr darf ein Beurteilungsspielraum bloss innerhalb enger, möglichst genau umschriebener Grenzen anerkannt werden, wenn die Rechtskontrolle nicht in unzulässiger Weise beschränkt werden soll (BEAT KLEINER, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 23ter N. 2 f. [Ausgabe Juni 1996], mit Hinweis auf MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976, Bd. I, Nr. 66).

Welche konkreten Massnahmen bei Bejahung der Pflicht für ein Einschreiten der EBK im Einzelfall angezeigt sind, stellt dagegen eine Ermessensfrage dar. Der EBK als fachkundiger Behörde steht dabei ein weiter Spielraum des Ermessens zu. Bei der Betätigung ihres Ermessens ist sie an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns gebunden. Es sind dies: das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Bei der Auswahl der Massnahme ist stets vom Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Gläubigerschutz, auszugehen (BGE 121 II 147 E. 3a, BGE 116 Ib 193 E. 2d, BGE 108 Ib 270 E. 2d; URS ZULAUF, Gläubi-

gerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1994 II 363 ff., 378).

4. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Prinzip der freien Beweiswürdigung angewandt. Das ausgesprochene Verbot, bis zum 30. September 2010 die Funktion eines Gewährsträgers zu übernehmen, komme von seiner Natur und Schwere her einer empfindlichen Strafe gleich (Reputationsschaden, wirtschaftliche Folgen). Wenn ein Verwaltungsverfahren wie vorliegend Strafcharakter habe, gelte nicht das Prinzip der freien Beweiswürdigung, sondern der Grundsatz « in dubio pro reo ». Die Verwaltung habe demnach den Nachweis des Verschuldens der mit einer (pönalen) Sanktion belegten Person zu erbringen. Die Vorinstanz habe das gegen ihn verfügte Berufsverbot indessen auf blossen Verdacht hin ausgesprochen. Im Übrigen bedeute auch freie Beweiswürdigung nicht «Richten nach Belieben », sondern es bestehe das Gebot, nach pflichtgemässem Ermessen zu handeln. Bei belastenden Verfügungen trage stets und ausnahmslos die Verwaltung die Beweislast.

4.1 Erscheint der EBK die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit fraglich, führt sie, wie bereits erwähnt (E. 3.2), ein Gewährsverfahren durch. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG (BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, a. a. O., S. 173, 4.1).

Das Gewährsverfahren hat – entgegen der Meinung des Beschwerdeführers – nicht Strafcharakter. Ziel der Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz ist nicht die Bestrafung, sondern die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und die Vermeidung von Wiederholungen (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 243 [Ausgabe April 2005]; Urteil des BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 E. 8c, veröffentlicht in: EBK Bulletin 40/2000 S. 37 ff.). Eine auf Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG abgestützte Massnahme bezweckt, die Integrität der Aktivitäten eines Effektenhändlers als Unternehmung sicherzustellen und zielt darauf ab, die Investoren vor inkompetenten oder unehrlichen Personen zu schützen, indem solchen Personen untersagt wird, bestimmte Schlüsselpositionen bei einem Effektenhändler innezuhaben (EBK Bulletin 46/2004 S. 54).

Somit gelangt auch nicht der Grundsatz « in dubio pro reo » zur Anwendung, sondern der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, welcher für das gesamte Verwaltungsverfahren gilt (Art. 19 VwVG i. V. m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]).

Frei ist die Beweiswürdigung darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, welche der Behörde genau vorschreiben, wie ein

gültiger Beweis zu Stande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (vgl. BGE 130 II 482 E. 3.2; Urteil des BVGer C-1170/2006 vom 3. August 2007 E. 6.1). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 278 f.; BGE 114 II 289 E. 2a, BGE 105 Ib 117 E. 1a).

Wenn es um die Beurteilung von inneren Vorgängen geht, die der Behörde oft nicht bekannt und schwierig zu beweisen sind, ist es zulässig, von bekannten Tatsachen (Vermutungsbasis) auf unbekannte (Vermutungsfolge) zu schliessen. Solche tatsächlichen Vermutungen können sich in allen Bereichen der Rechtsanwendung ergeben, namentlich auch im öffentlichen Recht. Es handelt sich dabei um Wahrscheinlichkeitsfolgerungen, die auf Grund der Lebenserfahrung gezogen werden (BGE 130 ll 482 E. 3.2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer, a. a. O.).

4.2 Die Beweiswürdigung endet mit dem richterlichen Entscheid darüber, ob eine rechtserhebliche Tatsache als erwiesen zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Gelangt der Richter aufgrund der Beweiswürdigung nicht zur Überzeugung, die feststellungsbedürftige Tatsache habe sich verwirklicht, so fragt es sich, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Sofern das massgebliche Recht keine spezifische Beweisregel enthält, kommt die Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) zum Tragen (René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 2 B V c, S. 6; Peter Sutter, Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens, Diss. St. Gallen 1988, S. 113 ff.). Danach hat derjenige die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, der aus einer unbewiesen gebliebenen Tatsache ein Recht ableiten will (vgl. zu allem BGE 115 V 38 E. 2b, BGE 121 V 204 E. 6a). Für eine belastende Verfügung trägt die Verwaltung die Beweislast (Urteil des BVGer, a.a.O.).

4.3 Somit vermag der Beschwerdeführer mit seiner Auffassung, wonach nicht das Prinzip der freien Beweiswürdigung, sondern der Grundsatz « in dubio pro reo » anzuwenden sei, nicht durchzudringen.

5. Der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass er volle Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit biete, insbesondere im Hinblick auf die für 2008 geplante Geschäftstätigkeit bei der Bank U. (Nachfolge Leiter Privatkunden). Die Vorinstanz habe den Nachweis nicht erbracht, dass er gewusst habe oder hätte wissen müssen, dass der « Switch » zum Einstandskurs ausgeführt und damit Verluste der Bank an deren Kunden überwälzt worden seien.

Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, es bestünden keine vernünftigen Zweifel an der Verantwortung des Beschwerdeführers für die schwere Verletzung von Treuepflichten gegenüber den betroffenen Mandatskunden der Bank Z.

Der Beschwerdeführer anerkennt ausdrücklich, dass der Versuch, die Aktien aus dem Fehlkauf zum (gegenüber dem aktuellen Kurs höheren) Einstandskurs durch « Switches » in Vermögensverwaltungsmandate zu platzieren und damit einen grossen Teil des der Bank entstandenen Schadens auf Kunden der Bank abzuwälzen, einen groben Verstoss gegen die Treuepflichten der Bank gegenüber ihren Kunden dargestellt habe. Er bestreitet aber, dass er darüber informiert gewesen sei oder zumindest hätte informiert sein sollen und dass er bei der Verlustbewältigung seine Führungsverantwortung und seine Kontrollpflichten nicht in rechtsgenüglicher Weise wahrgenommen habe.

Im Folgenden wird zuerst der rechtserhebliche Sachverhalt dargestellt (E. 5.1) und danach untersucht, ob und inwiefern der Beschwerdeführer die Verantwortung für das gewählte Vorgehen der Bank beim « Switchen » der fraglichen Aktien trägt (E. 5.2 bis 5.6). Auf die vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen der Verletzung der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit ist schliesslich in E. 6 einzugehen.

5.1 In sachverhaltlicher Hinsicht ist folgendes festzuhalten:

Gemäss der unbestrittenen Darstellung der Beteiligten wurden die von der Bank zuviel gekauften N.-Aktien zu einem Kurs von durchschnittlich EUR 45.68 erworben. Der Fehlkauf wurde von der Leiterin Portfoliomanagement, C., am Freitag, 14. Oktober 2005, bemerkt. Der Kurs der Aktien war zu diesem Zeitpunkt bereits gesunken und schloss an diesem Abend bei EUR 42.50.

Noch am gleichen Tag (Freitag, 14. Oktober 2005) fand am Mittag eine Sitzung statt, an welcher der Beschwerdeführer als Leiter des Geschäftsbereiches Privatkunden und Private Banking und zuständiges Geschäftsleitungsmitglied für das Asset Management sowie M., der Leiter Asset Management, C., welche die Aktienkäufe getätigt hatte, und schliesslich R.,

Leiter Handel, teilnahmen. Dabei wurde der Grundsatzentscheid getroffen, Titel aus dem Fehlkauf « soweit sinnvoll » in Vermögensverwaltungsmandate der Bank zu platzieren. Der Beschwerdeführer stellte die Bedingung, dass der N.-Titel vorab nochmals einer Analyse unterzogen würde, welche bestätigen sollte, dass der Titel für Vermögensverwaltungsmandate tauge. Es wurde auch entschieden, Verkaufslimiten und Stop-loss-Orders nur nach Rücksprache mit dem Beschwerdeführer zu setzen. M. und R. hielten ihn in der Folge über den Kursverlauf der N.-Aktie laufend informiert.

In der Folge fertigte C. eine Liste der Mandate an, in welche die « Switches » erfolgen sollten. In einer am Samstag, 15. Oktober 2005, verfassten Aktennotiz bezifferte sie den geschätzten theoretischen Verlust für die Bank Z. bei sofortiger Glattstellung mit rund Fr. 1 Mio., da der Kurs der N.-Aktie inzwischen gesunken war. Es ist nicht geklärt, wann der Beschwerdeführer die Aktennotiz erhalten hat; er selber macht geltend, er habe sie erst am Mittwoch, 19. Oktober 2005 erhalten.

Am Montag, 17. Oktober 2005, trafen sich der Beschwerdeführer, C., M. und R. um 8.30 Uhr zu einer weiteren Sitzung. Dabei wurde der definitive Entscheid gefällt, Titel im Volumen von rund Fr. 7,5 Mio.) in 26 Vermögensverwaltungsmandate zu « switchen ». Der Rest der zuviel gekauften Titel sollte zu einem grossen Teil gestaffelt verkauft werden und zu einem kleinen Teil in die eigenen Bestände der Bank übernommen werden. M. schätzte den Verlust bei einer sofortigen Liquidation der verbleibenden Aktien auf rund Fr. 500'000.–, während er am Freitag von Fr. 250'000.– bis Fr. 300'000.– ausgegangen war. C. erhielt sodann den Auftrag, die zu « switchenden » Titel gemäss Instruktionen der Abteilung Handel im System einzugeben. Die Instruktion lautete Kauf N. mit der Bemerkung « Switch gegen Nostro 990.11, Tel. Bestätigung YYY » (drei mal « Yes »).

C. gab diese Instruktionen noch am 17. Oktober 2005 per E-Mail an ihre Mitarbeiter weiter, welche sie ausführten. Das Erfassen der Zuteilungen aus dem Nostro für die einzelnen Kunden erfolgte im System ohne Angabe von Valutadatum und Kurs. Wird kein Kurs eingegeben, erscheint im System automatisch « bestens »; die Händlerfichen über die « Switches » weisen den Vermerk « bestens » auf. Die Abteilung Handel hat keine Kurskompetenz. Es lässt sich nicht mehr rekonstruieren, wie Kurs und Valutadatum für die « Switches » an die Abteilung Handel übermittelt wurden.

In der Folge wurden gestaffelt und über mehrere Tage verteilt 86'000 Aktien verschiedenen Depots von Vermögensverwaltungskunden zugewiesen und dabei jeweils zum Einstandspreis von durchschnittlich EUR 45.68 abgerechnet. Dadurch wurden rund Fr. 425'000.– des hypothetischen Verlustes der Bank Z. an Kunden überwälzt. C. und M., der im Übrigen auch

privat N.-Titel aus dem Fehlkauf kaufte (...), überprüften die Umsetzung in die einzelnen Mandate und intervenierten nicht.

Der Beschwerdeführer informierte den CEO D. via E-Mail über den Verlauf des Verlustfalles. In einem E-Mail vom 17. Oktober 2005, 9.40 Uhr, teilte er ihm unter anderem mit, dass der hypothetische Verlust für die Bank beim Schlusskurs vom Freitag, 14. Oktober 2005, bei rund Fr. 1 Mio.) liege, dass die Hälfte der N.-Aktien in (Vermögensverwaltungs-)Mandate habe aufgenommen werden können und dass bei einer sofortigen Liquidation der verbleibenden Aktien (im Volumen von rund Fr. 7 Mio.) ein Verlust von etwa Fr. 500'000.– resultieren würde (vgl. auch nachfolgende E. 5.3.1).

Am Mittwoch, 19. Oktober 2005, informierte der Beschwerdeführer auch die Geschäftsleitung über den Vorfall und bezifferte den Verlust auf mindestens Fr. 300'000.–. Am Abend desselben Tages informierte er zudem das Konzerninspektorat, indem er dessen Leiter, F., ein E-Mail mit der Aktennotiz von C. zustellte.

F. stellte aufgrund der Aktennotiz von C. fest, dass ein grosser Teil der Verluste der Bank Mandatskunden zugewiesen worden war. Anlässlich eines Telefongespräches am Donnerstag Vormittag, 20. Oktober 2005, teilte er dem Beschwerdeführer mit, dass die gewählte Vorgehensweise nicht akzeptabel sei. In der Folge wurden die Kundenabrechnungen storniert und neu zum Schlusskurs vom Freitag, 14. Oktober 2005 (Tag, an welchem beschlossen wurde, den Titel in die Kundenfolios aufzunehmen), zu EUR 42.50 erfasst.

5.2 Nicht geklärt ist, wer der Abteilung Handel den Auftrag gab, die « Switches » zum für die Bankkunden ungünstigen Einstandskurs auszuführen. Ebenfalls nicht erstellt ist, ob an den Krisen-Sitzungen überhaupt über Kurse und Valuta gesprochen worden ist. Während R. diesbezüglich in der Einvernahme vom 3. Oktober 2006 erklärte, über den Kurs sei seines Erachtens nicht gesprochen worden (...), führte M. aus, es sei im Vierergremium besprochen worden, welche Vorgehensweise man wähle und dass man einige Titel zum Einstandskurs in die Mandate übernehme und einige Titel verkaufe. Alle seien davon ausgegangen, dass zum Einstandskurs « geswitcht» werde; über Alternativen sei nicht diskutiert worden (...). C. äusserte ihrerseits die Überzeugung, dass am Montag allen klar gewesen sei, zu welchem Kurs die Switches erfolgen würden, nämlich zum Einstandskurs (...).

Auf diese beiden ungeklärten Punkte stellte die EBK in ihrer Verfügung indessen nicht ab. Sie hielt fest, es könne offen bleiben, ob der Kurs, zu welchem die N.-Aktien den Mandatskunden der Bank in die Depots ge-

bucht werden sollten, ausdrücklich Thema an einer Krisensitzung der Verantwortlichen gewesen sei oder nicht. Die Vorinstanz erhebt gegenüber dem Beschwerdeführer somit nicht den Vorwurf, er habe *aktiv* die Anweisung zur Durchführung der « Switches » zum Einstandskurs gegeben.

Indessen vertritt die EBK die Auffassung, bei der Frage des bei den « Switches » anwendbaren Kurses habe es sich um eine Grundsatzfrage gehandelt, für welche der Beschwerdeführer Führungsverantwortung getragen habe, sei es doch darum gegangen, wer den der Bank drohenden Verlust zu tragen habe und in welcher Höhe der Verlust schliesslich liegen würde. Es hätte demnach eines aktiven Entscheides betreffend den anwendbaren Kurs bedurft, zumindest aber hätte der Beschwerdeführer nach der Abwicklung fragen und Korrekturen anordnen müssen. Im Weiteren hielt sie dafür, der Beschwerdeführer habe gewusst oder hätte zumindest wissen müssen, dass eine Teilüberwälzung des der Bank drohenden Verlustes auf einzelne Mandatskunden stattfinden sollte und dass dabei ein für die Kunden ungünstiger Kurs angewandt worden sei. Diese beiden Argumente sollen im Folgenden untersucht werden.

5.3 Die EBK führte in der angefochtenen Verfügung aus, der Beschwerdeführer sei über den hypothetischen Verlust von rund Fr. 1 Mio. informiert gewesen. Gleichzeitig habe er auch gewusst, dass die Schätzung des tatsächlichen Verlustes durch seine Mitarbeiter wesentlich tiefer gelegen habe. Diese Differenz habe sich schlicht nicht ausschliesslich durch die Kursentwicklung der N.-Aktie erklären lassen. Dem an den Krisensitzungen nicht anwesenden Konzerninspektor F. sei bereits aufgrund des ihm vom Beschwerdeführer zugestellten E-Mail mit der überarbeiteten Notiz von C. klar gewesen, dass eine unzulässige Verlustüberwälzung an Kunden stattgefunden habe. Es sei unglaubwürdig, dass dies dem Beschwerdeführer selber verborgen geblieben sein solle.

5.3.1 Aus den Akten ergibt sich und bleibt unbestritten, dass der Beschwerdeführer nach der Krisensitzung vom Montag, 17. Oktober 2005, CEO D. über den Verlauf des Verlustfalles in einem E-Mail um 9.40 Uhr informierte. Darin hielt er fest, der Kauf der N.-Aktie sei zu einem Durchschnittskurs von EUR 45.68 erfolgt und der Kurs am vergangenen Freitag sei auf EUR 42.50 gefallen, was einen Verlust von rund 1 Mio. Schweizer Franken für die Bank bedeutet hätte. Wörtlich führte er danach aus:

« Da es sich beim N. um einen guten Wert (Dividendenrendite 10 %, zumeist « buy »-Empfehlung) (handle), konnte das AM rund die Hälfte in Mandate aufnehmen bzw. switchen. Der Rest (rund 7 Mio. CHF) sind z. Z. noch auf unseren Büchern. Würden wir diese sofort liquidieren, würde für die Bank Z. ein Verlust von ca. 500'000.– Franken resultieren. »

Im folgenden, abschliessenden Teil dieses E-Mail erläuterte der Beschwerdeführer das weitere Vorgehen und informierte D. darüber, dass um 10.30 Uhr eine weitere Krisensitzung stattfinde.

Um 10.55 Uhr schickte der Beschwerdeführer ein weiteres E-Mail an D. Darin informierte er diesen darüber, dass entschieden worden sei, in Tranchen von 20'000 Titeln zu liquidieren. Dabei seien die folgenden Limiten gesetzt:

> « 20'000 bei 43.50 (wurde heute um 10.00 Uhr verkauft)
>
> 20'000 bei 44.00 (wurde heute um 10.30 Uhr verkauft)
>
> 20'000 bei 44.50 (falls der Titel schneller steigt, dann warten wir noch zu)
>
> 20'000 bei 45.00 (falls der Titel schneller steigt, dann warten wir noch zu) »

Weitere 20'000 würden im Nostro gehalten. Der Stopp-Loss für die gesamte Position sei bei 42.00 gesetzt. Die Verlustgrösse, falls dieses Vorgehen gelinge (ohne Nostro) betrage ca. Fr. 200'000.– bis Fr. 220'000.–.

Nachdem der Leiter des Konzerninspektorats den Beschwerdeführer telefonisch darauf hingewiesen hatte, dass es nicht angehe, den Verlust zum Teil auf Vermögensverwaltungskunden abzuwälzen, schrieb der Beschwerdeführer am Donnerstag, 20. Oktober 2005, 12.24 Uhr, ein weiteres E-Mail an D. Darin wies er auf den unkorrekten, den Kunden verbuchten Kurs hin und hielt fest:

> « Möglicherweise würden die betroffenen Mandatskunden diese Kursdifferenz gar nicht feststellen, aber dennoch besteht hier ein ganz offensichtliches Reputationsrisiko, das wir meiner Meinung nach als anständige Bank nicht tragen können. Wir würden dadurch die betroffenen Mandatskunden schädigen, bzw. unseren Fehler auf sie verlagern. Hier gilt es, dass wir uns korrekt verhalten. Dies würde bedeuten, dass sich der Verlust nochmals um rund CHF 240'000 erhöhen wird (je nach gewähltem Kurs vom letzten Montag). »

5.3.2 Aus diesen E-Mail geht hervor, dass der Beschwerdeführer über den Verlauf des Kurses der N.-Aktie und die Höhe des möglichen Verlustes genau im Bilde war. Nach der Feststellung des Fehlers und des eingetretenen Verlustes ging es in den Gesprächen der Beteiligten anlässlich der Krisensitzungen neben der Frage, wie es zum Verlustfall gekommen war und wie ein solcher in Zukunft zu vermeiden ist, nämlich auch darum, wie der Schaden nach Möglichkeit begrenzt werden konnte. Die Strategie, einen Teil der zuviel gekauften Aktien zu « switchen », machte jedoch of-

fensichtlich nur dann Sinn, wenn damit eine gewisse Verlustminimierung erreicht werden konnte (...).

In diesem Sinne ist auch der Inhalt der E-Mail des Beschwerdeführers an D. zu verstehen: Der Beschwerdeführer hielt in seinem ersten E-Mail von 9.40 Uhr unmittelbar nach der Nennung der Höhe des Verlustes von etwa Fr. 1 Mio. und der Erläuterung, dass rund die Hälfte der Aktien in Mandate habe aufgenommen werden können, fest, bei einer sofortigen Liquidation des in den « Büchern » verbleibenden Restes würde für die Bank ein Verlust von ca. Fr. 500'000.– resultieren. Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargetan, wie dieser Passus vernünftigerweise anders verstanden werden könnte denn als implizite Aussage, dass sich der Verlust für die Bank durch die vorgenommenen « Switches » um etwa Fr. 500'000.– reduziert habe.

Die Tatsache, dass sich die Schätzung des Verlusts um rund die Hälfte reduzierte, sticht ins Auge und musste zwangsläufig zur Frage führen, auf welche Weise diese Verminderung erzielt worden war. Auffallend ist, dass die Handhabung und/oder Folgen der « Switches » in den ersten beiden E-Mail des Beschwerdeführers nicht thematisiert werden, insbesondere ist ihnen nichts zu entnehmen über einen allfälligen der Bank durch die « Switches » entstehenden Verlust. Ein solcher hätte aber entstehen müssen, wenn die « Switches » zu einem anderen, d. h. tieferen Kurs, als dem Einstandskurs durchgeführt worden wären. Ein diesbezüglicher Verlust hätte im Sinne der Pflicht zu einer korrekten und umfassenden Information in den E-Mail auch ausdrücklich erwähnt werden müssen. Da dies nicht geschah, ist anzunehmen, wie auch die Vorinstanz geltend macht, dass der Beschwerdeführer nicht davon ausging, dass aus den « Switches » ebenfalls ein Verlust für die Bank entstehen würde. Die Erwähnung eines entsprechenden Verlustes findet sich erst im E-Mail vom Donnerstag, 20. Oktober 2005, 12.24 Uhr.

Bei dieser Aktenlage erscheint es – dies ist als Zwischenergebnis festzuhalten – als nicht glaubwürdig, dass der Beschwerdeführer sich nicht bewusst war, dass durch die « Switches » der Verlust für die Bank vermindert und folglich auf die Vermögensverwaltungskunden, bei welchen die « Switches » durchgeführt wurden, überwälzt wurde.

5.3.3 Aber selbst wenn sich der Beschwerdeführer der Problematik nicht bewusst gewesen wäre – was angesichts seiner langen Erfahrung im Bankensektor erstaunen würde und wie oben dargelegt als unwahrscheinlich anzusehen ist – ist von einem pflichtwidrigen Unterlassen auszugehen, für welches der Beschwerdeführer die Verantwortung trägt.

Es fällt nämlich auf, dass der Beschwerdeführer im E-Mail von 10.55 Uhr betreffend die zu liquidierenden Titel genau aufführt, wann der Verkauf zu welchem Kurs ausgeführt worden war bzw. zu tätigen sein wird und wie vorzugehen ist, wenn der Kurs schneller als erwartet steigt oder aber unter EUR 42.00 sinkt. Hier war es also von grosser Wichtigkeit (aktiv) zu entscheiden, wann und zu welchem Kurs die Aktien verkauft werden. Es ist nicht einsichtig, warum betreffend die Aktien, welche « geswitcht » – also an Vermögensverwaltungskunden der Bank verkauft – werden sollten, ein solcher Entscheid nicht von genau gleicher Relevanz gewesen wäre.

Aktiv zu bestimmen, welcher Kurs bei den « Switches » anzuwenden ist, gehörte somit ohne Zweifel zu einer regelkonformen, umsichtigen und verantwortungsvollen Verlustbewältigung.

5.4 Der Beschwerdeführer wendet ein, gemäss der Weisung Abwicklungsverluste der Bank Z. sei die Entscheidungsinstanz bei Verlusten von über Fr. 20'000.– die « Geschäftsleitung » und nicht das einzelne zuständige Mitglied der Geschäftsleitung. Zudem stellten Switches ein alltägliches Geschäft dar, das keine besonderen Entscheide bzw. Überwachungsmassnahmen erfordere, zumal es sich bei den Ausführenden um erfahrene Bankmitarbeiter gehandelt habe. Soweit er selber ohnehin keine Weisungen habe erteilen dürfen, sei der Vorwurf der Vorinstanz nicht haltbar, wonach es betreffend des Kursentscheides eines aktiven Entscheids *des Beschwerdeführers* bedurft hätte.

Der Beschwerdeführer war das für den Bereich Asset Management zuständige Mitglied der Geschäftsleitung. Er trug somit die Hauptverantwortung für einen Verlust in diesem Bereich. Inwiefern andere Personen, wie beispielsweise M. als Leiter des Asset Managements und D. als Vorsitzender der Geschäftsleitung, Mitverantwortung trugen, muss im Rahmen dieses Verfahrens nicht abgeklärt werden. Fest steht jedoch und geht auch aus der vom Beschwerdeführer gegebenen Darstellung des Sachverhalts hervor, dass die übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung, mit Ausnahme von D., erst mit Verspätung informiert wurden, d. h. am Mittwoch, 19. Oktober 2005, anlässlich der regulären Geschäftsleitungssitzung, und er die Bewältigung des Verlustfalles demzufolge nicht vorgängig mit ihnen absprach. Daher vermag der Einwand nicht zu überzeugen, die Geschäftsleitung sei zuständig gewesen und es könne dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, einen aktiven Entscheid unterlassen zu haben. Vielmehr hätte der Beschwerdeführer der Problematik des bei den « Switches » anzuwendenden Aktienkurses und überhaupt der Bewältigung dieses aussergewöhnlichen Verlustfalles allergrösste Aufmerksamkeit schenken und im Sinne eines zeitgerechten Handelns sogleich die gesamte Geschäftsleitung infor-

mieren und – unter der Annahme, diese hätte die Durchführung von « Switches » unter den konkreten Umständen gutgeheissen – deren Abwicklung persönlich leiten und genau überwachen müssen. Dem Beschwerdeführer als Gewährsträger ist demnach auch vorzuwerfen, dass er das Vorliegen einer ausserordentlichen Situation und die Erforderlichkeit spezieller, dieser Situation angemessener Massnahmen und eines über das Übliche hinausgehenden Engagements zu deren Bewältigung nicht erkannt und damit dem Entstehen einer klar rechtswidrigen Situation durch sein zu passives Verhalten in erheblichem Umfang Vorschub geleistet hat. Auch insofern hat er die von einem Gewährsträger zu erwartende Sorgfalt und damit seine Pflicht als Gewährsträger offensichtlich verletzt.

Aus diesem Grund vermag der Beschwerdeführer auch mit dem Einwand, er habe die beiden Mitarbeiter M. und C. als erfahren, fehlerfrei handelnd und selbständig kennengelernt und daher deren Fehlleistung nicht antizipieren können und müssen, nicht durchzudringen. Der Beschwerdeführer war der ranghöchste Entscheidungsträger, der in die Lösung des Verlustfalles aktiv einbezogen und demzufolge zu angemessenen Kontrollen gehalten war. Es handelte sich dabei – wie erwähnt - nicht um eine Bagatelle, sondern um einen hohen Verlust von bis zu einer Million Franken.

Anzumerken bleibt, dass – wie die EBK in der angefochtenen Verfügung zu Recht festhielt und dieser Fall auch illustriert – die Strategie der « Switches », wenn auch nicht unzulässig, so doch heikel war, da sich dabei hinsichtlich des anzuwendenden Kurses Konflikte zwischen den Interessen der Bank und denjenigen der betroffenen Vermögensverwaltungskunden ergeben konnten. Das Ziel der Schadensbewältigung bestand darin, den voraussichtlichen Verlust der Bank zu minimieren, ohne dass dabei Treue- oder andere Pflichten gegenüber Kunden verletzt würden. Festzuhalten ist, dass dies vorliegend offenbar im ersten Anlauf nicht gelang, weshalb ein pflichtgemässes Verhalten erfordert hätte, sorgfältiger vorzugehen und die zu treffenden Entscheide breiter abzustützen.

5.5 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die einschlägigen Händlerfichen belegten, dass der Verkauf tatsächlich zum Tageskurs angeordnet worden sei. Aus den Händlerfichen ergebe sich nämlich, dass die Aufträge mit dem Prädikat « bestens » erteilt worden seien, und demnach zum Kurs vom Montag, 17. Oktober 2005, hätten ausgeführt werden müssen. Da der Börsenhändler keine Kurskompetenz habe, müsse angenommen werden, dass jemand im Anschluss an die Erteilung der Aufträge und ohne sein Wissen einen anderen Kurs eingegeben habe.

Auch diese Ausführungen des Beschwerdeführers vermögen nicht zu überzeugen. Nach der unbestrittenen Aussage von C. wurden für die Aufträge

kein Kurs und kein Datum eingegeben. Wenn kein Kurs eingegeben werde, sei das System so eingestellt, dass automatisch der Vermerk « bestens » erscheine (...). Wer vorliegend den Auftrag an die Abteilung Handel erteilte, die « Switches » zum Einstandskurs durchzuführen, ist, wie bereits oben angemerkt, nicht erstellt (vgl. E. 5.2).

Aus dem Umstand, dass die Aufträge mit dem Vermerk « bestens » erteilt wurden, kann nicht geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer diese Anweisung gab, welche nachher entgegen seiner Anordnung abgeändert worden wäre. Kommt hinzu, dass auch ein « Bestens-Auftrag » nicht unbedingt die angemessene Vorgehensweise dargestellt hätte. « Bestens » bedeutet, dass der Auftrag unlimitiert ist, d. h. kein Höchst- oder Mindestkurs für die Ausführung vorgeschrieben wurde, und dass der Auftrag sofort zum aktuell besten Preis ausgeführt werden soll. Als bestmöglicher Preis gilt derjenige Kurs der Effekte, der bei umgehender Auftragsausführung auf dem Markt erzielt werden kann, an welchem der Effektenhändler Transaktionen in der fraglichen Effekte und mit dem fraglichen Auftragsvolumen üblicherweise ausführt (Stupp/Dubs, BSK BEHG, Art. 11 N. 59, mit Verweis u. a. auf EBK Bulletin 40/2000 S. 24 ff.). Somit wären die Aktien bei einem « Bestens »-Auftrag zu einem Kurs von Montag, 17. Oktober, « geswitcht » worden. Die Aktie schloss am Montag bei einem Kurs von EUR 43.10. Der Kurs, der schliesslich nach Intervention des Konzerninspektors für die « Switches » angewandt wurde, war aber der Schlusskurs vom Freitag, 14. Oktober 2005, dem Tag, an welchem beschlossen wurde, den Titel in die Kundenfolios aufzunehmen (EUR 42.50. Demzufolge ist nicht erstellt, dass ein « Bestens-Auftrag » zum korrekten Ergebnis hinsichtlich des anzuwendenden Kurses geführt hätte; ein aktiver Kurs-Entscheid mit einem vorgängigen Thematisieren der ganzen Problematik (vgl. E. 5.4) wäre daher ohnehin zwingend erforderlich gewesen.

5.6 Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Beschwerdeführer gewusst hat oder bei hinreichender Wahrnehmung seiner Kontrollpflicht und seiner Führungsverantwortung zumindest hätte wissen müssen, dass der Verlust der Bank zu einem erheblichen Teil auf Vermögensverwaltungskunden überwälzt und diese Überwälzung nur deshalb gestoppt und rückgängig gemacht wurde, weil das Konzerninspektorat eingriff. Dies stellt einen groben Verstoss gegen die Treuepflichten der Bank gegenüber ihren Kunden dar (vgl. E. 3.1), für welche der Beschwerdeführer einen wesentlichen Teil der Verantwortung trägt.

Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ver-

letzt hat. Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung erweist sich demnach als rechtmässig.

6. In der angefochtenen Verfügung verbot die Vorinstanz dem Beschwerdeführer, vor dem 1. Oktober 2010 bei der Bank U. eine Funktion als Gewährsträger zu übernehmen (Dispositiv Ziffer 2). Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung dieser Anordnung insbesondere im Hinblick auf die für das Jahr 2008 geplante Übernahme der Funktion als Nachfolger des Leiters Privatkunden bei der Bank U. Er macht bezüglich der Dauer des von der EBK ausgesprochenen Verbots eine Verletzung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit und – mit Blick auf andere Gewährsverfahren – der Rechtsgleichheit geltend.

6.1 Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, die Feststellungen zur Verantwortung des Beschwerdeführers wögen schwer. Hinzu komme, dass er sich als unwissendes und nicht in der Verantwortung stehendes Opfer darstelle. Es gebe keine Hinweise, die den Schluss erlauben würden, der Beschwerdeführer hätte die notwendigen Lehren aus dem Vorfall gezogen, der auch erst rund achtzehn Monate zurückliege. Demgegenüber sei zu berücksichtigen, dass dem Beschwerdeführer von seinem neuen Vorgesetzten in jeder Hinsicht ein gutes Zeugnis ausgestellt worden sei. Allerdings sei er heute im Bereich Marketing nicht in einer Position tätig, wo die ihm vorgeworfene schwere Verletzung der Treuepflicht gegenüber Kunden relevant wäre. Angesichts der festgestellten, schweren Verstösse sei es verfrüht, dass der Beschwerdeführer die in Frage stehende Gewährsposition bei der Bank U. im Jahr 2008 übernehme. Der Übernahme einer Funktion Leiter Privatkunden und als Geschäftsleitungsmitglied der Bank U. könne sie vor dem 1. Oktober 2010 ihre Zustimmung nicht erteilen.

Im Beschwerdeverfahren erklärte die EBK, dieses Verbot erweise sich als verhältnismässig, weil die begangene schwerwiegende Verletzung von Treuepflichten gegenüber Kunden in der Eigenschaft des Beschwerdeführers als Führungsverantwortlicher besonders gravierend sei. Zudem mache der Beschwerdeführer entgegen der Faktenlage geltend, seine ehemaligen Mitarbeiter hätten ohne sein Wissen nachträglich einen falschen Kurs eingegeben, womit er nicht habe rechnen müssen. Damit versuche er nach wie vor, die Schuld für die begangene Treuepflichtverletzung auf andere Personen abzuwälzen. Diese Haltung zeuge von fehlender Einsicht, was es ebenfalls zu berücksichtigen gelte.

6.2 Bei der Überprüfung der fachlichen und charakterlichen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG aufgrund zurückliegender Vorkommnisse verfolgt die Aufsichtsfunktion der EBK keine repressiven,

sondern einzig präventive Zielsetzungen. Die EBK trifft nicht Sanktionen für früheres Fehlverhalten, sondern hat die Risiken künftigen Verhaltens abzuwägen (MARCEL LIVIO AELLEN, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes, Diss. Bern 1990, S. 140 und 167).

Die Gewähr ist dann nicht gegeben, wenn aufgrund begangener Fehler befürchtet werden muss, dass der fehlbare Gewährsträger auch inskünftig für die Sicherheitsinteressen der Bank und der Bankkunden und für das Ansehen des schweizerischen Bankenwesens eine Gefährdung darstellt (AELLEN, a. a. O., S. 200). Ein Gewährsverfahren findet in der Regel nur statt, wenn die begangenen Fehler oder Pflichtverletzungen dahingehend eine gewisse Schwere und Tragweite aufweisen, dass Gefährdungen für die Bankgläubiger und das Ansehen des Bankenwesens zu befürchten sind (AELLEN, a. a. O., S. 201). Nur bei schweren Missachtungen der bankenaufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflichten darf eine ungünstige Prognose in Bezug auf die künftige Geschäftstätigkeit gemacht werden (AELLEN, a. a. O., S. 214). Insofern muss weiteres Fehlverhalten in Zukunft als wahrscheinlich betrachtet werden. Blosse Möglichkeit weiteren Fehlverhaltens genügt nicht (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 181 [Ausgabe April 2005]).

Bereits die Anordnung durch die EBK, dass ein bestimmter Gewährsträger aus der betreffenden Bank ausscheiden muss, stellt eine Massnahme dar, die nur bei einer gewissen Schwere und Tragweite des unkorrekten Verhaltens verfügt wird, z. B. bei Begehung von und der Verwicklung in Straftaten, insbesondere Vermögens- und Urkundendelikte, bei Fällen von Treue- und Sorgfaltspflichtverletzungen, um finanzielle und persönliche Vorteile zu erreichen, sowie bei Kumulation von gleichen und/oder verschiedenen Fehlverhalten (BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, a. a. O., S. 172, 3.3, mit Verweis auf AELLEN, a. a. O., S. 236). Dies muss umso mehr auch bei der Bestimmung einer Nichtwählbarkeitsperiode für eine bestimmte Gewährsposition bei einer andern Bank gelten.

6.3 Bei Entscheiden nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit von ganz besonderer Bedeutung (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 164 und 176 [Ausgabe April 2005]). Im Rahmen eines sich auf ein konkretes Arbeitsangebot bei einer bestimmten Bank beziehenden Feststellungsbegehrens betreffend die ausreichende Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit sind inbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen: der Umfang und die Natur der fraglichen Funktionen, die Grösse und die Komplexität des betroffenen Unternehmens, die Umstände, welche zur Entlassung oder zum Weggang

des Betroffenen geführt haben, die Schwere der festgestellten Verfehlungen im Hinblick auf die neue Geschäftstätigkeit, die Tätigkeit und das Verhalten des Betreffenden seit der Kündigung oder dem Weggang und die verstrichene Zeit seit den Ereignissen, welche zur Entlassung oder zum Weggang geführt haben. Die Bemessung der Dauer der Unwählbarkeit für die betreffende Stelle bestimmt sich nach denselben Faktoren (Entscheid der EBK vom 25. Februar 2004 i. S. Monsieur X., EBK Bulletin 46/2004 S. 31 ff., Ziff. 28 bis 37).

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist auch ein Wohlverhalten seit dem belastenden Ereignis. Notwendig ist ferner die Möglichkeit der Rehabilitierung durch einwandfreie Tätigkeit in untergeordneter Funktion (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 247 [Ausgabe April 2005]).

6.4 Vorab ist festzuhalten, dass die Begründung der Vorinstanz für die Dauer des Verbots der Übernahme einer Gewährsposition bei der Bank U. eher knapp gehalten ist und nicht durchwegs zu überzeugen vermag.

Die Ausführungen lassen insbesondere den in die Zukunft gerichteten Blick vermissen; es lässt sich ihnen nicht entnehmen, inwiefern ein *zukünftiges* Fehlverhalten des Beschwerdeführers als wahrscheinlich geltend muss und warum die Vorinstanz annimmt, die Einnahme der betreffenden Gewährsposition durch den Beschwerdeführer vor dem 1. Oktober 2010 würde für die Interessen der Bank bzw. derer Kunden ein Risiko darstellen oder das Ansehen des Bankenwesens gefährden. Die EBK macht auch nicht geltend, dass sich der Beschwerdeführer bereits früher etwas hatte zu Schulden kommen lassen; in dem Sinne ist von von einem einmaligen « Versagen » auszugehen, was im Hinblick auf die Prognose für die künftige Geschäftstätigkeit als nicht ganz unwichtig erscheint.

Das Argument, der Beschwerdeführer lege eine uneinsichtige Haltung zu Tage und versuche, die begangene Treuepflichtverletzung auf seine damaligen Mitarbeiter abzuwälzen, kann für die Dauer des verhängten Verbots nicht allein ausschlaggebend sein, zumal es unter Umständen auch zulässig sein muss, in einem Verfahren der vorliegenden Art bei nicht abschliessend erstellter Faktenlage zum Zwecke der Abwehr der erhobenen Vorwürfe einen eigenen, abweichenden Standpunkt einzunehmen. Im Übrigen stuft der Beschwerdeführer das Fehlverhalten als schwerwiegende Pflichtverletzung ein, was auf eine gewisse Einsicht schliessen lässt.

Im Folgenden sind zuerst im Rahmen der ebenfalls gerügten Verletzung der Rechtsgleichheit einige weitere Fälle aus der Praxis der EBK zum Gewährserfordernis zu untersuchen, bei denen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch eine Rolle spielte (nachfolgende E. 6.5 und 6.6). Danach

ist die Frage, ob die von der Vorinstanz verfügte Dauer der « Nichtwählbarkeitsperiode » den Kriterien der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit auf angemessene Art Rechnung trägt, gesamthaft zu beurteilen und zu würdigen (E. 6.7).

6.5 Der Beschwerdeführer verwies auf einen Fall aus dem Jahr 1988 und erklärte, es sei rechtsungleich, dass er strenger bestraft werden solle als andere Gewährspersonen, die sich nachweislich und aktiv einer schweren Sorgfaltspflichtverletzung schuldig gemacht hätten und dies auch noch zu vertuschen suchten. Die EBK hielt hierzu fest, der vom Beschwerdeführer zitierte Entscheid könne nicht ohne weiteres mit dem vorliegenden Fall verglichen werden; es müssten immer individuell die gesamten Umstände eines Falles berücksichtigt werden. In einem jüngeren Entscheid habe das BGer ein von der EBK ausgesprochenes Verbot, eine Gewährsposition zu übernehmen, gutgeheissen, obwohl sich dieses über einen Zeitraum von fast sieben Jahren erstreckt habe. Somit ziehen sowohl der Beschwerdeführer wie auch die Vorinstanz, um ihre Standpunkte zu untermauern, in ihren Rechtsschriften frühere Fälle als Vergleich heran. Auf diese und drei weitere Fälle soll im Folgenden (E. 6.5.1 bis E. 6.5.3) kurz eingegangen werden.

6.5.1 In dem Fall, auf den der Beschwerdeführer verwies (publiziert in EBK Bulletin 18/1988 S. 11 ff.), ging es um eine Bank, welche seit dem Jahr 1982 mit Kursschnitten auf Wertschriftentransaktionen nahezu Fr. 1,5 Mio. einnahm. Von Kunden erteilte Börsenaufträge (Bestens-Aufträge) führte die Bank weisungsgemäss gleichentags aus, berechnete den Kunden aber schlechtere als mit der Gegenpartei (Broker) erzielte Preise. Die den Kunden zu belastenden bzw. gutzuschreibenden Kurse setzte sie je nach Kursentwicklung so fest, dass eine positive Differenz zwischen dem mit dem Broker ausgehandelten und dem dem Kunden abgerechneten Preis entstand. Die Differenz vereinnahmte die Bank zu ihren Gunsten. Die Festsetzung des anzuwendenden Kurses gegenüber den Kunden erfolgte in der Regel *durch den Leiter der Wertschriftenabteilung, Vizedirektor B., mit Wissen und unter Billigung durch Direktor A.*, der gleichzeitig Hauptaktionär der Bank war.

Direktor A. liess sich zusätzlich Verstösse gegen die Pflicht zur Identifikation der Vertragspartner (zwei Ausländer, die mit Nutzfahrzeugen handelten) und zur Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten zuschulden kommen und hatte im Rahmen einer Kontobeziehung eine unrichtige Bescheinigung ausgestellt. Die EBK qualifizierte die unerlaubten Kursschnitte, die mangelhafte Abklärung der wirtschaftlich Berechtigten und die unrichtige Bescheinigung als Verstösse gegen das Gebot der Gewähr

für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und drohte der Bank X. für den Fall weiterer Verstösse den Bewilligungsentzug an. Da Direktor A. sowohl im Falle der Kursschnitte wie in der Kundenbeziehung mit den beiden Nutzfahrzeughändlern ein schwerwiegendes Fehlverhalten an den Tag gelegt habe, verfügte die EBK, dass er zu ersetzen und seine Unterschriftsberechtigung im Handelsregister zu löschen sei und dass er der EBK frühestens in fünf Jahren die Frage unterbreiten könne, ob er wieder Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit für die Leitung (oder den Einsitz im Verwaltungsrat) einer Bank biete.

Des Weiteren stellte die EBK fest, dass das Verhalten des Leiters der Wertschriftenabteilung (Vizedirektor B.) im Zusammenhang mit den Kursschnitten ebenfalls nicht mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu vereinbaren sei. Er wurde jedoch aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht aus seiner leitenden Stellung abberufen, insbesondere weil er nur am Rande mit der Kundenbeziehung zu den beiden Nutzfahrzeughändlern befasst war. Unter dem gleichen Titel wurden der Verwaltungsratspräsident und der Verwaltungsratsvizepräsident gerügt, da sie im Falle der Kursschnitte ihren Überwachungs- und Kontrollaufgaben nur ungenügend gerecht geworden waren. Da aber auch sie in die andere Angelegenheit nicht verwickelt und zudem aufrichtig bestrebt waren, künftiges Wohlverhalten der Bank X. zu gewährleisten, verzichtete die EBK auch ihnen gegenüber auf weitergehende Massnahmen.

6.5.2 Die EBK verwies auf einen neueren Entscheid, der ans BGer weitergezogen und von diesem im Jahr 2004 beurteilt worden war (Fall « Monsieur X. »; Entscheid der EBK vom 25. Februar 2004, EBK Bulletin 46/2004 S. 31 ff.; unveröffentlichtes Urteil des BGer 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004).

Monsieur X. hatte während den vierzehn Jahren (1986 bis 2000), in welchen er als Generaldirektor der Bank A. amtete, eine geheime Reserve geschaffen und unterhalten, welche dazu diente, eventuelle Verluste der Bank und ihrer Kunden zu decken. Zu diesem Zweck überredete er einen Kunden, sein Guthaben der Bank zur Verfügung zu stellen und ihr seinen Namen zu leihen. Auf diese Art wurden über die Jahre Verluste von rund Fr. 30 Mio. verheimlicht, was dazu führte dass X. aufgrund der dadurch verbesserten Geschäftsergebnisse der Bank höhere Boni erhielt.

Am 26. Mai 2000 wurde Monsieur X. seines Amtes enthoben, am 16. Februar 2001 wurde er entlassen. Mit Verfügung vom 25. Februar 2004 entschied die EBK, X. biete im Moment keine genügende Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Hinblick auf den angestrebten und ihm zugesicherten Sitz im Verwaltungsrat der Bank B. Eine Nichtwählbarkeit

in den Verwaltungsrat oder die Direktion einer Bank bis 31. Dezember 2006 erscheine angesichts der Schwere der Vorwürfe angemessen. Die Nichtwählbarkeitsperiode dauerte somit knapp sechs Jahre seit dem Zeitpunkt der Entlassung von Monsieur X. bzw. ca. sechs Jahre und sieben Monate ab Entdeckung des Tatbestandes.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme setzte sich die EBK einlässlich mit den von X. zu seiner Entlastung vorgebrachten Argumenten auseinander (EBK Bulletin 46/2004 S. 40 bis 42). Dabei kam sie zum Schluss, dass die schweren Verfehlungen unter anderem darin begründet waren, dass X. eine zu nahe Beziehung zu einem Teil der Kundschaft hatte. Denn mit rein ökonomischen Argumenten lasse sich das wiederholte Decken von Verlusten der Kundschaft nicht befriedigend erklären. Diese Kunden seien X. nach wie vor treu geblieben und seien daran, ihr Guthaben der Bank B. zu überweisen.

Das BGer wies die gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ab, stützte die Argumentation der EBK und fügte unter anderem folgendes an:

> « De surcroît, on ne saurait exclure tout danger pour le nouvel établissement dans la mesure où, même si le recourant est à ses dires dépourvu de fonctions de gestion, ses attributions consistent à amener des clients, alors que les actes reprochés résultent notamment d'une trop grande proximité avec ceux-ci. » (vgl. Urteil des BGer 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 2.2).

6.5.3 Demgegenüber sah die EBK in andern Fällen von einer Abberufung der fehlbaren Gewährspersonen bzw. einem Verbot der Übernahme einer Gewährsposition ab.

6.5.3.1 In einem Fall, den die EBK am 25. März 1999 entschied, ging es um eine Verlust-Überwälzung auf Dritte. Die betroffene Bank (SKA) hatte Aktien der Biber Holding AG aus dem Eigenbestand verkauft, deren Wert deutlich unter dem aktuellen Börsenkurs lag, wobei dies nur der Bank, nicht aber den betroffenen Aktienkäufern bewusst war. Die EBK hielt fest, das Überwälzen von absehbaren und mit Sicherheit erwarteten Verlusten auf Dritte stelle eine Verletzung von Treu und Glauben dar. Sie begnügte sich aber damit, anstelle der Entfernung der betroffenen Personen bloss festzustellen, dass dieses Verhalten dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht entsprochen habe (Missfallenskundgebung). Im Weiteren hielt sie die SKA dazu an, den durch den rechtswidrigen Verkauf der Aktien verhinderten Verlust, d. h. einen Betrag in der Höhe von Fr. 4'265'000.–, zu beseitigen (vgl. EBK Bulletin 40/2000 S. 37 ff.).

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde am 2. Februar 2000 vom BGer im Hauptpunkt abgewiesen, soweit

es darauf eintrat (Urteil des BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000 i. S. Credit Suisse Group und Credit Suisse First Boston). Das BGer hielt fest, die Verkaufsstrategie für die Biber-Aktien sei von mehreren Personen, darunter von F. als SKA-Vertreter im Verwaltungsrat der Biber Holding AG, gemeinsam festgelegt und periodisch überprüft worden. Den Bankverantwortlichen hätte unter den gegebenen Umständen klar sein müssen, dass der Verkauf zu Lasten der Kleinaktionäre gehen würde, welche die Aktien zu einem überhöhten Kurs kaufen würden. Zugunsten der SKA falle unter anderem ins Gewicht, dass sie zu bestimmten Zeiten eine Verkaufssperre der betreffenden Aktien erlassen habe. Angesichts der nicht alltäglichen Problemsituation und der noch fehlenden Aufsichts- und Gerichtspraxis zur Frage des Verkaufs von Sanierungsbeständen habe auch ein gewisser Spielraum in der Beurteilung und Würdigung des Informationsunterschiedes bestanden. Unter Würdigung des der Aufsichtsbehörde zustehenden Ermessens bestehe kein Anlass, die Missfallenskundgebung durch die EBK in Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

6.5.3.2 Im Jahre 1991 hatte die EBK über einen Fall zu befinden, in welchem der Fehlbare (A.) fiktive Bescheinigungen ausgestellt und zudem seine Kontrollpflicht gegenüber einem Kunden vernachlässigt hatte. Auch legte er allgemein ein von der EBK als grobfahrlässig eingestuftes, unbekümmertes Verhalten im Umgang mit schriftlichen Erklärungen an den Tag. Die EBK hielt fest, obwohl Fehler begangen worden seien, die mit der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren seien, sei A., der aus dem Vorgefallenen seine Lehre gezogen habe und bereits durch das gegen ihn durchgeführte Strafverfahren und die strafrechtliche Verurteilung gewarnt sei, aufgrund des Prinzipes der Verhältnismässigkeit noch einmal eine Chance einzuräumen und ihm die Gewähr nicht gänzlich abzusprechen. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit hatte die EBK die langjährige Praxis von A. ohne derartige Vorkommnisse, seine Kooperationsbereitschaft und Offenheit im Verfahren, seine Einsicht in das fehlerhafte Verhalten sowie die Tatsache, dass es sich um einen einmaligen Vorfall gehandelt und sich seither nichts Vergleichbares ereignet habe, berücksichtigt. In die Würdigung zog sie auch den Umstand mit ein, dass die Entfernung von A. zur Liquidation der betroffenen Privatbank geführt hätte (Verfügung der EBK vom 17./18. Dezember 1991 i. S. Y. & Co. Banquiers, publiziert in EBK Bulletin 23/1993 S. 19 ff.).

6.5.3.3 Auf ähnliche Weise entschied die EBK im August 1992 gegenüber dem Geschäftsführer der Kleinbank A. und dessen Stellvertreterin, welche über das Jahresende 1990 Beträge ab ihren Konten abdisponiert und dem bankinternen Konto « Pro Diverse » gutgeschrieben, d. h. niedrigere Vermögensstände wie auch einen höheren Schuldensaldo ausgewiesen

hatten. Die EBK erklärte, das Ausstellen einer unrichtigen Bankbescheinigung stelle einen Verstoss gegen das Erfordernis einwandfreier Geschäftstätigkeit dar. Besonders verwerflich erscheine, dass der Geschäftsführer und seine Stellvertreterin mit den vorgenommenen Manipulationen der Kontostände offensichtlich sich selber zu begünstigen versucht hätten. Belastend wirke ferner auch das Vorschieben einer fadenscheinigen Erklärung und eine damit offenbarte Uneinsichtigkeit. Auf der anderen Seite sei zugunsten der Fehlbaren in Betracht zu ziehen, dass sie während achtzehn Jahren die Bank A. klaglos und umsichtig geführt hätten. Zu berücksichtigen sei auch, dass deren behördlich angeordnetes Ausscheiden von der Bank nur schwer verkraftet werden könnte. Daher wäre es, obschon der begangene Fehler als krasser Verstoss gegen das Gewährserfordernis zu werten sei, unverhältnismässig, die Abberufung des Geschäftsführers und seiner Stellvertreterin anzuordnen. Die angemessene Massnahme bestehe vielmehr in einer formellen Rüge (Verfügung der EBK vom 27. August 1992 i. S. Bank A., publiziert in EBK Bulletin 23/1993 S. 31 ff.).

6.6 Die Untersuchung der Praxis der EBK zum Gewährserfordernis ergibt, dass – soweit ersichtlich – eine mit der gegenüber dem Beschwerdeführer verfügten Massnahme vergleichbare Dauer der « Nichtwählbarkeitsperiode » (fünf Jahre seit dem fehlbaren Verhalten) nur in zwei andern Fällen verhängt worden ist; nämlich gegenüber Direktor A. (E. 6.5.1) und gegenüber Monsieur X. (E. 6.5.2).

Direktor A. hatte sich verschiedene gravierende Verstösse zu Schulden kommen lassen, in erster Linie unerlaubte Kursschnitte, welche der Bank zu Einnahmen von Fr. 1,5 Mio. verhalfen, aber auch mangelhafte Abklärung der wirtschaftlich Berechtigten und eine unrichtige Bescheinigung. Gegenüber dem Leiter der Wertschriftenabteilung, Vizedirektor B., welcher den bei den Kursschnitten gegenüber den Kunden anzuwendenden Kurs bestimmte, verfügte die EBK indessen keine Massnahme. Monsieur X. hatte während vierzehn Jahren eine geheime Reserve zur Deckung der Verluste der Bank und deren Kunden geschaffen, wobei er unter anderem auch den Namen eines Kunden und dessen Guthaben benutzte. Aufgrund der Umstände (X. unterhielt zu enge Beziehungen zu einem Teil der Kunden) schloss das BGer eine gewisse Gefahr für die Bank, in welcher X. eine neue Gewährsposition übernehmen wollte, nicht aus.

In allen anderen Fällen begnügte sich die EBK mit einer kürzeren Nichtwählbarkeitsperiode (vgl. etwa den in EBK 18/1988 S. 26 ff. beschriebenen Fall, wo der Fehlbare ihm nahestehende Kunden systematisch bevorzugt und das Vermögen anderer Kunden vernachlässigt hatte) oder der Feststellung, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

(schwer) verletzt worden sei, dass aber aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes keine weiteren Massnahmen zu ergreifen seien (vgl. die andern in E. 6.5.3 beschriebenen Fälle). In den zuletzt genannten Fällen hatten die zur Rüge führenden Vorkommnisse somit keine weitergehenden Folgen für die Verantwortlichen; diese konnten – soweit ersichtlich und zum Teil trotz strafrechtlicher Verurteilung – ihre Postionen in der jeweiligen Bank behalten. Als Umstände oder Fakten, welche zugunsten der Betroffenen sprachen, berücksichtigte die EBK dabei etwa die langjährige fehlerlose Praxis, Einsicht, Kooperationsbereitschaft, erstmalige oder einmalige Pflichtverletzung, Wohlverhalten seit dem Vorkommnis sowie die Folgen für die jeweilige Bank.

6.7 Dem Beschwerdeführer ist eine Treuepflichtverletzung gegenüber Kunden der Bank durch pflichtwidriges Unterlassen einer ausreichenden Kontrolle der Verlustbewältigung und einer nicht hinreichenden Wahrnehmung seiner Führungsverantwortung bezüglich des zwingend zu treffenden Kursentscheides vorzuwerfen. Der Beschwerdeführer hat, wie vorne (E. 5.3 bis E. 5.6) festgestellt wurde, gewusst oder hätte zumindest wissen müssen, dass eine Verlustüberwälzung an Kunden stattfand.

Auch wenn die Treuepflicht gegenüber Kunden sehr hoch zu gewichten ist und deren Verletzung entsprechend einen schweren Verstoss gegen das Erfordernis einwandfreier Geschäftstätigkeit darstellt (vgl. E. 3.1), so fallen doch verschiedene Umstände zugunsten des Beschwerdeführers ins Gewicht.

In die Würdigung einzubeziehen ist in erster Linie, dass das fehlerhafte Verhalten des Beschwerdeführers einen einmaligen Verstoss darstellt (vgl. vorne E. 6.4). Auch für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus der Bank Z. wird ihm von seinem jetzigen Vorgesetzten ein sehr gutes Zeugnis in fachlicher wie auch persönlicher Hinsicht ausgestellt. Im Weitern ist nicht abschliessend erstellt, wie es zur Anwendung des Einstandskurses gekommen ist; daher kann dem Beschwerdeführer jedenfalls keine absichtliche Treuepflichtverletzung nachgewiesen werden. Mit seinem Fehlverhalten wollte der Beschwerdeführer sich nicht selber begünstigen, sondern der Zweck der « Switches » – ob er bewusst verfolgt wurde oder nicht, muss nach dem Gesagten offen bleiben – lag letztendlich darin, den Verlust der Bank zu vermindern. Im Weiteren ist zugunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, dass er unverzüglich, nachdem er selbst über den Verlustfall in Kenntnis gesetzt worden war, den CEO informierte, dass er die N.-Titel vor den « Switches » nochmals einer Analyse unterziehen liess, sowie dass er nach dem Einschreiten des Konzerninspektorats kooperativ reagiert und sofort die Rückabwicklung der « Switches » veranlasst hatte.

Festzuhalten ist ferner, dass der Beschwerdeführer durch sein Ausscheiden aus der Bank Z. und die entsprechende Rufschädigung wie auch durch die erlittenen finanziellen Einbussen für sein Fehlverhalten bereits erhebliche Nachteile zu tragen hatte.

Die Wahl der geeigneten und erforderlichen Massnahmen sind den jeweiligen Besonderheiten des Falles anzupassen (EBK Bulletin 23/1993 S. 31 ff. E. 2a), wobei stets dem Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger, Rechnung zu tragen ist (BGE 121 II 147 E. 3a). Da jede Fallkonstellation einmalig ist, ist ein Vergleich mit anderen bereits entschiedenen Fällen nur mit Vorsicht anzustellen. Trotzdem erscheint die gegenüber dem Beschwerdeführer verfügte Dauer der « Nichtwählbarkeitsperiode » sowohl in Anbetracht der oben dargestellten Faktoren wie auch im Vergleich zu den Massnahmen, welche in den beschriebenen Fällen (E. 6.5) verhängt wurden, als zu streng. Die EBK macht nicht geltend, bewusst eine neue, strengere Praxis verfolgen zu wollen.

Bei gesamthafter Würdigung erscheint das Fehlverhalten des Beschwerdeführers als nicht genug gravierend, um ihm bis zum 1. Oktober 2010, d. h. für die Dauer von fünf Jahren seit dem Vorfall, die Ausübung der fraglichen Funktion als Gewährsträger zu verbieten. Mit der Verfügung dieser Massnahme hat die Vorinstanz daher ihr Ermessen in Verletzung allgemeiner Rechtsprinzipien ausgeübt.

6.8 Das BVGer entscheidet in der Regel in der Sache selbst; es weist diese nur ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 37 VGG i. V. m. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Mit dem Grundsatz, dass die Rechtsmittelinstanz das streitige Rechtsverhältnis selbst abschliessend regelt, wird prozessökonomisch das Verfahren abgekürzt, indem sich nicht nochmals die Vorinstanz und allenfalls erneut die Rechtsmittelinstanz mit der Sache befassen muss (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 232 mit Verweis auf BGE 102 V 183 E. 2).

Vorliegend rechtfertigt es sich, trotz dem Ermessensspielraum der Vorinstanz (vgl. E. 3.3) selber in der Sache zu entscheiden. Denn zum einen sind die Faktoren der Beurteilung bekannt und gut einschätzbar, die Frage, ob der Beschwerdeführer das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verletzt hat, ist abschliessend beantwortet und die von der Vorinstanz vorgesehene « Nichtwählbarkeitsperiode » bereits zur Hälfte abgelaufen. Zum andern sind seit den massgebenden Vorfällen zweieinhalb Jahre vergangen, weshalb das Verfahren nicht unnötig verlängert werden soll.

Das BVGer kommt daher zum Schluss, dass die von der Vorinstanz verfügte Dauer der Nichtwählbarkeit für die angestrebte Position als Leiter Privatkunden bei der Bank U. unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit um zwei Jahre zu kürzen und demgemäss auf den 1. Oktober 2008 zu begrenzen ist.