

Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit

Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 2C_276/2009 vom 22. September 2009 i.S. S AG (Beschwerdeführerin 1) und R AG (Beschwerdeführerin 2) gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Beschwerdegegnerin)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Benjamin Bloch und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
 - 1. Sachverhalt
 - 2. Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
 - 1. Intertemporales Recht
 - 2. Sanktionskompetenz der Aufsichtsbehörde
 - 3. Verhältnismässigkeit
 - 4. Effektenhändler und Entgegennahme von Publikumseinlagen
 - 4.1 Effektenhändler
 - 4.2 Entgegennahme von Publikumseinlagen
 - 5. Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit
 - 6. Anwendung der Prinzipien auf die Beschwerdeführerinnen
 - 6.1 S AG
 - 6.2 R AG
- III. Bemerkungen
 - 1. Übersicht
 - 2. Einordnung des Gruppenbegriffs
 - 2.1 Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauchs- bzw. Korrekturstatbestände
 - 2.2 Durchgriff als Rechtsmissbrauchstatbestand
 - 2.3 Gruppenbegriff als Umgehungstatbestand – «Durchgriff» auf Organe?
 - 3. Gruppenbegriff
 - 3.1 Bestätigung und Konkretisierung der Praxis als Ausgangspunkt
 - 3.2 Zweifache Eingrenzung des Gruppenbegriffs im besprochenen Entscheid
 - 3.3 Gruppenbegriff im Einzelnen
 - 4. Anwendung der Prinzipien auf die Beschwerdeführerinnen
 - 4.1 S AG
 - 4.2 R AG
- IV. Fazit

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Die S AG (Beschwerdeführerin 1) und die R AG (Beschwerdeführerin 2), die A AG, die I Co. Ltd., Panama, Zweigniederlassung J, die U Inc., Delaware, Zweigniederlassung J (nachfolgend: die fünf Gesellschaften) sowie die natürlichen Personen A und B wurden mit Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) vom 1. November 2007 wegen unerlaubter Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie unbewilligter Tätigkeit als Bank und Emissionshaus sanktioniert.

A ist für alle fünf Gesellschaften zeichnungsrechtlich¹ und B ist Geschäftsführer zweier der fünf Gesellschaften.² Vier der fünf Gesellschaften haben ihr Domizil an derselben Adresse, die fünfte wird faktisch dort verwaltet.³ Zudem werden dieselben Telefax- und Telefonnummern verwendet.⁴

A ist einziger Verwaltungsrat der S AG. Ihm und seiner Ehefrau gehören sämtliche Aktien der S AG. Die S AG hält und betreibt ein Geschäftshaus, woraus sie Mieteinnahmen erzielt, die die Hypothekarzinsen übersteigen.⁵

Die R AG hat mehrere Aktionäre⁶ und drei Verwaltungsräte, darunter A, der auch einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer ist. Die restlichen Verwaltungsräte zeichnen kollektiv zu zweien. Die R AG ist als Immobilienholding tätig. Sie hat drei Tochtergesellschaften. Diese verwalten zwei Mietshäuser und sind in verschiedene Bauprojekte involviert, die den Bau von insgesamt neun Mietshäusern umfassen. Ihre Einnahmen erwirtschaftet die R AG aus Zins- und Dividendenerträgen.⁷ Zwischen der R AG und der A AG kam es zu undurchsichtigen Mittelverschiebungen.⁸ Auch zwischen der S AG, die die A AG mitgegründet hatte, und der A AG kam es zu Mittelverschiebungen, für die «keine nachvollziehbaren wirtschaftlichen Begründungen ersichtlich sind».⁹

A und B wickelten einen Handel mit Aktien und Zertifikaten «über die von ihnen beherrschten» Ge-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ Mit superprovisorischer Verfügung vom 10. August 2007 wurde ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt und dieser allein zur Zeichnung für die Gesellschaften ermächtigt (BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, Sachverhalt A.a, zweiter Absatz).

² BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, E. 8.4; BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.1.

³ BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, E. 8.5; BGer 2C_276/2009, vom 22. September 2009, E. 7.3.2.

⁴ BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, E. 8.5; BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.1.

⁵ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.1.

⁶ «Die Gesellschaft soll 15 Aktionären gehören (...）」 (BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.1).

⁷ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.1.

⁸ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.3.2.

⁹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.1.

sellschaften ab.¹⁰ Zwischen diesen Gesellschaften fanden Verschiebungen von Aktien statt, mit dem Zweck, trotz zweifelhafter Werthaltigkeit einen vorgeblichen Marktwert dieser Aktien zu generieren.¹¹ Aktien verschiedener Gesellschaften, darunter Aktien der R AG, wurden von den Mitarbeitern der A AG an Kunden verkauft; die Aktien erwiesen sich allerdings als wertlos.¹²

2. Prozessgeschichte

Mit Verfügung vom 1. November 2007 entschied die EBK, dass die fünf Gesellschaften unbewilligt gewerbsmässig als Gruppe Publikumseinlagen entgegengenommen und in unbewilligter gruppenmässiger Effektenhändlerstätigkeit gegen das BEHG verstossen hätten. Die EBK ordnete die aufsichtsrechtliche Liquidation der Gesellschaften und im Fall der A AG den aufsichtsrechtlichen Konkurs an. A und B wurde verboten, für sich oder Dritte Publikumseinlagen anzunehmen, einer Effektenhändlerstätigkeit nachzugehen oder hierfür zu werben.¹³

Die A AG, die S AG und die R AG gelangten daraufhin an das Bundesverwaltungsgericht, das ihre zu einem Verfahren vereinigten Beschwerden teilweise guthiess, weil der Tatbestand der unbewilligten Entgegennahme von Publikumseinlagen durch eine Aktienemission nicht erfüllt werde.¹⁴

Die S AG und die R AG zogen das Verfahren mit Beschwerde an das Bundesgericht weiter. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil gegen die S AG, hob es betreffend die aufsichtsrechtliche Liquidation der R AG auf und wies das Verfahren diesbezüglich zur Neuentscheidung an die Finanzmarktaufsicht (FINMA) zurück.¹⁵

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Intertemporales Recht

Das Bundesgericht konstatiert, dass mit dem Inkrafttreten des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG¹⁶) neu die FINMA zur Führung des vorliegenden Verfahrens zuständig sei (Art. 58 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 3 FINMAG), womit die FINMA das Verfahren abzuschliessen habe. Materiellrechtlich sei auf die Rechtslage per 1. November 2007 abzustellen, also auf die Fassungen der relevanten Artikel des Banken- und des Börsengesetzes (BankG¹⁷ bzw. BEHG¹⁸) wie sie vor den mit dem Finanzmarktaufsichtsgesetz verbundenen Änderungen galten.¹⁹

2. Sanktionskompetenz der Aufsichtsbehörde

Das Bundesgericht erwägt, dass die EBK bzw. die FINMA als Aufsichtsbehörde gemäss Art. 23^{ter} BankG (Fassung vor dem 1. Januar 2009) bzw. Art. 31 FINMAG befugt seien, zur Beseitigung von Missständen und zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands «alle notwendigen Verfügungen» zu erlassen. Zu den Aufgaben von EBK bzw. FINMA gehöre es damit, die Frage der Bewilligungspflicht abzuklären und Finanzintermediäre zu ermitteln, die bewilligungslos tätig seien. Dies werde nunmehr für die FINMA in Art. 37 Abs. 3 FINMAG explizit festgehalten. Eine Gesellschaft, die unbewilligt einer Bank- oder Effektenhändlerstätigkeit nachgehe, könne – die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze, d.h. namentlich das Willkürverbot, das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie Treu und Glauben vorbehalten – aufsichtsrechtlich liquidiert werden.²⁰

3. Verhältnismässigkeit

In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips führt das Bundesgericht aus, Massnahmen dürften nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands er-

¹⁰ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.1.

¹¹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.1.

¹² BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, E. 4.5; vgl. auch BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 5.

¹³ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, Sachverhalt A.

¹⁴ BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, E. 5.

¹⁵ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, Dispositiv-Ziffer 1; vgl. ferner BGer 2C_23/2010 vom 15. Januar 2010 (Nichteintreten auf ein Erläuterungsgesuch betreffend das Urteil 2C_276/2009), E. 2.3.

¹⁶ SR 956.1.

¹⁷ SR 952.0.

¹⁸ SR 954.1.

¹⁹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 2.

²⁰ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 3.1 und 3.2.

forderlich sei: Sofern eine Gesellschaft sowohl einer bewilligungspflichtigen als auch einer nicht bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehe, sei nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren, sofern dies technisch möglich erscheine und die erlaubte Geschäftstätigkeit von eigenständiger Bedeutung sei.²¹

4. Effekthändler und Entgegennahme von Publikumseinlagen

4.1 Effekthändler

Das Bundesgericht hält die Elemente des Begriffs des bewilligungspflichtig (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 lit. d BEHG) als Emissionshaus tätigen Effekthändlers (Art. 3 Abs. 2 BEHV²² i.V.m. Art. 2 lit. d BEHG) fest: Dabei handle es sich um hauptsächlich im Finanzbereich tätige Effekthändler (Art. 2 Abs. 1 BEHV), die gewerbsmässig Effekten, welche von Drittpersonen ausgegeben wurden, fest oder in Kommission übernehmen und öffentlich auf dem Primärmarkt anbieten. Das Bundesgericht hält fest, dass der Emittent selber keiner Bewilligungspflicht unterstehe; ebenso bestehe im Fall der bloss technischen Festübernahme keine Bewilligungspflicht.²³

4.2 Entgegennahme von Publikumseinlagen

Das Bundesgericht erörtert sodann die Definition der bewilligungspflichtigen (Art. 1 Abs. 2 BankG, Fassung vor dem 1. Januar 2009) gewerbsmässigen (Art. 3a Abs. 2 BankV) Entgegennahme von Publikumseinlagen: Eine solche liege vor, wenn ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingehe und selbst zum Rückzahlungsschuldner werde.²⁴

5. Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effekthändlerstätigkeit

Weiter führt das Bundesgericht aus, gruppenweises Handeln könne eine Bewilligungspflicht auslösen. Eine Aktivität als Effekthändler oder eine Entgegennahme von Publikumseinlagen könne durch mehrere erfolgen, die arbeitsteilig vorgingen und selber nicht alle Tatbestandselemente erfüllten, wenn wirt-

schaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen bestünden. Gruppenweises Handeln könne insbesondere dann vorliegen, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit aufträten oder aufgrund der Umstände geschlossen werden könne, dass koordiniert, ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werde.²⁵ Das Bundesgericht lehnt es dabei ab, inhaltlich auf die Begriffe von Art. 20 BEHG oder von Art. 3c bzw. Art. 4^{ter} BankG abzustellen, da diese anderen Zwecken dienen.²⁶

6. Anwendung der Prinzipien auf die Beschwerdeführerinnen

6.1 S AG

Aufgrund der organisatorischen und persönlichen Verflechtungen sowie der Mittelverschiebungen (vorne I.1) bestätigt das Bundesgericht die Einbeziehung der S AG in die Gruppe²⁷. Da sich die Verwaltung der Immobilie als untergeordnete Tätigkeit erweise, stehe diese der aufsichtsrechtlichen Liquidation nicht entgegen.²⁸ Ob die S AG selber gegen aussen aufgetreten sei, sei nicht erheblich, da ein aufsichtsrechtlich begründetes Schutzbedürfnis der Anleger und des Finanzplatzes auch ein Vorgehen gegen Mitbeteiligte decke, die im Hintergrund agierten und als Teil des Systems gelten müssten, weil koordiniert und arbeitsteilig vorgegangen werde.²⁹

6.2 R AG

Das Bundesgericht erwägt, dass zwar einige Anhaltspunkte dafür sprächen, die R AG zur Gruppe zu zählen – das faktische Domizil am gemeinsamen Domizil der vier anderen Gesellschaften und das Verhältnis zu A sowie die undurchsichtigen Zahlungen, die realistischere Weise nur zwischen den Gesellschaften erfolgt sein könnten, weil A für alle handeln

²¹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 3.3.

²² SR 954.11.

²³ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.1.

²⁴ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.2.

²⁵ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1.

²⁶ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.2. Das Bundesverwaltungsgericht hatte ausgeführt, dass es für die Qualifikation als Gruppe nicht ausreiche, wenn hinter den Gesellschaften dieselben wirtschaftlich Berechtigten stünden (BVGer B-8227/2007, B-8244/2007 sowie B-8245/2007 [vereinigtes Verfahren] vom 20. März 2009, E. 8.2).

²⁷ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.1.

²⁸ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.3.

²⁹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.3.

konnte –, es sei jedoch fraglich, ob die R AG wirklich einen namhaften Beitrag zur Umgehung der finanzmarktrechtlichen Regeln geleistet habe.³⁰

Mit Hinweis auf die Beteiligungsverhältnisse und die Zusammensetzung des Verwaltungsrates der R AG sowie auf die Aktivitäten derselben³¹ (vorne I.1) schliesst das Bundesgericht, es könne nicht gesagt werden, die R AG gehe keiner ins Gewicht fallenden Geschäftstätigkeit nach.³² Die Platzierung eigener Aktien könne aufsichtsrechtlich nicht als illegal gelten, sogar wenn der Beauftragte ohne Bewilligung auftrete. Eine kommissionsweise Festübernahme sei nicht erstellt, der Vorwurf des öffentlichen Angebots nicht erwiesen. Dies führe zum Ergebnis, dass die Aktivitäten der R AG selber unbedenklich seien.³³ Der Primärmarkt sei nicht einheitlich geregelt. Nur bezüglich einzelner Berührungspunkte, wie der unbewilligten Tätigkeit als Emissionshaus bzw. der unerlaubten Entgegennahme von Publikumsgeldern, bestehe eine Regulierung. Im Übrigen gelte für ihn das Obligationenrecht – so die Pflicht zur Erstellung eines Emissionsprospekts und die Prospekthaftung –, das zivilrechtlich und allenfalls strafrechtlich – mithilfe der Tatbestände des Betrugs oder der ungetreuen Geschäftsbesorgung – durchzusetzen sei. Der finanzmarktrechtliche Begriff der bewilligungslos als Gruppe handelnden Gesellschaften dürfe ohne eine Gesetzesanpassung nicht soweit ausgedehnt werden, dass diese Grenzen verwischt würden.³⁴

Die aufsichtsrechtliche Liquidation erweise sich jedenfalls als unverhältnismässig, da diese zwar geeignet, aber nicht erforderlich gewesen sei, um das Funktionieren der Gruppe zu unterbinden. Zwar habe der R AG nicht nachträglich eine Bewilligung erteilt werden können, doch hätte eine Weiterführungsmöglichkeit mindestens geprüft werden müssen.³⁵ Der R AG hätte als milderer Mittel unter Aufsicht des Untersuchungsbeauftragten eine Frist zur Bereinigung ihrer Strukturen und Konzentration auf ihr Kerngeschäft angesetzt sowie die Auflage gemacht werden können, künftig nicht mehr mit ihren Partnern auf

dem Primärmarkt in einer bewilligungspflichtigen Weise aktiv zu werden.³⁶

III. Bemerkungen

1. Übersicht

Der Begriff «Gruppe» wird in verschiedenen Zusammenhängen verwendet. Das Bundesgericht hält im hier besprochenen Entscheid fest, dass in Fällen bewilligungslos als Bank oder Emissionshaus tätiger Gruppen inhaltlich nicht auf die Gruppenbegriffe des Art. 20 BEHG oder des Art. 3c bzw. Art. 4^{ter} BankG zurückgegriffen werden könne, da diese anderen Zwecken dienen.³⁷ Damit handelt es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der bewilligungslos tätigen Effektenhändlergruppe um einen eigenständigen Begriff.

2. Einordnung des Gruppenbegriffs

2.1 Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauchs- bzw. Korrekturatbestände

Einerseits erwägt das Bundesgericht, der Gruppenbegriff wende sich gegen Umgehungen und basiere auf einer «einheitliche[n] wirtschaftliche[n]

³⁶ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.3.4.

³⁷ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.2 i.f.; der Begriff der Gruppe gemäss Bankengesetz ergibt sich aus einer faktischen Beistandspflicht der Muttergesellschaft im Konzern (BGE 116 Ib 331, 338 f., E. 2 f. Vgl. auch *Peter Nobel*, FINMAG, Ende der Magie?, SJZ 2009, 253, 259); der Zweck dieser Gruppe ist der präventive Gläubigerschutz und Funktionsschutz (*Benedict Maurenbrecher*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar Bankengesetz, Basel 2005, Art. 3c N 15, m.H. auf Art. 3b N 2, [nachfolgend: BSK BankG-BearbeiterIn]). Zweck der Offenlegung ist der Anlegerschutz durch Herstellen von Markttransparenz sowie die Sicherstellung der Regeln über die Angebotspflicht; Zweck der Angebotspflicht ist der Schutz der Minderheitsaktionäre, und der Zweck der Regelung der Gruppe im Rahmen des öffentlichen Kaufangebots ist Lauterkeit und Transparenz öffentlicher Kaufangebote sowie die Gleichbehandlung der Anleger (*Georg Gotschev*, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Diss. Zürich 2005, 86 f. m.w.H., 181 m.w.H., 266 f. m.w.H.). Die Gruppenbegriffe des Aktienrechts sind ebenfalls eigenständig (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. August 2009, ZR 108 [2009] Nr. 64, 301, 309 ff., E. 4.1–4.3).

³⁰ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.3.2.

³¹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.1.

³² BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.2.

³³ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.2.

³⁴ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.3.1.

³⁵ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.3.3.

Betrachtungsweise».³⁸ Andererseits erwägt das Bundesgericht, er richte sich gegen den Rechtsmissbrauch.³⁹ Dabei ist im öffentlichen Recht, zu welchem das Finanzmarktaufsichtsrecht fraglos gehört, der Zusammenhang zwischen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch unsicher.⁴⁰ Der vom Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauch zitierte Entscheid⁴¹ behandelt denn auch nicht eine Gesetzesumgehung in einem bankaufsichtsrechtlichen Sachverhalt, sondern die Frage der zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts im Rahmen des Familiennachzugs.⁴²

Für das Steuerrecht wird die echte von einer unechten Gesetzesumgehung unterschieden. Während bei der unechten Gesetzesumgehung nur der Wortlaut der fraglichen Norm, nicht aber ihr Sinn umgangen werde, soll sich der «Umgeher» bei der echten Umgehung auch um den anvisierten Sachverhalt «schlängeln».⁴³ Die unechte Umgehung könne mittels teleologischer Auslegung erfasst werden.⁴⁴ Auf das Rechtsmissbrauchsverbot müsse nur im Fall der echten Umgehung Regress genommen werden, sofern kein gesetzlicher Korrekturbefehl vorliege, mit der Konsequenz, dass es sich um einen «Notbehelf» handle.⁴⁵ Die für das Steuerrecht entwickelten Überlegungen können auch auf das Finanzmarktrecht angewendet werden. Steuern sind sog. voraussetzungslos geschuldet, sobald ein Lebenssachverhalt verwirklicht wird, der im Steuergesetz anvisiert wird. Die finanzmarktrechtliche Bewilligung ist erforderlich, sobald eine Tätigkeit ausgeübt werden soll, die in der Bewilligungsnorm beschrieben ist. Strukturell kommen sich somit Besteuerung und finanzmarktrechtliche Unterstellung nahe. Man könnte dem-

nach von «Bewilligungsumgehung» sprechen.⁴⁶ Im öffentlichen Recht ist jedenfalls anerkannt, dass die Gesetzesumgehung ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot zu erfassen ist.⁴⁷

Erstens ist somit der Rechtsmissbrauch für die Begründung des Gesetzesumgehungsverbot (sog. unechte Umgehung) nicht erforderlich. Zweitens muss die (unechte) Gesetzesumgehung als Auslegungsfrage von der echten Gesetzesumgehung bzw. von Rechtsmissbrauchs- oder Korrekturtatbeständen unterschieden werden.⁴⁸ Das Verhältnis der unechten Umgehung zu der «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» und zu den «wirtschaftlichen Begriffen» kann offen bleiben, da es sich um teleologische oder faktische Argumentationen handelt.

2.2 Durchgriff als Rechtsmissbrauchstatbestand

Das Körperschaftsrecht basiert auf dem Grundsatz der Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern.⁴⁹ Nur im Falle des Rechtsmissbrauchs wird dieser Grundsatz durchbrochen.⁵⁰ Die Funktion des Durchgriffs ist es dabei, Dritte zu schützen, deren zivilrechtliche Ansprüche durch das rechtsmissbräuchliche Verbergen hinter dem «Schleier der juristischen Person» vereitelt würden: Er wird zugelassen, wenn erstens eine wirtschaftliche Einheit zwischen natürlicher und juristischer Person besteht und zweitens die rechtsmissbräuchliche Berufung auf die formaljuristische Trennung die Rechte Dritter beeinträchtigen würde.⁵¹

³⁸ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1.

³⁹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.3.

⁴⁰ Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil. Zürich 2005, 65 f. m.w.H. und 305 m.w.H.

⁴¹ BGE 133 II 6, 12 f., E. 3.2.

⁴² Wobei die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts im öffentlichen Recht oft synonym mit dem Begriff des Rechtsmissbrauchs verwendet wird (Gächter [Fn. 40], 429).

⁴³ Markus Reich, Steuerrecht, Zürich 2009, 138.

⁴⁴ Reich (Fn. 43), 138.

⁴⁵ Reich (Fn. 43), 138–140; «Notventil» (Peter Locher, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, ASA 2007, 675, 686); die neuere Lehre vertritt eine Subsidiarität der Normkorrektur ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot (Gächter [Fn. 40], 443 f. und 367–378, insb. 374).

⁴⁶ Vgl. Gächter (Fn. 40), 507 ff., der für das Sozialversicherungsrecht den Begriff «Beitragsumgehung» verwendet.

⁴⁷ Gächter (Fn. 40), 305 und 331. Vgl. aber ders. (Fn. 40), 65 Fn. 336; mit rechtsmethodischen Argumenten wird dieselbe Auffassung vertreten (Ernst August Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern/München/Wien 2010, 208 f.).

⁴⁸ Vgl. Locher (Fn. 45), 675, 693 sowie ähnlich Gächter (Fn. 40), 442 f. Rz. 20–23. Auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist eine teleologische Argumentation (Kramer [Fn. 47], 209).

⁴⁹ Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10 A. Bern 2007, 55, § 2 N 43.

⁵⁰ BGE 121 III 319, 321, E. 5.a.aa; BGE 132 III 489, 493, E. 3.2.

⁵¹ BGer 5A_587/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2.1 f.

2.3 Gruppenbegriff als Umgehungstatbestand – «Durchgriff» auf Organe?

Beim Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligt tätiger Effektenhändler handelt es sich nach dem Ausgeführten um einen Tatbestand zur Erfassung einer (unechten) Gesetzesumgehung in der Form der Bewilligungsumgehung, der ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot⁵² begründet werden kann. Denkbar wäre die Annahme eines funktionalen, wirtschaftlichen Begriffs. Es genügt aber jedenfalls die teleologische oder funktionale Auslegung der Bewilligungsnormen zur Erfassung der Umgehung, bzw. des Handelns von mehreren.

Es kann sich gleichwohl eine «Durchgriffsfrage» stellen, nämlich, ob als Organe der juristischen Personen handelnde natürliche Personen zur Tragung von Kosten verpflichtet werden können. Das Bundesgericht erwoh diesbezüglich in einem anderen Entscheid, es sei im Falle der Qualifikation der natürlichen Personen als Gruppenmitglieder zulässig, diesen Kosten aufzuerlegen, und verneinte einen «Durchgriff» auf ein Nicht-Gruppenmitglied.⁵³ Ob der Umstand, dass im vorliegend besprochenen Fall die beteiligten natürlichen Personen nicht als Gruppenmitglieder qualifiziert werden, eine valable Aussage über die Kriterien hierzu zulässt, ist unsicher, da die Praxis uneinheitlich ist.⁵⁴

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung impliziert zwei Konstellationen. In der ersten handeln natürliche Personen persönlich⁵⁵ und können daher als Gruppenmitglieder qualifiziert und zur Tragung von Kosten verpflichtet werden. Eine Kostentragungspflicht ist auch denkbar bei fehlender Gruppenmitgliedschaft und durch persönliches Handeln verursachter Verfahrenseinleitung (Art. 15 und Art. 36

Abs. 4 FINMAG i.V.m. Art. 5 FINMA-GebV⁵⁶). In der zweiten Konstellation handeln die natürlichen Personen organschaftlich oder sind als wirtschaftliche Einheit mit einer juristischen Person zu betrachten. Zur Erfassung der zweiten Konstellation gibt es zwei mögliche Ansatzpunkte: Entweder wird der Verursacherbegriff funktional ausgelegt und die natürlichen wie die juristischen Personen werden als Verursacher erfasst. In diesem Fall ist ein Rückgriff auf den «Durchgriff» nicht nötig. Oder es wird von der grundsätzlichen Trennung der juristischen Person von der natürlichen Person ausgegangen, die ihr Organ ist, und nur in Ausnahmefällen auf die natürliche Person zur Tragung der Kosten gegriffen. Diese Ausnahmefälle könnten in Durchgriffskonstellationen vorliegen oder allgemeiner, wenn in krassen Fällen zur Normkorrektur geschritten werden muss oder auch wenn der Verursacherbegriff verschuldensabhängig ausgelegt würde (vgl. Art. 436 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung) und die Organe ein zivilrechtliches Verschulden träge (vgl. Art. 55 Abs. 3 ZGB).⁵⁷

Die Trennung der juristischen von der natürlichen Person, die ihr Organ ist, ist aus mehreren Gründen vorzuziehen. Einmal ist sie klarer zu fassen als eine rein funktionale Betrachtung mit schwer greifbaren Kriterien. Weiter wird im Steuerrecht zu der analogen Frage die Auffassung vertreten, es könne nur im Fall von Rechtsmissbrauch und im Fall der erfüllten Voraussetzungen des Durchgriffs über die Existenz einer juristischen Person hinweggesehen werden, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise könne niemals allein so weit reichen.⁵⁸ Dies ist in dieser Form wohl zu pauschal, doch scheint es tatsächlich vernünftig, in Fällen, in denen die umgangene Norm zivilrechtsakzessorisch⁵⁹ anknüpft, die Trennung von

⁵² Und ohne Normkorrektur.

⁵³ BGE 135 II 356, 368, E. 6.2.1 f.; allerdings verwendete es den Begriff «Durchgriff» nur in Anführungs- und Schlusszeichen.

⁵⁴ Vgl. die Einladung an die FINMA, künftig im Dispositiv festzustellen, welche natürlichen Personen das Gesetz durch ihren Beitrag im Rahmen der Gruppe selber verletzt haben (BGer 2C_324/2009 vom 9. November 2009, E. 4.2); vgl. zu diesem Entscheid *Mirco Ceregato*, Entgegennahme von Publikumseinlagen und Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen im Rahmen einer Gruppe, *ius focus* 1 (2009), Heft 3, 15.

⁵⁵ Vgl. BGer 2C_324/2009 vom 9. November 2009, E. 4.2 – die betreffende Person im zitierten Fall war Geschäftsführerin; das Bundesgericht fand, es hätten auch ihre persönlichen Aktivitäten untersucht werden müssen.

⁵⁶ SR 956.122; die Gebühren sollen nach Verursacher- oder Unterliegensprinzip auferlegt werden (Erläuterungsbericht zur FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung vom 15. Oktober 2008 ad Art. 5, abrufbar unter <<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/13281.pdf>>, besucht am 17. März 2010).

⁵⁷ Vgl. BGE 135 II 356, 368, E. 6.2.2; *Gächter* (Fn. 40), 444 Rz. 32 und 340 f. sowie kritisch betreffend Verwendung der Durchgriffsfigur für die Beitragsumgehung im Sozialversicherungsrecht (*ders.* [Fn. 40], 526 m.w.H.).

⁵⁸ *Locher* (Fn. 45), 675, 696.

⁵⁹ Die Terminologie variiert nach Rechtsgebiet. Bekannt sind etwa im Steuerrecht sog. wirtschaftliche Begriffe, im Strafrecht sog. nicht zivilrechtsakzessorische Begriffe und im IPR sog. autonome Auslegungen. Beispiele: Umwand-

juristischer und natürlicher Person zu beachten. Wird nämlich die Trennung von natürlicher und juristischer Person gemäss Art. 55 ZGB von einer öffentlich-rechtlichen Norm ins öffentliche Recht übernommen, so muss diese Trennung im öffentlichen Recht auch beachtet werden. Ansonsten läge ein Verstoss gegen das Verbot des Methodendualismus vor.⁶⁰

Eine Bank kann als Aktiengesellschaft oder als Privatbank in der Form einer Einzelfirma, einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft konstituiert werden.⁶¹ Effektenhändler können natürliche oder juristische Personen sowie Personengesellschaften sein.⁶² Einzelfirma, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, natürliche Person, juristische Person sowie Personengesellschaft sind zivilrechtliche Begriffe. Die Bewilligungsnormen knüpfen demnach zivilrechtsakzessorisch an und übernehmen die Trennung von natürlicher und juristischer Person gemäss Art. 55 ZGB ins öffentliche Recht.⁶³ Bei organschaftlichem Handeln können somit nicht ohne Weiteres einer natürlichen Person Kosten auferlegt werden.

Die Forderung, von der grundsätzlichen Trennung von natürlicher und juristischer Person auszu-

gehen, wird ausserdem gestützt durch den Umstand, dass natürliche Personen unabhängig von der Frage der Qualifikation als Gruppenmitglieder strafrechtlich gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG (bzw. Art. 46 Abs. 1 lit. f BankG in der Fassung vor dem 1. Januar 2009) oder Art. 44 FINMAG i.V.m. Art. 10 BEHG (bzw. Art. 40 BEHG in der Fassung vor dem 1. Januar 2009) verfolgt werden können. Hinzu kommt, dass ein durch individuelle Verfügung auferlegtes Verbot einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit oder ein Verbot, Werbung zu treiben, praxisgemäss lediglich als Erinnerung an ein ohnehin bestehendes generelles Verbot gilt. Das Bundesgericht bejaht die Möglichkeit der Auferlegung solcher Verbote unabhängig von der Frage der Qualifikation als Gruppenmitglied mit der Begründung, dass es sich nicht um eine eigenständige Massnahme, sondern um eine Reflexwirkung der Massnahmen gegen Gruppenmitglieder handle.⁶⁴ Schliesslich können gegen natürliche Personen aufsichtsrechtliche Berufsverbote ausgesprochen werden (Art. 33 FINMAG). Somit spricht auch aus Praktikabilitätsgründen nichts gegen die grundsätzliche Trennung von Organperson und Gesellschaft.

3. Gruppenbegriff

3.1 Bestätigung und Konkretisierung der Praxis als Ausgangspunkt

Das Bundesgericht bestätigte in einem anderen Entscheid die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,⁶⁵ wonach die gruppenmässige Effektenhändler-tätigkeit bewilligungspflichtig ist, auch wenn ein Mitglied für sich betrachtet nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllt.⁶⁶ Die bundesgerichtliche Gruppenformel wurde, soweit ersichtlich, im zitierten Entscheid aufgestellt und die bisherige Praxis darunter subsumiert.⁶⁷ Erwähnenswert scheint ferner, dass das Bundesgericht denselben Gruppenbegriff auf die Frage der Bewilligungspflicht einer Tätigkeit

lung und Spaltung bedeuten in Art. 61 Abs. 1 DBG nicht dasselbe wie in Art. 29 ff. FusG, während das Grundstück i.S.v. Art. 4 DBG auf den Begriff von Art. 655 Abs. 2 ZGB verweist (Reich [Fn. 43], 133 Rz. 14 und insbesondere Fn. 19 und 20 m.w.H.); «wirtschaftliche Steuerbegriffe» sind eigenständig (vgl. Locher [Fn. 45], 675, 692 ff.); Beispiel für eine zivilrechtsakzessorische Anknüpfung ist der strafrechtliche Begriff der Sache; Gegenbeispiel ist der autonome, mit dem Begriff des Besitzes i.S.d. Art. 919 ZGB nicht übereinstimmende, strafrechtliche Begriff des Gewahrsams (statt aller: Stefan Trechsel/Dean Cramer, in: Stefan Trechsel et al. [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, vor Art. 137 N 2, Art. 139 N 3; vgl. zum Begriff der Zivilrechtsakzessorität etwa Martin Schubarth, Konzernstrafrecht, Offenes Konzernprivatrecht, «nullum crimen sine lege stricta» und Strafbarkeit verdeckter Vorteilszuwendungen im Konzern, SZW 2006, 161 m.w.H.); die autonome Anknüpfung im IPR fusst auf einer eigenständigen Auslegung (vgl. Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. A., Zürich 2006, 36 Rz. 104).

⁶⁰ Vgl. Hans Michael Riemer, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Das Personenrecht, Erster Teilband, Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Bern 1993, Art. 55 N 33.

⁶¹ Art. 1 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 3 BankG; vgl. auch BSK BankG-Bahar/Stupp (Fn. 37), Art. 1 N 70.

⁶² Art. 2 lit. d i.V.m. Art. 10 BEHG.

⁶³ Vgl. demgegenüber die Formulierung von Art. 33 FINMAG.

⁶⁴ BGE 135 II 356, 365, E. 5.1 f.

⁶⁵ Vgl. BVGer B-6715/2007 vom 3. September 2007, E. 4.2, BVGer B-6608/2007 vom 3. September 2007, E. 3.2, BVGer B-6501/2007 vom 3. September 2007, E. 4.2.

⁶⁶ BGE 135 II 356, 356, E. 3.2.

⁶⁷ BGE 135 II 356, 360, E. 3.2 verweist auf Entscheide, welche die Formel so nicht enthalten, aber in der Sache Tätigkeiten von unbewilligten Gruppen betreffen: BGer 2.A.332/2006 vom 6. März 2007, E. 5.2.4; 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2; 2A.442/1999 vom 21. Februar 2000, E. 2e; BGE 130 II 351, E. 5.3.4.1.

als Effektenhändler und auf diejenige der Bewilligungspflicht der Entgegennahme von Publikumseinlagen anwendet.⁶⁸ Dies ist sinnvoll, denn in beiden Fällen wird derselbe Zweck verfolgt, nämlich der Schutz der Anleger und die Lauterkeit des Finanzmarktes.

3.2 Zweifache Eingrenzung des Gruppenbegriffs im besprochenen Entscheid

Im vorliegenden Entscheid grenzt das Bundesgericht den Gruppenbegriff zweifach ein. Einerseits geschieht dies durch die sinngemässe Feststellung, der finanzmarktrechtliche Begriff der bewilligungslos als Effektenhändler tätigen Gruppe dürfe ohne Gesetzesanpassung nicht grenzenlos erweitert werden.⁶⁹ Andererseits geschieht dies durch die Betonung der verfassungsmässigen Grundsätze, insbesondere des Verhältnismässigkeitsprinzips. Aufgrund der «Offenheit der Gesetzesgrundlage» wird die «besondere Bedeutung» des Verhältnismässigkeitsprinzips höchststrichterlich betont.⁷⁰

Die Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Finanzmarktrecht muss zwar ausser Frage stehen (Art. 5 Abs. 2 BV), gleichwohl ist die diesbezügliche Hervorhebung des Bundesgerichts begrüssenswert, da sie den Rückgriff auf eine reiche verwaltungsrechtliche Praxis erlaubt und so der Rechtssicherheit dient. Da es sich bei der EBK bzw. der FINMA um eine fachlich spezialisierte Verwaltungsbehörde handelt, billigt das Bundesgericht ihr ein sog. «technisches Ermessen» zu und auferlegt sich, bei einer ohnehin auf die Rechtskontrolle beschränkten Kognition,⁷¹

Zurückhaltung.⁷² Betreffend Sachverhaltsfeststellung lautet das besprochene Urteil auf einen offensichtlichen Fehler.⁷³ Da das Bundesgericht Ausführungen zur Verhältnismässigkeit macht, darf angenommen werden, dass nicht allein die fehlerhafte Sachverhaltsermittlung entscheidungswesentlich war.

Diese Eingrenzungen wurden von der Lehre als gerichtlicher Aufruf zur Mässigung⁷⁴ aufgenommen. Indem gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Offenheit der gesetzlichen Grundlage durch verfassungsmässige Grundsätze kompensiert werden kann, darf das vorliegende Urteil als Betonung der prozeduralen Aspekte der Entscheidungsfindung aufgefasst werden. Das Resultat ist insofern ausgeglichen, als die FINMA unbestreitbar schnell und flexibel eine Reaktion auf neue Entwicklungen zur Hand haben muss, ihr aber gleichzeitig keine «Blankettermächtigung» erteilt werden kann, von Fall zu Fall zu entscheiden.^{75, 76}

3.3 Gruppenbegriff im Einzelnen

Die entscheidenden Kriterien finden sich in folgender Wendung:

«Der Schutz des Marktes und der Anleger (vgl. Art. 5 FINMAG) rechtfertigt trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird.»⁷⁷

Erstens müssen demnach enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen vorliegen und zweitens⁷⁸ muss eine nicht formelle Betrachtung «vernünftig» sein. Das Bundesgericht hält sodann in der Methodik einer nicht abschliessenden

⁶⁸ BGE 135 II 356, 361, E. 3.2 (Effektenhändlerstätigkeit); BGer 2C_74/2009 vom 22. Juni 2009, E. 2.2.2 (Entgegennahme von Publikumseinlagen); 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1 (Effektenhändlerstätigkeit sowie Entgegennahme von Publikumseinlagen); dies dürfte auch daher rühren, dass Emissionshäuser erst seit Inkrafttreten des BEHG nicht mehr im BankG geregelt sind (vgl. BSK BankG-Bahar/Stupp [Fn. 37], Art. 1 N 50).

⁶⁹ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 7.3.1.

⁷⁰ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.2.

⁷¹ Art. 95 BGG; die Angemessenheit kann nicht geprüft werden, da es sich nicht um einen Rechtsfehler handelt, vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich et al. 2006, 98–101, insb. Rz. 473; Verhältnismässigkeit kann überprüft werden (Markus Schott, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 95 N 47).

⁷² BGE 135 II 356, 359, E. 3.1.

⁷³ BGer 2C_276/2009, vom 22. September 2009, E. 7.2; vgl. in diesem Zusammenhang Art. 105 Abs. 2 BGG.

⁷⁴ Peter Nobel, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 2010, 11, 16.

⁷⁵ Zum Letzteren vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 71), 81 Rz. 386.

⁷⁶ Vgl. zum Ganzen auch die Entscheidbesprechungen von Nobel (Fn. 74), 11, 16 sowie Ceregato (Fn. 54), 15.

⁷⁷ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1.

⁷⁸ Die Kriterien sind kumulativ: «und» (BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1).

Aufzählung⁷⁹ folgende alternative⁸⁰ Fallgruppen fest: (1) Die Fallgruppe des Auftritts als Einheit⁸¹ und (2) die Fallgruppe der Umstände, die koordiniertes Vorgehen erkennen lassen.⁸² Als Tatsachen mit Indizwirkung für die zweite Fallgruppe werden höchstrichterlich angeführt: (i) Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; (ii) faktisch gleicher Geschäftssitz; (iii) wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; (iv) zwischengeschaltete Treuhandstrukturen.

Hervorzuheben ist, dass es für die zweite Fallgruppe mindestens der stillschweigenden (konkudenten) Koordination unter den Gruppenmitgliedern bedarf und ein Parallelverhalten für die Annahme einer Gruppe daher nicht ausreicht. Wichtig ist hierbei aber umgekehrt, dass keine Umgehungsabsicht erforderlich ist – diese liesse sich nicht mit dem Zweck des Anleger- und des Marktschutzes vereinbaren, da die von einer Gruppe ausgehende Gefahr für den Anleger nicht von den Intentionen der Gruppenmitglieder abhängt.

4. Anwendung der Prinzipien auf die Beschwerdeführerinnen

4.1 SAG

Aufgrund der Verflechtungen mit der Gruppe (vorne I.1) überzeugt die bundesgerichtliche Einbeziehung der S AG in diese, wie auch ihre aufsichtsrechtliche Liquidation. Ihre Tätigkeit als Immobilienverwalterin steht dem nicht entgegen, da diese lediglich eine untergeordnete war, wie das Bundesgericht feststellt.⁸³

⁷⁹ «Ein gruppenweises Handeln kann insbesondere dann vorliegen (...)» (BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1 – Hervorhebung durch Verf.).

⁸⁰ Dies ergibt sich aus der Formulierung: «(...) bzw. (...)» (BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1).

⁸¹ «(...) wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten (...)» (BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1).

⁸² «(...) aufgrund der Umstände (...) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird.» (BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 4.3.1).

⁸³ BGer 2C_276/2009 vom 22. September 2009, E. 6.3.3.

4.2 R AG

Dass die R AG demgegenüber eher nicht zur Gruppe zu zählen ist, überzeugt, da diese nicht allein von A beherrscht wird – neben ihm gibt es zwei andere Verwaltungsräte und mehr als zehn Aktionäre. Die R AG ist somit nicht gleichermassen personell und organisatorisch mit der Gruppe verflochten, auch wenn gewisse wirtschaftliche Indizien für eine Gruppenzugehörigkeit sprechen (vgl. vorne I.1).

Die höchstrichterlichen Ausführungen zur Verhältnismässigkeit der Sanktionen gegen die R AG sind vor dem vom Bundesgericht dargestellten Sachverhalt – insbesondere der realen Geschäftsaktivitäten der R AG – überzeugend. Eine Liquidation hätte auch weitreichende Konsequenzen für Unbeteiligte, was ebenso mitberücksichtigt werden sollte. Hervorzuheben ist einzig, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung immer stattzufinden hat,⁸⁴ was aber nicht heisst, dass das Resultat immer auf Unverhältnismässigkeit der Sanktion lauten müsste.⁸⁵

IV. Fazit

Das Bundesgericht bestätigt die Praxis, wonach Bewilligungserfordernisse im Finanzmarktrecht nicht durch koordiniertes Verhalten umgangen werden dürfen. Der Begriff der Gruppe in Fällen unwilliger Effekthändlerstätigkeit ist eigenständig und verfolgt den Zweck des Anlegerschutzes sowie der Lauterkeit des Finanzmarktes. Das Bundesgericht formuliert den Gruppenbegriff präzise und grenzt diesen zweifach ein: Einerseits durch die Feststellung, dieser könne nicht grenzenlos erweitert werden, und andererseits durch die Betonung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

Eine Gruppentätigkeit kann in Fällen von Gesetzesumgehung grundsätzlich durch Auslegung der Bewilligungsnorm ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot erfasst werden. Eine als Organ handelnde natürliche Person darf nur im Ausnahmefall mit Kosten belastet werden.

⁸⁴ «Auch Liquidationshandlungen müssen aber verhältnismässig sein.» (Urs Zulauf/David Wyss/Daniel Roth, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, 249).

⁸⁵ Vgl. BGE 131 II 306, 317, E. 3.3.