

IUR II

Name:.....

Vorname:.....

Studentennummer:.....

Hilfsmittel: Open Book Examen (alle Unterlagen zulässig)

Sommersession 2005

Allgemeines Verwaltungsrecht

Professor Thomas Fleiner

Reglement BA/MA 2001

Punkte:

Note:

Datum:

Unterschrift des Professors:

Muttersprache:.....

Dies ist ein **Open Book Examen**: Es sind alle Unterlagen zugelassen

Fragen:

Total: 54 Punkte

1. a) Wie kann die vorliegend behandelte Haftungsart qualifiziert werden? (1 Punkt)

.....
.....

- b) Welches Rechtsmittels bedienen sich die Betroffenen im vorliegenden Fall?
Nennen Sie auch die entsprechende Rechtsgrundlage. (2 Punkte)

.....
.....

- c) Welche Haftung steht in Art. 19 Abs. 1 lit. a VG in Frage? (2 Punkte)

.....
.....

- d) Welches ist der institutionelle Status der Bankenkommission innerhalb der Bundesbehörden?
Inwieweit ist er für die Behandlung dieses Falles relevant?
Wie wird die von BGE 106 Ib 361 abweichende Lösung gerechtfertigt? (3 Punkte)

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

2. a) Welches ist die wesentliche Rechtsfrage im vorliegenden Fall? (2 Punkte)

.....
.....
.....
.....

b) Wie wird diese Frage vom Bundesgericht beantwortet? (2 Punkte)

.....
.....
.....
.....

c) Welche Elemente des Sachverhaltes sind entscheidwesentlich? (4 Punkte)

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3. a) Welches sind generell die Probleme bei der Bestimmung der Widerrechtlichkeit?
(2 Punkte)

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

- b) Welche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall?
(3 Punkte)

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

4. Wie ist die von der Bankenkommission vergebene Bankenbewilligung zu qualifizieren, welche Funktionen hat diese Bewilligung, welche Konsequenzen ergeben sich daraus? (5 Punkte)

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

5. a) Warum erstreckt sich die Aufsicht der Bankenkommission auch auf Geschäftstätigkeiten von Unternehmen, die ihr nicht direkt unterstellt sind? Worin unterscheidet sich diese Aufsicht von der Aufsicht über die ihr direkt unterstellten Banken, welche Auswirkungen hat dies auf die Haftungsvoraussetzungen? (6 Punkte)

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....
.....
.....
.....

b) Wie beurteilen Sie die Beantwortung dieser Fragen durch das Bundesgericht?
(4 Punkte)

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

6. Unter Erwägung 2d unterscheidet das Bundesgericht zwischen dem Beurteilungsspielraum und der Ermessensfrage. Worin unterscheiden sich diese zwei „Freiräume“ der Bankkommission, wer und wie können sie eingeschränkt werden? (6 Punkte)

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

BGE 126 Ib 193

A.- Verschiedene Kläger erheben gegenüber der Schweizerischen Eidgenossenschaft Ansprüche aus Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32). Zur Begründung machen sie geltend, die Bankenkommission sei zu spät gegen die X. AG eingeschritten und habe insbesondere nicht rechtzeitig etwas vorgekehrt, um die Interessen der Gläubiger zu schützen, als sie von der widerrechtlichen Tätigkeit der X. AG vernommen habe. Die Bankenkommission habe überhaupt von Anfang an wissen können, dass die X. AG bankähnliche Geschäfte tätige; dennoch habe sie in rechtswidriger Weise mit der Auflösung der X. AG gezögert.

Das Bundesgericht weist die Klage ab, weil das Verhalten der Eidgenössischen Bankenkommission (bzw. ihrer Organe) im Verfahren gegen die X. AG nicht rechtswidrig war, die Haftungsvoraussetzungen nach Art. 3 VG somit nicht erfüllt sind.

Aus den Erwägungen:

1. -- a) Der Bund haftet für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt (Art. 3 Abs. 1 VG). Wird ein solcher Schaden durch ein Organ oder einen Angestellten einer mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation (in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit) zugefügt, haftet dem Dritten die Organisation; soweit diese die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund für den ungedeckten Betrag (Art. 19 Abs. 1 lit. a VG). Das Bundesgericht vertrat in BGE 106 Ib 361 (unter Hinweis auf BGE 93 I 85 E. 1) die Auffassung, die Eidgenössische Bankenkommission sei eine Behörde des Bundes, die ausserhalb der eidgenössischen Gerichte und der Bundesverwaltung stehe, und nahm folglich eine Haftung nach Art. 19 VG an.

Dies geschah allerdings in einem obiter dictum und war schliesslich nicht entscheidungswesentlich. In den vorliegenden Verfahren stellt sich jedoch die Frage nach der Haftungsgrundlage direkt, weshalb vorerst die Stellung der Bankenkommission zu prüfen ist. Art. 11 Ziff. 10 der Bundesratsverordnung vom 9. Mai 1979 über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter (SR-172-010-15) führt die Eidgenössische Bankenkommission unter dem Finanzdepartement an; damit ist sie administrativ diesem Departement zugeordnet. Obwohl der Bankenkommission durch Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG; SR-952-0) die Aufsicht über das Bankenwesen und die Anlagefonds zur selbständigen Erledigung übertragen ist, wird sie dadurch nicht zu einer ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Organisation. Insbesondere fehlt ihr die finanzielle Autonomie, die für eine Haftung nach Art. 19 Abs. 1 lit. a VG vorhanden sein müsste. Der im vorliegenden Fall umstrittene Anspruch richtet sich deshalb gegen den Bund selber, und Art. 19 VG ist nicht anwendbar.

2. -- Die Bankenkommission beziehungsweise die Beamten ihres Sekretariates handelten gegenüber der X. AG in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit. Die Haftung des Bundes nach Verantwortlichkeitsgesetz setzt unter anderem voraus, dass ihr Tun oder Unterlassen widerrechtlich war (Art. 3 VG).

a) Widerrechtlich in diesem Sinne ist die Schadenszufügung dann, wenn die amtliche Tätigkeit des Beamten gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen. Ein solcher Verstoss kann unter Umständen in der Überschreitung oder im Missbrauch des dem Beamten durch Gesetz eingeräumten Ermessens liegen. Die Rechtsprechung hat auch die Verletzung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen als widerrechtlich bezeichnet (BGE 107 Ib 163 f. E. 3a, mit Hinweisen). Die Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 3

Abs. 1 VG setzt die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Gutes, eines Rechtsgutes, voraus.

Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich. Vermögensschädigungen ohne Rechtsgutverletzung sind daher an und für sich nicht rechtswidrig; sie sind es nur, wenn sie auf ein Verhalten zurückgehen, das von der Rechtsordnung als solches, das heisst unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen, verpönt wird (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, 4. Aufl., S. 17 (Rz. 43) und S. 33 (Rz. 94, 95)). Vorausgesetzt wird, dass die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor diesen Schädigungen dienen (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., S. 35 (Rz. 101)).

b) Der Zweck des Bankengesetzes liegt unter anderem im Schutz der Bankgläubiger; dieser steht im Vordergrund (Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1980; BBl 1970 I 1145; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 2. Februar 1934 betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBl 1934 I 175; BGE 106 Ib 363, mit Hinweisen, unter anderem auf BGE 99 Ib 110: "Das Bankengesetz bezweckt vorab den Schutz des Publikums, insbesondere der Gläubiger der Banken", bestätigt in BGE 108 Ib 418). Dieser Schutz, den das Bankengesetz zum Zweck hat, genügt -- für sich allein genommen -- nicht, um eine Haftung des Bundes für den als Gläubiger einer Bank erlittenen Vermögensschaden zu begründen. Für die Widerrechtlichkeit ist vielmehr vorausgesetzt, dass das von den Klägern beanstandete Verhalten der Organe der Bankenkommission gegen Vorschriften verstösst, die diesen Schutz konkretisieren. Zu berücksichtigen sind dabei einerseits das Verhalten der Bankenkommission als Aufsichtsorgan (unten lit. c), denn die Staatshaftung nach Verantwortlichkeitsgesetz kann zum vornherein nur für eine "amtliche Tätigkeit" Platz greifen, andererseits der Beurteilungs- und Ermessensspielraum, welcher der Bankenkommission in der Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht nach Gesetz und Rechtsprechung zusteht (unten lit. d), denn widerrechtlich im Sinne von Art. 3 VG sind zum vornherein nur eigentliche Ermessensfehler (Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens).

c) Der Bankenkommission ist die Aufsicht über das Bankwesen und die Anlagefonds zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 BankG). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 23bis Abs. 1 BankG). Dafür stellt ihr das Gesetz ein umfangreiches Instrumentarium zur Verfügung, von dem im Hinblick auf die vorliegenden Klagen die folgenden Massnahmen relevant sind: Die Bankenkommission kann nach Art. 23bis Abs. 2 BankG von den Banken und den Revisionsstellen "alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt ...". 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). Wenn die Forderungen der Gläubiger durch schwerwiegende Missstände als ernstlich gefährdet erscheinen, kann die Bankenkommission in eine Bank einen Sachverständigen abordnen (Art. 23quater Abs. 1 BankG). Der Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, entzieht die Bankenkommission die Bewilligung zur Gesellschaftstätigkeit (Art. 23quinquies Abs. 1 BankG).

d) Ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Bankenkommission gegen ein ihr unterstelltes Bankinstitut gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht an sich frei überprüft. Indes gesteht es der Aufsichtsbehörde einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Prüfung des Einzelfalls zu (BGE 108 Ib 275 E. c, mit Hinweis). Welche konkreten Massnahmen bei Bejahung der Pflicht für ein Einschreiten der Kommission im Einzelfall angezeigt sind, stellt eine Ermessensfrage dar. Ausser im Fall des Bewilligungsentzuges nach Art. 23quinquies BankG, wo dieser bei gegebenen Voraussetzungen zwingend zu erfolgen hat, kommt der Bankenkommission als fachkundiger Behörde bei der Massnahmeauswahl ein weiter Spielraum des Ermessens zu (BGE 108 Ib 275 E. d, mit Hinweisen). Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Bankenkommission 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 108 Ib 275 f. E. d). Auch wo die Bankenkommission zu prüfen hat, ob eine Gesellschaft ohne ihre Bewilligung in dem ihrer Aufsicht unterstellten Bereich tätig ist, d. h. ob ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegen eine solche Gesellschaft geboten ist, steht ihr dieser Spielraum in der Beurteilung zu. Selbst wo eine nachträgliche Bewilligung verweigert werden muss, weil unter den gleichen Voraussetzungen einer Bank die Bewilligung nach Art. 23quinquies BankG zwingend zu entziehen wäre (Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1986, N 2 zu Art. 23quinquies BankG), ist der Bankenkommission ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Prüfung der Voraussetzungen und ein weitgehendes Ermessen beim Entscheid über den genauen Zeitpunkt eingeräumt (vgl. BGE 98 Ib 272 E. 4). Unter diesen Vorzeichen ist das von den Klägern gerügte Verhalten der Bankenkommission im Fall der X. AG auf seine Widerrechtlichkeit hin zu prüfen (unten E. 4).

3. -- Banken und diesen nach Art. 1 Abs. 2 BankG gleichgestellte Unternehmungen bedürfen zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der Bankenkommission (Art. 3 Abs. 1 BankG; Bodmer/Kleiner/Lutz, a.a.O., N 1 zu Art. 3-3ter BankG). Die X. AG hatte für ihre Tätigkeit keine Bewilligung eingeholt, war dem Bankengesetz also nicht formell unterstellt. Es fragt sich vorerst, ob und inwiefern dieser Umstand für die Aufsichtspflicht der Bankenkommission, Voraussetzung für die Haftung des Bundes, erheblich ist.

Es ist davon auszugehen, dass die Bankenkommission allgemein über die "Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, dass folglich die ihr übertragene "Aufsicht über das Bankwesen" nicht auf Banken und diesen gleichgestellte Unternehmungen beschränkt ist. Soweit ihre grundsätzliche Aufsichtspflicht reicht, hat die Bankenkommission die Befugnis und die Pflicht, die Mittel zur Durchsetzung der Aufsicht auch gegenüber nicht unterstellten Instituten einzusetzen. So übte die Bankenkommission im Fall der X. AG die Aufsicht dadurch aus, dass sie unter anderem deren Auflösung und Liquidation (in Anwendung von Art. 23quinquies BankG) verfügte.

Nicht für den Grundsatz der Aufsichtspflicht, wohl aber für deren Inhalt und Intensität macht es -- im Hinblick auf die Staatshaftung nach Art. 3 VG -- einen relevanten Unterschied, ob eine Unternehmung dem Bankengesetz unterstellt ist oder nicht. Die Aufsicht dient -- entsprechend dem vordergründigen Gesetzeszweck -- unter anderem vorab dem Schutz der Bankgläubiger. Sie betrifft daher in erster Linie die dem Gesetz unterstellten Unternehmungen. Im nicht unterstellten Bereich geht die Aufsicht weniger weit, schon deshalb, weil von den umfassenden Schutzvorschriften des Bankengesetzes nur einige Singulärbestimmungen auf nicht unterstellte Institute anwendbar sind. Da die Bankenkommission über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hat, modifiziert und begrenzt der Anwendungsbereich des Bankengesetzes gleichzeitig die so umschriebene Aufsichtspflicht. Die X. AG trat nach aussen als ein dem Bankengesetz nicht unterstelltes Institut auf; sie unterlag demzufolge der für diesen Bereich geltenden beschränkten Aufsichtspflicht.

4. -- a) Nachdem die Bankenkommission von der Schweizerischen Bankiervereinigung im September 1983 erfahren hatte, Gerüchten zufolge schein es, dass sich die X. AG öffentlich zur Annahme von Geldern empfehle, verlangte sie von der Gesellschaft am 3. November 1983 nähere Auskunft über ihre Tätigkeit. Die X. AG antwortete am 17. November 1983.

aa) Die Kläger halten dafür, anhand der von der Schweizerischen Bankiervereinigung zur Verfügung gestellten Unterlagen habe die Bankenkommission feststellen können, dass es wohl nicht um eine blosse Vermögensverwaltung separat verwalteter Kundengelder ging. Dies sei durch die von der X. AG überlassenen Rundschreiben (Bündelung verschiedener Einlagen, Anpreisung der Tätigkeit am deutschen Markt) und den Prospekt (Hinweis auf Gewinnbeteiligung und einmalige

Anlagegebühr) bestätigt worden und habe aufgrund der Bilanzen, namentlich jener per 31. Dezember 1982, zur Gewissheit werden müssen

bb) In ihrer Anzeige vom 12. September 1983 äusserte die Schweizerische Bankiervereinigung den Verdacht, die X. AG sei eine Gesellschaft, die bankähnlichen Geschäften nachgehe; von einer unseriösen Geschäftstätigkeit oder von Vermögensdelikten war darin nicht die Rede. Die Bankenkommision, die eine Untersuchung über die Unterstellungspflicht eröffnete, hatte somit zunächst keinen Anlass, die X. AG eines Delikts zu verdächtigen oder weitergehende Aufsichts-massnahmen anzuordnen.

Aus den Unterlagen geht weiter hervor, dass die X. AG sich für die treuhänderische Vermögensverwaltung offerierte. So hatte der Kunde einen "Vermögensverwaltungsauftrag und Kontoeröffnungsvollmacht" beziehungsweise einen "Treuhandauftrag betreffend Konto Nr. ..." zu unterzeichnen. Auch der Prospekt deutete auf ein Treuhandverhältnis. Darin, dass die Bankenkommision aufgrund dieser Unterlagen noch nicht eingriff, ist kein rechtswidriges Verhalten zu sehen. Weil, wie die Bankenkommision ausführt, damals präzise und verbindliche Vorschriften für die Verbuchung treuhänderisch gehaltener Vermögenswerte fehlten, gaben auch die vorgelegten Bilanzen keinen Anlass zum Eingreifen.

Als unbehelflich erscheint der Einwand der Kläger, die Bankenkommision hätte, bis zum Beweis des Gegenteils, von einer Unterstellung der X. AG unter das Bankengesetz ausgehen müssen, denn dieses -- zum Schutz der Gläubiger erlassene -- Gesetz sei im Zweifel zugunsten der Gläubiger auszulegen. Mit Recht wendet die Beklagte dagegen ein, dass eine derartige gesetzliche Vermutung nicht besteht und dass sich die X. AG ausschliesslich für treuhänderische Anlagen empfohlen habe. Unter den konkreten Umständen bestand im damaligen Zeitpunkt auch kein zwingender Grund, den Bilanzen der beiden ersten Geschäftsjahre näher auf den Grund zu gehen. Auf jeden Fall ist im Verhalten der Bankenkommision bis zu diesem Zeitpunkt keine Rechtswidrigkeit zu erblicken.

b) Auf 5. April 1984 wurde Y., einziges Mitglied des Verwaltungsrates der X. AG, zu einer Besprechung in Bern eingeladen. Die dabei vorgelegte provisorische Bilanz 1983 gab Anlass zum Schreiben der Bankenkommision vom 14. Mai 1984, worin der X. AG Frist für den Nachweis treuhänderischer Tätigkeit angesetzt wurde.

Im Zuwarten der Bankenkommision und in der Ansetzung einer Frist zum Nachweis der behaupteten treuhänderischen Tätigkeit ist kein rechtswidriges Verhalten zu sehen. Mit diesem Vorgehen hat die Bankenkommision weder gegen eine ausdrückliche Vorschrift verstossen noch ihr Ermessen missbraucht oder überschritten. Es erscheint im Gegenteil als verhältnismässig, dass die Bankenkommision der X. AG vorerst Gelegenheit einräumte, innert einer bestimmten Frist zum geäusserten Verdacht Stellung zu nehmen.

Für das Vorgehen der Bankenkommision mag bestimmend gewesen sein, dass Y., die -- wie auch die Kläger bestätigen -- vertrauens-erweckend wirkte, erklärte, die Gesellschaft verwalte Vermögen und sei treuhänderisch tätig.

Auch äusserte Y., sie wolle nun einen Anwalt beiziehen, um künftig einwandfreie Fiduziarverträge abzuschliessen.

Nicht beanstanden lässt sich weiter die Fristverlängerung, welche die Bankenkommision dem nunmehr von der X. AG beigezogenen Anwalt gewährte.

c) Mit Schreiben vom 10. Juli 1984 bestätigte der Anwalt der X. AG dann allerdings, dass diese nicht als reine Vermögensverwaltungsgesellschaft angesehen werden könne, doch würden nun keine selbstschuldnerischen Depots mehr entgegengenommen und die bereits (selbstschuldne-

risch) eingegangenen Beträge würden den einzelnen Kunden gutgeschrieben und getrennt treuhänderisch verwaltet. Für diese Entflechtung würden etwa sechs Monate benötigt. Das darin enthaltene Gesuch um Fristerstreckung wurde -- gemäss Darstellung der Beklagten in der Klageantwort -- von der Bankenkommission stillschweigend bewilligt. Nachdem während der in Aussicht gestellten Zeit keine Antwort eingegangen war, erkundigte sich die Bankenkommission am 28. März 1985 bei der X. AG nach dem Stand der Dinge und verlangte konkrete Auskünfte und Unterlagen.

a) Die Kläger, die bereits das frühere Zuwarten -- zu Unrecht -- als rechtswidrig missbilligen, rügen, dass die Bankenkommission nichts vorgekehrt habe, damit die X. AG keine weiteren Gelder am Markt aufnahm; weder die Gesellschaft noch deren Reorganisation sei überwacht worden.

b) Die Kläger übersehen, dass es auch zu diesem Zeitpunkt im Verfahren gegen die X. AG bloss um die Frage ging, ob diese bankähnliche Geschäfte pflege und dafür einer Bewilligung der Bankenkommission bedürfe. Sie verkennen zudem die Tragweite der Aufsichtspflicht und -möglichkeiten der Bankenkommission im nicht unterstellten Bereich, wenn sie unter den gegebenen Umständen eine weitergehende Überwachung der Gesellschaft oder deren Organisation verlangen. Für die Aufsichtsbehörde bestand kein Anlass, gestützt auf Art. 23quater BankG einen Sachverständigen als Beobachter einzusetzen. Davon abgesehen, dass diese Massnahme die förmliche Unterstellung unter das Bankengesetz voraussetzen dürfte, ist eine ernstliche Gefährdung der Gläubigerforderungen durch schwerwiegende Missstände vorausgesetzt; diese Voraussetzung war nicht erfüllt.

d) Der von der Bankenkommission am 28. März 1985 angeforderte Bericht wurde am 25. April 1985 erstattet. Am 17. Mai 1985 wurde die Untersuchung durchgeführt und am 20. Mai 1985 die Auflösung und Liquidation der X. AG verfügt.

Das Verfahren in den Monaten April/Mai 1985 wurde somit zügig geführt und lässt sich rechtlich auch sonst nicht beanstanden.

e) In der Gesamtbeurteilung lässt sich keine Widerrechtlichkeit im Verhalten der Bankenkommission feststellen: weder hat sie gegen ihre Aufsichtspflicht verstossen, noch hat sie das ihr eingeräumte Ermessen überschritten oder missbraucht, noch hat sie einen allgemeinen Rechtsgrundsatz verletzt.

Für diese rechtliche Würdigung fällt insbesondere in Betracht, dass die Bankenkommission vorerst abzuklären hatte, ob die X. AG willkürlich in dem ihrer Aufsicht unterstellten Bereich tätig war. Das schrittweise Vorgehen der Bankenkommission und die konkreten Massnahmen, einschliesslich des Zeitpunkts ihrer Anordnung, sind durch den der Bankenkommission als fachkundiger Behörde zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum im Rückblick ebenso gedeckt wie der Verzicht der Aufsichtsbehörde auf weitere Massnahmen. Es ist nämlich nicht ausser acht zu lassen, dass Gläubigerinteressen auch infolge eines allzu forschen Vorgehens Schaden nehmen könnten. Im übrigen hat die Bankenkommission, als sie den Zeitpunkt der Auflösung festgelegt hat, das ihr eingeräumte Ermessen weder überschritten noch missbraucht; aus dem von ihnen angerufenen Entscheid in BGE 98 Ib 269 ff. können die Kläger also ebenfalls nichts für sich ableiten. Dass die Bankenkommission, allenfalls aufgrund der Erfahrungen mit der X. AG, in späteren Fällen möglicherweise schneller und energischer reagierte, ändert daran nichts.

Anhang:

1. **Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (VG)**
 2. **Ursprüngliche Fassung von Art. 10 des Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (VG)** vor der Revision durch das BG vom 4. Okt. 1979
 3. **Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG)**
 4. **Bundesratsverordnung über die Aufgabe der Departemente, Gruppen und Ämter**
-

1. **Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (VG)** vom 14. März 1958

I. Abschnitt: Geltungsbereich

Art. 1

¹ Den Bestimmungen dieses Gesetzes unterstehen alle Personen, denen die Ausübung eines öffentlichen Amtes des Bundes übertragen ist, nämlich:

- a. ...
- b. die Mitglieder des Bundesrates und der Bundeskanzler;
- c. die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts sowie die Mitglieder des Bundesstrafgerichts;
- d. die Mitglieder und Ersatzmänner von Behörden und Kommissionen des Bundes, die ausserhalb der eidgenössischen Gerichte und der Bundesverwaltung stehen;
- e. die Beamten und übrigen Arbeitskräfte des Bundes;
- f. alle anderen Personen, insoweit sie unmittelbar mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind.

² Ausgenommen sind die Angehörigen der Armee mit Bezug auf ihre militärische Stellung und ihre dienstlichen Pflichten.

Art. 2

¹ Soweit dieses Gesetz nicht besondere Vorschriften enthält, gelten die Bestimmungen über die Beamten auch für alle übrigen in Artikel 1 genannten Personen.

² Für die in der Bundesversammlung oder in ihren Organen abgegebenen Voten können die Mitglieder des Bundesrates und der Bundeskanzler rechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden.⁶

³ Im übrigen bleiben die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 26. März 1934 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft vorbehalten.

II. Abschnitt: Die Haftung für Schaden

Art. 3

¹ Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten.

² Bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen, richtet sich die Haftung des Bundes nach jenen besonderen Bestimmungen.

³ Gegenüber dem Fehlbaren steht dem Geschädigten kein Anspruch zu.

⁴ Sobald ein Dritter vom Bund Schadenersatz begehrt, hat der Bund den Beamten, gegen den ein Rückgriff in Frage kommen kann, sofort zu benachrichtigen.

Art. 10

¹ Über streitige Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund erlässt die zuständige Behörde eine Verfügung. Die Verfügung unterliegt der Beschwerde an die zuständige eidgenössische Rekurskommission im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 und in letzter Instanz der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht.

² Über streitige Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung aus der Amtstätigkeit von Personen im Sinne von Artikel 1 Absatz 1 Buchstaben a–c urteilt das Bundesgericht als einzige Instanz im Sinne der Artikel 116 ff. des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943. Die Klage gegen den Bund kann beim Bundesgericht erhoben werden, wenn die zuständige Behörde zum Anspruch innert dreier Monate seit seiner Geltendmachung nicht oder ablehnend Stellung genommen hat.

V. Abschnitt:

Die Verantwortlichkeit der mit Aufgaben des Bundes betrauten besonderen Organisationen und ihres Personals

Art. 19

¹ Fügt ein Organ oder ein Angestellter einer mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten und ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehenden Organisation in Ausübung der mit diesen Aufgaben verbundenen Tätigkeit Dritten oder dem Bund widerrechtlich Schaden zu, so sind folgende Bestimmungen anwendbar:

a. Für den einem Dritten zugefügten Schaden haftet dem Geschädigten die Organisation nach den Artikeln 3–6. Soweit die Organisation die geschuldete Entschädigung nicht zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag. Der Rückgriff des Bundes und der Organisation gegenüber dem fehlbaren Organ oder Angestellten richtet sich nach den Artikeln 7 und 9.

b. Für den dem Bund zugefügten Schaden haften primär die fehlbaren Organe oder Angestellten und subsidiär die Organisation. Artikel 8 und 9 sind anwendbar.

² Auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit finden die Artikel 13 ff. entsprechend Anwendung.

³ Über streitige Ansprüche von Dritten oder des Bundes gegen die Organisation sowie der Organisation gegen fehlbare Organe oder Angestellte erlässt die Organisation eine Verfügung. Diese unterliegt der Beschwerde an die zuständige eidgenössische Rekurskommission nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz und in letzter Instanz der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach dem Bundesrechtspflegegesetz vom 16. Dezember 1943

2. Ursprüngliche Fassung von Art. 10 des Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (VG) vor der Revision durch das BG vom 4. Okt. 1979

Art. 10

¹ Über streitige Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus diesem Gesetz urteilt das Bundesgericht als einzige Instanz im Sinne der Artikel 110 u. ff. des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege.

² Die Klage gegen den Bund kann beim Bundesgericht erhoben werden, wenn die zuständige Amtsstelle zum Anspruch innert drei Monaten seit seiner Geltendmachung nicht oder ablehnend Stellung genommen hat.

3. Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (BankG) vom 8. November 1934

Erster Abschnitt: Geltungsbereich des Gesetzes

Art. 1

¹ Diesem Gesetz unterstehen die Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen, nachstehend Banken genannt.

² Natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Die Auflage von Anleihen gilt nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen.

³ Dem Gesetz unterstehen insbesondere nicht:

- a. Börsenagenten und Börsenfirmer, die nur den Handel mit Wertpapieren und die damit unmittelbar im Zusammenhang stehenden Geschäfte betreiben, jedoch keinen Bankbetrieb führen;
- b. Vermögensverwalter, Notare und Geschäftsagenten, die lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten und keinen Bankbetrieb führen.

⁴ Der Ausdruck «Bank» oder «Bankier», allein oder in Wortverbindungen, darf in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes und in der Geschäftsreklame nur für Institute verwendet werden, die eine Bewilligung der Eidgenössischen Bankenkommission (Bankenkommission) als Bank erhalten haben. Vorbehalten bleibt Artikel 2 Absatz 3.

⁵ Die Schweizerische Nationalbank und die Pfandbriefzentralen fallen nur soweit unter das Gesetz, als dies ausdrücklich gesagt ist.

Zweiter Abschnitt: Bewilligung zum Geschäftsbetrieb

Art. 3

¹ Die Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der Bankenkommission; sie darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden, bevor diese Bewilligung erteilt ist.

² Die Bewilligung wird erteilt, wenn:

- a. die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreibt und die ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht; wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordert, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist;
- b. die Bank das vom Bundesrat festgelegte voll einbezahlte Mindestkapital ausweist;
- c. die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten;
- c. bis die natürlichen und juristischen Personen, welche direkt oder indirekt mit mindestens 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen an der Bank beteiligt sind oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können (qualifizierte Beteiligung, gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt;
- d. die mit der Geschäftsführung der Bank betrauten Personen an einem Ort Wohnsitz haben, wo sie die Geschäftsführung tatsächlich und verantwortlich ausüben können.

³ Die Bank hat der Bankenkommission ihre Statuten, Gesellschaftsverträge und Reglemente einzureichen sowie alle späteren Änderungen daran anzuzeigen, soweit diese den Geschäftszweck, den Geschäftsbereich, das Grundkapital oder die innere Organisation betreffen. Solche Änderungen dürfen nicht ins Handelsregister eingetragen werden, bevor die Bankenkommission sie genehmigt hat.

⁴ ...

⁵ Jede natürliche oder juristische Person hat der Bankenkommission Meldung zu erstatten, bevor sie direkt oder indirekt eine qualifizierte Beteiligung nach Absatz 2 Buchstabe cbis an einer nach

schweizerischem Recht organisierten Bank erwirbt oder veräussert. Diese Meldepflicht besteht auch, wenn eine qualifizierte Beteiligung in solcher Weise vergrössert oder verkleinert wird, dass die Schwellen von 20, 33 oder 50 Prozent des Kapitals oder der Stimmen erreicht oder über- beziehungsweise unterschritten werden.

⁶ Die Bank meldet die Personen, welche die Voraussetzungen nach Absatz 5 erfüllen, sobald sie davon Kenntnis erhält, mindestens jedoch einmal jährlich.

⁷ Nach schweizerischem Recht organisierte Banken erstatten der Bankenkommission Meldung, bevor sie im Ausland eine Tochtergesellschaft, eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine Vertretung errichten.

Zehnter Abschnitt: Eidgenössische Bankenkommission

Art. 23

¹ Der Bundesrat wählt eine aus sieben bis elf Mitgliedern bestehende Eidgenössische Bankenkommission und bezeichnet ihren Präsidenten und den oder die Vizepräsidenten. Dieser Kommission ist die Aufsicht über das Bankenwesen, die Anlagefonds, das Börsenwesen, die Offenlegung bedeutender Beteiligungen und die öffentlichen Kaufangebote zur selbständigen Erledigung übertragen. Die Kommission verfügt über ein ständiges Sekretariat.

² Die Kommission, die sich in mehrere Kammern gliedern kann, erlässt ein Reglement über ihre Organisation und Geschäftsführung, das der Genehmigung des Bundesrates bedarf.

³ Die Bankenkommission erstattet dem Bundesrat wenigstens einmal jährlich Bericht über ihre Tätigkeit. Sie verkehrt mit dem Bundesrat über das Eidgenössische Finanzdepartement.

⁴ ...

⁵ Die Mitglieder der Kommission müssen Sachverständige sein. Sie dürfen weder Präsident, Vizepräsident, Delegierter oder Mitglied des Ausschusses des Verwaltungsrates noch Mitglied der Geschäftsführung einer Bank, einer Fondsleitung eines Anlagefonds, einer Börse, eines Effektenhändlers oder einer anerkannten Revisionsstelle sein.

Art. 23bis

¹ Die Bankenkommission trifft die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften.

² Die Bankenkommission kann von den Revisionsstellen sowie von den Banken alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt; sie ist befugt, von den Revisionsstellen Berichte, insbesondere den Revisionsbericht über eine Bank einzufordern und ausserordentliche Revisionen anzuordnen.

³ Die Bankenkommission ist befugt, den anderen schweizerischen Finanzmarktaufsichtsbehörden sowie der Nationalbank nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und Unterlagen zu übermitteln, welche diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.

⁴ Die Bankenkommission arbeitet bei der Aufsicht über Betreiber von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen, die diesem Gesetz unterstehen, mit der Nationalbank zusammen. Sie stimmt ihre Tätigkeit mit der Nationalbank ab und hört diese an, bevor sie eine Verfügung erlässt.

Art. 23ter

¹ 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.

^{1bis} Zur Durchsetzung von Artikel 3 Absätze 2 Buchstabe cbis und 5 dieses Gesetzes kann die Bankenkommission insbesondere das Stimmrecht suspendieren, das an Aktien oder Anteile gebunden ist, die von Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung gehalten werden.

² Wird eine vollstreckbare Verfügung der Bankenkommission nach vorausgegangener Mahnung innert der festgesetzten Frist nicht befolgt, so kann die Bankenkommission auf Kosten der säumigen Bank die angeordnete Handlung selber vornehmen.

³ Bei Widersetzlichkeit gegen vollstreckbare Verfügungen kann die Bankenkommission diese auch im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen oder in anderer Form bekanntmachen. Eine solche Massnahme ist zunächst anzudrohen.

⁴ Erhält die Bankenkommission Kenntnis von Widerhandlungen gegen die Artikel 46, 49 und 50 dieses Gesetzes, benachrichtigt sie unverzüglich das Eidgenössische Finanzdepartement. Erhält sie Kenntnis von Widerhandlungen gegen die Artikel 47 und 48 dieses Gesetzes oder von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen, benachrichtigt sie die zuständige kantonale Behörde.

Art. 23quater

¹ Die Bankenkommission kann eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, in einer Bank einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragter).

² Die Bankenkommission umschreibt in der Einsetzungsverfügung die Aufgaben des Untersuchungsbeauftragten. Sie legt fest, in welchem Umfang er an Stelle der Organe der Bank handeln darf.

³ Die Bank hat dem Untersuchungsbeauftragten Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren sowie alle Unterlagen offenzulegen und Auskünfte zu erteilen, welche er zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.

⁴ Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten trägt die Bank. Sie hat auf Anordnung der Bankenkommission einen Kostenvorschuss zu leisten.

Art. 23quinquies

¹ Die Bankenkommission entzieht der Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit.

² Der Entzug der Bewilligung bewirkt bei juristischen Personen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Auflösung und bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister. Die Bankenkommission bezeichnet den Liquidator und überwacht seine Tätigkeit.

³ Vorbehalten bleiben Massnahmen nach dem elften Abschnitt.

4. Verordnung über die Aufgaben der Departemente, Gruppen und Ämter vom 9. Mai 1979 (heute nicht mehr in Kraft)

Art. 11 Aufgaben des Generalsekretariats und der Ämter

...

10. Eidgenössische Bankenkommission

Vollzug der Erlasse betreffend die Aufsicht über die Banken, Anlagefonds und das Pfandbriefwesen