

BVGer B-2281/2008 vom 10. Juli 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-07-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2281_2008

FR: TAF B-2281/2008 du 10 juillet 2008

IT: TAF B-2281/2008 del 10 luglio 2008

Regeste

Finanzmarktaufsicht

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission (Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] sowie Art. 33 Bst. f VGG). Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

E. 1.2

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer war Partei des vorinstanzlichen Verfahrens und ist unmittelbar Adressat der Ziff. 8 bis 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Bei den ihn betreffenden Anordnungen handelt es sich indessen weitgehend um blosser Reflexwirkungen der unangefochten gebliebenen Massnahmen gegenüber der in Konkurs gesetzten D. _____ AG selber beziehungsweise um Wiederholungen des generell geltenden Verbots, ohne Bewilligung der EBK gewerbsmässig eine Effektenhändlerstätigkeit auszuüben (Urteil des Bundesgerichts 2A.712/2006 vom 29. Juni 2007 E. 2.1.2). Aus dem Verbot, ohne Bewilligung eine Effektenhändlerstätigkeit auszuüben, ergibt sich, dass in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben, elektronischen oder anderen Medien auch nicht dafür geworben werden darf. Ob der Beschwerdeführer allein bezüglich des Werbeverbots ein schutzwürdiges Interesse hat, erscheint deshalb fraglich, kann aber offen gelassen werden. Gemäss Ziff. 9 und 10 des Dispositivs werden dem Beschwerdeführer im Falle einer Widerhandlung gegen dessen Ziff. 8 eine Strafe (Art. 292 StGB und Art. 40 Bst. b BEHG) sowie die sofortige Veröffentlichung der Ziff. 8 und 9 des Dispositivs angedroht. Die angefochtene Androhung hat insoweit jedenfalls den Charakter einer Verwarnung, die dem Beschwerdeführer nahelegt, in Zukunft ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Sie ist zudem mit zwingenden Folgen bei einer erneuten Widerhandlung verknüpft und belastet den Beschwerdeführer damit stärker als das für ihn von Gesetzes wegen geltende Werbeverbot. Obwohl die angedrohten Massnahmen noch keiner eigentlichen Sanktion gleichkommen, bewirken sie somit einen Eingriff in die rechtlich geschützten Interessen des Beschwerdeführers (vgl. BGE 103 Ia 426 E. 1b zur Verwarnung oder Ermahnung eines Rechtsanwalts).

E. 1.3

Mit Eingabe der Beschwerde am 9. April 2008 sind Eingabefrist und -form gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist somit, vorbehältlich der nachfolgenden E. 2, einzutreten.

E. 2

Der Beschwerdeführer beantragt mit Beschwerde vom 9. April 2008, es seien die Ziff. 8 bis 10 der Verfügung der EBK vom 27. Februar 2008 aufzuheben. Mit Replik vom 5. Juni 2008 beantragt er, zusätzlich auch die Ziff. 13 und 14 derselben Verfügung aufzuheben.

E. 2.1

Die angefochtene Verfügung bildet den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands im Beschwerdeverfahren begrenzt. Zum Streitgegenstand gehört auch das im Beschwerdeantrag enthaltene Rechtsfolgebegehren. Im Laufe des Rechtsmittelzuges kann der Streitgegenstand in der Regel nicht erweitert und qualitativ verändert werden; er kann höchstens verengt und um nicht mehr strittige Punkte reduziert werden (BGE 131 II 203 E. 3.2; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 403 ff.).

E. 2.2

Soweit der Beschwerdeführer beantragt, die Ziff. 13 und 14 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben, bringt er einen neuen Antrag ein und erweitert damit den Streitgegenstand, wie er sich aus den Anträgen in der Beschwerde vom 9. April 2008 ergibt. Darauf ist nicht einzutreten. Auf die Beschwerde ist somit nur einzutreten, soweit sie sich gegen das Werbe- und Effektenhandelsverbot sowie die angedrohten Massnahmen (Ziff. 8 bis 10 der angefochtenen Verfügung) richtet. Soweit die Verfügung die Gesellschaften C. _____ GmbH und D. _____ AG betrifft, ist sie unangefochten geblieben und damit in Rechtskraft erwachsen.

E. 3

Der EBK ist unter anderem die Aufsicht über das Börsenwesen zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 [BankG, SR 952.0] i.V.m. Art. 34 BEHG). Nach Art. 35 Abs. 1 BEHG trifft die Aufsichtsbehörde die zum Vollzug des Börsengesetzes notwendigen Verfügungen. Erhält die Aufsichtsbehörde Kenntnis von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen, stehen ihr diverse Massnahmen zur Verfügung, um den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen (Art. 35 Abs. 3 und Art. 36 BEHG). Unter «sonstigen Missständen» werden zum Beispiel grobe Verstösse gegen Standesregeln, Statuten oder Reglemente der Börsen verstanden. Diese offene Formulierung wurde gewählt, damit die Aufsichtsbehörde flexibel auf weitere mögliche Missstände reagieren kann, die beim Erlass des Gesetzes noch nicht hatten vorhergesehen werden können (BBl 1993 1421 f.). Die Wahl der Massnahme ist eine Ermessensfrage. Abgesehen von den im BEHG genannten Mitteln hat die EBK eine grosse Auswahl von Mitteln, auf die sie zurückgreifen kann. Sie hat sich dabei an die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze wie das Willkürverbot, die Rechtsgleichheit, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Prinzip von Treu und Glauben zu halten. Des Weiteren muss die Massnahme in erster Linie mit den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung - dem Schutz der

Gläubiger und Anleger einerseits sowie der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems andererseits - im Einklang stehen (vgl. BGE 132 II 382 E. 4; BGE 131 II 306 E. 3.1). Art. 35 Abs. 5 BEHG hält ausdrücklich fest, dass die Veröffentlichung der Verfügung durch die EBK bei Widersetzlichkeit des Adressaten zunächst angedroht werden muss. Bei unmittelbarer Gefahr für die Interessen der Gläubiger, bei einer Beeinträchtigung der Lauterkeit der Märkte oder bei Dringlichkeit aus anderen Gründen kann hierauf aber verzichtet werden (Thomas Poledna, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar, Börsengesetz, Basel 2007, Art. 35 BEHG, N. 4 und 22).

E. 3.1

Die EBK hat in der angefochtenen Verfügung ein Werbe- und Effektenhandelsverbot ausgesprochen und Massnahmen im Falle einer Widerhandlung angedroht. Im Börsenrecht besteht im Gegensatz zum Bankenrecht (Art. 3 Abs. 1 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 [BankV, SR 952.02]) keine ausdrückliche Norm, welche das Werben für eine unerlaubte Effektenhändlerstätigkeit verbietet. Ob das Werbeverbot analog anwendbar ist, kann offen gelassen werden, da sich das Recht der EBK, ein Werbeverbot auszusprechen, direkt aus dem Verbot ergibt, ohne Bewilligung eine Effektenhändlerstätigkeit auszuüben (dazu schon vorne E. 1.2).

E. 3.2

Dass die D. _____ AG gewerbsmässig eine Effektenhandelstätigkeit ausgeübt und damit gegen das Börsengesetz verstossen hat, wurde mit Verfügung vom 27. Februar 2008 rechtskräftig festgestellt. Der Beschwerdeführer bestreitet aber, dass er für die unerlaubte Effektenhändlerstätigkeit der D. _____ AG mitverantwortlich gewesen sei, da er die Funktion des Verwaltungsrats und Geschäftsführers der D. _____ AG lediglich vier Monate inne gehabt und während dieser Zeit nicht mit Effekten gehandelt habe.

E. 3.2.1

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, nichts von den Aktivitäten der Gesellschaft gewusst zu haben, aber trotzdem als Verwaltungsrat aktiv gewesen zu sein, verkennt er, dass er in dieser Funktion gewisse Verantwortungen wahrzunehmen und in deren Rahmen insbesondere abzuklären hatte, welchen Tätigkeiten die D. _____ AG tatsächlich nachging (Urteil des Bundesgerichts 2A.712/2006 E. 2.2.4 vom 29. Juni 2007). Gemäss Handelsregistrauszug war der Beschwerdeführer vom 19. Juli 2007 bis am 19. Dezember 2007 Geschäftsführer und Verwaltungsrat der D. _____ AG. Während dieser Zeit ging mindestens eine Zahlung für Aktienkäufe ein, für welche der Beschwerdeführer allein schon aufgrund seiner Organstellung mitverantwortlich war (Bericht an die EBK vom 8. Februar 2008 betreffend die C. _____ GmbH und D. _____ AG eingereicht von der E. _____ GmbH, S. 27 f.; Bank H. _____ Kontoauszug der D. _____ AG per 30. September 2007). Für die börsenrechtliche Verantwortlichkeit genügt der Nachweis dieses einen, im Sinne des Börsengesetzes unzulässigen Geschäfts, weil es auf der Grundlage der schon früher eingesetzten rechtswidrigen Tätigkeit der Gesellschaft erfolgte, von welcher der Beschwerdeführer aufgrund seiner Stellung Kenntnis haben musste. Der Beschwerdeführer war somit aufgrund seiner Stellung als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der D. _____ AG für die unerlaubte Effektenhändlerstätigkeit der D. _____ AG mitverantwortlich.

E. 4

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen unverhältnismässig und willkürlich seien.

E. 4.1

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (Urteil des Bundesgerichts 2P.274/2004 vom 13. April 2005 E. 4.1).

E. 4.1.1

Die Vorinstanz erwägt, aus Gründen des Anlegerschutzes und des Vertrauens des Publikums in das Finanzsystem rechtfertigten sich im Falle des Beschwerdeführers ein Verbot, eine bewilligungspflichtige Effektenhändlerstätigkeit auszuüben, sowie ein Verbot, Werbung für solche Tätigkeiten zu betreiben (unter Androhung von Straf- und Publikationsmassnahmen im Widerhandlungsfall). Ohne dieses Verbot bestünde die Gefahr, dass der Beschwerdeführer seine Tätigkeiten in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführe. Dies gelte umso mehr, als er bereits Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der F._____AG in Liquidation gewesen sei, welche ebenfalls im Verdacht stehe, eine gewerbsmässige Effektenhändlerstätigkeit ausgeübt zu haben (angefochtene Verfügung der EBK vom 30. August 2007, beim Bundesverwaltungsgericht hängig). Zudem habe das Werbeverbot lediglich die Funktion einer Warnung, die Effektenhandelstätigkeit künftig zu unterlassen.

E. 4.1.2

Das Werbeverbot ist an sich verhältnismässig, weil es sich auch ohne entsprechende Individualverfügung bereits aus dem Gesetz beziehungsweise aus dem Verbot ergibt, ohne Bewilligung eine Effektenhändlerstätigkeit auszuüben. Die Anforderungen an den Anlass, der ein Werbeverbot rechtfertigen kann, sind deshalb gering. Dass die D._____AG einer unerlaubten Effektenhändlerstätigkeit nachgegangen und der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat und Geschäftsführer dafür mitverantwortlich gewesen sei, genügt, damit die Vorinstanz ein Werbeverbot gegen den Beschwerdeführer aussprechen durfte.

E. 4.1.3

Auch die Verbindung des Werbeverbots mit der Strafandrohung von Art. 292 StGB und Art. 40 Bst. b BEHG sowie der Androhung der Veröffentlichung der Ziff. 8 und 9 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung im Falle einer Widerhandlung ist verhältnismässig. Der Beschwerdeführer war für die Effektenhändlerstätigkeit der D._____AG mitverantwortlich und wurde bereits früher als Verwaltungsrat der F._____AG mit dem Vorwurf der gewerbsmässigen unerlaubten Effektenhändlerstätigkeit konfrontiert. Auch wenn noch nicht rechtskräftig festgestellt wurde, dass die F._____AG unerlaubten Effektenhandel betrieben hat, so hat sich der Beschwerdeführer schon zuvor zumindest in einem börsenrechtlichen Grenzbereich bewegt. Deshalb besteht eine massgeblich gesteigerte Gefahr, dass der Beschwerdeführer seine Tätigkeit in anderer Form und möglicherweise im Namen einer anderen Gesellschaft weiterführen könnte. Sodann hat das Werbeverbot lediglich eine Warnfunktion, die Effektenhändlerstätigkeit künftig zu unterlassen; erst die erneute Widerhandlung hätte die angedrohten Massnahmen zur Folge. Verstösst der Beschwerdeführer nicht gegen das ihm auferlegte Werbe- und Effektenhandelsverbot, hat er keine Konsequenzen zu befürchten. Weder wird der Ruf des

Beschwerdeführers als vertrauenswürdiger Geschäftsmann zerstört noch wird ihm sein berufliches Fortkommen übermässig erschwert. Auch hat die EBK, soweit aus den Akten ersichtlich, bisher gegen den Beschwerdeführer kein Verwaltungsstrafverfahren eröffnet. Angesichts der gewichtigen Interessen am Anleger- und Gläubigerschutz erscheinen die angedrohten Massnahmen insgesamt als angemessen.

E. 5

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, dass das gegen ihn verfügte Werbeverbot dem Verbot der rechtsungleichen Behandlung widerspreche und damit willkürlich sei. Die EBK habe gegen die anderen Verwaltungsräte der D._____AG und C._____GmbH und insbesondere gegen den Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____GmbH, G._____, der unerlaubt mit Effekten gehandelt habe, kein Werbeverbot ausgesprochen. Die EBK hat gegen den Beschwerdeführer zu Recht ein Werbeverbot ausgesprochen und ihm bei Widersetzlichkeit angemessene Massnahmen nach Art. 35 Abs. 5 BEHG angedroht. Selbst wenn man davon ausginge, dass die EBK gegen G._____ oder gegen einen der anderen Verwaltungsräte ebenfalls ein Werbeverbot hätte aussprechen und entsprechende Massnahmen hätte androhen müssen, bestünde kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (BGE 123 II 248 E. 3c).

E. 6

Zusammenfassend hat die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt richtig festgestellt und das ihr zustehende Ermessen nicht missbraucht. Das ausgesprochene Werbeverbot und die angedrohten Massnahmen sind nicht zu beanstanden.

E. 7

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer grundsätzlich die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es steht ihm keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 3'000.- festgelegt und mit dem einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- verrechnet. Der Restbetrag wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils überwiesen. Die EBK hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.