



# Bulletin

42 / 2002

Eidgenössische Bankenkommision  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

# Bulletin

**42 / 2002**

Eidgenössische Bankenkommision  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

**Herausgeber**

Eidg. Bankenkommission  
Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern  
Telefon 031 / 322 69 11  
Telefax 031 / 322 69 26  
E-Mail [info@ebk.admin.ch](mailto:info@ebk.admin.ch)  
Internet [www.ebk.admin.ch](http://www.ebk.admin.ch)

**Editeur**

Commission fédérale des banques  
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne  
Téléphone 031 / 322 69 11  
Téléfax 031 / 322 69 26  
E-Mail [info@ebk.admin.ch](mailto:info@ebk.admin.ch)  
Internet [www.cfb.admin.ch](http://www.cfb.admin.ch)

2

**Vertrieb**

BBL, Vertrieb Publikationen, CH-3003 Bern  
Telefax 031 / 325 50 58  
E-Mail [verkauf.zivil@bbl.admin.ch](mailto:verkauf.zivil@bbl.admin.ch)  
Internet [www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

**Diffusion**

OFCL, Diffusion publications, CH-3003 Berne  
Téléfax 031 / 325 50 58  
E-Mail [verkauf.zivil@bbl.admin.ch](mailto:verkauf.zivil@bbl.admin.ch)  
Internet [www.bbl.admin.ch/bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

**Bestellnummer**

607.142

**Numéro de commande**

607.142 3.2002 5000 69060

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Verzeichnis der Abkürzungen . . . . .	6
Konsolidierte Aufsicht durch das Bundesamt für Privatversicherungen über ein vorwiegend im Versicherungsbereich tätiges Finanzkonglomerat mit Sitz in der Schweiz . . . . .	15
Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots . . . . .	31
Vorsorgliche Massnahmen bei Unterstellungsverfahren . . . . .	45
Internationale Amtshilfe für das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe); Auskunftspflicht, aufschiebende Wirkung . . . . .	56
Internationale Amtshilfe für die Australian Securities & Investments Commission (ASIC); Recht auf ein faires Verfahren, Recht auf Achtung des Privatlebens, Kosten . . . . .	61
Internationale Amtshilfe für die Société de la bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (SBVMB); rechtliches Gehör, Weiterleitung an die Strafbehörden . .	83
Internationale Amtshilfe für das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) . . . . .	97
Internationale Amtshilfe für die Commission des Opérations de Bourse (COB); Verwaltungsverfahren bei Übermittlung von Angaben über externen Vermögensverwalter; Parteistellung des externen Vermögensverwalters . . . .	108
Sorgfaltspflichten der Banken bei der Entgegennahme und Aufbewahrung von Kundengeldern . . . . .	123

Zitervorschlag : EBK Bulletin 42

# Sommaire

	Page
Tableau des abréviations . . . . .	6
Surveillance sur une base consolidée exercée par l'Office fédéral des assurances privées sur un conglomérat financier actif principalement dans le domaine des assurances et ayant son siège en Suisse . . . . .	16
Obligation de présenter une offre publique d'acquisition . . . . .	31
Mesures provisionnelles lors de procédures d'assujettissement . . . . .	45
Entraide administrative en faveur du Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe); obligation de fournir des informations, effet suspensif . . . . .	56
Entraide administrative en faveur de l'Australian Securities & Investments Commission (ASIC); droit à un procès équitable, droit au respect de la vie privée, frais . . . . .	62
Entraide administrative en faveur de la Société de la Bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (SBVMB); droit d'être entendu, retransmission aux autorités pénales . . . . .	83
Entraide administrative en faveur du Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) . . . . .	97
Entraide administrative en faveur de la Commission des Opérations de Bourse (COB); procédure administrative lors de la transmission d'informations sur des gérants de fortune externes, qualité de partie du gérant de fortune externe . . . . .	108
Obligation de diligence des banques dans l'acceptation et la conservation de fonds de clients . . . . .	123
Proposition pour la citation: Bulletin CFB 42	

# Sommario

	Pagina
Elenco delle abbreviature . . . . .	6
Vigilanza su base consolidata esercitata dall'Ufficio federale delle assicurazioni private su un conglomerato finanziario attivo prevalentemente nel settore assicurativo e con sede legale in Svizzera . . . . .	17
Obbligo di presentazione di un'offerta pubblica d'acquisto . . . . .	32
Provvedimenti cautelari in procedure di assoggettamento . . . . .	46
Assistenza amministrativa internazionale al Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe); obbligo di fornire informazioni, effetto sospensivo . . .	57
Assistenza amministrativa internazionale al Australian Securities & Investments Commission (ASIC); diritto a un giusto procedimento, diritto alla tutela della vita privata, spese . . . . .	63
Assistenza amministrativa internazionale alla Bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (SBVMB); diritto al contraddittorio, trasmissione degli atti alle autorità penali . . . . .	84
Assistenza amministrativa internazionale al Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) . . . . .	98
Assistenza amministrativa internazionale alla Commission des Opérations de Bourse (COB); procedimento amministrativo in caso di trasmissione di dati relativi a gestori patrimoniali esterni, veste di parte del gestore esterno . . .	108
Obblighi di diligenza delle banche nell'accettazione e nella custodia di fondi di clienti . . . . .	124
Proposta di citazione: Bollettino CFB 42	

## Verzeichnis der Abkürzungen

### Tableau des abréviations

### Elenco delle abbreviature

### English abbreviations

ABV	Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz vom 21. Oktober 1996 (Auslandbankenverordnung, SR 952.111) OBE/OBE/FBO
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, SR 951.31) LFP/LFI/IFA
AFV	Verordnung über die Anlagefonds vom 19. Oktober 1994 (SR 951.311) OFP/OFI/IFO
AFV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision über die Anlagefonds vom 27. Oktober 1994 (SR 951.311.1) OFP-CFB/OFI-CFB/IFO-SFBC
APA	Federal Act on Administrative Procedure of 20 December 1968 (Administrative Procedure Act 1968) VwVG/PA/PA
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts RO/RU/RO
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse BGE/DTF/ATF
ATF	Decisions of the Federal Supreme Court BGE/ATF/DTF
BA	Federal Banking Act of 8 November 1934 (Banking Act 1934) BankG/LB/LBCR
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0) LB/LBCR/BA
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, SR 952.02) OB/OBCR/BO
BBI	Bundesblatt FF/FF/FF

BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) LBVM/LBVM/SESTA
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung, SR 954.11) OBVM/OBVM/SESTO
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (Börsenverordnung-EBK, SR 954.193) OBVM-CFB/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF/ATF
BO	Ordinance to the Federal Banking Act of 17 May 1972 (Banking Ordinance 1972) BankV/OB/OBCR
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) PPF/PP
BtG	Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10) StF/OF
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) PCF/PC
CFB	Commission fédérale des banques EBK/CFB/SFBC
CFB	Commissione federale delle banche EBK/CFB/SFBC
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) StGB/CP
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB/CP
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF/ATF

EBK	Eidgenössische Bankenkommision CFB/CFB/SFBC
EBK-GebV	Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommision vom 2. Dezember 1996 (SR 611.014) Oém-CFB/Oem-CFB
FBO	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 October 1996 (Foreign Banks Ordinance 1996) ABV/OBE/OBE
FF	Federal journal BBI/FF/FF
FF	Feuille fédérale BBI/FF/FF
FF	Foglio federale BBI/FF/FF
IFA	Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994 (Investment Fund Act 1994) AFG/LFP/LFI
IFO	Ordinance of the Federal Council on Investment Funds of 19 October 1994 (Investment Fund Ordinance 1994) AFV/OFI/OFI
IFO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission on Investment Funds of 27 October 1994 (Investment Fund Ordinance of the Banking Commission 1994) AFV-EBK/OFI-CFB/OFI-CFB
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0) BankG/LBCR/BA
LBCR	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (Legge sulle banche, RS 952.0) BankG/LB/BA
LBVM	Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 (Legge sulle borse, RS 954.1) BEHG/LBVM/SESTA

LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, RS 954.1) BEHG/LBVM/SESTA
LFI	Legge federale sui fondi d'investimento del 18 marzo 1994 (RS 951.31) AFG/LFP/IFA
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31) AFG/LFI/IFA
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02) BankV/OBCR/BO
OBCR	Ordinanza su le banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972 (Ordinanza sulle banche, RS 952.02) BankV/OB/BO
OBE	Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (Ordinanza sulle banche estere, RS 952.111) ABV/OBE/FBO
OBE	Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111) ABV/OBE/FBO
OBVM	Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sulle borse, RS 954.11) BEHV/OBVM/SESTO
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11) BEHV/OBVM/SESTO
OBVM-CFB	Ordinanza della Commissione federale delle banche sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 25 giugno 1997 (Ordinanza sulle borse della CFB, RS 954.193) BEHV-EBK/OBVM-CFB/SESTO-SFBC

OBVM-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (Ordonnance sur les bourses de la CFB, RS 954.193) BEHV-EBK/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
Oem-CFB	Ordinanza sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche del 2 dicembre 1996 (RS 611.014) EBK-GebV/Oém-CFB
Oém-CFB	Ordonnance réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques du 2 décembre 1996 (RS 611.014) EBK-GebV/Oem-CFB
OF	Ordinamento dei funzionari del 30 giugno 1927 (RS 172.221.10) BtG/StF
OFI	Ordinanza sui fondi d'investimento del 19 ottobre 1994 (RS 951.311) AFV/OFI/IFO
OFI-CFB	Ordinanza della Commissione federale delle banche sui fondi d'investimento del 27 ottobre 1994 (RS 951.311.1) AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
OFP	Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311) AFV/OFI/IFO
OFP-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 27 octobre 1994 (RS 951.311.1) AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110) OJ/OG
OG	Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (Organizzazione giudiziaria, RS 173.110) OG/OJ

OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, RS 173.110) OG/OG
PA	Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021) VwVG/PA/APA
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021) VwVG/PA/APA
PC	Legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1947 (RS 273) BZP/PCF
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273) BZP/PA
PP	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0) BStP/PPF
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
R-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommision vom 20. November 1997 (SR 952.721) R-CFB/R-CFB
RO	Official chronological collection of the federal legislation AS/RO/RU
RO	Recueil officiel des lois fédérales AS/RU/RO

RS	Raccolta sistematica del diritto federale SR/RS/RS
RS	Recueil systématique du droit fédéral SR/RS/RS
RS	Systematic collection of the federal legislation SR/RS/RS
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO/RO
SESTA	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (Securities Act 1995) BEHG/LBVM/LBVM
SESTO	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (Securities Ordinance 1996) BEHV/OBVM/OBVM
SESTO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission to the Fed- eral Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 25 June 1997 (Securities Ordinance of the Banking Commission 1997) BEHV-EBK/OBVM-CFB/OBVM-CFB
SFBC	Swiss Federal Banking Commission EBK/CFB/CFB
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts RS/RS/RS
StF	Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (RS 172.221.10) BtG/OF
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP/CP
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verant- wortlichkeitsgesetz, SR 170.32)

VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
VwOG	Bundesgesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung vom 19. September 1978 (SR 172.010)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA/PA/APA

## Verfügung des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV) vom 23. April 2001 i. S. Zurich Financial Services Group

Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1<sup>bis</sup> BankG, sinngemässe Anwendung des Erfordernisses einer angemessenen konsolidierten Aufsicht (durch ausländische Aufsichtsbehörden) auf die Aufsicht durch das Bundesamt für Privatversicherungen über ein vorwiegend im Versicherungsbereich tätiges Finanzkonglomerat mit Sitz in der Schweiz

1. *Die konsolidierte Aufsicht soll weder die sektorspezifische Aufsicht über die im Versicherungs- bzw. Bankbereich tätigen Gesellschaften der Gruppe in der betreffenden Jurisdiktion ersetzen, noch werden damit die bisher auf Einzelbasis nicht bewilligungspflichtigen Teile der Gruppe gleich den bewilligten Instituten einer Einzelaufsicht unterstellt (Erw. 2).*
2. *Die angestrebte Gesamtbetrachtung soll die Aufsichtsbehörden namentlich in die Lage versetzen zu überwachen, ob die Zurich Financial Services als Gruppe:*
  - *angemessen organisiert ist;*
  - *die in ihrer gesamten Geschäftstätigkeit auftretenden Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht;*
  - *durch Personen geleitet wird, welche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten und*
  - *Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften auf konsolidierter Basis erfüllt (Erw. 2).*
3. *Die konsolidierte Aufsicht ist von einer für das betreffende Finanzkonglomerat geographisch und sachlich besonders positionierten Aufsichtsbehörde wahrzunehmen (Erw. 4).*
4. *Die Aufgabenteilung von EBK und BPV richtet sich sinnvollerweise nach einer funktionalen Unterscheidung pro Gesellschaft der Zurich Financial Services Group. Die Gruppengesellschaften der Zurich Financial Services Group werden deshalb (unabhängig von der Jurisdiktion) entsprechend ihrer Haupttätigkeit unterschieden in solche des «Versicherungsbereichs» und solche des «Finanzbereichs» (Erw. 5).*

5. *Zur Erfüllung seiner Aufgaben muss das BPV als Lead Coordinator berechtigt sein, sich alle dazu notwendigen Informationen zu beschaffen oder einzuverlangen. Entsprechend ist die Zurich Financial Services verpflichtet, zur Erreichung der Ziele der konsolidierten Aufsicht dem BPV alle von ihm hierfür als relevant erachteten Auskünfte zu erteilen. Die Zurich Financial Services steht zweckmässigerweise für die gesamte Zurich Financial Services Group in dieser Pflicht (Erw. 15).*

**Art. 3<sup>bis</sup> al. 1<sup>bis</sup> LB, application analogique de l'exigence d'une surveillance (des autorités étrangères) sur une base consolidée appropriée, à la surveillance exercée par l'Office fédéral des assurances privées sur un conglomérat financier actif principalement dans le domaine des assurances et ayant son siège en Suisse**

1. *La surveillance consolidée n'a pas pour but de remplacer la surveillance sectorielle par les juridictions concernées sur les sociétés du groupe actives dans le domaine bancaire resp. celui des assurances. De même, la surveillance consolidée ne prescrit pas l'introduction d'une surveillance individuelle des parties du groupe qui exercent une activité qui, prise séparément, n'est pas soumise à autorisation (cons. 2).*
2. *La vue d'ensemble qui est recherchée a notamment pour but de permettre aux autorités de surveillance de contrôler dans quelle mesure Zurich Financial Services en tant que groupe:*
  - *est organisé de manière adéquate;*
  - *prend en compte, limite et contrôle de manière adéquate les risques qui résultent de son activité globale;*
  - *est dirigé par des personnes qui présentent la garantie d'une activité irréprochable et*
  - *se conforme aux exigences en matière de consolidation de fonds propres et de répartition des risques (cons. 2).*
3. *La surveillance consolidée doit être assurée par une autorité de surveillance qui est positionnée le mieux possible des points de vue géographique et matériel par rapport au conglomérat financier concerné (cons. 4).*

4. *La répartition des tâches entre la CFB et l'OFAP tient compte de manière logique des différences fonctionnelles de chaque société de Zurich Financial Services Group. On distingue en conséquence (indépendamment de la juridiction compétente) les sociétés du groupe selon que leur activité principale relève du domaine bancaire ou de celui des assurances (cons. 5).*
5. *L'OFAP doit avoir le droit, en tant que Lead Coordinator, d'avoir accès ou d'obtenir toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa tâche. Zurich Financial Services est en conséquence tenu de fournir à l'OFAP tous les renseignements considérés par celui-ci comme pertinents dans l'optique de la surveillance consolidée. Pour des raisons pratiques, Zurich Financial Services représente dans cette obligation Zurich Financial Services Group dans son entier (cons. 15).*

**Art. 3<sup>bis</sup> cpv. 1<sup>bis</sup> LBCR, applicazione analogica dell'esigenza di una vigilanza appropriata (di autorità estere) su base consolidata alla vigilanza esercitata dall'Ufficio federale delle assicurazioni private su un conglomerato finanziario attivo prevalentemente nel settore assicurativo e con sede legale in Svizzera**

1. *La vigilanza consolidata non ha lo scopo di sostituire la vigilanza settoriale da parte delle giurisdizioni competenti sulle società del gruppo che operano nel settore assicurativo e bancario, né essa prescrive la introduzione di una vigilanza individuale per le singole componenti del gruppo che esercitano attività le quali, considerate autonomamente, non sono soggette a specifica autorizzazione (cons. 2).*
2. *La soluzione globale che si persegue consiste nel permettere alle autorità di vigilanza di verificare in che misura Zurich Financial Services in quanto gruppo:*
  - *sia organizzato in maniera adeguata;*
  - *tenga adeguatamente conto dei rischi che derivano dalla propria attività globale, provvedendo nel contempo a limitarli e controllarli;*
  - *sia diretta da persone in grado di garantire un'attività irreprensibile e*

- *osservi le prescrizioni in ordine alle esigenze di consolidamento di mezzi propri e di ripartizione del rischio (cons. 2).*
- 3. *La vigilanza consolidata deve essere garantita da un'autorità che sia geograficamente e materialmente ubicata in modo ottimale rispetto allo specifico conglomerato finanziario (cons. 4).*
- 4. *La ripartizione delle funzioni tra CFB e UFAP tiene debitamente conto delle differenze funzionali di ciascuna società di Zurich Financial Services Group. Le società del gruppo sono classificate pertanto (indipendentemente dalla giurisdizione competente) in base alla loro attività principale: in «società del settore assicurativo» o «società del settore finanziario» (cons. 5).*
- 5. *Nell'adempimento delle proprie funzioni, quale lead coordinator l'UFAP deve avere la facoltà d'accesso e di disposizione delle necessarie informazioni. Dal canto suo, il gruppo Zurich Financial Services è tenuto a fornire qualsiasi informazione che l'UFAP ritenga rilevante per l'espletamento della funzione di vigilanza consolidata. Nell'ambito di tale obbligo, per ragioni di ordine pratico Zurich Financial Services risponde per l'intero Zurich Financial Services Group (cons. 15).*

### **Sachverhalt (Auszug):**

An der Spitze der Zurich Financial Services Group steht die Dachholdinggesellschaft Zurich Financial Services mit Sitz in Zürich, welche die operative Führung des Gesamtkonzerns durch die bei ihr angesiedelte Konzernleitung wahrnimmt. (...) Die Zurich Financial Services Group ist in fünf Kerngeschäften tätig: Nichtlebens- und Lebensversicherung, Farmers Management-Dienstleistungen, Rückversicherung und Vermögensverwaltung. Sie beschäftigt (Angaben Geschäftsjahr 2000) knapp 73 000 Mitarbeiter, ist in mehr als 60 Ländern tätig und zählt rund 35 Millionen Kunden. Ihre Hauptmärkte sind in der Reihenfolge des Beitrages zum Betriebsergebnis die Vereinigten Staaten, Grossbritannien und die Schweiz. Aufgeteilt nach den fünf Geschäftsbereichen präsentierte sich die Geschäftstätigkeit wie folgt: Der

Bereich Leben trug mit 34 % zum Betriebsergebnis bei. Auf das Nichtlebensgeschäft entfielen 27 % des Betriebsergebnisses. Der Geschäftsbereich Farmers Management-Dienstleistungen erwirtschaftete 29 % des Betriebsergebnisses. Das aktive Rückversicherungsgeschäft generierte 2000 5 % des Betriebsergebnisses. (...) Der Bereich Vermögensverwaltung schliesslich hatte einen Anteil von rund 5 % am Betriebsergebnis der gesamten Gruppe. Das verwaltete Vermögen belief sich total auf 440 Mrd., wovon mehr als die Hälfte (259 Mrd.) die Vermögensverwaltung für Dritte betraf. Ein Grossteil, 59 % der gesamt haft und beinahe 85 % der für Dritte verwalteten Vermögen, entfielen auf die USA. Die Schweiz stand 2000 an dritter Stelle mit 41 Mrd. am Gesamtbetrag der verwalteten Vermögen, wovon 8.1 Mrd. für Dritte verwaltet wurden.

(Aufzählung der Gesellschaften in der Schweiz mit Tätigkeit im Versicherungsgeschäft). Die «Zürich» Versicherungs-Gesellschaft, Tochtergesellschaft der Zurich Financial Services, besitzt in der Schweiz zwei Banken: Die Bank Rüd, Blass & Cie. AG Bankgeschäft, Zürich sowie die Zurich Invest Bank AG, Effretikon.

Im Zuge des Bewilligungsverfahrens der Zurich Invest Bank AG kamen die EBK und das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) mit der Zurich Financial Services überein, dass eine der Grösse und Struktur der Zurich Financial Services als internationales Finanzkonglomerat entsprechende Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis implementiert werden soll. ... Die Zurich Financial Services hat sich in Kenntnis des genauen Wortlautes des Entwurfes des BPV mit dem Inhalt dieser Verfügung einverstanden erklärt und auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet.

#### **Aus den Erwägungen:**

1.- Gegenstand der konsolidierten Aufsicht ist die sektorübergreifende Überwachung einer wirtschaftlich zusammengehörigen Gruppe

von Gesellschaften mit Aktivitäten in verschiedenen Bereichen der Finanzdienstleistung.

a) Die Zurich Financial Services Group bildet eine solche Gruppe von unter gemeinsamer Kontrolle (einheitlicher Leitung) stehenden Gesellschaften. Die Zurich Financial Services als strategische Holdinggesellschaft kontrolliert im rechtlich zulässigen Rahmen die anderen rechtlich selbständigen Konzern-Gesellschaften. Sie beschränkt sich in ihrer Tätigkeit nicht nur auf das reine Halten von Beteiligungen, sondern nimmt für die gesamte Gruppe die operative Führungs- und Kontrollfunktion wahr.

b) Die Haupttätigkeit der Gruppe ist das Versicherungsgeschäft. Sie erstreckt sich darüber hinaus auf weitere Finanzdienstleistungssektoren. So verfügt die Zurich Financial Services mit 6 Banklizenzen und insbesondere einem Betrag von 442.2 Mrd. USD an verwalteten Vermögen über ein gewichtiges Standbein in den Finanzdienstleistungsbereichen Banken, Effektenhandel und Vermögensverwaltung. Ausserhalb des Versicherungs- und Finanzgeschäftes ist die Zurich Financial Services Group hingegen nur unterstützend aktiv. Sie lässt sich daher als Finanzkonglomerat bezeichnen. Darunter wird nach anerkannten Grundsätzen eine Gruppe von unter gemeinsamer Kontrolle stehenden Gesellschaften verstanden, deren ausschliessliche oder überwiegende Tätigkeit in der Erbringung von Dienstleistungen mindestens zweier Finanzdienstleistungssektoren (Banken, Effektenhandel oder Versicherungen) besteht.

c) Die schweizerische Versicherungsaufsicht kennt bis anhin keine explizite Rechtsgrundlage für eine konsolidierte Aufsicht, weder über den reinen Versicherungskonzern noch über ein Finanzkonglomerat. Gemäss Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen vom 23. Juni 1978 (VAG, SR 961.01.) beaufsichtigt die Aufsichtsbehörde jedoch den gesamten

Geschäftsbetrieb der Versicherungseinrichtungen, einschliesslich etwaiger Aktivitäten im Ausland und gemäss Art. 10 VAG müssen die Versicherungseinrichtungen für die Versicherten, insbesondere in Bezug auf Solvenz, Organisation und Geschäftsführung, die notwendigen Garantien bieten. Schliesslich besteht gemäss Art. 12 VAG i.V. mit der Verordnung über den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durch die privaten Versicherungseinrichtungen vom 3. Dezember 1979 (SR 961.13) die Bewilligungspflicht für das Halten einer massgebenden Beteiligung an einem versicherungsfremden Unternehmen. Im Zusammenhang mit der Bewilligung dieses sogenannt «indirekten Betriebs versicherungsfremder Geschäfte» sind dessen Auswirkungen auf das Versicherungsunternehmen zu prüfen. Dabei stehen zwar die Auswirkungen des angestrebten Neugeschäftes im Vordergrund. Zugleich bietet das Verfahren dem BPV aber auch die Gelegenheit, jeweils das gesamthaft versicherungsfremde Geschäft einer Gesuchstellerin zu beurteilen. Zudem kann die Erteilung einer Bewilligung an Bedingungen geknüpft werden. Das BPV darf daher die Genehmigung des Erwerbs einer massgeblichen Bankbeteiligung durch die Zurich Financial Services von einem konsolidierten Aufsichtskonzept über die Zurich Financial Services Group abhängig machen.

d) Die EBK kann in Auslegung von Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) auch für schweizerischen Finanzkonzerne in sinnvoller Auslegung eine Bankbewilligung davon abhängig machen, dass die Bank, wenn sie Teil einer im Finanzbereich tätigen Gruppe ist, «einer angemessenen Aufsicht» untersteht. Eine entsprechende Auflage wurde in der Verfügung der EBK zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit der Zurich Invest Bank AG als Bank und Effektenhändlerin unter Ziffer 3 des Dispositivs formell festgehalten.

2.- Die konsolidierte Betrachtungsweise steht in Ergänzung zur traditionellen Beaufsichtigung der auf Einzelbasis regulierten rechtlichen

Einheit (Versicherung oder Bank/Effektenhändler) durch die jeweils zuständige in- oder ausländische Finanzmarkt-Aufsichtsbehörde. Die konsolidierte Aufsicht soll weder die sektorspezifische Aufsicht über die im Versicherungs- bzw. Bankbereich tätigen Gesellschaften der Gruppe in der betreffenden Jurisdiktion ersetzen, noch werden damit die bisher auf Einzelbasis nicht bewilligungspflichtigen Teile der Gruppe gleich den bewilligten Instituten einer Einzelaufsicht unterstellt.

Unter dieser Prämisse soll die Ausübung der konsolidierten Aufsicht über die Zurich Financial Services Group gemäss folgendem Leitgedanken erfolgen: Die angestrebte Gesamtbetrachtung soll die Aufsichtsbehörden namentlich in die Lage versetzen, zu überwachen ob die Zurich Financial Services als Gruppe:

- angemessen organisiert ist;
- die in ihrer gesamten Geschäftstätigkeit auftretenden Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht;
- durch Personen geleitet wird, welche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten und
- Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften auf konsolidierter Basis erfüllt.

3.- Der Kreis der von der konsolidierten Aufsicht erfassten Gesellschaften bestimmt sich gestützt auf die Organisations- und Rechtsstruktur des betreffenden Konglomerats. Regel muss dabei sein, jederzeit alle direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaften für den Kreis der konsolidierten Aufsicht zu erfassen.

Im Fall der Zurich Financial Services Group ist Ausgangspunkt für die konsolidierte Aufsicht die oberste Konzerngesellschaft Zurich Financial Services. Die Anknüpfung an der Holding Spitze soll sicherstellen, dass im Hinblick auf allfällige Umstrukturierungen oder Neuerwerbungen immer alle direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaften

von der konsolidierten Aufsicht miterfasst sind. Die Zurich Financial Services hat sich gegenüber den Aufsichtsbehörden in die Pflicht für die gesamte Gruppe gestellt und wird für sich wie für die Gruppengesellschaften die Anforderungen dieser Verfügung erfüllen.

4.- Die konsolidierte Aufsicht ist von einer für das betreffende Finanzkonglomerat geographisch und sachlich besonders positionierten Aufsichtsbehörde wahrzunehmen. Die Zurich Financial Services ist weltweit tätig und wird, da sie ihren rechtlichen und operativen Hauptsitz in der Schweiz hat, als schweizerische Unternehmensgruppe identifiziert. Da es sich weiter bei der Zurich Financial Services um eine mehrheitlich im Versicherungsbereich tätige Gruppe handelt, fällt die Federführung für die weltweit konsolidierte Aufsicht der schweizerischen Versicherungsaufsichtsbehörde, dem BPV als Lead Coordinator, zu.

Bei der Zurich Financial Services Group, einem über den Versicherungsbereich hinaus aktiven Finanzkonglomerat, erscheint es als zweckmässig, für die konsolidierte Beaufsichtigung einen Sub Coordinator für den im Folgenden beschriebenen Finanzbereich zu benennen. Der Sub Coordinator unterstützt den Lead Coordinator entsprechend seinem aufsichtlichen Spezialgebiet mit Ressourcen und Know-How. Die EBK nimmt vorliegendenfalls die Rolle des Sub Coordinators wahr, so dass die Zurich Financial Services Group von zwei in der Schweiz angesiedelten Finanzmarktaufsichtsbehörden betreut wird.

5.- Die Aufgabenteilung von EBK und BPV richtet sich sinnvollerweise nach einer funktionalen Unterscheidung pro Gesellschaft der Zurich Financial Services Group. Die Gruppengesellschaften der Zurich Financial Services Group werden deshalb (unabhängig von der Jurisdiktion) entsprechend ihrer Haupttätigkeit unterschieden in solche des «Versicherungsbereichs» und solche des «Finanzbereichs».

Konzerngesellschaften, die nicht eine oder mehrere klassische Versicherungsaktivitäten respektive nicht eine oder mehrere Finanztätigkeiten ausüben oder ihnen hauptsächlich zudienen, werden im Einklang mit dem Schwerpunkt der Tätigkeit der Zurich Financial Services Group dem Versicherungsbereich zugeschlagen. Dieser Grundsatz gilt, solange die bestehende Geschäftsausrichtung der Zurich Financial Services Group mit ihrem Schwerpunkt in der Versicherung fortbesteht. Die Aufteilung in «Versicherungsbereich» und «Finanzbereich» wirkt sich materiell insbesondere bei den Erfordernissen zu den Eigenmitteln sowie bei den Risikopositionsmeldungen aus (vgl. nachfolgende Erw. 13 und 14).

Das BPV kann die EBK zum Zwecke der konsolidierten Beaufsichtigung jederzeit aktiv in die Aufsicht miteinbeziehen. Dies gilt für alle Fragen des Finanzbereichs und der Gesamtbetrachtung, soweit dies zur Wahrnehmung der konsolidierten Aufsicht durch die beiden Behörden erforderlich ist. Die Zusammenarbeit von BPV und EBK fusst auf den Prinzipien der Sachbezogenheit und Verhältnismässigkeit.

6.– Die Zusammenarbeit von BPV und EBK in ihren Funktionen als Lead bzw. Sub Coordinator beinhaltet einen entsprechenden sach- und zweckbezogenen Informationsaustausch. Sowohl das BPV als auch die EBK unterstehen dem Amtsgeheimnis.

7.– Für die konsolidierte Überwachung eines Finanzkonglomerats, welches international in verschiedenen Aufsichtssektoren tätig ist, besteht grundsätzlich auch ein Bedürfnis nach Informationsaustausch zwischen dem BPV und den massgebenden ausländischen Aufsichtsbehörden, sofern gewisse Bedingungen erfüllt sind. So unterstellt auch die schweizerische Rechtsordnung mit der Bestimmung von Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 23. März 1995 (BEHG, SR 954.1) und derjenigen von Art. 23<sup>sexies</sup>

Abs. 2 des Bankengesetzes den Informationsaustausch mit ausländischen Aufsichtsbehörden gewissen Voraussetzungen. Sofern die Zurich Financial Services nicht selbst zustimmt, ist eine Weiterleitung unter den gleichen, vereinbarten Voraussetzungen (...) zulässig.

8.- Das schweizerische Versicherungsaufsichtsrecht kennt noch kein explizites Gewährserfordernis für leitende Personen von beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen. Nach Artikel 10 des VAG müssen die Versicherungseinrichtungen jedoch für die Versicherten insbesondere mit Bezug auf die Geschäftsführung die notwendige Garantie bieten.

Beim vorliegenden Gewährserfordernis auf Konzernebene soll nicht bis in die allerletzte Verästelung der Gruppe, d. h. jede Konzerngesellschaft, eine direkt anwendbare schweizerische Regel geschaffen werden. Es geht darum, dass die Angehörigen der Konzernleitung den international anerkannten Anforderungen, die mit dem Begriffspaar «fit and proper» umschrieben werden, genügen. Das Begriffspaar wird durch das BPV in charakterlicher und fachspezifischer Hinsicht konkretisiert.

9.- Organisation: Angesichts der Komplexität der Geschäftstätigkeit und der übernommenen Risiken ist die Zurich Financial Services – nicht zuletzt in eigenem Interesse – zu einer Organisation ihres Geschäftsbetriebes verpflichtet, welche den daraus entstehenden hohen Anforderungen gerecht wird.

Grundvoraussetzung für eine Beurteilung dieser Organisation ist, dass das BPV über eine präzise Kenntnis der aktuellen betrieblichen Struktur, der Entscheidkompetenzen sowie der Verantwortlichkeiten innerhalb der Zurich Financial Services Group verfügt. Weiter muss das BPV über alle wesentlichen Änderungen der Organisation, Kontrolle und Geschäftsführungsstruktur informiert werden. Um Letzteres zu verwirklichen, statuiert das Verfügungsdispositiv eine Meldepflicht

der Zurich Financial Services innerhalb eines Monats nach Inkrafttreten.

10.– In einer internen Dokumentation zum Risikomanagement entwickelt die Zurich Financial Services Grundsätze des Risikomanagements der Gruppe in den Bereichen des Versicherungsgeschäfts (Leben, Nicht-Leben und Rückversicherung), Investmentrisiko, Kreditrisiko und Operating Risk.

Auf Grundlage der internen Dokumentation erstellt die Zurich Financial Services eine Wegleitung, die in kondensierter Form die Methode zur Kontrolle der obengenannten Risiken darlegt und als Grundlage für die stichprobenweise jährliche Überprüfung der Risikokontrollprozesse durch die externe Revision zu Händen des BPV dient. Der verstärkte Einbezug der Revisionsfirma drängt sich angesichts der beschränkten Ressourcen von BPV und EBK auf. Die Zurich Financial Services wird den konkreten Prüfungsrahmen und -inhalt aufgrund der Wegleitung in Absprache mit dem BPV festlegen und den entsprechenden Bericht innert vier Monaten nach dem Stichtag für den Jahres- bzw. Zwischenabschluss einreichen. BPV und EBK werden das Ergebnis mit der Zurich Financial Services und der Revisionsfirma gemeinsam analysieren.

11.– Eine Aufsichtsbehörde muss selbstverständlich für ihre Tätigkeit über die aktuelle Struktur des Konzerns orientiert sein. Das verlangt nach einer zeitgerechteren und präziseren Information an das BPV, als es bisher für einen Versicherungskonzern vorgeschrieben war. Um gleichzeitig eine administrative Belastung der Zurich Financial Services Group im vertretbaren Rahmen zu halten, ist die Zurich Financial Services verpflichtet, dem BPV jährlich ein Organigramm einzureichen, erstmals am 1. Juli 2001 (vgl. Dispositiv-Ziffer 12.2). (...) Wesentliche Änderungen der Beteiligungen im Finanz- und Versicherungsbereich sind spätestens im Zeitpunkt des Erwerbes dem BPV zu

melden. (...) Jene Beteiligungen (sind) von der Meldepflicht ausgenommen, welche Anlagecharakter haben. Der Anlagecharakter einer Beteiligung ist dann gegeben, wenn Anlagen mit dem Ziel erfolgen, eine möglichst hohe Rendite zu erwirtschaften. Demgegenüber haben Beteiligungen keinen Anlagecharakter, wenn deren Erwerb dem Gesellschaftszweck dient und ein Marktsegment erschlossen oder das Kerngeschäft ergänzt werden soll.

(...)

13.- Die vorgesehenen verbindlichen Eigenmittelvorschriften berücksichtigen die Grösse und Komplexität eines Finanzkonglomerats wie jenes der Zurich Financial Services und beschränken sich auf Grundsätze, welche es in der Praxis nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit umzusetzen gilt. Der dafür speziell notwendige Verwaltungsaufwand der Zurich Financial Services Group soll sich insbesondere so lange in Grenzen halten, als die behördlich verlangte Mindest-Eigenmittelausstattung tiefer ist als die gruppeninterne, unverbindliche Eigenmittelberechnung. (...).

a) Die Ziffer 8.1 des Verfügungsdispositivs enthält den für die Aufsicht eines Finanzkonglomerats zentralen und programmatischen Grundsatz, wonach die Zurich Financial Services eine in den nachfolgenden Ziffern definierte Eigenmittelausstattung auf konsolidierter Basis ständig einzuhalten hat. Für die Festlegung der erforderlichen Eigenmittel kommt der «Block-building Approach» zur Anwendung. Die Summe der Anforderungen des Versicherungsbereichs und des Finanzbereichs ergibt die gesamthaft erforderlichen Eigenmittel der Zurich Financial Services Group.

b) Die anrechenbaren Eigenmittel ihrerseits bestehen aus den Eigenmitteln gemäss konsolidierter Rechnungslegung einschliesslich von Minderheitsanteilen und nachrangigen Anleihen, aber unter

Abzug der Dividenden, des Goodwill und der aktivierten Abschlusskosten im Nicht-Lebensbereich.

c) Die Anforderungen an die Solvabilität im Versicherungsbereich (...) kann die Zurich Financial Services wahlweise nach schweizerischen Vorschriften oder nach den Vorschriften der Europäischen Gemeinschaft berechnen. Zudem steht der Zurich Financial Services der Weg offen, allenfalls andere gleichwertige Methoden zu benützen, welche nicht eine Reduktion eines der beiden vorerwähnten Solvabilitätsanfordernisse zur Folge haben.

d) Für den gesamten gemäss Dispositiv-Ziff. 1.3 Bst. b definierten Finanzbereich sind grundsätzlich die Eigenmittelanforderungen nach geltendem schweizerischem Bankaufsichtsrecht anwendbar. (Spezialregelung betreffend Vermögensverwaltung für Dritte, welche den Verwaltungsaufwand der Zurich Financial Services in angemessenem Umfang hält.)

(...)

14.- Bei den Risikomeldungen gilt wiederum die funktionale Trennung nach Geschäftsbereichen nach dem Grundsatz «Versicherungsregeln für den Versicherungsbereich und Bankregeln für den Finanzbereich».

a) Im Versicherungsbereich wird unterschieden zwischen halbjährlichen Berichten zu Händen des BPV über Katastrophenrisiken sowie die zehn bedeutendsten Vertragsrückversicherer einerseits und der jährlichen Diskussion über die übrigen bedeutenden versicherungstechnischen Risiken andererseits. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung ist darin zu suchen, dass nicht von vornherein genau definiert werden kann, was unter den «übrigen bedeutenden versicherungstechnischen Risiken» zu verstehen ist. Es wurde deshalb als

zweckmässig erachtet, über diese Risiken nicht einen Bericht vorlegen zu lassen, sondern aufgrund von vorgängig abzugebenden Unterlagen einmal jährlich darüber eine Diskussion zu führen.

b) Für die Risikoverteilungsmeldungen gemäss Bankenrecht wird der Finanzbereich auf die Banken und Effektenhändler beschränkt. ...

c) Die Meldungen über die Risikopositionen sind halbjährlich in-  
nert vier Monaten einzureichen.

15.– Zur Erfüllung seiner Aufgaben muss das BPV als Lead Coordinator berechtigt sein, sich alle dazu notwendigen Informationen zu beschaffen oder einzuverlangen. Entsprechend ist die Zurich Financial Services verpflichtet, zur Erreichung der Ziele der konsolidierten Aufsicht dem BPV alle von ihm hierfür als relevant erachteten Auskünfte zu erteilen. Die Zurich Financial Services steht zweckmässigerweise für die gesamte Zurich Financial Services Group in dieser Pflicht. Demzufolge hat die Zurich Financial Services, wo sie nicht selber unmittelbar über die relevante Information verfügt, diese von der oder den betreffenden Gruppengesellschaften einzuholen und dem BPV weiterzuleiten. (...)

16.– Bei der Aufsichtstätigkeit des BPV ist die externe Revision der Zurich Financial Services als der weltweite Konzernprüfer der Zurich Financial Services Group explizit in die konsolidierte Beaufsichtigung integriert. Die externe Revision hat auf Kosten der Zurich Financial Services generell die Einhaltung aller der Zurich Financial Services im Rahmen dieser Verfügung auferlegten Pflichten zu prüfen. Dem BPV ist darüber jährlich ein Bericht zu erstatten.

Das BPV kann zusätzlich die externe Revision direkt mit besonderen Prüfungen beauftragen, deren Kosten ebenfalls von der Zurich

Financial Services zu übernehmen sind. Es versteht sich von selbst, dass das BPV diese Kompetenz unter Einhaltung des allgemeinen Grundsatzes der Sachbezogenheit und Verhältnismässigkeit wahrnimmt.

Die Zurich Financial Services ist verpflichtet, dem BPV den Wechsel der Revision zu melden, sobald sie dies der Generalversammlung beantragt.

17.- (Inkrafttreten schrittweise ab 1. 7. 2001)

## Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral du 2 juillet 2001 dans la cause société A contre Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission fédérale des banques

### Art. 32 LBVM, obligation de présenter une offre publique d'acquisition

1. *L'obligation de présenter une offre publique d'acquisition ne dépend pas du fait que l'actionnaire puisse ou non faire usage de l'ensemble de ses droits de vote; il suffit que ceux-ci excèdent 33⅓ pour cent – ou 49 pour cent si les statuts le prévoient – de ceux de la société visée. Cette solution implique que le calcul du pourcentage des droits de vote qui déclenche l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition comprenne également les droits qui ne peuvent pas être effectivement exercés en raison de l'application d'une clause statutaire limitant la reconnaissance des acquéreurs d'actions nominatives cotées en bourse.*
2. *L'art. 32 al. 2 lettre b OBVM-CFB ne concerne pas la naissance de l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition, mais uniquement son exécution. Elle n'autorise dès lors aucune dérogation à cette obligation, mais permet uniquement de soumettre sa mise en œuvre à la condition que l'offrant puisse exercer les droits de vote attachés aux titres qu'il propose d'acquérir; si cette condition n'est pas satisfaite, celui-ci n'est alors plus tenu par son offre.*
3. *Le droit civil ne confère aucune compétence à la CFB pour ordonner à la société visée de convoquer une assemblée générale extraordinaire chargée d'examiner le maintien, la modification ou l'abrogation d'une clause statutaire limitant la reconnaissance des acquéreurs d'actions nominatives cotées en bourse.*

### Art. 32 BEHG, Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots

1. *Die Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebotes hängt nicht vom Umstand ab, ob ein Aktionär von der Gesamtheit seiner Stimmrechte Gebrauch machen kann oder nicht; es genügt, dass diese*

- 33⅓ Prozent – oder 49 Prozent, wenn die Statuten dies vorsehen – der Stimmrechte an der Zielgesellschaft überschreiten. Diese Lösung impliziert, dass die Berechnung des prozentualen Stimmrechtsanteils, welcher die öffentliche Angebotspflicht auslöst, auch diejenigen Stimmrechte beinhaltet, die effektiv nicht ausgeübt werden können, weil eine statutarische Begrenzung der Anerkennung von Erwerbern börsenkotierter Namenaktien zur Anwendung kommt.
2. Artikel 32 Absatz 2 Buchstabe b BEHV-EBK beschlägt nicht die Entstehung der Pflicht zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots, sondern nur deren Erfüllung. Er sanktioniert mithin keinerlei Ausnahmen zur Angebotspflicht, sondern erlaubt einzig, deren Vollzug an die Voraussetzung zu knüpfen, dass der Anbieter die Stimmrechte, welche mit den von ihm zum Erwerb beabsichtigten Beteiligungspapieren verknüpft sind, auch auszuüben vermag; ist diese Bedingung nicht erfüllt, so ist der Anbieter nicht mehr an sein Angebot gebunden.
  3. Das Zivilrecht räumt der EBK keine Kompetenz ein, die Zielgesellschaft durch Verfügung anzuweisen, eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen mit dem Auftrag, die Aufrechterhaltung, Änderung oder Ausserkraftsetzung einer statutarischen Bestimmung zur Begrenzung der Anerkennung der Erwerber von börsenkotierten Namenaktien zu überprüfen.

#### **Art. 32 LBVM, obbligo di presentazione di un'offerta pubblica d'acquisto**

1. *L'obbligo di presentare un'offerta pubblica d'acquisto non dipende dal fatto che l'azionista possa o meno far uso di tutti i suoi diritti di voto; è sufficiente che questi superino il 33⅓ per cento – o il 49 per cento, se previsto dallo statuto – di quelli della società interessata. Ciò implica che il calcolo della percentuale dei diritti di voto, che fa scattare l'obbligo di presentare un'offerta pubblica d'acquisto, tenga conto anche dei diritti che non possono essere effettivamente esercitati in virtù dell'applicazione di una clausola statutaria che limita il riconoscimento degli acquirenti di azioni nominative quotate in borsa.*

2. *L'art. 32 cpv. 2 lettera b OBVM-CFB non concerne la nascita dell'obbligo di presentare un'offerta pubblica d'acquisto, ma solo la sua esecuzione. La legge non autorizza quindi alcuna deroga a tale obbligo, ma consente solo di subordinarne l'adempimento alla condizione che l'offerente possa esercitare i diritti di voto derivanti dai titoli che propone di acquistare; se tale condizione non viene soddisfatta, questi non è più vincolato dalla propria offerta.*
3. *Il diritto civile non assegna alla CFB alcuna competenza in merito alla possibilità di ordinare alla società interessata la convocazione di un'assemblea generale straordinaria per decidere sul mantenimento, la modifica o l'abrogazione di una clausola statutaria che limita il riconoscimento degli acquirenti di azioni nominative quotate in borsa.*

#### **Résumé des faits:**

Les actions nominatives de la société A sont cotées au marché principal de la SWX Swiss Exchange. L'art. 9 des statuts de la société A prévoit que: «Le Conseil d'administration peut refuser d'inscrire un acquéreur d'actions nominatives en tant qu'actionnaire à part entière pour autant que le nombre d'actions qu'il détient dépasse trois pour cent du total des actions nominatives inscrites au registre des actions. Les personnes morales et les sociétés de personnes ayant la capacité juridique qui sont regroupées entre elles par des liens en capital, en voix, par le biais d'une direction unique ou sous toute forme analogue, ainsi que des personnes physiques ou morales ou des sociétés de personnes qui agissent de façon coordonnée en vue d'éviter les restrictions en matière d'inscription, sont considérées comme un seul acquéreur du point de vue de cette disposition».

Par avis paru dans la Feuille officielle suisse du commerce, les sociétés B, C, D, E et F ont indiqué qu'elles formaient désormais un groupe (ci-après: le groupe X) qui, lié par un management commun, déclarait dé-

tenir 27 % des droits de vote de la société A. Conformément à l'art. 9 de ses statuts, la société A a refusé d'inscrire les actions en mains du groupe X pour leur part excédant la limite de 3 %.

Par recommandation du 4 juillet 2000, la Commission des offres publiques d'acquisition (ci-après: la Commission des OPA) a dispensé les sociétés du groupe X de leur obligation de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de la société A dans l'hypothèse où elles franchiraient de concert le seuil de 33 $\frac{1}{3}$  pour cent des droits de vote. Cette dérogation devenait toutefois caduque:

a) dès que les sociétés B, C, D, E et F auraient été inscrites avec droit de vote au registre des actions de la société A pour l'intégralité de leur participation à ce jour;

b) si, le 5 janvier 2001, le groupe n'avait pas franchi le seuil de 33 $\frac{1}{3}$  pour cent des droits de vote de la société A;

c) si un ou plusieurs membres de ce groupe présentait une offre publique d'acquisition aux actionnaires de la société A. Cette recommandation était en outre assortie de plusieurs obligations à la charge de cette dernière et du groupe X.

Par lettre du 6 juillet 2000, la société A a déclaré rejeter la recommandation du 4 juillet 2000.

Par décision du 4 août 2000, la Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission fédérale des banques (ci-après: la CFB) a décidé de libérer les sociétés du groupe X de l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition jusqu'au moment où elles auraient «le droit d'exercer le droit de vote» et dépasseraient le seuil de 33 $\frac{1}{3}$  pour cent des droits de vote de la société A. Cette dérogation deviendrait toutefois caduque si un ou plusieurs membres du groupe présentait

une offre publique d'acquisition aux actionnaires. La société A disposait en outre d'un délai de trois mois dès l'entrée en force de la présente décision pour organiser une assemblée générale extraordinaire devant décider si la «clause d'agrément» figurant à l'art. 9 de ses statuts était maintenue, modifiée ou abrogée. La CFB a notamment estimé que l'obligation des sociétés du groupe X de déposer une offre publique d'acquisition pouvait être subordonnée au fait qu'elles puissent effectivement exercer leurs droits de vote, ainsi que le prévoit l'art. 32 al. 2 lettre b de l'ordonnance de la CFB du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM-CFB). Par ailleurs, même s'il n'était pas formellement dominé par un groupe, l'actionnariat de la société A était constitué par trois «blocs dominants». Cette situation était donc analogue à celle visée par l'art. 34 al. 2 lettre a OBVM-CFB, ce qui justifiait également la dérogation octroyée. Enfin, comme les rapports effectifs entre les divers «blocs» n'étaient pas clairs, il se justifiait d'imposer à la société A l'organisation d'une assemblée générale extraordinaire pour y remédier et se prononcer sur le sort de l'art. 9 de ses statuts.

Agissant par la voie du recours de droit administratif, la société A a conclu à l'annulation de la décision de la CFB du 4 août 2000. Elle a demandé aussi au Tribunal fédéral de rejeter la requête des sociétés du groupe X tendant à l'octroi d'une dérogation à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition.

#### **Extrait des considérants:**

3.- a) La loi sur les bourses règle les conditions permettant de créer et d'exploiter des bourses, ainsi que d'exercer à titre professionnel le commerce des valeurs mobilières, afin de garantir aux investisseurs transparence et égalité de traitement; elle crée les conditions propres à assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières (art. 1<sup>er</sup> LBVM).

Cette loi réglemente en particulier les offres publiques d'acquisition, soit les offres d'achat ou d'échange, présentées publiquement aux détenteurs d'actions, de bons de participation, de bons de jouissance ou d'autres titres de participation de sociétés suisses dont une partie au moins des titres sont cotés auprès d'une bourse en Suisse (art. 2 lettre e et 22 ss LBVM). De telles offres peuvent être obligatoires dans certaines situations prévues par l'art. 32 LBVM (...).

b) L'obligation de présenter une offre publique d'acquisition vise à protéger les actionnaires minoritaires lorsque les rapports de domination se modifient au sein de la société. Elle garantit la transparence desdits rapports, en informant les actionnaires du changement de contrôle, de l'identité du nouvel acquéreur et de ses projets pour la société. Elle leur donne l'occasion de se défaire de leurs titres à un prix comparable à celui payé par l'offrant pour les actions dont l'acquisition lui a permis d'obtenir une position dominante et contribue ainsi à la sauvegarde du principe de l'égalité de traitement entre tous les actionnaires de la société visée.

c) L'obligation de présenter une offre publique d'acquisition prend naissance dès qu'un actionnaire – ou un groupe organisé d'actionnaires agissant de concert (voir art. 15 OBVM-CFB par renvoi de l'art. 27 OBVM-CFB) – détient un nombre de titres lui permettant de dépasser 33 $\frac{1}{3}$  pour cent des droits de vote de la société visée (ou 49 % si les statuts de celle-ci le prévoient; cf. art. 32 al. 1 LBVM). Le pourcentage minimum de 33 $\frac{1}{3}$  pour cent des droits de vote prévu par la loi a été fixé en considérant qu'il peut déjà, dans une société cotée en bourse, conférer à l'actionnaire qui le détient une position importante lui permettant d'influencer le fonctionnement de ladite société. Le législateur a clairement indiqué que l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition ne dépendait pas du fait que l'actionnaire puisse ou non faire usage de l'ensemble de ses droits de vote; il suffit que ceux-ci excèdent 33 $\frac{1}{3}$  pour cent – ou 49 pour cent si

les statuts le prévoient – de ceux de la société visée (cf. art. 32 al. 1 LBVM).

Introduite par le Conseil des Etats parce qu'elle était plus logique et respectait mieux les règles du marché, cette solution a été reprise par le Conseil national sans opposition. Elle implique que le calcul du pourcentage des droits de vote qui déclenche l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition comprenne également les droits qui ne peuvent pas être effectivement exercés en raison de l'application d'une clause statutaire limitant la reconnaissance des acquéreurs d'actions nominatives cotées en bourse.

En adoptant une telle réglementation, le législateur a tenu compte du fait que, même s'il n'a pas la possibilité d'utiliser l'ensemble de ses droits de vote, un actionnaire possédant un grand nombre de titres peut influencer de manière importante le fonctionnement de la société. Cette situation intervient notamment lorsque les statuts prévoient que certaines décisions ne peuvent être prises qu'avec un pourcentage minimum de l'ensemble des droits de vote de la société et que ce pourcentage ne peut précisément pas être atteint en raison des droits détenus par ledit actionnaire. Par ailleurs, le poids économique de la participation de ce dernier pourrait lui permettre d'acquérir une position dominante, par exemple, en se faisant élire au conseil d'administration, en exerçant de fortes pressions sur la direction ou en s'assurant le soutien de plusieurs autres actionnaires qui bénéficient d'un nombre important de droits de vote effectifs.

d) Chaque société dont au moins une partie des titres est cotée en Suisse peut, par une clause statutaire, supprimer l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition (art. 22 al. 2 LBVM). Le législateur a par ailleurs décidé qu'une telle obligation n'existait pas dans certains cas limitativement énumérés à l'art. 32 al. 3 LBVM. Il a également conféré à la CFB la compétence d'accorder des dérogations dans

des «cas justifiés», soit, selon les exemples donnés par l'art. 32 al. 2 LBVM, dans des situations où le dépassement du seuil des 33% pour cent fixé à l'art. 32 al. 1 LBVM n'entraîne aucune modification des rapports de domination au sein de la société visée. Faisant usage de la compétence réglementaire que lui confère l'art. 32 al. 6 LBVM, la CFB a édicté des dérogations générales et particulières (art. 33 et 34 OBVM-CFB). Elle a notamment prévu qu'une dérogation est justifiée au sens de l'art. 32 al. 2 LBVM lorsque l'acquéreur ne peut contrôler la société visée, en particulier parce qu'une autre personne ou un groupe dispose d'un pourcentage de droits de vote supérieur (art. 34 al. 2 lettre a OBVM-CFB).

e) Au vu de ce qui précède, l'obligation de déposer une offre publique d'acquisition n'est donc pas à la libre disposition de l'offrant, mais lui est imposée par l'art. 32 al. 1 LBVM. Sauf exception, sa mise en œuvre doit être inconditionnelle (art. 32 al. 2 OBVM-CFB). La CFB a toutefois réservé la possibilité pour l'offrant d'obtenir que l'offre qu'il doit présenter soit soumise à condition pour de justes motifs, soit notamment lorsque les titres de participation qui doivent être acquis ne lui confèrent pas de droit de vote (art. 32 al. 2 lettre b OBVM-CFB; sur la procédure voir art. 35 OBVM-CFB).

Selon certains auteurs, cette condition serait conforme au but poursuivi par le législateur, à savoir n'imposer la réalisation d'une offre publique d'acquisition que si l'offrant peut obtenir le contrôle de la société visée. D'autres auteurs considèrent en revanche qu'une telle condition n'est pas justifiée.

f) Afin d'éviter une trop grande concentration de pouvoirs aux mains d'un seul actionnaire et garantir une certaine répartition, voire une certaine dispersion, de son capital-actions, la société peut fixer dans ses statuts une limite en pour cent des actions nominatives, au-delà de laquelle elle peut refuser le transfert d'actions nominatives

cotées en bourse (art. 685d al. 1 CO). Une telle clause a pour effet que les droits de vote liés aux actions dont le transfert n'a pas été admis, ainsi que les autres droits attachés aux dits droits de vote, ne peuvent pas être exercés (art. 685f al. 2 CO). Cela n'empêche toutefois pas l'actionnaire concerné d'acquérir de nouveaux droits de participation dans la société, ni d'exercer les droits de nature pécuniaire attachés à l'ensemble de ses actions. Quant à l'actionnaire qui souhaiterait se plaindre de cette restriction statutaire, il peut toujours s'adresser au juge civil afin d'obtenir la reconnaissance de ses droits de vote et, cas échéant, la réparation de son dommage (art. 685f al. 4 CO).

g) Il est vrai que le fonctionnement du marché boursier et la limitation de la transmissibilité des actions cotées en bourse paraissent contradictoires, dans la mesure où la faculté d'échanger des titres librement et de manière anonyme n'est en principe pas conciliable avec la possibilité pour une société de refuser certains nouveaux actionnaires en raison de leurs qualités personnelles. Par ailleurs, un tel refus semble irréalisable en pratique, du moment que l'acquéreur n'est pas censé connaître le vendeur des actions qu'il achète en bourse et qu'il n'a dès lors pas la possibilité de les restituer en contrepartie du prix payé, s'il n'est pas admis par la société.

Malgré ces inconvénients, il peut se justifier de restreindre, dans une certaine mesure et sous certaines conditions, la transmissibilité des actions cotées en bourse afin de garantir une répartition équilibrée du capital-actions. C'est notamment le but poursuivi par les art. 685d ss CO qui donnent à la société la possibilité de se protéger contre une prise de contrôle par quelques gros actionnaires. Cette protection n'est cependant pas absolue, dans la mesure où, comme on l'a vu, un actionnaire détenant une part importante du capital-actions a déjà la faculté d'influencer de manière importante le fonctionnement de la société, voire de la contrôler, alors même qu'il ne peut exercer l'ensemble de ses droits de vote. En outre, malgré cette limitation, il est pleine-

ment titulaire de l'ensemble des droits liés à ses actions, notamment de la totalité des droits patrimoniaux. Dans ces conditions, la restriction de la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse prévue par les art. 685d ss CO est, en soi, compatible avec le commerce boursier, de même qu'avec la législation fédérale en matière d'offres publiques d'acquisition, puisqu'elle ne fait en particulier pas obstacle à l'obligation de déposer une telle offre, conformément à l'art. 32 al. 1 LBVM.

4.- Selon la recourante, l'application faite par la CFB de l'art. 32 al. 2 lettre b OBVM-CFB reviendrait à accorder aux sociétés du groupe X une véritable dérogation à leur obligation de déposer une offre publique d'acquisition, ce qui excède le cadre de cette disposition. Au demeurant, l'art. 32 al. 2 lettre b OBVM-CFB serait incompatible avec le texte de l'art. 32 al. 1 LBVM, de même qu'avec l'art. 685d CO. A cela s'ajoute que l'art. 34 al. 2 lettre a OBVM-CFB serait inapplicable, dans la mesure où aucun actionnaire ou groupe d'actionnaires ne dispose d'une participation supérieure à celle du groupe.

a) Comme le relève la recourante, l'autorité intimée a effectivement accordé aux sociétés du groupe X une véritable dérogation à leur obligation de présenter une offre publique d'acquisition jusqu'à ce qu'elles puissent exercer l'ensemble de leurs droits de vote au sein de la société A et que leur participation dépasse les 33⅓ pour cent de l'ensemble des droits de vote de cette société.

b) Contrairement à l'opinion soutenue par la CFB, une telle dérogation ne peut reposer sur l'art. 32 al. 2 lettre b OBVM-CFB. Cette disposition ne concerne en effet pas la naissance de l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition, mais uniquement son exécution. Elle n'autorise dès lors aucune dérogation à cette obligation, mais permet uniquement de soumettre sa mise en œuvre à la condition que l'offrant puisse exercer les droits de vote attachés aux titres

qu'il propose d'acquérir; si cette condition n'est pas satisfaite, celui-ci n'est alors plus tenu par son offre.

Dans la mesure où l'art. 32 al. 2 lettre b OBVM-CFB ne constitue pas le fondement de la décision attaquée, la question de savoir si cette disposition est compatible avec l'art. 32 al. 1 LBVM ou avec l'art. 685d CO peut rester indécise. L'autorité intimée ne l'a au demeurant pas examinée.

c) Ainsi que l'a retenu la CFB, la dérogation octroyée ne se fonde pas non plus sur l'art. 34 al. 2 lettre a OBVM-CFB. La CFB a en effet uniquement estimé que le cas d'espèce était «analogue» à celui visé par cette disposition, l'actionnariat de la société A étant constitué par trois «blocs» dominants, dont deux de ceux-ci rassembleraient des actionnaires proches de la société. La recourante conteste cette affirmation en relevant, à juste titre, qu'elle ne repose sur aucune pièce du dossier. L'autorité intimée reconnaît d'ailleurs elle-même l'existence d'incertitudes quant aux relations effectives entre les divers actionnaires qu'elle estime être proches de la recourante. Ainsi, même dans l'hypothèse où une situation analogue à celle visée par l'art. 34 al. 2 lettre a OBVM-CFB pourrait justifier une dérogation à l'obligation de déposer une offre publique d'acquisition, force est de constater qu'il n'y a pas en l'état d'éléments suffisamment établis pour appliquer cette disposition.

d) Reste à examiner si la dérogation litigieuse, qui ne repose sur aucun des motifs mentionnés aux art. 32 al. 2 LBVM et 34 OBVM-CFB, peut être fondée sur le seul fait que les sociétés du groupe n'ont pas la faculté d'exercer l'ensemble de leurs droits de vote au sein de la société A.

5.- a) Selon la CFB, il est vraisemblable que la recourante a arbitrairement appliqué l'art. 9 de ses statuts en n'y soumettant que les

sociétés du groupe X. Sans qualifier définitivement de discriminatoire cette différence de traitement entre actionnaires, l'autorité intimée a toutefois considéré qu'elle justifiait en partie la dérogation accordée.

b) Conformément à la lettre de l'art. 32 al. 1 LBVM, qui lie le Tribunal fédéral (art. 191 Cst.), les sociétés du groupe X sont tenues de présenter une offre publique d'acquisition dès que leurs droits de vote dépassent 33⅓ pour cent de l'ensemble de ceux de la recourante. Dispenser ces sociétés de cette obligation pour le seul motif qu'elles ne peuvent exercer l'ensemble de leurs droits de vote viole le texte clair de l'art. 32 al. 1 LBVM, car cela revient à soumettre la naissance de ladite obligation à une condition que le droit fédéral exclut expressément. Il s'agit donc là d'une question juridique et non d'un problème où la CFB disposerait d'une certaine marge d'appréciation en raison de ses connaissances spécifiques.

c) En ce qui concerne l'application par la recourante de l'art. 9 de ses statuts, son examen est en principe de la compétence du juge civil. Certes, une autorité administrative – telle la CFB – peut examiner à titre préjudiciel une question relevant d'une autre autorité si cela se révèle nécessaire pour qu'elle puisse prendre sa propre décision. Toutefois, comme on l'a vu, une dérogation à l'obligation de déposer une offre publique d'acquisition ne peut être accordée que dans des cas justifiés (art. 32 al. 2 in initio LBVM), soit dans des situations où les rapports de domination au sein de la société ne sont pas modifiés. Dans ces conditions, il n'appartient pas à l'autorité d'application de la loi sur les bourses d'intervenir sur des questions de droit civil, telles que le refus d'inscription des sociétés du groupe X au registre des actionnaires de la recourante, qui pose un problème complexe. Au demeurant, la question de savoir si une clause statutaire restreignant la transmissibilité des actions nominatives cotées en bourse (cf. art. 685d al. 1 CO) a ou non été appliquée de manière arbitraire n'est pas

déterminante, car l'actionnaire non inscrit au registre peut de toute façon continuer d'acquiescer des droits de participation et accroître ainsi son importance économique au sein de la société, voire influencer de manière non négligeable son fonctionnement. Dans ce cas, les rapports de domination au sein de la société seraient inévitablement modifiés, ce qui exclut la possibilité d'accorder une dérogation à l'obligation de présenter une offre publique d'acquisition au sens de l'art. 32 al. 2 LBVM.

Par conséquent, dépourvue de pertinence pour décider si un actionnaire peut ou non être dispensé de son obligation de déposer une offre publique d'acquisition, la question d'une éventuelle application arbitraire d'une clause statutaire au sens de l'art. 685d al. 1 CO n'a pas à être tranchée préjudiciellement par la CFB. Cette dernière y a d'ailleurs renoncé à juste titre.

d) Selon l'art. 699 CO, l'assemblée générale d'une société anonyme est convoquée par le conseil d'administration et, au besoin, par les réviseurs; les liquidateurs et les représentants des obligataires ont également le droit de la convoquer (al. 1); un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 pour cent au moins du capital-actions de la société peuvent aussi requérir la convocation d'une assemblée générale (al. 3 1<sup>ère</sup> phrase); si le conseil d'administration ne donne pas suite à cette requête dans un délai convenable, la convocation est ordonnée par le juge, à la demande des requérants (al. 4).

La compétence de convoquer une assemblée générale appartient donc en priorité au conseil d'administration et, subsidiairement, aux réviseurs. Certaines autres personnes limitativement énumérées par la loi en bénéficient également, tels les actionnaires minoritaires représentant au moins 10 pour cent du capital-actions qui peuvent être constitués en groupe.

Le droit civil ne confère ainsi aucune compétence à la CFB pour ordonner à la recourante de convoquer une assemblée générale extraordinaire chargée d'examiner le maintien, la modification ou l'abrogation de l'art. 9 de ses statuts; elle n'a donc pas à se substituer au juge civil sur ce point.

6.- a) Vu ce qui précède, le présent recours doit être admis et la décision attaquée annulée. Dans la mesure où aucun motif justifiant de dispenser les sociétés du groupe X de leur obligation de déposer une offre publique d'acquisition n'a été établi en l'état, ces sociétés demeurent soumises à cette obligation si leurs droits de vote au sein de la société A franchissent le seuil de  $33\frac{1}{3}$  pour cent fixé par l'art. 32 al. 1 LBVM.

## Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 31. Mai 2001 i. S. «Y.» (2A.179/2001)

### Vorsorgliche Massnahmen bei Unterstellungsverfahren

1. *Ordnet die EBK in einem Unterstellungsverfahren mittels einer Zwischenverfügung vorsorgliche Massnahmen an (Einsetzung eines Beobachters; Verfügungsbeschränkungen), so ist Streitgegenstand vor Bundesgericht nicht der Bestand einer Unterstellungspflicht, sondern einzig die Bundesrechtskonformität der getroffenen vorsorglichen Massnahmen (Erw. 1b und 2).*
2. *Ist Dringlichkeit gegeben, kann die EBK vorsorgliche Massnahmen superprovisorisch erlassen, ohne vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dieses muss jedoch möglichst rasch nachgeholt werden (Erw. 3a).*
3. *Offen ist, ob für eine juristische Person, die von einer Massnahme der EBK betroffen ist und über keine eigenen Mittel mehr verfügt, bei der Anfechtung eines Endentscheids die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren wäre (Erw. 3b).*

### Mesures provisionnelles lors de procédures d'assujettissement

1. *Lors que la CFB, au cours d'une procédure d'assujettissement, ordonne des mesures provisionnelles en rendant une décision intermédiaire (nomination d'un observateur, restriction du pouvoir de disposer), l'objet du litige devant le Tribunal fédéral n'est pas l'existence d'une obligation d'assujettissement, mais uniquement la conformité des mesures provisionnelles ordonnées avec le droit fédéral (consid. 1b et 2).*
2. *En cas d'urgence, la CFB peut ordonner des mesures provisionnelles sans accorder à l'intéressé le droit d'être entendu. Ce droit doit cependant être accordé le plus rapidement possible par la suite (consid. 3a).*
3. *La question de savoir si une personne morale, qui est touchée par une mesure de la CFB et ne dispose plus de fonds propres, pourrait obtenir*

*l'assistance judiciaire gratuite lorsqu'elle recourt contre la décision finale (consid. 3b).*

### **Provvedimenti cautelari in procedure di assoggettamento**

1. *Qualora, nell'ambito di procedure di assoggettamento, la CFB disponga provvedimenti cautelari mediante disposizione incidentale (designazione di un osservatore; limitazioni del potere di disposizione), l'oggetto del ricorso di fronte al Tribunale federale non è costituito dall'esistenza o meno di obblighi di assoggettamento, ma esclusivamente dall'osservanza del diritto federale nell'ambito del provvedimento cautelare (cons. 1b e 2).*
2. *In caso d'urgenza, la CFB può adottare provvedimenti cautelari di brevissima durata, senza necessità di contraddittorio preventivo. In tal caso, tuttavia, il diritto all'audizione deve essere garantito il più tempestivamente possibile (cons. 3a).*
3. *In caso di impugnazione di provvedimenti definitivi della CFB, resta aperta la questione se debba essere garantito il gratuito patrocinio nei confronti di persone giuridiche che, proprio in ragione dei provvedimenti impugnati, non dispongano più di mezzi propri (cons. 3b).*

### **Sachverhalt (Auszug):**

Im Zusammenhang mit Abklärungen von Unregelmässigkeiten bei der Bank X. erhielt die EBK Kenntnis davon, dass die Y. bei dieser die Kundenbeziehung I. mit 40 Rubrikkonti unterhält. Auf weiteren 28 Konti lägen insgesamt CHF 22,3 Mio., die offensichtlich Kunden der Y. gehörten. Eines der Rubrikkonti – so die Revisionsstelle der X. – könnte ein Sammelkonto mit über 300 wirtschaftlich Berechtigten sein. Es sei deshalb nicht auszuschliessen, dass die Y. Kundengelder entgegennehme und illegal als Kundenhändlerin tätig sei. Möglicherweise verstosse sie auch gegen das bankengesetzliche Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 5. Februar 2001 untersagte der Vizepräsident der EBK der Y. jede Effektenhändlerstätigkeit und weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen. Er verbot ihren Organen unter Strafandrohung, die Aktiven der Gesellschaft zu vermindern bzw. deren Passiven zu erhöhen, und sperrte gleichzeitig die Kundenbeziehung I. Die Ernst & Young AG, Zürich, beauftragte er als Beobachterin, einen Bericht über alle am Sitz und in den Räumlichkeiten der Y. ausgeübten Geschäftstätigkeiten zu erstellen. Nachdem der Y. Gelegenheit gegeben worden war, hierzu Stellung zu nehmen, bestätigte der Präsident der EBK am 26. März 2001 im Wesentlichen diese Verfügung als vorsorgliche Massnahme.

Hiergegen hat die Y. am 6. April 2001 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Hauptantrag, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübe. Eventualiter stellte sie den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und vorgängiges rechtliches Gehör, bevor ein neuer Entscheid erlassen werde. Im Weiteren ersucht die Y. um Erlass der Sicherstellung und Bevorschussung der mutmasslichen Gerichtskosten, da ihre Gelder bankenrechtlich wie strafprozessual blockiert seien; gegebenenfalls sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Das Bundesgericht weist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab, soweit es darauf eintritt. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege weist das Bundesgericht ab.

#### **Aus den Erwägungen:**

1.– b) aa) Die EBK hat am 5. Februar 2001 superprovisorisch die Ernst & Young AG, Zürich, als Beobachterin eingesetzt und damit beauftragt, die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin zu überprüfen. Gleichzeitig verfügte sie zum Schutz allfälliger Anleger eine Kontensperre

und auferlegte der Beschwerdeführerin weitere Beschränkungen ihrer Aktivitäten. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs bestätigte sie diese Anordnung am 26. März 2001 als vorsorgliche Massnahme. Nur dieser Entscheidung, der an die Stelle der superprovisorischen Anordnung getreten ist, kann vor Bundesgericht angefochten werden. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die ursprüngliche Anordnung wendet, ist auf ihre Eingabe nicht einzutreten.

bb) Die angefochtene Verfügung der EBK bildet einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 45 Abs. 2 lit. d (Verfügung über Auskunft-, Zeugnis- oder Editionsspflicht) bzw. Art. 45 Abs. 2 lit. g VwVG (vorsorgliche Massnahme). Sie schliesst das Unterstellungsverfahren nicht ab, sondern stellt einen Zwischenschritt auf dem Weg zu einer Endentscheidung über die Bewilligungspflicht dar. Der Antrag der Beschwerdeführerin, festzustellen, dass sie keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübe, geht über den Verfahrensgegenstand hinaus. Das Bundesgericht kann zurzeit nur prüfen, ob die von der EBK getroffenen vorsorglichen Massnahmen bundesrechtskonform sind, indessen nicht die Endentscheidung vorwegnehmen. Auf den entsprechenden Antrag ist nicht einzutreten. Das Gleiche gilt, soweit die Beschwerdeführerin ersucht, das Mandat der Beobachterin auf das Geschäftsgebaren der X. auszudehnen. Durch die Ablehnung dieses Beweisantrags entsteht ihr kein nicht wieder gutzumachender Nachteil. Sie wird ihre Kritik – soweit dazuzumal noch nötig – bei Anfechtung des Endentscheids vorbringen können.

cc) Auf die Eingabe ist einzutreten, soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Einsetzung der Beobachterin und die ihr auferlegten Beschränkungen ihrer Geschäftstätigkeit wendet: In Vollzug des Börsengesetzes ergehende Verfügungen der Aufsichtsbehörde über dessen Anwendbarkeit (Unterstellungsentscheid) bzw. über damit verbundene Rechtsfolgen unterliegen unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 39 BEHG; Art. 97 in

Verbindung mit Art. 98 lit. f OG und Art. 5 VwVG). Der Beschwerdeführerin droht durch die Anordnung, ihre Geschäftstätigkeit von der Beobachterin überprüfen zu lassen sowie deren Vertretern unter Strafandrohung Zutritt zu ihren Geschäftsräumlichkeiten und Einblick in sämtliche Unterlagen gewähren zu müssen, ein nicht wieder gutzumachender Nachteil, zumal die EBK damit weitgehende Sicherungsmassnahmen (Kontensperre; Verbot weiterer Geschäftstätigkeit usw.) verbunden hat. Diese Eingriffe können auch bei einem positiven Verfahrensausgang nicht ohne weiteres wieder gutgemacht werden, da sie geeignet sind, die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin nachhaltig negativ zu beeinflussen (unveröffentlichte E. 1 von BGE 126 II 111 ff.; BGE 99 Ib 413 E. 1b S. 416 f. bezüglich Abklärungen im Bereich von Anlagefonds; unveröffentlichte E. 1 von BGE 121 II 147 ff.).

2.– a) Das Bundesgericht hat in BGE 126 II 111 ff. festgehalten, das Börsengesetz sehe zwar die Möglichkeit der Abordnung eines Beobachters nicht ausdrücklich vor, dabei dürfte es sich aber um ein gesetzgeberisches Versehen handeln. Nach Art. 35 Abs. 3 BEHG treffe die EBK generell die zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und für die Beseitigung der Missstände «notwendigen Verfügungen», wobei die dort ausdrücklich genannten – und hier vorsorglich angeordneten – Massnahmen (Untersagen aller Zahlungen und Rechtsgeschäfte für kurze Zeit, vorübergehendes oder dauerndes Verbot der Tätigkeit im Effektenhandel) lediglich beispielhaft erwähnt seien. Wenn die EBK befugt erscheine, in Analogie zur bankenrechtlichen Praxis die Auflösung einer Gesellschaft anzuordnen, die eine nicht bewilligungsfähige Tätigkeit als Effektenhändlerin ausübe, so sei sie auch berechtigt, die weniger weit reichende Einsetzung eines Beobachters zu verfügen, und dies selbst dann, wenn nicht feststehe, ob tatsächlich eine Gesetzesverletzung oder ein Missstand vorliege. Es genüge, dass aufgrund der konkreten Umstände hierfür objektive Anhaltspunkte bestünden, wobei der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle an Ort und Stelle abschliessend festgestellt werden könne. Der

zu beseitigende Missstand liege in diesem Fall in der unklaren Ausgangslage, die es im Interesse der mit dem Börsengesetz verfolgten Ziele (vgl. Art. 1 BEHG) zu klären gelte (BGE 126 II 111 E. 4c S. 117 f., mit Hinweisen).

b) aa) Die Beschwerdeführerin stellt zu Recht nicht ernsthaft in Abrede, dass hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, ihre Geschäftstätigkeit zu überprüfen: Als bewilligungspflichtige Kundenhändler gelten juristische Personen, die gewerbmässig in eigenem Namen auf Rechnung von Kunden mit Effekten handeln und für diese selber oder bei Dritten Konti zur Abwicklung des Effektenhandels führen oder Effekten dieser Kunden bei sich oder in eigenem Namen bei Dritten aufbewahren (Art. 2 lit. d BEHG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 5 BEHV); die Bewilligungspflicht besteht insbesondere, wenn der Händler Werte in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Kunden bei einer Bank in einem Sammelkonto hält. Im Zusammenhang mit Unregelmässigkeiten im Geschäftsbetrieb der X. ist deren Revisionsstelle auf die Bankbeziehung der Beschwerdeführerin mit rund 40 Unterportfolios gestossen, über die – zumindest teilweise – Effektingeschäfte abgewickelt worden sind. Aufgrund der vorhandenen Unterlagen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin im Unterkonto «POR 4» ein börsen- oder bankenrechtlich relevantes Sammelkonto mit über 300 wirtschaftlich Berechtigten betrieb. Die EBK war deshalb gehalten, in geeigneter Weise für eine weitere Abklärung und eine zweckmässige Sicherung der Vermögenswerte der Kunden zu sorgen. Wegen der personellen Verknüpfungen und der teilweise engen Beziehungen der leitenden Organe der Beschwerdeführerin mit jenen der Bank musste sie sich nicht damit begnügen, lediglich allgemeine Auskünfte über deren Tätigkeit von dieser selber einzuholen; sie durfte vielmehr – ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – sofort superprovisorisch die geeigneten Verwaltungsmassnahmen treffen und die weitere Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin (zumindest vorerst) stoppen. Dies galt um so mehr,

als im Zusammenhang mit den Unregelmässigkeiten bei der X. auch Mitarbeiter und Organe der Beschwerdeführerin in das entsprechende Strafverfahren miteinbezogen werden mussten.

bb) Gestützt auf die Zwischenberichte der Beobachterin bestand in der Folge keine Veranlassung, auf die superprovisorisch angeordneten Massnahmen zurückzukommen. Im Gegenteil: Die Berichte bestätigten den Verdacht, dass die Beschwerdeführerin als Kundenhändlerin tätig gewesen sein könnte, auch wenn das Portofolio 4 kein Effektenhandels-, sondern ein Devisenhandelskonto bildete. Die abschliessende Beurteilung der umstrittenen Tätigkeit wird davon abhängen, ob die einzelnen Unterkonti der Bankbeziehung I. der Beschwerdeführerin oder direkt deren Kunden zuzuschreiben sind, was zwischen ihr und der Bank zurzeit umstritten ist und weiterer Abklärung bedurfte bzw. bedarf. Die Annahme der EBK, aufgrund der vorliegenden Unterlagen sei die ursprüngliche Vermutung, die Beschwerdeführerin übe eine unerlaubte Effektenhändlerstätigkeit aus, zumindest noch «nicht widerlegt», weshalb sich der Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtfertige, ist im Rahmen des ihr zustehenden «technischen Ermessens» (BGE 126 II 111 E. 3b S. 115 f.) haltbar.

3.– Was die Beschwerdeführerin weiter einwendet, lässt den angefochtenen Entscheid ebenfalls nicht als bundesrechtswidrig erscheinen:

a) aa) Die Frage, ob die Y. tatsächlich einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen ist, wird – gestützt auf den Schlussbericht der Beobachterin – Gegenstand des Endentscheids bilden. Hinsichtlich des Verfahrens hat sich die Vorinstanz an die vom Bundesgericht in BGE 126 II 111 ff. entwickelten Vorgaben gehalten. Wie dort ausgeführt (E. 5b/bb S. 121), kann die EBK superprovisorisch für die Dauer der Abklärungen Gelder und Konten vorsorglich blockieren, wenn bei Einsetzung des Beobachters hinreichend deutliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Anlegerinteressen bedroht sein könnten; auch

ein vorsorgliches Verbot aller Geschäftsabschlüsse sei in dieser Situation denkbar. Im Rahmen der mit ihren Anordnungen verbundenen Interessenabwägung müsse die EBK jedoch der Möglichkeit Rechnung tragen, dass die beobachtete Firma allenfalls tatsächlich keiner unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgehe und die getroffenen (vorsorglichen) Massnahmen sie deshalb in ihren Aktivitäten in (nachträglich) ungerechtfertigter Weise massiv beeinträchtigen könnten. Sie habe deshalb flexibel und rasch zu reagieren und über eine erste, möglicherweise kurzfristige, superprovisorische Sperrung aller Konten oder Gelder hinaus – nach Gewährung des rechtlichen Gehörs – zu klären, ob und wieweit über das Beobachtermandat reichende Massnahmen zum Schutz gefährdeter Interessen tatsächlich weiterhin erforderlich erschienen.

bb) Dies hat die EBK vorliegend getan: Die Beobachterin wurde wegen der von der Sache her gebotenen Dringlichkeit superprovisorisch ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs eingesetzt. Die Anordnung der in die Geschäftstätigkeit eingreifenden Verwaltungsmassnahmen nahm die EBK selber vor und überliess sie nicht der Beobachterin, was das Bundesgericht in BGE 126 II 111 ff. kritisiert hatte (vgl. dort E. 5). Mit der entsprechenden Verfügung setzte sie der Beschwerdeführerin Frist, sich zum Erlass einer im Wesentlichen inhaltsgleichen vorsorglichen Massnahme zu äussern; damit erhielt die Beschwerdeführerin Gelegenheit, ihre schutzwürdigen Interessen bereits für die Dauer des Unterstellungsverfahrens geltend zu machen. Wenn sie kritisiert, sie habe zu den ins Auge gefassten Massnahmen nicht sinnvoll Stellung nehmen können, weil sie keinen Einblick in die im Strafverfahren beschlagnahmten Akten erhielt, übersieht sie, dass ihr die EBK nur jene Akten zur Verfügung stellen konnte und musste, über die sie selber verfügte. In diese und insbesondere in die beiden Zwischenberichte der Beobachterin vom 22. und 28. Februar 2001 hat sie unbestrittenermassen Einsicht nehmen können. Entgegen ihrem Einwand konnte es die EBK nicht einfach bei der superprovisorischen

Anordnung belassen, war sie gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung doch gerade im Interesse der Beschwerdeführerin gehalten, ihr möglichst rasch Gelegenheit zu geben, sich zu den getroffenen Massnahmen zu äussern und mit allfälligen Einwänden gehört zu werden (BGE 126 II 111 E. 6b/aa S. 123).

b) Die Beschwerdeführerin kritisiert, die EBK müsse ihr trotz Kontensperre ermöglichen, ihre Interessen anwaltlich wahrnehmen zu lassen, und insofern Kostenvorschüsse aus den gesperrten Konten freigeben. Die Rüge dringt vorliegend nicht durch, entbehrt aber für künftige Verfahren nicht einer gewissen Berechtigung:

aa) Die EBK weist in ihrer Begründung darauf hin, dass den Interessen der betroffenen Gesellschaft bzw. deren Verantwortlichen, Rechtskosten im Unterstellungsverfahren durch die Mittel der Gesellschaft begleichen zu können, jene der Anleger auf Erhalt von deren Substrat für ihre Forderungen gegenüberstünden; dies befreit die EBK jedoch nicht davon, auch insofern eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen. Es geht nicht an, losgelöst vom späteren Verfahrensausgang die Kosten für die Tätigkeit der Beobachterin und der EBK aus den gesperrten Mitteln vorweg zu befriedigen (vgl. BGE 126 II 111 E. 4d S. 118 f.), gleichzeitig der betroffenen Firma jedoch jegliche Finanzierung einer anwaltlichen Verbeiständung zu versagen und hierzu einfach auf die privaten Mittel der für die Gesellschaft handelnden Personen bzw. deren Aktionäre zu verweisen. Über die Beschlagnahme der Mittel sollen unnötige Ausgaben verhindert und eine damit verbundene ungerechtfertigte Vermögensverminderung im Interesse der Anleger vermieden werden. Hinsichtlich der Freigabe von Mitteln für die anwaltliche Vertretung ist deshalb – analog den Voraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung – zu prüfen, ob minimale Erfolgchancen bestehen und die Verbeiständung nötig erscheint. Als aussichtslos sind dabei Prozessbegehren zu bewerten, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich

geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung ebenfalls zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 125 II 265 E. 4b S. 275, mit Hinweisen). Ist dies der Fall, kann der betroffenen Firma im Unterstellungsverfahren nicht verweigert werden, zur Durchsetzung ihrer Rechte in angemessener Weise auf ihre vorsorglich beschlagnahmten Mittel zurückzugreifen. Der Entscheid der EBK, keine finanziellen Mittel für die Rechtsvertretung freizugeben, ist als Zwischenentscheid – analog jenem über die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. h VwVG) – wiederum mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechtbar.

bb) Im vorliegenden Verfahren durfte die EBK – jedenfalls bis jetzt noch – ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, die Anlegerinteressen hätten der Freigabe eines anwaltlichen Kostenvorschusses vorzuziehen: Gestützt auf BGE 126 II 111 ff. und die Umstände des Falles war die Eingabe der Beschwerdeführerin praktisch aussichtslos. Soweit sie geltend machte, sie gehe keiner bewilligungspflichtigen Tätigkeit nach, verkannte sie den Verfahrensgegenstand. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen und der Zwischenberichte der Beobachterin war die Durchführung des Unterstellungsverfahrens offensichtlich rechtmässig und eine Freigabe von Mitteln für eine Anfechtung der entsprechenden vorsorglichen Massnahmen vor Bundesgericht nicht gerechtfertigt. Wie es sich hinsichtlich des Endentscheids verhält, ist hier (noch) nicht zu prüfen. Es wird in diesem Zusammenhang an der EBK liegen, soweit die Beschwerdeführerin noch Aktiven ausweist, erneut über eine entsprechende Kostengutsprache zu befinden. Sollte die Beschwerdeführerin dannzumal über keine eigenen Mittel mehr verfügen, wird sich im Rahmen von

Art. 152 OG die Frage stellen, ob ihr im Sinne einer Ausnahme von der Rechtsprechung, wonach juristische Personen grundsätzlich nicht in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege kommen (vgl. BGE 119 Ia 337 ff.), diese dennoch zu gewähren ist, da durch den Endentscheid ihre Existenz als solche in Frage gestellt sein könnte.

**Entscheidung des Präsidenten der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 20. März 2001 i. S. Henkel (2A.128/2001)**

**Art. 38 BEHG, internationale Amtshilfe, Auskunftspflicht; Art. 111 OG, aufschiebende Wirkung**

1. *Das öffentliche Interesse, dass Kundendaten griffbereit sind und die Amtshilfe sofort geleistet werden könnte, falls die Verfügung der EBK in der Sache geschützt würde, wiegt schwerer als das Interesse der betroffenen Kunden, dass ihre Daten nicht in den Besitz der EBK gelangen, solange sichergestellt ist, dass ihre Rechtsschutzmöglichkeiten an einer Verhinderung einer unzulässigen internationalen Amtshilfe gewährleistet bleiben (Erw. 2.c).*
2. *Auch ein nicht der Aufsicht der EBK unterstellter Vermögensverwalter kann in Bezug auf die Herausgabe von Kundendaten an die EBK keine aufschiebende Wirkung geltend machen (Erw. 2).*

**Art. 38 LBVM, entraide administrative internationale, obligation de fournir des informations; art. 111 OJF, effet suspensif**

1. *L'intérêt public à ce que des données de clients soient disponibles afin que l'entraide administrative puisse être fournie immédiatement si la décision de la CFB devait être confirmée, doit être qualifié de prépondérant par rapport à l'intérêt du client concerné à ce que ses données ne soient pas remises à la CFB, à condition que les moyens judiciaires à disposition des clients pour éviter un transfert non autorisé d'informations à l'étranger soient garantis (consid. 2.c).*
2. *Un gérant de fortune non assujetti à la surveillance de la CFB ne peut pas demander l'effet suspensif en ce qui concerne la remise à la CFB de données relatives à ses clients (consid. 2).*

**Art. 38 LBVM, assistenza amministrativa internazionale, obbligo di fornire informazioni; art. 111 OG, effetto sospensivo**

1. *L'interesse pubblico alla disponibilità di dati di clienti e la tempestività dell'assistenza amministrativa, in caso di conferma della disposizione della CFB, devono essere considerati prevalenti rispetto all'interesse privato del cliente che i propri dati non giungano in possesso della CFB, a condizione che siano garantiti tuttavia i rimedi giuridici a sua disposizione, tendenti a evitare il trasferimento non autorizzato di informazioni all'estero (cons. 2.c).*
2. *Neppure un gestore patrimoniale, non soggetto alla vigilanza della CFB, può far valere l'effetto sospensivo, in relazione alla consegna dei dati dei suoi clienti alla CFB (cons. 2).*

#### **Sachverhalt (Auszug):**

Mit mehreren Schreiben von September 1999 bis Oktober 2000 ersuchte das deutsche BAWe für den Wertpapierhandel (BAWe) die EBK, ihr auf dem Amtshilfegeweg Informationen aus dem Tätigkeitsbereich der P. AG zu übermitteln. Die Gesuche stehen im Zusammenhang mit dem von der P. AG im Jahre 1999 getätigten Handel von Optionsscheinen auf Henkel-Aktien. Nachdem die EBK erste Informationen erhalten und unter Verzicht auf die Übermittlung von Kundendaten an das BAWe weitergeleitet hatte, ersuchte dieses am 13. Oktober 2000 um weitere Abklärungen. Am 1. November bat die EBK die P. AG um ergänzende Informationen. Diese machte mit Schreiben vom 24. November 2000 gewisse Angaben, ohne aber Informationen über die betroffenen Kunden bekannt zu geben. Daran hielt sie auch auf Mahnung der EBK hin fest; sie vertrat den Standpunkt, die EBK habe eine formelle Verfügung zu treffen, um zu den Kundendaten zu gelangen, denn sie sei als nicht der Aufsicht der EBK unterstellter Vermögensverwalter gegenüber der EBK nicht auskunftspflichtig.

Am 21. Februar 2001 traf die EBK eine Verfügung, in der sie die P. AG anwies, ihr verschiedene kundenbezogene Informationen zu übermitteln, und gleichzeitig die amtshilfweise Übermittlung dieser Informationen an das BAWe beschloss. In Bezug auf die Herausgabe der Informationen an die EBK wurde die Verfügung als sofort vollstreckbar erklärt. Für die Übermittlung an das BAWe wurde ihr hingegen die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Mit Eingabe vom 12. März 2001 hat die P. AG gegen diese Verfügung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Nebst den Anträgen in der Sache ersucht sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung.

**Aus den Erwägungen:**

2.- a) Nach Art. 111 Abs. 1 OG hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur dann von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung, wenn sie sich gegen eine Verfügung richtet, die zu einer Geldleistung verpflichtet. Andernfalls kann der Präsident der urteilenden Abteilung gemäss Art. 111 Abs. 2 OG einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte Interessen einstweilen sicherzustellen. Dabei sind die öffentlichen Interessen an einer sofortigen Vollstreckung des angefochtenen Entscheids und die entgegenstehenden Interessen abzuwägen. Für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung braucht es grundsätzlich gewichtige Gründe, namentlich dass einer Partei erhebliche, auch durch eine allfällige Gutheissung der Beschwerde nicht wieder gutzumachende Nachteile drohen (BGE 107 Ia 269 E. 1–5 270 f.).

b) Im vorliegenden Fall erübrigt es sich, bei der EBK eine gesonderte Stellungnahme zur Frage der aufschiebenden Wirkung einzuholen. Die EBK hat ihren Standpunkt nämlich bereits im angefochtenen

Entscheid dargelegt und in die Ziffern 8 und 9 des Dispositivs einfließen lassen. Daraus ergibt sich, dass die EBK der Ansicht ist, die in den Ziffern 1, 2 und 7 geregelten Vorkehren liessen keinen Aufschub zu und seien sofort zu vollstrecken, währenddem bei den anderen Vorkehren das Ergebnis eines allfälligen – und nunmehr von der Beschwerdeführerin eingeleiteten – bundesgerichtlichen Verfahrens abgewartet werden könne.

c) Die Beschwerdeführerin hat ihr Gesuch nur rudimentär begründet. Sie führt lediglich aus, die Übermittlung von Kundendaten an eine ersuchende Behörde stelle ohne weiteres einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil dar. Dies trifft indessen in so allgemeiner Weise nicht zu.

Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin und ihre Kunden ein erhebliches Interesse daran haben, dass ihre Daten und Unterlagen nicht in den Besitz ausländischer Behörden gelangen, solange das entsprechende Amtshilfverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Dabei handelt es sich nicht nur um ein privates, sondern im Hinblick auf den Schutz des schweizerischen Börsen- und Effektenhandels und dessen Beteiligten vor unzulässigem Zugriff durch ausländische Behörden um ein erhebliches öffentliches Interesse. Das anerkennt sinngemäss auch die EBK, hat sie diesen Interessen doch bei der Regelung der Vollstreckung der Ziffern 3–6 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung für den Fall einer Anfechtung ihres Entscheids mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht Rechnung getragen. Insoweit ist dem Gesuch um aufschiebende Wirkung demnach stattzugeben.

Mit den Vorkehren, welche nach Anordnung der EBK sofort zu vollstrecken sind, wird die Beschwerdeführerin demgegenüber lediglich angehalten, der EBK unter Strafandrohung bei Unterlassung innert einer bestimmten Frist gewisse Informationen und Unterlagen zukom-

men zu lassen (Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung) und ihrem bzw. ihren Kunden die von der EBK getroffene Verfügung zu übermitteln bzw. ihn/sie darüber zu informieren (Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung). Damit hat die Beschwerdeführerin zwar Kundendaten freizugeben. Diese gelangen vorläufig aber lediglich in den Besitz der EBK, die sie im Hinblick auf eine allfällige Weiterleitung an das BAWe zurückbehält und sozusagen zwischenlagert. Diese Aufbewahrung der fraglichen Daten steht in ausschliesslichem und engem Zusammenhang mit dem vom BAWe eingeleiteten Verfahren. Die Beschwerdeführerin und ihre Kunden haben in einem Verfahren der internationalen Rechtshilfe kein wesentliches Interesse daran, dass ihre Daten nicht in den Besitz der EBK gelangen, solange sichergestellt ist, dass ihre Rechtsschutzmöglichkeiten an einer Verhinderung einer unzulässigen internationalen Amtshilfe gewährleistet bleiben. Dies trifft bei der von der EBK getroffenen Regelung vollumfänglich zu. Gleichzeitig besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass die fraglichen Daten griffbereit sind und die Amtshilfe sofort geleistet werden könnte, falls die Verfügung der EBK in der Sache geschützt würde. Sollte hingegen die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde durchdringen, hätte sie keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erlitten, weil diesfalls gewährleistet bliebe, dass die Informationen und Unterlagen nicht ins Ausland weitergeleitet würden, sondern, soweit möglich, von der EBK zurückerstattet werden müssten bzw. mangels Amtshilfverfahrens nicht weiter verwendet werden dürften.

d) Schliesslich erweist sich das Gesuch um aufschiebende Wirkung insoweit als gegenstandslos, als es sich auf die in Ziffer 10 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung geregelten Verfahrenskosten bezieht. Da es sich dabei um die Verpflichtung zu einer Geldleistung handelt, hat die von der Beschwerdeführerin eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde – diesbezüglich bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung (Art. 111 Abs. 1 OG).

**Entscheidung der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 25. April 2001 i. S. Murrin Murrin  
(2A.234/2000)**

**Art. 38 BEHG, Amtshilfe; Art. 6 und 8 EMRK, Recht auf ein faires Verfahren, Recht auf Achtung des Privatlebens; Art. 13 i. V. m. Art. 2 Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Spruchgebühren der EBK**

1. *Dem wirtschaftlich Berechtigten kommt in Amtshilfesachen keine Parteistellung zu. Aus demselben Grund ist auch eine Beiladung ausgeschlossen (Erw. 2a).*
2. *Art. 6 EMRK findet auf Amtshilfeverfahren keine Anwendung. Auch Art. 8 EMRK weist bezüglich des schweizerischen Amtshilfeverfahrens keinen über Art. 38 BEHG hinausgehenden zusätzlichen Schutz auf (Erw. 2b).*
3. *Bei der Australian Securities & Investments Commission (ASIC) handelt es sich um eine Aufsichtsbehörde über Börsen und Effekthändler, die an ein Amtsgeheimnis gebunden ist und glaubhaft zusichert, die von der EBK erhaltenen Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung zu verwenden (Erw. 4).*
4. *Sichert eine Aufsichtsbehörde ausdrücklich zu, vor der Weiterleitung von der EBK erhaltener Informationen an eine richterliche Behörde die Zustimmung der EBK dazu einzuholen und bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Aufsichtsbehörde diese Zusicherung nicht einhält, kann Amtshilfe geleistet werden, selbst wenn für die Durchsetzung der Marktaufsicht teilweise eine richterliche Mitwirkung notwendig ist (Erw. 5).*
5. *Die EBK kann ihre Spruchgebühren in Amtshilfeverfahren, die vom Bankkunden provoziert werden, gestützt auf Art. 13 i. V. m. Art. 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren erheben (Erw. 7).*

**Art. 38 LBVM, entraide administrative; art. 6 et 8 CEDH, droit à un procès équitable, droit au respect de la vie privée; art. 13 en rel. avec art. 2 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative, émoluments de décision de la CFB**

1. *L'ayant droit économique n'est pas partie à la procédure relative à l'entraide administrative. Il est par conséquent également exclu de l'inviter à intervenir dans la procédure (consid. 2a).*
2. *L'art. 6 CEDH ne s'applique pas à la procédure d'entraide administrative. En ce qui concerne la procédure suisse d'entraide administrative, l'art. 8 CEDH n'offre pas une protection qui irait au-delà de celle prévue par l'art. 38 LBVM (consid. 2b).*
3. *L'Australian Securities & Investment Commission (ASIC) est une autorité de surveillance sur les bourses et les négociants en valeurs mobilières qui est liée par un secret de fonction et garantit de manière crédible qu'elle utilisera les informations reçues de la CFB exclusivement pour la surveillance directe (consid. 4).*
4. *Lorsqu'une autorité de surveillance donne l'assurance expresse qu'elle requerra l'approbation de la CFB avant de transmettre les informations reçues à une autorité judiciaire, et qu'il n'existe aucun indice que cette autorité de surveillance ne tiendra pas cet engagement, l'entraide administrative peut être accordée, même si l'application des règles sur la surveillance des marchés exige une intervention judiciaire (consid. 5).*
5. *Dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative provoquée par un client, la CFB peut prélever des émoluments de décision sur la base de l'art. 13 en rel. avec l'art. 2 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative.*

Art. 38 LBVM, assistenza amministrativa; art. 6 e 8 CEDU, diritto a un giusto procedimento, diritto alla tutela della vita privata; art. 13 in connessione con l'art. 2 dell'ordinanza sulle spese e le indennità in procedimenti amministrativi, emolumenti di decisione della CFB

1. *L'avente diritto economico non assume la figura di parte in causa nel procedimento di assistenza amministrativa; conseguentemente è parimenti escluso il suo intervento nella procedura (cons. 2a).*
2. *L'art. 6 CEDU non si applica nei procedimenti di assistenza amministrativa. In relazione al procedimento di assistenza amministrativa, l'art. 8 CEDU non offre una tutela più ampia di quella prevista dall'art. 38 LBVM (cons. 2b).*
3. *L'Australian Securities & Investments Commission (ASIC) costituisce e un'autorità di vigilanza sulle borse e i commercianti di valori mobiliari; soggetta al segreto d'ufficio, essa garantisce in maniera credibile l'utilizzo delle informazioni ricevute dalla CFB esclusivamente per la vigilanza diretta (cons. 4).*
4. *Qualora l'autorità di vigilanza garantisca espressamente che richiederà il preventivo consenso della CFB prima di trasmettere le informazioni ricevute all'autorità giudiziaria e non sussistendo indizi che l'autorità non disattenderà tale impegno, l'assistenza amministrativa può essere concessa anche quando l'applicazione delle regole sulla vigilanza dei mercati esiga un parziale intervento del giudice (cons. 5).*
5. *Nell'ambito del procedimento di assistenza amministrativa promosso dal cliente, la CFB può richiedere emolumenti di decisione, ai sensi dell'art. 13 in connessione con l'art. 2 della specifica ordinanza sulle spese e le indennità in procedimenti amministrativi (cons. 7).*

**Sachverhalt (Auszug):**

Die Australian Securities & Investments Commission (ASIC) ermittelt gegen R. wegen des Verdachts einer Verletzung des australischen «Corporations Law» (sections 995, 999 und 1000). Es wird ihm vorgewor-

fen, in dem von der «N. Ltd» herausgegebenen «R.-Report» Kaufempfehlungen für bestimmte Wertschriften abgegeben und dabei seine eigenen Interessen an den entsprechenden Geschäften nicht offen gelegt zu haben. Die ASIC untersucht in diesem Zusammenhang zwischen dem 27. Oktober und 15. Dezember 1998 getätigte Verkäufe von Aktien der Gesellschaft X. Ltd bzw. im Februar, März sowie zwischen dem 1. und 16. Juni 1999 getätigte Transaktionen in «unsecured notes» der Gesellschaft Y. Ltd.

Am 13. September 1999 ersuchte die ASIC die EBK bezüglich diverser bei der Bank I., der Bank A. AG und der Bank T. AG einzuholender Unterlagen und Auskünfte um Amtshilfe. Die EBK forderte bei den verschiedenen Instituten die gewünschten Informationen an. Dabei ergab sich, dass die im Amtshilfeersuchen erwähnten Transaktionen über die L. Co. bzw. die W. Co. abgewickelt worden waren, an denen R. wirtschaftlich berechtigt ist. Am 30. März 2000 beschloss die EBK, der ASIC Amtshilfe zu leisten und ihr verschiedene Unterlagen zu übermitteln. Gleichzeitig wies sie die ASIC darauf hin, dass diese Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet werden dürften und die Weiterleitung an Zweitbehörden ihrer vorgängigen Zustimmung bedürfe. Die Verfahrenskosten von CHF 5220.–, bestehend aus einer Spruchgebühr von CHF 5000.– und den Schreibgebühren von CHF 220.–, auferlegte sie solidarisch der L. Co. und der W. Co.

Gegen diesen Entscheid haben die L. Co. und die W. Co. am 17. Mai 2000 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Die L. Co. und die W. Co. machen geltend, die ASIC sei keine Börsenaufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 BEHG; zudem sei sie – wegen der zahlreich bestehenden Auskunftspflichten gegenüber anderen Behörden – nicht genügend an ein Amtsgeheimnis gebunden. Die von ihr abgegebenen Zusicherungen seien zweideutig und genügten für die Amtshilfe nicht. Diese erweise sich auch als unverhältnismässig,

weil kein hinreichender Anlass für sie spreche; überdies verletze sie Art. 8 EMRK.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde vollumfänglich ab.

**Aus den Erwägungen:**

2.– Die Beschwerdeführerinnen stellen verschiedene verfahrensrechtliche Anträge. Es ist ihnen nicht zu entsprechen:

a) Nach dem doppelt geführten Schriftenwechsel erscheint die Streitsache spruchreif. Die Bestellung eines gerichtlichen Gutachters erübrigt sich. Die EBK und die Beschwerdeführerinnen haben sich zum australischen Recht umfassend äussern können; vorliegend steht in erster Linie nicht dessen Auslegung zur Diskussion, sondern diejenige von Art. 38 Abs. 2 BEHG. Sollte eine durch die Amtshilfe nicht gedeckte Weiterleitung der gelieferten Informationen gestützt auf die vorliegenden Zusicherungen nicht genügend ausgeschlossen erscheinen, wäre bis zur Klärung des entsprechenden Punkts (vorerst) von der Amtshilfe abzusehen (BGE 126 II 126 E. 6b/bb S. 139). Es ist nicht am Bundesgericht, sich im Rahmen des Amtshilfeverfahrens auf juristische Diskussionen um Streitfragen hinsichtlich der Auslegung des ausländischen Rechts einzulassen. Die entsprechenden Entscheide bleiben den australischen Behörden vorbehalten. Eine Abklärung, welche Informationen die EBK der ASIC im Rahmen des vorliegenden Verfahrens bereits überstellt hat mit der Möglichkeit, sich noch einmal äussern zu können, erübrigt sich, nachdem die Beschwerdeführerinnen in die Unterlagen Einblick nehmen und hierauf replizieren konnten. Eine Beiladung von R. schliesslich ist ausgeschlossen, weil diesem als bloss wirtschaftlich Berechtigtem weder im Verfahren vor der EBK noch in jenem vor Bundesgericht Parteistellung zukommt (BGE 125 II 65 E. 1 S. 69/70; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 1998 i. S. S., E. 2; vgl. Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-

Ort-Kontrolle, 2. Aufl., Bern 2001, S. 216 f.). Ihn beizuladen, hiesse diese erst jüngst wieder bestätigte Rechtsprechung umgehen (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B., E. 3a).

b) Die Beschwerdeführerinnen fordern mit Blick auf Art. 6 (bzw. Art. 8) EMRK die Durchführung einer parteiöffentlichen Hauptverhandlung. Es besteht indessen kein Anlass, gestützt auf die behaupteten konventionsrechtlichen Vorgaben von den allgemeinen Verfahrensregeln abzuweichen:

aa) Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt, dass über zivilrechtliche Ansprüche bzw. die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist durch ein unabhängiges und unparteiisches, auf dem Gesetz beruhendes Gericht entschieden wird (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/aa S. 230). Bei der börsenrechtlichen Amtshilfe geht es um eine internationale Zusammenarbeit zur aufsichtsrechtlichen Überwachung von Finanzmärkten und damit weder um ein Strafverfahren noch um ein Verfahren, dessen Ausgang für den Streit um ein ziviles Recht direkt und substantiell entscheidend wäre (vgl. Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999, S. 134 ff.). Art. 6 EMRK findet auf das Amtshilfeverfahren – wie auf das Rechtshilfeverfahren (Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Kehl/Strassburg/Arlington 1996, S. 193) – deshalb keine Anwendung (BGE 123 II 175 E. 6e S. 185).

bb) Ebenfalls fehlt geht der Hinweis auf Art. 8 EMRK: Zwar erfasst der Begriff des Privatlebens auch die beruflichen und wirtschaftlichen Beziehungen eines Menschen (Michele de Salvia, Compendium de la CEDH, Kehl/Strassburg/Arlington 1998, Rz. 64 zu Art. 8), doch gilt die entsprechende Garantie gestützt auf Art. 8 Ziff. 2 EMRK nicht unbeschränkt. Die börsenrechtliche Amtshilfe gemäss Art. 38 Abs. 2 BEHG dient dem wirtschaftlichen Wohl des Landes (vgl. BGE 125 II 83 E. 5

S. 85) und dem Schutz der international vernetzten Finanzmärkte (vgl. BGE 125 II 65 E. 7 S. 75). Sie ist konventionskonform, wenn die Voraussetzungen von Art. 38 Abs. 2 BEHG gegeben sind, wozu auch die Verhältnismässigkeit bzw. die Erforderlichkeit der Massnahme gehören (BGE 126 II 409 E. 5; 125 II 65 E. 6a S. 73). Der mit der Amtshilfe verbundene Eingriff in das Privatleben ist in diesem Fall im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerechtfertigt (vgl. auch BGE 126 II 126 E. 5b/bb und 5c/aa; vgl. bezüglich der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen: BGE 117 Ib 210 E. 3b/cc S. 215 ff.). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ergeben sich aus Art. 8 EMRK unmittelbar keine ausdrücklichen Regeln; der zu einem Eingriff in das Privatleben führende Entscheidungsprozess muss aber gerecht erscheinen und es erlauben, den aus Art. 8 EMRK fliessenden Aspekten gehörig Rechnung zu tragen (de Salvia, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 8 EMRK). Dies ist bei Art. 38 Abs. 2 BEHG, wonach kundenbezogene Daten – als europäisches «Unikum» (so Althaus, a.a.O., S. 176) – nur nach Erlass einer entsprechenden richterlich überprüfbaren Übermittlungsverfügung weitergegeben werden dürfen, auch ohne öffentliche Verhandlung der Fall. Eine solche ist demnach nur unter den Voraussetzungen von Art. 36b OG (keine Einstimmigkeit bzw. Antrag auf mündliche Beratung) erforderlich.

(...)

4.– a) Der Australian Securities & Investment Commission obliegt im Rahmen des «Corporations Law» und des «ASC Law» die Überwachung von Institutionen, die Kundengelder entgegennehmen, sowie die Kontrolle des Effektenhandels und der Effekthändler. Sie stützt sich dabei auf den «Australian Securities and Investments Commission Act 1989» sowie den «Corporations Act 1989». Auch wenn der ASIC im Rahmen des finanzrechtlichen Konsumentenschutzes und der Versicherungsaufsicht zusätzlich weitere Aufgaben zufallen, ist sie damit doch eine ausländische Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38

Abs. 2 BEHG, welcher die EBK Amtshilfe leisten kann. Die Art der Verwendung der gelieferten Informationen stellt nicht den Charakter der ASIC als börsenrechtliche Aufsichtsbehörde in Frage, sondern berührt in erster Linie das Spezialitätsprinzip, wonach die Angaben «ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels» benutzt werden dürfen (Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG). Dabei ist nicht erforderlich, dass der ausländischen Aufsichtsbehörde genau die gleichen Befugnisse zukommen wie der EBK. Entscheidend ist, dass ihr in der grundsätzlichen Stossrichtung Aufgaben wie dieser obliegen (Robert Roth, in: Hertig/Meier-Schatz/Roth/Roth/Zobl, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Rz. 51 ff. zu Art. 38; Althaus, a.a.O., S. 151; Thierry Amy, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, Lausanne 1998, S. 411 f.). Die ausländische Aufsichtsbehörde muss überhaupt Funktionen wahrnehmen, für die nach dem schweizerischen Recht die Amtshilfe zulässig ist. Dass die erhaltenen Informationen ausschliesslich «zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels» verwendet werden, braucht nicht dadurch sichergestellt zu sein, dass der Aufsichtsbehörde daneben keinerlei andere Aufgaben übertragen wären. Die zweckkonforme Verwendung der Informationen und die Wahrung des Spezialitätsprinzips können neben dem Bestehen von «Chinese Walls» etwa auch dadurch gesichert erscheinen, dass die ausländische Aufsichtsbehörde das Auskunftersuchen mit einem amtshilfefähigen Zweck begründet und zugleich zusichert, die Informationen nur hierfür zu verwenden (Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 1999 i. S. Bank E., X. und Y. c. EBK, E. 4b, veröffentlicht in EBK-Bulletin 38/1999 S. 33 ff.).

b) Die ASIC ersucht die EBK um Amtshilfe im Zusammenhang mit einer allfälligen Verletzung von sect. 995, 999 und 1000 des «Corporations Law». Sie verdächtigt R., als Direktor der ihrer Aufsicht unterstellten «N. Ltd», einer lizenzierten Investmentberatungsfirma, Empfehlungen für Wertschriften abgegeben zu haben, ohne dabei

seine eigenen Interessen offen zu legen. R. soll in Abweichung von den eigenen Empfehlungen direkt oder indirekt selber am Markt aufgetreten sein und damit möglicherweise Investoren getäuscht haben. Die entsprechenden Ermittlungen der ASIC liegen in der Stossrichtung der schweizerischen Börsengesetzgebung, die wie die angerufenen australischen Bestimmungen dazu dienen, die Transparenz und Gleichbehandlung unter den Anlegern sowie die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten (vgl. Art. 1 BEHG). Die ASIC hat unzweideutig zugesichert, die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung dieser börsenrechtlichen Aufsicht und nicht im Rahmen ihrer übertragener weiterer Aufgaben zu verwenden. In ihrer Stellungnahme vom 15. August 2000 hat sie diesbezüglich ausgeführt: «Contrary to the assertions of the two expertises, ASIC has clearly committed itself to meeting the conditions laid down in SESTA Art 38 and this can be found on the first page of the Protocol letter from ASIC's Chairman, Mr Alan Cameron, to the SFBC's Chairman, Dr Kurt Hauri, on 3 September 1998 [recte: 1999]. ASIC intends to use any information obtained from the SFBC in confidence only for the purposes for which it has been released and only for the purposes permitted by Art 38, namely for the exclusive purposes of direct supervision of securities exchanges and trading.»

c) Dass das schweizerische Börsenrecht keine sect. 995 bzw. 999 und 1000 der «Corporations Law» ähnlichen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen enthält, schliesst die Amtshilfe zu deren Durchsetzung in Australien nicht aus. Wie das Bundesgericht bereits ausgeführt hat, ist die Amtshilfe als Rechtshilfe in Verwaltungssachen nicht – im Sinne einer Äquivalenz zum Grundsatz der doppelten Strafbarkeit – von einer identischen aufsichtsrechtlichen Erfassung der Tatbestände in beiden Ländern abhängig (BGE 126 II 409 E. 6c/bb S. 422; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, S. 205 f. Rz. 285 zu § 3). Fehl geht in diesem Zusammenhang auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen, der ASIC könne keine Amtshilfe geleistet werden, weil

ihre Mitglieder nicht an ein strafrechtlich durchsetzbares Amtsgeheimnis gebunden seien. Nach sect. 127 (1) des «Australian Securities and Investments Commission Act 1989» ist die ASIC gehalten, die ihr im Rahmen ihrer Aufgaben zugekommenen Informationen vertraulich zu behandeln: «[Obligation to protect from disclosure] The Commission shall take all reasonable measures to protect from unauthorised use or disclosure information:

(a) given to it in confidence in or in connection with the performance of its functions or the exercise of its powers under a national scheme law of this jurisdiction; or (b) that is protected information.»

Principle 11 des «Privacy Act's 1988» sieht seinerseits vor: «A person, body or agency to whom personal information is disclosed ... shall not use or disclose the information for a purpose other than the purpose for which the information was given to the person, body or agency». Ungerechtfertigte Verletzungen dieser Grundsätze ziehen dienstrechtliche, allenfalls aber auch strafrechtliche Folgen nach sich. Zusammenfassend hält die ASIC in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2000 unter dem Titel «Sanctions under the secrecy provisions of the Crimes Act 1914» fest: «In summary, any ASIC member or staff, as well as any person performing services for or on behalf of ASIC, is guilty of a criminal offence if he or she makes unauthorized disclosure or communication of a confidential document such as information obtained from SFBC. The relevant penalty is imprisonment for 2 years».

d) Bei der ASIC handelt es sich somit – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen – um eine ausländische Aufsichtsbehörde über Börsen und Effektenhändler, die an ein Amtsgeheimnis gebunden ist und welche glaubwürdig zusichert, die von ihr beantragten Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels zu gebrauchen.

5.– Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, die beantragte Amtshilfe sei auch zu verweigern, weil sie den Anforderungen der Vertraulichkeit, des «Prinzips der langen Hand» und dem Verbot der Umgehung der Rechtshilfe in Strafsachen nicht zu genügen vermöge. Das australische System schreibe zur Durchsetzung der Marktaufsicht teilweise eine richterliche Mitwirkung vor und statuiere gegenüber anderen Behörden mit Art. 38 Abs. 2 BEHG unvereinbare Anzeige- und Auskunftspflichten.

a) Art. 38 Abs. 2 BEHG will die Amtshilfe zwischen Aufsichtsbehörden soweit erleichtern, wie dies mit den Voraussetzungen der Internationalen Rechtshilfe vereinbar erscheint; diese darf nicht umgangen werden. Die EBK muss die Kontrolle über die herausgegebenen Informationen grundsätzlich behalten («Prinzip der langen Hand»). Sind die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat genügend fortgeschritten und zeichnet sich gestützt darauf die Notwendigkeit einer Weiterleitung an einen Zweitempfänger ab, kann sie ihre Zustimmung hierzu bereits unmittelbar im Amtshilfeentscheid geben. Umgekehrt muss sie bei einer unklaren Ausgangslage von der ausländischen Aufsichtsbehörde ausdrücklich verlangen, dass eine Weitergabe ohne ihre Zustimmung unterbleibt (BGE 125 II 65 E. 9b). Fehlen hinreichende Zusicherungen hierzu, hat sie (vorerst) von der Amtshilfe abzusehen (vgl. Küng/Huber/Lutz, Kommentar zum Börsengesetz, Bd. 2, Rz. 14 in fine zu Art. 38 BEHG). Die Erklärungen der ausländischen Aufsichtsbehörde haben genügende Sicherheit dafür zu bieten, dass auf die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes und jenes der «langen Hand» vertraut werden kann. Dabei ist nicht erforderlich, dass der ersuchende Staat völkerrechtlich verbindlich garantiert, dass er sich an die Bedingungen halten werde, unter denen die Schweiz Amtshilfe leistet. Das schweizerische Recht verlangt in Art. 38 Abs. 2 BEHG lediglich, dass die ersuchende Behörde die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen bzw. des Effektenhandels verwendet und die erhaltenen Angaben nicht ohne vor-

gängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde weiterleitet. Solange ein ersuchender Staat sich effektiv an den Spezialitätsvorbehalt hält und auch sonst keine Anzeichen bestehen, dass er dies im konkreten Fall nicht tun würde, steht der Amtshilfe insofern nichts entgegen. Bloss falls die ausländische Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer «best-efforts»-Erklärungen tatsächlich nicht in der Lage ist, dem Spezialitätsvorbehalt nachzukommen, ist die EBK nicht mehr befugt, ihr Amtshilfe zu leisten (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 1998 i. S. S. c. EBK, E. 7; BGE 126 II 126 E. 6a/bb S. 137, 409 E. 4b/bb S. 413).

b) In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht in zwei Entscheidungen vom 24. November 1999 und 1. Mai 2000 die Amtshilfe an die amerikanische «Securities and Exchange Commission (SEC)» (vorerst) verweigert. Es ging davon aus, dass die von dieser gegebene Zusicherung keine eindeutige, ihr gegenüber anrufbare Erklärung auf «best efforts» oder «best endeavour» darstelle. Die Erklärungen hinsichtlich der Verwendung der von der EBK zur Weiterleitung an die SEC beschafften Informationen und Unterlagen in ihrem eigenen Verfahren, aber auch hinsichtlich einer allfälligen Mitteilung an Zweitempfänger genügten den Anforderungen von Art. 38 Abs. 2 BEHG nicht (BGE 126 II 126 E. 6b/cc S. 140). Es sei nicht ersichtlich, wie die Prinzipien der Vertraulichkeit, der langen Hand und der Spezialität eingehalten werden könnten, wenn die übermittelten Daten unmittelbar durch ein öffentliches Verfahren im Rahmen einer «enforcement action» vor der Zweitbehörde allgemein zugänglich gemacht würden (BGE 126 II 126 E. 6c/aa S. 141). Dies gelte umso mehr, als sich die SEC bereits vor einem richterlichen Entscheid und ohne weitere Berücksichtigung der durch die schweizerische Gesetzgebung gebotenen Vertraulichkeit der gelieferten Informationen vorbehalte, die Verfahrenseinleitung – ihrer Praxis gemäss – mittels «litigation release» über Internet zu veröffentlichen (BGE 126 II 126 E. 6c/bb). Eine Amtshilfe an die SEC sei nicht

grundsätzlich ausgeschlossen, doch müssten hierzu die nötigen Voraussetzungen erfüllt sein, was spezifische Auskünfte und Zusicherungen der SEC hinsichtlich der Vertraulichkeit beispielsweise des «enforcement action»-Verfahrens bedinge. Gestützt auf die vorliegenden Auskünfte erscheine die Wahrung des Spezialitätsgrundsatzes, des Prinzips der «langen Hand» und der Vertraulichkeit zurzeit (noch) nicht hinreichend gesichert (BGE 126 II 126 E. 6c/cc u. 7 S. 143).

c) Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen kann der vorliegende Fall nicht hiermit verglichen werden. Bestanden im Rahmen der amerikanischen Erklärungen gewichtige Unklarheiten betreffend die weitere Verwendung der Angaben und des Verhaltens der SEC hinsichtlich allfälliger Weitergabepflichten an Zweit- oder Drittbehörden, lassen die Erklärungen der ASIC nach deren Stellungnahme vom 15. August 2000 hier keine solchen Zweifel mehr zu:

aa) Zwar räumt sect. 127 des «ASIC Act 1989» der australischen Aufsichtsbehörde – wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht einwenden – verschiedene Möglichkeiten ein, andere Behörden zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben zulässigerweise mit Informationen zu unterstützen. Bezüglich der von der EBK in Amtshilfe erhaltenen Angaben sichert die ASIC indessen klar zu, hiervon auf keinen Fall Gebrauch zu machen: «It is true that there are limited exemptions to this overarching principle of confidentiality in s 127, as identified in expertise 2 at paragraphs 24–29. However, these exemptions exist to empower ASIC officers and members to disclose confidential information in order to facilitate the operation of governmental authorities, including ASIC, in the exercise of their statutory functions. Having such a power to disclose confidential information does not mean that ASIC will seek to exercise it in relation to any confidential information it receives from SFBC. On the contrary, ASIC considers itself bound by its undertaking in the ASIC’s Chairman’s letter to the SFBC Chair-

man of 3 September 1998 [recte: 1999] (the Protocol) to seek the SFBC's consent before using any of its powers under subsections 127(3) [Performance of Commission's functions] or 127(4) [Disclosure to other agencies] to disclose the confidential information to another agency.»

bb) Gesetzliche Auskunftspflichten ausserhalb der sect. 127(4) des «ASIC Act 1989» bestehen gegenüber dem «Australian Taxation Office (ATO)», der «National Crime Authority (NCA)», der «Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)», dem «Australian and Defence Force Ombudsman (Ombudsman)», dem «Privacy Commissioner», dem «Inspector General of Intelligence and Security (Inspector-General)» und dem «Parliamentary Joint Committee on the Australian Security and Intelligence Organisation (Joint Committee)». Soweit diese Auskunftspflichten der nationalen Sicherheit dienen, dürften sie die in Amtshilfe gelieferten aufsichtsrechtlichen Daten kaum betreffen. Relevant erscheinen im Wesentlichen die Pflichten gegenüber der ATO, der NCA und der ACCC. Die ASIC hat mit diesen teilweise die Abmachung getroffen, dass sie ihre jeweiligen Auskunftsrechte bezüglich amtshilferechtlicher Daten nicht ausüben werden; im Übrigen sichert sie unzweideutig zu, dass sie sich mit allen legalen Mitteln gegen die Herausgabe dieser Daten zur Wehr setzen werde, falls sie die nach Art. 38 BEHG erforderliche Zustimmung der EBK für eine Weitergabe nicht erhalten sollte: «In any event ASIC will endeavour in every case to ensure the confidentiality of the supervisor's information to the extent permitted by the law. In these cases, ASIC will seek the SFBC's prior consent, but ASIC cannot refuse to make disclosure even in the absence of consent. However, if the SFBC withholds its consent to disclosure, ASIC will use its best efforts to resist disclosure by using legal means to challenge an order or by explaining to the requesting authority the reasons for the SFBC's refusal to consent, and the negative consequences a forced disclosure might have on future cooperation.»

cc) In ihrem Schreiben vom 15. August 2000 hat die ASIC diese Haltung bestätigt und im Übrigen dargelegt, welche rechtlichen Möglichkeiten und Verfahren («reasonable excuse», «public interest immunity») sie im Rahmen der von ihr zugesicherten «best efforts» auszuschöpfen gedenkt. Mehr kann von ihr nicht verlangt werden. Eine bereits heute abzugebende Garantie dafür, dass diese Schritte immer und in jedem Fall Erfolg haben werden, was die Beschwerdeführerinnen letztlich mit ihren drei Rechtsgutachten fordern, kann nicht zur Voraussetzung der Amtshilfe gemacht werden, ansonsten diese gar nicht mehr möglich wäre. Die Tatsache, dass nach dem ausländischen Recht gewisse Anzeige- und Auskunftspflichten bestehen, schliesst die Gewährung von Amtshilfe nicht grundsätzlich aus. Auch die EBK unterliegt nach dem schweizerischen Recht solchen Pflichten (vgl. Art. 35 Abs. 6 BEHG; Poledna, in: Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel/Genf/München 1999, Rz. 29 ff. zu Art. 35 BEHG; unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 24. Februar 2000 i. S. C. c. EBK, E. 5). Wie das Bundesgericht bereits festgestellt hat, käme es einem unlösbaren Wertungswiderspruch gleich, entsprechende Obliegenheiten – mit der damit verbundenen Befreiung vom Amtsgeheimnis (vgl. Poledna, a.a.O., Rz. 31 zu Art. 35 BEHG) – zwar landesintern vorzusehen, die Gewährung der Amtshilfe ins Ausland aber davon abhängig machen zu wollen, dass die nachsuchende Aufsichtsbehörde ihrerseits gerade keinen entsprechenden Regeln unterliegt (BGE 126 II 409 E. 4b/aa S. 413).

dd) In Bezug auf eine allfällige steuerrechtliche Verwendung der gelieferten Daten besteht zwischen der ASIC und der ATO folgendes «Memorandum of Understanding» vom 4. Juni 1999: «Subject to the following paragraphs, this letter is to confirm that officers of the ATO and other authorised persons shall not exercise their information gathering powers in respect of information received by ASIC from the SFBC. These information gathering powers include section 264 of the

Income Tax Assessment Act 1936 and analogous provisions in other Commonwealth revenue legislation.

[...]

In the event that confidential information that was provided to ASIC from SFBC was subsequently to become public then the ATO would no longer be bound by this arrangement in respect of that information.

This undertaking will apply for a period of three years from the date of this letter after which the ATO and ASIC will need to review the efficacy of this arrangement and whether this arrangement should be continued. Any information ASIC receives during this period from the SFBC as a result of this arrangement will not need to be disclosed to the ATO unless the SFBC consents to such disclosure. In relation to information received during the currency of this arrangement, that non-disclosure principle will apply indefinitely.»

Anzeichen dafür, dass diese Abmachung, obwohl ihr kein Gesetzescharakter zukommt, nicht eingehalten werden sollte oder könnte, bestehen nicht. Bereits die Tatsache, dass eine solche Abrede getroffen wurde, belegt vielmehr den Willen der australischen Behörden, zu Lösungen im Rahmen der Schutzanliegen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Hand zu bieten. Erst wenn diese tatsächlich nicht mehr sichergestellt erschienen oder konkrete Umstände das Vertrauen in die Erklärungen der ASIC erschüttern würden, müsste die EBK auf ihre Bereitschaft, Amtshilfe zu leisten, zurückkommen.

d) Ob und unter welchen Bedingungen von der Schweiz gelieferte Informationen durch die ASIC auch im Rahmen einer «enforcement action» in einem gerichtlichen Verfahren benutzt werden dürfen,

braucht aufgrund der vorliegenden Erklärungen – im Gegensatz zu BGE 126 II 126 ff., wo bereits ein solches Verfahren hängig war und die EBK auch die Verwendung hierfür bewilligt hatte – nicht weiter geklärt zu werden. Es erübrigt sich deshalb auch, zu prüfen, ob und wie weit an den Ausführungen in BGE 126 II 126 ff. bezüglich der Erfordernisse für eine Weitergabe an eine Zweitbehörde – insbesondere im Zusammenhang mit der Verwendung vor einem Gericht – gestützt auf die in der Doktrin geübte Kritik festzuhalten ist (vgl. Althaus, a.a.O., S. 171 ff.; Urs Zulauf, Lange Hand oder verbrannte Finger? Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen EBK nach Börsengesetz – erste Erfahrungen, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, 8/1999, Bern 2000, S. 130 Ziff. 6). Die ASIC hat im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 15. August 2000 zugesichert, vor einer solchen Verwendung auf jeden Fall die EBK erneut um ihre Zustimmung anzufragen: «As agreed by ASIC in the Protocol of 3 September 1998 [recte: 1999], ASIC would seek the SFBC's consent before seeking to use information obtained from the SFBC before an Australian court. Should the SFBC express any concerns regarding the continuing confidentiality of the information, ASIC would be able to pursue various options to maintain the confidentiality of the information, such as seeking a confidentiality order from the court, to confine disclosure to very limited persons [...]. ASIC would not use the information in court in the absence of the SFBC's consent.»

Die entsprechende Bewilligung wäre zu verfügen und unterläge wiederum der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (vgl. BGE 125 II 65 E. 10 S. 77 ff.). Zurzeit geht es der ASIC offenbar darum, den Sachverhalt abklären und allenfalls in ihre eigene Zuständigkeit fallende Aufsichtsmaßnahmen – etwa die Ausarbeitung eines «enforceable undertakings», eines erzwingbaren Vergleichs mit der beaufichtigten Person über ihr künftiges Verhalten – in die Wege zu leiten. Anzeichen dafür, dass die ASIC sich nicht an ihre Zusicherung halten würde, vor einem gerichtlichen Gebrauch der Informationen wieder-

um den Kontakt mit der EBK zu suchen, was die Verweigerung der Amtshilfe bereits im jetzigen Stadium rechtfertigen würde (BGE 126 II 126 E. 6b/bb S. 139), bestehen nicht.

6.– Die weiteren Einwände der Beschwerdeführerinnen lassen den angefochtenen Entscheid ebenfalls nicht bundesrechtswidrig erscheinen:

a) aa) Wie dargelegt, ersucht die ASIC im Rahmen einer zulässigen börsenrechtlichen Abklärung über das Verhalten einer ihrer Aufsicht unterstellten Person um Amtshilfe. Die sie interessierenden Geschäfte und der mit der Untersuchung verfolgte Zweck sind im Amtshilfeersuchen klar umschrieben, weshalb nicht von einer unzulässigen Beweisausforschung («fishing expedition») die Rede sein kann. Aus dem Ersuchen ergibt sich, dass R. börsenrechtliche Aufsichtsbestimmungen verletzt haben könnte; eines weitergehenden «Anfangsverdachts» bedarf es – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen – nicht. Gestützt auf die von der ASIC dargelegten Indizien bestand ein aufsichtsrechtlich relevanter Anlass, die schweizerischen Behörden um Amtshilfe zu ersuchen (BGE 126 II 409 E. 5b/aa S. 414, mit Hinweisen). Ob R. tatsächlich australisches Recht verletzt hat, bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens, weshalb sich die Beschwerdeführerinnen vergeblich auf die diesbezüglichen Einschätzungen ihres Gutachters berufen. Es ist Aufgabe der ausländischen Behörde, abzuklären, ob und welche aufsichtsrechtlich relevanten Bestimmungen durch wen verletzt worden sein könnten (BGE 126 II 409 E. 5b/aa S. 414 bzw. E. 6b/cc S. 418).

bb) Auch das am 4. Oktober 2000 zwischen der ASIC und R. im vorliegenden Zusammenhang bereits abgeschlossene «Enforceable Undertaking» steht der Amtshilfe nicht entgegen: Ob und inwiefern die ASIC gestützt auf diesen erzwingbaren Vergleich noch ein aktuelles Interesse an der Amtshilfe hat, muss die EBK nicht von Amtes wegen prüfen. Solange das entsprechende Gesuch durch die ausländi-

sche Behörde nicht zurückgezogen wird, darf die EBK davon ausgehen, es werde an diesem zu den geschilderten Zwecken festgehalten (vgl. BGE 126 II 409 E. 5b/bb S. 415). Im Übrigen behält das «Enforceable Undertaking» mit R. ausdrücklich weitere Abklärungen und Massnahmen vor, sollte die ASIC zu Informationen gelangen, welche die dem Vergleich zugrundeliegenden Sachverhaltsannahmen in Frage stellen können: «4.4 The Parties acknowledge that ASIC's acceptance of an enforceable undertaking does not affect ASIC's power to investigate and take appropriate action in the following circumstances:

(a) in relation to future conduct of the Parties; and/or

(b) where ASIC becomes aware of any evidence or information (not known to it at the time of accepting this undertaking) in relation to any conduct by any one or more of the Parties which gives rise to new concerns. In such a case, ASIC may take into account and/or rely on any aspect of the conduct described in this undertaking when taking any action and/or exercising any remedies available to it.»

b) Die umstrittenen Transaktionen liefen über die Konten der Beschwerdeführerinnen, an denen R. wirtschaftlich berechtigt ist. Es handelt sich bei ihnen deshalb nicht um unbeteiligte Dritte. Dem Antrag der Organe der Beschwerdeführerinnen bzw. von deren Rechtsvertretern, ihre Namen in den Unterlagen unkenntlich zu machen, ist demnach nicht zu entsprechen. Dürfen die Angaben über die Beschwerdeführerinnen zur Klärung des Sachverhalts amtshilfeweise weitergegeben werden, ist für die ausländische Behörde aufsichtsrechtlich auch von Interesse, wer für diese gehandelt hat. Soweit die EBK die von der ASIC gewünschten Angaben gegenüber den betroffenen Banken noch präzierte (wirtschaftliche Berechtigungen von R.), ist sie nicht über das Ersuchen der ASIC hinausgegangen. Sie hat insofern bloss von ihrer Befugnis zu spontaner Amtshilfe Gebrauch

gemacht (vgl. BGE 126 II 409 E. 6c/aa S. 421, mit Hinweisen). Im Übrigen will die EBK nicht alle erhaltenen Informationen weiterleiten, sondern bloss jene, die mit den von der ASIC untersuchten Transaktionen im Zusammenhang stehen. Nachdem an den umstrittenen Geschäften – wie von der ASIC vermutet – R. wirtschaftlich berechtigt war, ist für ihre aufsichtsrechtliche Abklärung auch von Interesse, wie er diese Geschäfte getätigt hat, können sich hieraus doch allenfalls Rückschlüsse auf die Frage eines «täuschenden Verhaltens» im Zusammenhang mit den Empfehlungen in den «R.-Reports» ergeben.

c) Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Gewährung der Amtshilfe den schweizerischen «Ordre public» verletzen sollte: Die EBK hat diese lediglich zu den im Gesuch dargelegten aufsichtsrechtlichen Zwecken bewilligt. Sollte R. «in Übereinstimmung mit den kontinentalrechtlichen Vorstellungen aus offensichtlichen Gründen anlässlich der Befragungen belastende Fragen nicht mit der nach australischem Recht angebrachten Offenheit beantwortet» haben – so die Beschwerdeführerinnen – und gestützt hierauf ein Strafverfahren riskieren, müsste die EBK die gelieferten Informationen für ein solches erst noch «entspezialisieren». R. hätte im Übrigen in seinen Einvernahmen ohne Weiteres von seinem Recht auf «privilege» Gebrauch machen können, womit seine Aussagen nicht gegen ihn hätten verwendet werden können, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern der schweizerische «Ordre public» durch die Amtshilfe zurzeit tangiert sein sollte. Der blosser Umstand, dass Australien nicht Signatarstaat der Europäischen Menschenrechtskonvention ist, gibt keine Veranlassung, irgendwelche Menschenrechtsverletzungen zu befürchten, zumal es den UNO-Pakt II über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2) ratifiziert hat, welcher zum Teil wörtlich mit den Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention übereinstimmt (so auch unveröffentlichtes Urteil vom 26. August 1999 i. S. W., E. 9c, bezüglich der Rechtshilfe in Strafsachen an Australien).

d) An der Sache vorbei geht schliesslich der Hinweis auf das allenfalls fehlende Gegenrecht: Art. 38 Abs. 2 BEHG setzt ein solches nicht voraus. Es ist an der EBK, welche die Amtshilfe leisten «darf», gegebenenfalls auf ihre Praxis zurückzukommen, sollten die australischen Behörden das von ihnen versprochene Gegenrecht künftig verweigern.

7.– Abschliessend machen die Beschwerdeführerinnen geltend, ihnen hätten keine Verfahrenskosten auferlegt werden können; auf jeden Fall hätten diese CHF 2000.– nicht übersteigen dürfen. Zu Unrecht: Nach Art. 38 Abs. 3 BEHG ist bei der Herausgabe kundenbezogener Daten, wie sie hier zur Diskussion stehen, das Verwaltungsverfahrensgesetz anzuwenden; dies gilt auch bezüglich der Kostenfrage, soweit nicht eine Bank oder ein Effektenhändler das Verfügungsverfahren ausgelöst hat. Da diese unmittelbar der Aufsicht der EBK unterstehen, richtet sich die Kosten- und Entschädigungsfolge bei ihnen nach der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidgenössische EBK (EBK-Gebührenordnung, EBK-GebV; SR 611.014; BGE 125 II 79 ff.). Provoziert hingegen der Bankkunde das amtshilferechtliche «Übermittlungsverfahren», indem er sich der Herausgabe der entsprechenden Daten zu aufsichtsrechtlichen Zwecken widersetzt, gilt Art. 13 Abs. 2 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0), da das in der Sache anwendbare Bundesrecht diesbezüglich keine selbständige Regelung kennt, sondern global auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verweist (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren). Danach kann die verfügende Behörde von der Partei eine Spruchgebühr von CHF 100.– bis CHF 2000.– fordern; steht eine Streitsache von erheblichem finanziellem Interesse, aussergewöhnlichem Umfang oder besonderer Schwierigkeit zur Diskussion bzw. sind mehrere Parteien darin verwickelt, kann die Gebühr CHF 200.– bis CHF 5000.– betragen (Art. 13 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 2

Abs. 3 der Verordnung). Im Fall der Beschwerdeführerinnen waren insgesamt drei Banken in das Verfahren involviert, zudem stellten sich komplexe rechtliche Fragen, weshalb die EBK ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen durfte, es handle sich dabei um eine Streitsache von «aussergewöhnlichem Umfang» bzw. «besonderer Schwierigkeit»; sie konnte die Spruchgebühr demgemäss auch auf den Maximalbetrag von CHF 5000.– festlegen. Dass sie sich dabei auf eine falsche Rechtsgrundlage stützte (Art. 10 und Art. 11 EBK-GebV sowie Art. 2 und 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, welche sich auf Beschwerdeverfahren beziehen) ändert hieran nichts, da das Bundesgericht das Recht von Amtes wegen anwendet und dabei weder an die Begründung der Parteien noch an jene der Vorinstanz gebunden ist. Es kann den Entscheid deshalb mit Erwägungen aufrecht erhalten, die von jenen im angefochtenen Entscheid abweichen (vgl. Art. 114 Abs. 1 OG; BGE 127 II 8 E. 1b S. 12; 117 Ib 114 E. 4a S. 117).

**Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral du 27 avril 2001 dans l'affaire City Hotels (2A.269/2000)**

**Art. 38 LBVM, entraide administrative internationale; art. 29 al. 2 Cst., droit d'être entendu; retransmission aux autorités pénales, soupçon complémentaire**

1. *Afin de respecter le droit d'être entendu, la CFB doit, lorsqu'elle envisage d'autoriser la retransmission des informations aux autorités pénales étrangères, communiquer aux parties son échange de vues avec l'Office fédéral de la Justice sur les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale (consid. 3).*
2. *Pour pouvoir simultanément accorder l'entraide administrative à l'autorité requérante et l'autoriser à retransmettre les informations qui lui sont fournies aux autorités pénales étrangères compétentes, la CFB doit avoir connaissance – outre de la variation du cours des titres en cause et de l'augmentation de leur volume d'échange durant une période sensible – d'indices lui permettant de soupçonner concrètement et de manière vraisemblable l'utilisation d'une information privilégiée par l'intéressé en rapport avec la transaction examinée (consid. 7).*
3. *Soupçon concret donné dans le cas d'espèce (consid. 8).*

**Art. 38 BEHG, internationale Amtshilfe; Art. 29. Abs. 2 BV, rechtliches Gehör; Weiterleitung an die Strafbehörden, Zusatzverdacht**

1. *Damit das rechtliche Gehör gewahrt wird, muss die EBK, wenn sie die Zustimmung zur Weiterleitung der übermittelten Informationen an die ausländischen Strafbehörden in Betracht zieht, den Parteien ihren Briefwechsel mit dem Bundesamt für Justiz über die Bedingungen der Rechtshilfe in Strafsachen zustellen (Erw. 3).*
2. *Um gleichzeitig mit der Amtshilfe der ersuchenden Behörde auch die Zustimmung zur Weiterleitung an die ausländischen Strafbehörden geben zu können, muss die EBK – neben der Kursvariation und des Anstiegens des Transaktionsvolumens in einer sensiblen Zeitspanne –*

*zusätzliche Verdachtsmomente haben, welche ihr erlauben, konkret und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu vermuten, dass der Betroffene von einer privilegierten Information Gebrauch gemacht hat, als er die Transaktion anordnete (Erw. 7).*

3. *Konkreter Verdacht im vorliegenden Fall gegeben (Erw. 8).*

**Art. 38 LBVM, assistenza amministrativa internazionale; art. 29 cpv. 2 Cost., diritto al contraddittorio; trasmissione degli atti alle autorità penali, ulteriori indizi**

1. *Al fine di garantire il contraddittorio, quando intende autorizzare la trasmissione delle informazioni alle autorità penali estere, la CFB è tenuta a comunicare alle parti il relativo scambio di corrispondenza con l'Ufficio federale di giustizia sulle condizioni dell'assistenza giudiziaria in materia penale (cons. 3).*
2. *Per poter concedere il consenso alla trasmissione delle informazioni alle autorità inquirenti estere contestualmente all'assistenza amministrativa, la CFB deve essere in possesso – oltre alla variazione di corsi e di volumi relativi ai titoli oggetto del procedimento, nell'ambito di un periodo sensibile – di ulteriori indizi che, in concreto e con una certa probabilità, fanno ritenere che nell'ambito della transazione l'interessato abbia fatto uso di informazioni privilegiate (cons. 7).*
3. *La sussistenza di sospetti concreti nel caso di specie (cons. 8).*

**Résumé des faits:**

Le 6 juillet 1998, la société de droit belge Y., alors cotée sur le marché du comptant de la bourse de Bruxelles, a informé la presse qu'elle négociait la vente de ses filiales hôtelières européennes. La Société de la bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (ci-après: la SBVMB) a ouvert une enquête pour s'assurer qu'aucun délit d'initié n'avait été réalisé durant les jours précédant cette annonce. Son attention avait en effet été attirée par l'augmentation du cours du titre Y. qui

avait passé de 4520 à 5000 francs belges (ci-après: BEF) entre le 23 juin et le 2 juillet 1998, soit une hausse de 10,6 %. En outre, entre le 22 juin et le 1<sup>er</sup> juillet de cette même année, le volume des transactions portant sur ce titre avait largement dépassé le niveau moyen, atteignant quotidiennement 1048 unités, voire même 2937 unités pour la seule journée du 2 juillet 1998. Enfin, le 8 juillet 1998, soit le premier jour de cotation du titre après ladite annonce, le cours de celui-ci avait atteint 5950 BEF, effectuant ainsi une hausse de 19 % par rapport à la clôture du 2 juillet 1998 qui était son dernier jour de cotation avant cette annonce.

Les investigations menées par la SBVMB lui ont notamment permis de découvrir qu'entre le 23 juin et le 2 juillet 1998, la banque Z., à Genève, avait acquis 2000 titres Y., soit 18 % du volume total de ceux qui avaient été échangés durant cette période. Le 22 octobre 1999, la SBVMB a requis l'assistance de la Commission fédérale des banques (ci-après: la Commission fédérale) afin de savoir si la banque Z. avait agi pour son propre compte – et dans cette hypothèse sur la base de quelle décision – ou pour celui d'un tiers et, dans ce dernier cas, au profit de quel bénéficiaire. Elle précisait en outre que les informations qui lui seraient communiquées pourraient, le cas échéant, être transmises au Procureur du Roi. Le 16 décembre 1999, la Commission fédérale a demandé à la banque Z. de lui fournir les renseignements requis par la SBVMB ainsi que des informations sur les comptes des clients concernés et, le cas échéant, l'indication de la date et du prix de la cession ultérieure des titres en cause. Le 6 janvier 2000, cette banque a notamment indiqué que ces derniers avaient été acquis sur ordre et pour le compte de X. qui en était toujours propriétaire.

Le 31 janvier 2000, ce dernier s'est déterminé sur la demande d'entraide de la SBVMB en concluant à son rejet et en s'opposant à ce que cette autorité ou toute autre autorité belge de surveillance des marchés soit autorisée à transmettre des informations aux autorités pénales

belges compétentes. Il a notamment indiqué être membre fondateur de la société Y., sans avoir toutefois jamais participé à sa direction ni appartenu à son conseil d'administration. Il s'était en outre engagé à conserver un certain nombre d'actions en guise de «témoignage de son soutien affectif et moral» aux autres associés. A cet égard, les acquisitions litigieuses visaient à remplacer des titres (2167 unités) qu'il avait dû aliéner en mars 1998 en raison d'un besoin momentané de liquidités. Le cours de ces actions ayant entre-temps augmenté, il n'avait toutefois acquis que 2000 titres.

Le 4 avril 2000, l'Office fédéral de la police a donné son accord à une éventuelle communication aux autorités pénales belges compétentes des renseignements qui seraient fournis à l'autorité requérante.

Par décision du 27 avril 2000, la Commission fédérale a décidé d'accorder l'entraide administrative à la SBVMB et de lui transmettre les informations et les documents fournis par la banque Z., en lui indiquant au surplus que X. était membre fondateur de la société Y. Elle a précisé que ces informations et ces documents ne devaient être utilisés qu'à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières. De plus, en accord avec l'Office fédéral de la police, leur éventuelle communication aux autorités pénales belges compétentes était autorisée, l'autorité requérante devant toutefois leur rappeler que leur utilisation était limitée à la poursuite d'un délit d'initié.

Agissant par la voie du recours de droit administratif, X. demande au Tribunal fédéral d'annuler cette décision et de dire que les conditions de la transmission d'informations aux autorités administratives et pénales ne sont pas remplies, de sorte que la Commission fédérale ne doit pas être autorisée à donner suite à la demande d'entraide administrative présentée par la SBVMB. Subsidiairement, il demande de dire que les conditions pour la communication d'informations aux

autorités pénales belges ne sont pas satisfaites, de sorte que l'autorité intimée ne peut être autorisée à donner suite à la demande d'entraide de l'autorité requérante que si elle obtient de cette dernière l'assurance qu'elle respectera l'interdiction de transmettre des informations auxdites autorités pénales; si cette assurance est obtenue, l'ensemble des pièces du dossier devrait être communiqué à la SBVMB. Il invoque la violation de son droit d'être entendu ainsi que celle des principes de la proportionnalité et de la spécialité. Il prétend également que l'éventuelle transmission d'informations aux autorités pénales belges a été autorisée sur la base d'une requête incomplète et lacunaire, en violation du principe de la double incrimination.

**Extrait des considérants:**

3.- a) aa) Le droit d'être entendu (cf. art. 29 al. 2 Cst. dont la portée est similaire à celle de l'art. 4 aCst., Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, in FF 1997 I p. 1 ss, p. 183-184) comprend le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, le droit de produire des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10; 124 II 132 consid. 2b p. 137 et la jurisprudence citée).

Ce droit implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision, soit de mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle ne doit toutefois pas se prononcer sur tous les moyens des parties et peut se limiter aux questions décisives

(cf. ATF 125 II 369 consid. 2c p. 372; 122 IV 8 consid. 2c p. 1-15; 121 I 54 consid. 2c p. 57).

bb) En procédure administrative fédérale, la garantie constitutionnelle minimale du droit d'être entendu a été concrétisée notamment par les art. 29 ss de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021) qui trouvent application dans la procédure d'entraide administrative devant la Commission fédérale (cf. art. 38 al. 3 LBVM; ATF 126 II 111 consid. 6b/aa p. 122). L'art. 30 al. 1 PA prévoit en particulier que l'autorité entend les parties avant de prendre une décision. L'art. 35 al. 1 et 3 PA lui impose en outre de motiver ses décisions, sauf si elle fait entièrement droit aux conclusions des parties et si aucune d'entre elles ne réclame une motivation.

cc) Le Tribunal fédéral admet à certaines conditions la possibilité de réparer après coup une atteinte au droit d'être entendu, en particulier lorsque la décision qui en est entachée est couverte par une nouvelle décision qu'une autorité supérieure – jouissant d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu – a prononcée après avoir donné à la partie lésée la possibilité d'exercer effectivement ce droit (cf. ATF 118 Ib 111 consid. 4b p. 120-121; 116 Ia 94 consid. 2 p. 95).

b) Selon le recourant, son droit d'être entendu a été violé par le fait que, le 20 mars 2000, la Commission fédérale a requis, sans l'avertir, l'avis de l'Office fédéral de la police sur la possibilité d'autoriser la SBVMB à communiquer aux autorités pénales belges compétentes les renseignements qui lui seraient fournis. Ladite Commission ne lui aurait pas non plus transmis la réponse établie par cet Office le 4 avril 2000 et ce dernier ne l'aurait jamais entendu alors qu'il s'était expressément mis à sa disposition pour une audition. Par ailleurs, la motivation de la décision attaquée en rapport avec le respect du principe de la double incrimination serait insuffisante, l'autorité intimée n'ayant

pas examiné de manière détaillée si l'art. 161 CP pouvait s'appliquer dans le cas particulier. Il en irait de même de la décision de l'Office fédéral de la police à cet égard.

c) Dans la mesure où il a eu connaissance de sa demande, l'intéressé savait que l'autorité requérante envisageait, le cas échéant, de transmettre au Procureur du Roi les renseignements qui lui seraient communiqués. Il n'ignorait en outre pas que, selon l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM, la Commission fédérale était tenue de consulter l'Office fédéral de la police avant de prendre sa décision autorisant ou non la SBVMB à retransmettre des informations aux autorités pénales belges compétentes. En effet, dans ses déterminations du 31 janvier 2000, le recourant s'est expressément référé à la jurisprudence (cf. ATF 125 II 450 consid. 4b p. 460-461) indiquant de quelle manière cet Office devait s'exprimer sur cette question. Il ne saurait dès lors se plaindre de ne pas avoir été averti de la démarche entreprise par l'autorité intimée auprès de celui-ci. Par ailleurs, la compétence décisionnelle finale ou prépondérante appartenait non pas à l'Office fédéral de la police mais à la Commission fédérale en vertu du texte même de l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM (cf. consid. 6a ci-dessous; cf. également sur cette question, Thierry Amy, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, thèse Lausanne 1998, p. 509), de sorte que l'intéressé n'avait aucun droit d'être entendu par cet Office (cf. dans ce sens, Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, thèse Berne 1999, p. 278 et les références citées).

d) Certes, l'autorité intimée aurait dû communiquer au recourant la prise de position de l'Office fédéral de la police (arrêt destiné à publication du 9 mars 2001 en la cause X. contre Commission fédérale des banques, consid. 3d non publié). Toutefois, dans la mesure où cet Office s'est borné à effectuer une appréciation juridique des faits qui lui étaient soumis, la question de savoir si, en ne donnant pas à

l'intéressé la possibilité de se déterminer sur cette appréciation, la Commission fédérale a violé son droit d'être entendu peut rester ouverte (sur cette question, cf. toutefois Albertini, op. cit., p. 269 – 272 et les références citées). En effet, le point de vue dudit Office a été repris en substance dans la décision attaquée (cf. consid. 6d de celle-ci) et a ainsi pu être remis en cause par le recourant devant l'autorité de céans. Ainsi, une éventuelle violation de son droit d'être entendu doit être considérée comme réparée par la présente procédure, le Tribunal fédéral bénéficiant d'un pouvoir d'examen aussi étendu que l'autorité intimée. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête de l'intéressé demandant à ce que les courriers précités du 20 mars et du 4 avril 2000 lui soient communiqués afin qu'il puisse se déterminer à leur sujet.

e) A la lecture de la décision attaquée (cf. consid. 6 de celle-ci), le recourant pouvait comprendre sans peine les raisons pour lesquelles tant l'Office fédéral de la police que la Commission fédérale estimaient que le principe de la double incrimination était respecté. La motivation de cette décision ne peut dès lors être considérée comme insuffisante à cet égard. Au surplus, l'autorité intimée n'avait pas à décider si le comportement de l'intéressé tombait sous le coup de l'art. 161 CP mais uniquement à examiner si l'infraction, dont la réalisation était soupçonnée par l'autorité requérante, pourrait être réprimée en Suisse dans l'hypothèse où elle entrerait dans la compétence des autorités helvétiques (cf. consid. 8f ci-dessous).

f) Vu ce qui précède, les moyens invoqués par le recourant doivent être écartés.

(...)

7.– a) Les renseignements fournis à l'autorité requérante dans le cadre de l'entraide administrative le sont avant tout pour lui permettre

d'exercer sa mission de surveillance des marchés; ils peuvent cependant amener cette autorité à soupçonner l'existence d'un délit d'initié. Si tel est le cas, il lui appartient alors d'effectuer des investigations supplémentaires puis de décider si, compte tenu des renseignements obtenus, elle doit saisir les autorités pénales compétentes. A cet égard, elle ne peut leur communiquer les informations fournies par la Commission fédérale qu'avec l'autorisation de cette dernière (cf. art. 38 al. 2 lettre c LBVM et consid. 6 ci-dessus). L'autorité intimée, de même que l'Office fédéral de la police, se prononcent sur la base des éléments dont ils disposent et doivent, au besoin, demander des compléments d'informations à l'autorité requérante. Ils sont tenus d'examiner si toutes les conditions matérielles de l'entraide pénale internationale sont remplies, notamment si l'exigence de la double incrimination est satisfaite. Une telle procédure en deux temps permet de ne pas soumettre à des exigences trop élevées l'octroi, dans un premier temps, de l'entraide administrative à l'autorité requérante. Cette dernière pourra ainsi obtenir rapidement les informations dont elle a besoin pour sa mission de surveillance des marchés (cf. arrêt destiné à publication précité du 9 mars 2001, consid. 7a et les arrêts cités).

b) Si, lors du dépôt de sa demande d'entraide administrative, les investigations de l'autorité requérante sont déjà suffisamment avancées et font déjà apparaître la nécessité d'une éventuelle retransmission d'informations aux autorités pénales étrangères compétentes, la Commission fédérale peut directement y consentir dans sa décision accordant l'entraide administrative. Ce consentement est toutefois soumis à des exigences plus élevées que celles nécessaires à l'octroi de ladite entraide. Des variations significatives du volume des titres échangés et de leur cours peu avant une annonce de rachat de société ne sont en particulier pas suffisantes. L'autorité intimée doit disposer d'éléments supplémentaires insolites lui permettant de soupçonner concrètement et avec un minimum de vraisemblance l'existence d'un comportement tombant sous le coup du droit pénal. Il ne faut cepen-

dant pas poser d'exigences trop sévères quant à l'exposé des faits figurant dans la demande, notamment parce qu'il n'est pas encore possible de savoir avec certitude si, compte tenu de ses investigations ultérieures, l'autorité requérante transmettra ou non – malgré l'autorisation de la Commission fédérale – ses informations aux autorités pénales étrangères compétentes. Ainsi, pour pouvoir simultanément accorder l'entraide administrative à l'autorité requérante et l'autoriser à retransmettre les informations qui lui sont fournies aux autorités pénales étrangères compétentes, la Commission fédérale doit avoir connaissance – outre de la variation du cours des titres en cause et de l'augmentation de leur volume d'échange durant une période sensible – d'indices lui permettant de soupçonner concrètement et de manière vraisemblable l'utilisation d'une information privilégiée par l'intéressé en rapport avec la transaction examinée. Si tel n'est pas le cas, la question d'une telle retransmission d'informations devra faire l'objet d'une nouvelle procédure et d'une décision séparée ultérieure (cf. lettre a ci-dessus ainsi que l'arrêt destiné à publication précité du 9 mars 2001, consid. 7b et la jurisprudence citée).

8.- a) L'art. 29 du Code belge d'instruction criminelle oblige toute autorité constituée, ainsi que tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, d'en donner avis sur-le-champ au Procureur du Roi près le Tribunal dans le ressort duquel ce crime ou délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

b) Le recourant soutient que la requête de la SBVMB est lacunaire dans la mesure où elle ne précise pas en quoi les faits qu'elle a constatés durant la période entourant l'annonce officielle par la société Y. de son intention de vendre ses hôtels européens pourraient constituer un délit d'initié au sens du droit belge et du droit suisse. Cette

demande n'indiquerait en outre pas le texte des dispositions pénales belges applicables. L'autorité requérante n'a certes pas expressément sollicité l'autorisation de communiquer aux autorités pénales belges compétentes les informations qui lui seraient fournies par la Commission fédérale. Elle a toutefois clairement indiqué que celles-ci pourraient être transmises au Procureur du Roi en vertu de l'art. 29 du Code belge d'instruction criminelle. L'autorité intimée pouvait considérer d'office cette indication comme une demande d'autorisation implicite (cf. dans ce sens, arrêt destiné à publication précité du 9 mars 2001, consid. 8b et la jurisprudence citée).

Par ailleurs, le fait que la requête de la SBVMB ne mentionne pas les dispositions pénales belges susceptibles d'avoir été violées n'est pas décisif. En effet, la hausse invoquée du cours et du volume des titres Y. échangés, ainsi que l'indication selon laquelle ces éléments pourraient constituer un délit d'initié au sens du Livre V de la loi belge du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers permettent une qualification juridique suffisante des faits.

c) L'autorité intimée a soumis à l'Office fédéral de la police une prise de position détaillée sur laquelle celui-ci s'est déterminé de manière circonstanciée, de sorte que son consentement a été recueilli conformément aux exigences posées par la jurisprudence (cf. arrêt destiné à publication précité du 9 mars 2001, consid. 8c et les références citées).

d) Au moment de prendre sa décision, la Commission fédérale connaissait l'évolution du cours et du volume des transactions portant sur les titres Y. durant les jours précédant l'annonce faite par cette société le 6 juillet 1998. Elle savait également que les acquisitions du recourant représentaient un pourcentage important (18%) de l'ensemble des actions Y. échangées pendant cette période. Au cours de la procédure menée devant elle, elle avait en outre découvert que celui-

ci avait participé à la fondation de cette société et en était resté très proche. Elle savait aussi que ses achats s'étaient échelonnés sur sept jours et que chaque acquisition ne portait que sur un nombre restreint d'actions, ce qui pouvait donner l'impression que l'intéressé souhaitait ne pas éveiller l'attention des autorités de surveillance boursière.

Tous ces éléments constituent des indices suffisants pour faire naître un soupçon concret et vraisemblable de délit d'initié en rapport avec l'acquisition litigieuse (cf. consid. 7b ci-dessus).

e) Comme l'a relevé la décision attaquée, qui n'est pas contestée sur ce point, aucun des motifs d'exclusion de l'entraide judiciaire en matière pénale (cf. art. 2 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 [CEEJ; RS 0.351.1], à laquelle la Suisse et la Belgique sont parties, ainsi que les art. 2 ss de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale [EIMP; RS 351.1]) n'est réalisé dans le cas particulier.

f) aa) Le recourant soutient que le principe de la double incrimination a été violé, l'autorité intimée n'ayant pas examiné en quoi les éléments objectifs et subjectifs de l'infraction réprimée par l'art. 161 CP étaient réalisés en l'espèce. Il ne ferait en particulier pas partie du cercle des auteurs potentiels d'une telle infraction (cf. art. 161 ch. 1 CP) et il ne serait pas établi qu'un fait confidentiel lui aurait été communiqué par un initié (cf. art. 161 ch. 2 CP). Par ailleurs, l'information selon laquelle la société Y. souhaitait vendre ses hôtels européens ne serait pas un fait confidentiel au sens de l'art. 161 ch. 3 CP.

bb) Conformément au principe de la double incrimination (cf. art. 64 al. 1 EIMP ainsi que l'art. 5 al. 1 lettre a CEEJ; sur les rapports entre ces deux dispositions, cf. Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Berne 1999, n. 349 p. 272), l'infraction poursuivie dans l'Etat requérant doit également être

punissable dans l'Etat requis (cf. Zimmermann, op. cit., n. 346 p. 269; Amy, op. cit., p. 422). Selon la jurisprudence, sous réserve de l'abus manifeste et du renversement de la présomption selon laquelle l'acte mis en cause est punissable dans l'Etat requérant (cf. ATF 112 Ib 576 consid. 11b/ba p. 593 – 594), l'autorité saisie de la demande d'entraide doit se borner à vérifier que le droit suisse réprimerait les faits s'ils entraient dans la compétence des autorités helvétiques. L'examen de la punissabilité selon le droit suisse porte sur les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, à l'exclusion des conditions particulières en matière de culpabilité et de répression (cf. ATF 122 II 422 consid. 2a p. 424). Il n'est pas nécessaire que les faits incriminés revêtent, dans les deux législations concernées, la même qualification juridique, qu'ils soient soumis aux mêmes conditions de punissabilité ou passibles de peines équivalentes (cf. ATF 124 II 184 consid. 4b/cc p. 188; 117 Ib 337 consid. 4a p. 342 et la jurisprudence citée).

cc) Un examen *prima facie* du droit belge (cf. art. 182 à 184 et 189 de la loi belge du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers) indique que le fait pour un initié d'acquérir ou de céder des valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers concernés par une information privilégiée dont il dispose, de même que le fait pour un non-initié d'effectuer de telles opérations en utilisant une information communiquée par un initié, sont réprimés pénalement, qu'un bénéfice ait ou non été réalisé.

dd) L'exploitation de la connaissance d'un fait confidentiel, que ce soit par un initié ou par celui auquel ce dernier a communiqué l'information, est également réprimée en Suisse (cf. art. 161 ch. 1 et 2 CP). En outre, si aucun profit n'a été retiré de l'opération, celle-ci reste punissable en tant que tentative de délit d'initié (cf. Niklaus Schmid, *Schweizerisches Insiderstrafrecht*, Berne 1988, p. 170 – 172). Par ailleurs, le projet de vente, avant qu'il ne soit rendu public, de l'ensemble des filiales hôtelières européennes de la société Y. peut être consi-

déré comme un fait confidentiel au sens de l'art. 161 ch. 3 CP. En effet, dans la mesure où il porte sur l'aliénation des participations de cette société à plusieurs entreprises qu'elle contrôle, il constitue un fait analogue et d'importance comparable à un regroupement d'entreprises visé par cette disposition (cf. dans ce sens, ATF 118 Ib 547 consid. 4e/bb p. 557; Schmid, op. cit., n. 188 p. 112 et n. 193 p. 114; Niklaus Schmid/Richard Baur, in *Kommentar zum Kapitalmarktrecht*, Bâle 1999, n. 13 ad Art. 161 StGB). Dès lors, s'il était prouvé que le recourant a eu connaissance de ce projet, soit dans l'exercice d'une fonction mentionnée à l'art. 161 ch. 1 CP qu'il exercerait ou aurait exercée au sein de cette société, soit par l'intermédiaire d'une personne exerçant ou ayant exercé l'une de ces fonctions, l'achat des titres en cause constituerait un délit au regard du droit suisse, qu'il en ait retiré ou non un bénéfice.

ee) Le grief de violation du principe de la double incrimination doit par conséquent être écarté.

**Entscheidung der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 10. Juli 2001 i. S. Immediate Entertainment (2A.162/2001)**

**Art. 38 BEHG, internationale Amtshilfe**

1. *Das deutsche BAWe ist eine ausländische Börsenaufsichtsbehörde, der die EBK Amtshilfe leisten kann, auch wenn das BAWe allenfalls gesetzlich verpflichtet ist, die übermittelten Informationen an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten (Erw. 3).*
2. *Anfangsverdacht für die Amtshilfe im konkreten Fall gegeben (Erw. 4).*
3. *Zusatzverdacht für die Zustimmung zur Weiterleitung an die Strafbehörden im konkreten Fall gegeben (Erw. 5a).*
4. *Die Rechtsprechung zur Amtshilfe hat sicherzustellen, dass sowohl materiell wie hinsichtlich des Rechtsschutzes das Rechtshilfeverfahren nicht ausgehöhlt bzw. umgangen wird. Sollte es für die ausländischen (Straf-)Behörden tatsächlich einfacher sein, die gewünschten Angaben im Rechtshilfeverfahren erhältlich zu machen, steht ihnen dieser Weg unter den entsprechenden Voraussetzungen offen (Erw. 5b).*

**Art. 38 LBVM, entraide administrative internationale**

1. *Le BAWe allemand est une autorité de surveillance boursière à laquelle la CFB peut en principe accorder l'entraide, même si le BAWe est tenu de par la loi de retransmettre les informations reçues aux autorités de poursuite pénale (consid. 3).*
2. *Soupçon initial pour accorder l'entraide donné dans le cas d'espèce (consid. 4).*
3. *Soupçon complémentaire pour consentir à la retransmission des informations aux autorités pénales donné dans le cas d'espèce (consid. 5a).*
4. *La jurisprudence relative à l'entraide administrative doit garantir que la procédure d'entraide judiciaire n'est pas vidée de son sens ou contournée ni au plan matériel ni en ce qui concerne la protection judi-*

*ciaire qu'elle prévoit. S'il devait effectivement être plus simple, pour les autorités (pénales) étrangères, de recevoir les informations par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale, cette voie leur est ouverte dans la mesure où les conditions en sont remplies (consid. 5b).*

#### **Art. 38 LBVB, assistenza amministrativa internazionale**

1. *Il BAWe è l'autorità tedesca di vigilanza sulla borsa, alla quale la CFB può concedere assistenza amministrativa, anche quando il BAWe sia eventualmente tenuto per legge a trasmettere alle autorità penali le informazioni ricevute (cons. 3).*
2. *Indizi iniziali per concedere l'assistenza amministrativa nel caso di specie (cons. 4).*
3. *Ulteriori indizi per consentire la trasmissione delle informazioni alle autorità penali nel caso di specie (cons. 5a).*
4. *La giurisprudenza relativa all'assistenza amministrativa deve garantire che la procedura di assistenza giudiziaria non venga svuotata oppure elusa sia in relazione ai propri contenuti materiali sia in relazione agli aspetti di tutela giuridica che essa intende garantire. Se effettivamente dovesse risultare più semplice per le autorità (penali) estere ricevere le informazioni mediante ricorso all'assistenza giudiziaria, tale soluzione resta aperta, a condizione che ricorrano i necessari presupposti (cons. 5b).*

#### **Sachverhalt (Auszug):**

Die Aktien der «X. Group Inc.» («X.») sind vom 2. September 1997 bis 17. Mai 1999 an der Frankfurter Wertpapierbörse notiert worden, wobei der erste Preis DEM 13.– betrug. In der Folge sank der Kurs bis auf DEM 2.75. Neben den Papieren, die bei der Festsetzung der ersten Notierung berücksichtigt wurden, bot der Finanzdienstleister «F. GmbH» öffentlich eine grosse Anzahl weiterer Aktien der «X.» in einem Private Placement ausserhalb der Börse an.

Am 15. Februar 2000 ersuchte das BAWe für den Wertpapierhandel (BAWe) die EBK für das Staatskommissariat der Hessischen Börsenaufsichtsbehörde um Amtshilfe bezüglich verschiedener über die Schweiz abgewickelter Geschäfte, welche für die hohen Notierungen der «X.»- Aktien zu Beginn der öffentlichen Preisfeststellung verantwortlich waren. Es bestehe der Verdacht, diese seien zur Täuschung der Anleger über den Wert des Unternehmens durch abgesprochene Geschäfte («Pre arranged Trades» oder «Crossgeschäfte») bewirkt worden. Die EBK holte gestützt hierauf bei der betroffenen Bank die gewünschten Informationen ein und verfügte hierauf am 20./21. Februar 2001 die Übermittlung der Informationen an das BAWe.

Der betroffene Kunde A. hat am 30. März 2001 hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Amtshilfegesuch abzuweisen. A. macht geltend, bei den umstrittenen Transaktionen sei es um kombinierte «Arbitrage-» bzw. «Spekulations-» und keine Scheingeschäfte gegangen. Die Systematik des Preisbildungsverfahrens und der volumenmässig begrenzte Umfang der nachgefragten Geschäfte schlossen eine Kursbeeinflussung aus. Es bestehe daher kein «Anfangsverdacht» im Sinne der Rechtsprechung. Soweit ein solcher bestanden habe, sei er widerlegt. Die EBK habe im Übrigen den Sachverhalt unzutreffend festgestellt und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

#### **Aus den Erwägungen:**

3.- a) Das deutsche BAWe für den Wertpapierhandel ist eine ausländische Börsenaufsichtsbehörde, welcher die EBK im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (BGE 125 II 65 E. 4 S. 71 ff.). Hieran ändert nichts, dass dieses nach § 18 des deutschen Gesetzes vom 26. Juli 1994 über den Wertpapierhandel (WpHG) allenfalls verpflichtet ist, die übermittelten Informationen an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten (vgl. BGE 125 II 450 E. 3b S. 458). Einer ähnlichen

Regel unterliegt die EBK nach dem schweizerischen Recht (vgl. Art. 35 Abs. 6 BEHG; Poledna, in: Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel/Genf/München 1999, Rz. 29 ff. zu Art. 35 BEHG; unveröffentlichtes Urteil vom 24. Februar 2000 i. S. C. c. EBK, E. 5), weshalb eine solche Pflicht die Gewährung von Amtshilfe nicht grundsätzlich auszuschliessen vermag (BGE 127 II 142 E. 6c S. 148; 126 II 409 E. 4b/aa S. 412 f.). Es käme einem Wertungswiderspruch gleich, landesintern eine Anzeigepflicht – mit der damit verbundenen Befreiung vom Amtsgeheimnis – für die EBK vorzusehen, die Gewährung der Amtshilfe ins Ausland aber davon abhängig machen zu wollen, dass die nachsuchende Aufsichtsbehörde ihrerseits gerade keiner solchen Verpflichtung unterliegt (BGE 126 II 409 E. 4b/aa S. 413, mit Hinweisen).

b) Das BAWe hat ausdrücklich zugesichert, die Angaben der EBK nur zur Überwachung des Effektenhandels bzw. im Zusammenhang mit den in seinem Ersuchen genannten Vorkommnissen zu gebrauchen und vor einer Weitergabe jeweils um die Zustimmung der EBK nachzusuchen. Der angefochtene Entscheid enthält, soweit damit nicht bereits entsprechende Bewilligungen verbunden sind, die hierfür nötigen Vorbehalte (vgl. Ziff. 2, 4 und 5 des Dispositivs), und das BAWe hat sich in seiner Erklärung vom 28. September 1998 unzweideutig zu deren Einhaltung verpflichtet (vgl. indessen noch die auf einer früheren Erklärung beruhenden BGE 125 II 65 E. 9b/aa S. 76 und BGE 125 II 450 E. 3c S. 458), auch wenn es im Ersuchen noch einmal darauf hinweist, dass das Staatskommissariat der Hessischen Börsenaufsichtsbehörde «bei Bestätigung des Verdachts auf Vorliegen einer Kursmanipulation» zu einer Weiterleitung an die Straf(untersuchungs)behörden gehalten sein könnte. Für den Fall, dass die EBK ihre Zustimmung zur Weiterleitung einer bereits übermittelten Information nicht erteilt, sichert das BAWe in seinem Schreiben «best efforts» zu. Gestützt hierauf kann auf die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes und des Prinzips der «langen Hand» vertraut werden. Das Börsengesetz verlangt

diesbezüglich keine völkerrechtlich verbindliche Zusage. Solange ein ersuchender Staat sich effektiv an den Spezialitätsvorbehalt hält und auch sonst keine Anhaltspunkte bestehen, dass er dies im konkreten Fall nicht tun würde, steht der Amtshilfe insofern nichts entgegen. Bloss, falls die ausländische Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer «best-efforts»-Erklärungen tatsächlich nicht in der Lage ist, dem Spezialitätsvorbehalt angemessen Nachachtung zu verschaffen, hat die EBK ihr gegenüber allenfalls ihre Praxis zu überdenken (BGE 127 II 142 E. 6b S. 147 f.; 126 II 409 E. 4b/bb S. 413, 126 E. 6b/bb S. 139, mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2001 i. S. L. c. EBK, E. 5). Die Amtshilfe wäre vorliegend im Übrigen trotz der in § 18 WpHG vorgesehenen Weiterleitungspflicht zulässig, da die EBK die Verwendung der von ihr gelieferten Informationen für ein allfälliges Strafverfahren bereits im Amtshilfeentscheid bewilligen durfte (vgl. unten E. 5; BGE 125 II 450 E. 3c S. 458).

c) Das Aufsichtssystem in der Bundesrepublik Deutschland ist föderativ-dezentral organisiert. Die Überwachungsbefugnisse der einzelnen Länder dienen – zusammen mit jenen der Bundesbehörden – der umfassenden Marktaufsicht (Siegfried Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Köln 2000, S. 1190 Rz. 8.166 ff.). Das Staatskommissariat der Hessischen Börsenaufsichtsbehörde ist in diesem Rahmen eine mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraute Behörde, weshalb die EBK die Weiterleitung der Informationen an sie gestützt auf Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG gestatten durfte. Der Beschwerdeführer bestreitet dies an sich nicht, befürchtet jedoch, dass die Übermittlung seines Namens generell «steuerliche Konsequenzen für ihn nach sich ziehen» könnte, weshalb die Amtshilfe unzulässig sei. Weil die EBK hierauf nicht eingegangen sei, habe sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Der Einwand ist unberechtigt: § 8 Abs. 2 WpHG verbietet, Informationen, die von einem ausländischen Staat übermittelt wurden, in einem Steuerstrafverfahren oder einem damit zusammenhängenden Besteuerungsver-

fahren zu verwenden, da sonst der Informationsaustausch auf internationaler Ebene gefährdet würde (Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, Köln 1995, Rz. 7 – 9 zu § 8 WpHG, S. 62). Es besteht daher kein Anlass zu befürchten, die Auskünfte könnten, trotz den Zusicherungen des BAWes, in Deutschland zu steuerlichen Zwecken gebraucht werden, auch wenn dieses organisatorisch zum Bundesfinanzministerium gehört. Nachdem das Bundesgericht bereits in BGE 125 II 65 ff. in diesem Sinn entschieden hatte (E. 9b/aa S. 76), erübrigten sich weitere Ausführungen seitens der EBK hierzu.

4.– Gestützt auf die vom BAWe dargelegten Indizien bestand – entgegen der Kritik des Beschwerdeführers – auch hinreichender Anlass, den deutschen Aufsichtsbehörden Amtshilfe zu gewähren (vgl. BGE 127 II 142 E. 5; 126 II 409 E. 5b/aa S. 414, mit Hinweisen):

a) Am 2. September 1997 übermittelte die Dresdner Bank (Schweiz) AG über die WGZ-Bank in Düsseldorf eine Verkaufsoffer «X.» von 1000 Stück mit Limit DEM 13.–, die um 11:21:03 Uhr an die Frankfurter Wertpapierbörse geleitet wurde. Dies war der erste Auftrag überhaupt; Kauforders lagen an diesem Tag nicht vor, weshalb der Kurs ohne Umsatz auf DEM 13.– (11:21:38 und 12:16:08) festgesetzt wurde. Tags darauf – am 3. September 1997 – leitete B. eine unlimitierte Kauforder über 500 Titel über die Berliner Bank AG an die Frankfurter Wertpapierbörse, welche gegen die Order vom Vortag der Dresdner Bank (Schweiz) AG ausgeführt wurde. Der Kurs des Papiers blieb bei DEM 13.–. Am 8. September 1997 übermittelte die Dresdner Bank (Schweiz) AG eine Kauforder über 2000 Stück «X.» mit Limit DEM 12.50, wobei kein Verkaufsinteresse bestand, weshalb der Kurs mit DEM 12.50 festgestellt wurde. Gestützt hierauf durften die deutschen Behörden den Verdacht hegen, es könnte mit Blick auf den späteren Einbruch der Notierung eine durch § 88 des Börsengesetzes verbotene Kursmanipulation stattgefunden haben, was mittels Amtshilfe weiter abzuklären sei.

b) Die entsprechenden Indizien sind, wie die EBK zu Recht festgehalten hat, nicht offensichtlich entkräftet: Beide Orders der Dresdner Bank (Schweiz) AG vom 2. und 8. September 1997 erfolgten im Auftrag des Beschwerdeführers; der Käufer vom 3. September 1997, B., wohnt wie dieser in G., weshalb ein abgesprochenes Geschäft, schon wegen der örtlichen Nähe, nicht ausgeschlossen erscheint. Der Einwand, der Kurs von DEM 13.– habe der Notierung gemäss «Nasdaq Bulletin Board» entsprochen, womit eine Manipulation unmöglich erscheine, verkennt, dass es für die Amtshilfe genügt, wenn ein hinreichender aufsichtsrechtlicher Anlass für die Abklärungen besteht. Der Gesetzgeber hat die Amtshilfe geschaffen, um den Aufsichtsbehörden zum Schutz der zusehends vernetzten Märkte eine adäquate und zeitgerechte Kooperation zu ermöglichen (BGE 125 II 65 E. 5b S. 72 f.; 450 E. 3b S. 457). Die verschiedenen Transaktionen lassen sich äusserlich nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen. Auch wenn im Zeitpunkt, in dem die Abklärungen aufgenommen werden, wegen auffälliger Kursverläufe erst in abstrakter Weise der Verdacht auf eine Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften besteht, bleibt die Amtshilfe zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6b/bb S. 74, 450 E. 3b S. 457). Es ist Aufgabe der ausländischen Behörden, aufgrund eigener Untersuchungen und gestützt auf die eingeholten Auskünfte über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden; dessen Berechtigung bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens, verfügt die EBK in der Regel doch gar nicht über die hierfür nötigen Informationen (BGE 127 II 142 E. 5a S. 145). So ist für sie vorliegend etwa nicht eruierbar, ob der Beschwerdeführer – auch die Notierungen in den USA beeinflussende – weitere Transaktionen über andere Banken getätigt hat oder in einer spezifischen Beziehung zur «X. Group», zur «F. GmbH» oder zu B. steht. Im Übrigen ist mit der EBK festzuhalten, dass die vom Beschwerdeführer über die Dresdner Bank (Schweiz) AG getätigten Transaktionen (Kauf 6000, Verkauf 6000) bei einem Handelsvolumen in den USA von durchschnittlich 10 000 Stück durchaus geeignet sein konnten, den Kurs der «X.»-Aktie zu beeinflussen. Die weiteren

Abklärungen sind – wie dargelegt – Sache der deutschen Behörden, weshalb die EBK ohne Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von zusätzlichen Erhebungen bzw. Ergänzungen des Amtshilfege-  
suchs absehen durfte; solche erübrigen sich auch hier.

c) Der Beschwerdeführer stösst sich im Weiteren daran, dass die EBK nicht nur seine Identität im Zusammenhang mit den Geschäften vom 2. und 8. September 1998 preisgeben, sondern die deutschen Behörden zusätzlich über sämtliche von ihm über die Dresdner Bank (Schweiz) AG getätigten «X.»-Transaktionen informieren will. Zu Unrecht: Wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat, ist die EBK berechtigt, im Zusammenhang mit einem konkreten Ersuchen stehende, aufsichtsrechtlich relevante Informationen auch ohne ausdrückliches Gesuch an die ausländischen Aufsichtsbehörden weiterzuleiten («spontane Amtshilfe»; BGE 126 II 409 E. 6c/aa S. 421; 125 II 65 E. 7 S. 74; je mit Hinweisen). Die vorliegend zur Übermittlung vorgesehenen Informationen beruhen ausschliesslich auf den Auskünften der Dresdner Bank (Schweiz) AG und nicht auf Ausführungen des Beschwerdeführers in seinen Rechtsschriften. Sie stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der vermuteten Preismanipulation und sind für das deutsche Aufsichtsverfahren dienlich, weshalb sie weitergeleitet werden dürfen.

5.– Die EBK hat nicht nur dem Gesuch um Amtshilfe entsprochen, sondern gleichzeitig – im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz – auch die Bewilligung erteilt, die Informationen nötigenfalls an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln. Dies ist nicht zu beanstanden:

a) aa) Die EBK kann die entsprechende Zustimmung im Amtshilfeentscheid selber erteilen, wenn die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bei Einreichung des Amtshilfeersuchens hinreichend fortgeschritten sind oder sich schon zu diesem Zeitpunkt die

Notwendigkeit einer allfälligen Weiterleitung an einen Zweitempfänger genügend konkret abzeichnet (vgl. BGE 126 II 126 E. 6b/bb S. 139; 125 II 450 E. 3b S. 458). Hierfür bedarf es neben auffälligen Kursverläufen zusätzlicher Elemente, welche eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit nahe legen. Es sind dabei keine allzu strengen Anforderungen zu stellen, doch müssen ausser Kursvariationen und Transaktionen in einem verdächtigen Zeitraum weitere Indizien vorliegen, die auf ein möglicherweise strafbares Verhalten deuten; entsprechende Bewilligungen sollen mit Blick auf das Verhältnismässigkeits- und Spezialitätsprinzip nicht «aufs Geratewohl» erteilt werden (BGE 127 II 142 E. 7; 126 II 409 E. 6b/cc S. 420). Die EBK hat das Vorliegen solcher Elemente vorliegend zu Recht bejaht, nachdem sowohl der Käufer wie der Verkäufer, deren Transaktionen anfangs September 1997 zur Preisfestsetzung an der Frankfurter Börse dienten, in der gleichen Ortschaft wohnen; dies spricht neben dem Kurszerfall dafür, dass die Notierung durch sie gemeinsam manipuliert worden sein könnte. Im Übrigen ist die Kauforder des Beschwerdeführers vom 8. September 1997 in Frankfurt gestützt auf die vorliegenden Unterlagen (auch im Rahmen eines «Arbitrage»-Geschäfts) kaum erklärbar. Die EBK verletzte daher kein Bundesrecht, wenn sie die in Amtshilfe gelieferten Informationen gestützt hierauf bereits jetzt für ein allfälliges Strafverfahren «entspezialisierte».

bb) Der Beschwerdeführer kritisiert weiter, die EBK habe ihm in diesem Zusammenhang die Stellungnahme des Bundesamts für Justiz nicht zur Kenntnis gebracht und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben; eine entsprechende Verletzung wäre durch das vorliegende Verfahren geheilt, nachdem das Bundesgericht den Entscheid der EBK sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht frei überprüfen kann und keine Gesichtspunkte zur Diskussion stehen, die ausschliesslich deren Ermessen beschlagen würden (vgl. BGE 117 Ib 64

E. 4 S. 87; 116 Ia 94 E. 2 S. 95; Urteil vom 17. Juni 1999 i. S. P. AG c. EBK, E. 2). Die Pflicht, bei der «Entspezialisierung» das Bundesamt für Polizeiwesen bzw. nunmehr das Bundesamt für Justiz beizuziehen, ergibt sich unmittelbar aus Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG; im Übrigen wies die EBK in ihrem Schreiben vom 23. Februar 2000 ausdrücklich darauf hin, dass sie über eine allfällige Weiterleitung an die deutschen Strafverfolgungsbehörden «in Abstimmung mit dem Bundesamt für Polizeiwesen» entscheiden müsse. Der Beschwerdeführer hätte damit Anlass gehabt, sich seinerseits um den Inhalt der Stellungnahme des Bundesamts zu bemühen; eine Heilung im vorliegenden Verfahren ist ihm deshalb zuzumuten, auch wenn das Bundesgericht in einem jüngeren – jedoch nach dem vorliegend angefochtenen Entscheid ergangenen – Urteil nunmehr ausdrücklich festgestellt hat, dass die Stellungnahme des Bundesamts für Polizeiwesen bzw. des Bundesamts für Justiz den Betroffenen künftig offen zu legen sei (unveröffentlichte E. 3d von BGE 127 II 142 ff.: «Quant au courrier de l'Office fédéral de la police du 7 avril 2000, la Commission fédérale aurait assurément dû le communiquer au recourant»). In der Sache selber stellt der Beschwerdeführer die Zulässigkeit der Weiterleitung als solche nicht in Frage (vgl. Art. 161bis StGB; BGE 126 II 409 E. 6 c/bb u. c/cc S. 421; BGE 122 II 422 ff.; 113 Ib 170 ff.); es erübrigt sich deshalb, hierauf im Einzelnen weiter einzugehen.

b) Die EBK beantragt ihrerseits, auf die Rechtsprechung, welche hinsichtlich der Bewilligung zur Weiterleitung der in Amtshilfe gelieferten Informationen an die Strafverfolgungsbehörden in gewissen Fällen ein zweistufiges Verfahren vorschreibt (BGE 126 II 409 ff.), zurückzukommen, ansonsten die Gefahr bestehe, dass bei der Amtshilfe höhere Anforderungen gälten als bei der Rechtshilfe in Strafsachen. Hierzu besteht indessen kein Anlass: Das Bundesgericht hat sich eingehend mit den verschiedenen auf dem Spiele stehenden Interessen auseinander gesetzt und seine Praxis in einem jüngsten Entscheid unter Berücksichtigung der Einwände der Vorinstanz an einer

öffentlichen Sitzung ausdrücklich bestätigt (BGE 127 II 142 E. 7). Die EBK bringt keine Argumente vor, die dem Bundesgericht nicht bekannt gewesen wären; es kann deshalb auf die Begründung der entsprechenden Entscheide verwiesen werden. Die Rechtsprechung zur Amtshilfe hat sicherzustellen, dass sowohl materiell wie hinsichtlich des Rechtsschutzes das Rechtshilfverfahren nicht ausgehöhlt bzw. umgangen wird. Die ausländischen Aufsichtsbehörden erhalten gestützt auf die umstrittene Rechtsprechung im Rahmen der Amtshilfe grosszügig die gewünschten Informationen, welche sie für ihre – allenfalls auch strafrechtlich relevanten – aufsichtsrechtlichen Vorabklärungen benötigen (vgl. BGE 125 II 65 E. 5b S. 73). Erhärtet sich ihr Verdacht und soll die Sache an die Strafbehörden weitergeleitet werden, ist ihnen zuzumuten, gestützt auf ein nunmehr im Einzelfall hinreichend konkretisiertes Begehren, welches über einen Hinweis auf auffällige Kursverläufe oder stichprobeweise Abklärungen hinausgeht, um die entsprechende Bewilligung zu ersuchen, auch wenn die EBK es aus verfahrensökonomischen Gründen vorziehen würde, alle Punkte in einem Entscheid zu erledigen (vgl. Urs Zulauf, Lange Hand oder verbrannte Finger? Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen EBK nach Börsengesetz – erste Erfahrungen, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 8/1999, Bern 2000, S. 125). Sollte es für die ausländischen (Straf-)Behörden, wie die EBK zu befürchten scheint, tatsächlich einfacher sein, die gewünschten Angaben im Rechtshilfverfahren erhältlich zu machen, steht ihnen dieser Weg unter den entsprechenden Voraussetzungen offen; eine Anpassung der in BGE 126 II 409 ff. eingeleiteten und neben zahlreichen unveröffentlichten Entscheiden in BGE 127 II 142 ff. bestätigten Rechtsprechung rechtfertigt sich deshalb nicht.

**Entscheidung der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 3. September 2001 i.S. Flammarion (2A.237/2001)**

**Art. 38 Abs. 3 BEHG, Amtshilfe, Verwaltungsverfahren bei Übermittlung von Angaben über externen Vermögensverwalter, Parteistellung des externen Vermögensverwalters**

*Im Verfahren über die Weiterleitung von Daten über einen externen Vermögensverwalter ist ein formelles Verwaltungsverfahren durchzuführen, worin der externe Vermögensverwalter Parteistellung besitzt.*

**Art. 38 al. 3 LBVM, entraide administrative, procédure administrative lors de la transmission d'informations sur des gérants de fortune externes, qualité de partie du gérant de fortune externe**

*La transmission de données concernant un gérant de fortune externe doit faire l'objet d'une procédure administrative formelle dans laquelle ledit gérant revêt la qualité de partie.*

**Art. 38 cpv. 3 LBVM, assistenza amministrativa, procedimento amministrativo in caso di trasmissione di dati relativi a gestori patrimoniali esterni, veste di parte del gestore esterno**

*Il procedimento sulla trasmissione di dati relativi a un amministratore patrimoniale esterno, richiede una procedura formale, nella quale l'amministratore interessato assume la veste di parte.*

**Sachverhalt (Auszug):**

Die französische «Commission des Opérations de Bourse» (COB) führt gestützt auf auffällige Kursverläufe und Handelsvolumen im Vorfeld der Übernahme des Verlagshauses «Flammarion» durch die italienische «RCS International Books BV»-Gruppe (Gruppe «Rizzoli») eine

Untersuchung mit Blick auf einen allfälligen Insiderhandel. Anfangs Januar 2001 bat sie die Eidgenössische Bankenkommission in diesem Zusammenhang hinsichtlich verschiedener über die Schweiz abgewickelter Transaktionen um Amtshilfe. Gestützt auf die hierauf eingeholten Informationen teilte die Eidgenössische Bankenkommission der COB am 18. April 2001 unter anderem mit, dass verschiedene Transaktionen durch den externen Vermögensverwalter X. aufgrund von Vermögensverwaltungsvollmachten ohne Wissen der Kunden angeordnet worden waren.

X. hat gegen das Vorgehen der Bankenkommission am 18. Mai 2001 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den Entscheid der Bankenkommission aufzuheben und sie anzuhalten, die «Commission des Opérations de Bourse» (COB) zu verpflichten, die erhaltenen Informationen in keiner Weise zu verwenden. X. macht geltend, die Bankenkommission habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie über die Weiterleitung der Informationen keine Verfügung erlassen habe. Gestützt auf die an die betroffenen Banken gerichteten Auskunftsbegehren habe er nach Treu und Glauben annehmen dürfen, es werde ein anfechtbarer Entscheid ergehen, sollte die Bankenkommission entgegen seinem Antrag dem Amtshilfeersuchen entsprechen.

#### **Aus den Erwägungen:**

1.– In Anwendung des Börsengesetzes ergangene Amtshilfeverfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission unterliegen (unmittelbar) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 39 BEHG, vgl. BGE 126 II 126 E. 5c/bb S. 135). Das gleiche Rechtsmittel ist gegeben, wenn geltend gemacht wird, die Bankenkommission habe zu Unrecht keine Verfügung erlassen und damit eine formelle Rechtsverweigerung begangen (vgl. BGE 124 II 124 E. 1b S. 126; 120 Ib 183 E. 1b S. 186): Nach Art. 97 Abs. 2 OG gilt auch das «unrechtmässige Verwei-

gern oder Verzögern einer Verfügung» als ein im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OG anfechtbarer Akt. Der Beschwerdeführer, dessen Personalien formlos weitergeleitet wurden, hat – unabhängig von der Berechtigung in der Sache selber – ein schutzwürdiges Interesse daran, überprüfen zu lassen, ob seine Parteistellung verneint und von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens abgesehen werden durfte (Art. 103 lit. a OG; vgl. BGE 124 II 499 E. 1b S. 502; 123 II 115 E. 2b/aa S. 118 u. E. 2c/bb S. 120). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

2.– Nach Art. 38 Abs. 2 BEHG kann die Eidgenössische Bankenkommision ausländischen Aufsichtsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln. Dabei muss es sich um «Aufsichtsbehörden über Börsen- und Effektenhändler» handeln, die solche Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwenden (Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG; «Spezialitätsprinzip») und zudem an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind (Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG). Die Informationen dürfen nicht ohne vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde oder nur aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag an zuständige Behörden und Organe, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind, weitergeleitet werden (Art. 38 Abs. 2 lit. c Satz 1 BEHG; «Prinzip der langen Hand»). Die Weiterreichung an Strafbehörden ist untersagt, soweit die Rechtshilfe in Strafsachen ausgeschlossen wäre. Die Aufsichtsbehörde entscheidet hierüber im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz (Art. 38 Abs. 2 lit. c Sätze 2 und 3 BEHG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 6a der Änderung vom 28. Juni 2000 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement; AS 2000 1850). Soweit die «zu übermittelnden Informationen einzelne Kunden von Effektenhändlern betreffen» («lorsque les informations à transmettre par l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants»; «se le

informazioni che l'autorità di vigilanza deve trasmettere concernono singoli clienti di commercianti»), gilt das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021; Art. 38 Abs. 3 BEHG).

3.- a) aa) Art und Form des «Übermittlungsverfahrens» hängen somit von der Natur der betroffenen Information ab. Bei dieser Lösung handelt es sich um einen Kompromiss zwischen dem Interesse an einer funktionierenden Marktaufsicht einerseits und an einem zweckmäßigen Kundenschutz andererseits (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb. c. EBK, E. 2b/bb; Gérard Hertig/Marina Hertig-Pelli, Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 1992, S. 260 ff.; Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Aufl., Bern 2001, S. 176; Robert Roth, in: Hertig/Meier-Schatz/Roth/Roth/Zobl, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Rz. 75 zu Art. 38 BEHG; Thierry Amy, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière*, Lausanne 1998, S. 272 ff.). Für eine effiziente Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden – so der Bundesrat in seiner Botschaft – müssten die Informationen rasch ausgetauscht werden können, weshalb es zu weit ginge, «die Anwendung des Verwaltungsverfahrens auch bei der rein institutsbezogenen Amtshilfe zu verlangen, welche lediglich die Börsen und die Effektenhändler» betreffe; soweit sich die Informationen auf einzelne Kunden bezögen, habe der Austausch jedoch im Verwaltungsverfahren zu erfolgen (BBl 1993 I 1423 f.).

bb) Als nicht-kundenbezogene Auskünfte, die ohne Förmlichkeiten weitergeleitet werden dürfen, gelten Angaben, welche die Bank als Institut, den Effektenhandel als solchen oder die beaufsichtigten Händler in ihrer Rolle als Marktteilnehmer berühren (Althaus, a.a.O., S. 182 f.). Zu denken ist an Informationen über die Betriebsorganisation, über die leitenden Organe oder über allfällige aufsichts- oder

strafrechtliche Verfahren gegen diese (Urs Zulauf, Die Verwaltungsrechtshilfe in den neuen Erlassen zum Finanzmarktrecht, in: Peter Nobel, Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, 3/1994, Bern 1995, Rz. 35); auch statistische Angaben oder solche bezüglich der Bonität eines Unternehmens können hierunter fallen (Hans-Peter Schaad, in: Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, Rz. 118 zu Art. 38 BEHG; Roth, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 38 BEHG). Solche Angaben darf die Bankenkommission regelmässig ohne Verfügung, d.h. ohne Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, an ausländische Aufsichtsbehörden weiterleiten, auch wenn sie nicht allgemein zugänglich sind oder vertraulichen Charakter haben («données confidentielles de nature prudentielle»). Sie muss sich die entsprechenden Angaben zwar im Rahmen eines «Auskunftsverfahrens», in dem wiederum das Verwaltungsverfahrensgesetz gilt und der betroffenen Bank bzw. dem betroffenen Effektenhändler Parteistellung zukommt, allenfalls erst beschaffen (Schaad, a.a.O., Rz. 119 zu Art. 38 BEHG); der Datenaustausch erfolgt hernach indessen formlos (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb., E. 2c/aa; BBl 1993 I 1424).

cc) Anders verhält es sich bei den «kundenbezogenen» Daten («informations de nature personelle»): Neben dem allfälligen «Auskunftsverfahren» sieht Art. 38 Abs. 3 BEHG hier ein sog. «Übermittlungsverfahren» vor, das den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu folgen hat, unter Umständen aber mit dem «Auskunftsverfahren» zusammengelegt werden kann (BGE 125 II 450 E. 2a S. 453 f.). Kundenbezogen sind alle Daten, die unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallen und sich auf eine andere als die beaufsichtigte natürliche oder juristische Person beziehen (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb., E. 2c/bb; vgl. Amy, a.a.O., S. 371). Als Kunde hat in erster Linie der Träger des Bank- oder Effektenhändlergeheimnisses zu gelten; ihm – und nicht den unmittelbar Beaufsichtigten – soll der zusätzliche verfahrensrechtliche Schutz zu-

gute kommen. Von Art. 38 Abs. 3 BEHG profitieren all jene Personen, die Vertragspartner der Bank bzw. des Effektenhändlers in einem konkreten Bank- oder Effektenhändlergeschäft sind (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb., E. 2c/bb). Dies gilt – unabhängig davon, ob es sich dabei um eine natürliche oder juristische Person handelt – in erster Linie für den durch die Amtshilfe betroffenen Kontoinhaber. Er steht zur Bank bzw. zum Effektenhändler in einer unmittelbaren Geschäftsbeziehung, ist Vertragspartner des beaufsichtigten Händlers und damit hauptsächlicher Träger des geschützten Geheimbereichs (BGE 125 II 65 E. 1, mit Hinweis). Keine Parteistellung kommt dagegen in der Regel dem wirtschaftlich Berechtigten an einer Bankbeziehung zu, auch wenn seine Identität offen gelegt wird (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb., E. 3a; BGE 125 II 65 E. 1 S. 69/70; 116 Ib 331 E. 1c S. 336; 114 Ib 156 E. 2a S. 159; Amy, a.a.O., S. 372, FN 224). «Kundenbezogen» sind hingegen Informationen bezüglich Börsengeschäfte, welche Mitarbeiter einer Bank oder eines Effektenhändlers ausserhalb der beaufsichtigten beruflichen Aktivitäten in ihrem Privatbereich tätigen. Organe und Mitarbeiter von Effektenhändlern profitieren vom verfahrensrechtlichen Schutz, soweit sie in ihren eigenen Bankbeziehungen betroffen sind und nicht ausschliesslich in ihrer beruflich-institutionellen Tätigkeit im Börsenhandel (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb., E. 4).

b) aa) Bisher nicht zu beantworten hatte das Bundesgericht die hier aufgeworfene Frage, welcher Natur die Angaben über einen selbständigen Vermögensverwalter sind, der im Namen des Bankkunden dessen Portefeuille frei bewirtschaftet («mandat de gestion discrétionnaire»). Die Doktrin nimmt – soweit sie die Frage thematisiert – an, entsprechende Informationen seien kundenbezogen (Schaad, a.a.O., Rz. 124 zu Art. 38 BEHG; wohl auch Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, S. 207, Rz. 292). Nach Althaus sind externe Vermögensverwalter, wie beispielsweise Treu-

handgesellschaften, Rechtsanwälte und Notare, welche Aufträge über eine Bank abwickeln, an sich ebenfalls Bank- oder Effektenhändlerkunden. Nur wenn sie ihre Transaktionen nicht selbständig und unabhängig, sondern in einer eher einem Organ oder Mitarbeiter ähnlichen Stellung tätigten, seien sie vom verfahrensrechtlichen Schutz von Art. 38 Abs. 3 BEHG ausgeschlossen (Althaus, a.a.O., S. 213).

bb) Dieser Auffassung ist beizupflichten: Der Gesetzgeber hat nicht weiter ausgeführt, wann «einzelne Kunden» als im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BEHG betroffen zu gelten haben. Der diesbezüglich bestehende Auslegungsspielraum ist unter Berücksichtigung der Schutzzwecke von Art. 6 und 48 VwVG sowie Art. 38 Abs. 3 BEHG wahrzunehmen (vgl. Roth, a.a.O., Rz. 75 ff. zu Art. 38 BEHG). Nach Art. 6 VwVG gelten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren Personen als Parteien, deren Rechte und Pflichten der Entscheid berühren soll, sowie all jene, denen gegen diesen ein Rechtsmittel offen steht, d. h. Personen, die durch die angefochtene Verfügung berührt werden und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben (Art. 48 lit. a VwVG, Art. 103 lit. a OG). Hierbei kann es sich auch um Dritte handeln, soweit diese in einer hinreichend engen, berücksichtigungswürdigen Beziehung zum Streitgegenstand stehen (BGE 124 II 499 E. 3b S. 504). Kundenbezogen sind – wie dargelegt – Daten, die unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallen und sich auf eine andere als die beaufsichtigte natürliche oder juristische Person beziehen (Amy, a.a.O., S. 371 ff.). Der Geheimhaltungspflicht unterliegen sämtliche Angaben, die sich aus der unmittelbaren geschäftlichen Beziehung zwischen Kunde und Bank ergeben, somit auch die Tatsache, ob und zugunsten von wem ein Vermögensverwaltungsauftrag besteht (vgl. Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Rz. 4 zu Art. 47; Riccardo Sansonetti, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers*, Zürich 1998, S. 527). Der selbständige Vermögensverwalter han-

delt im Rahmen der ihm vom Kunden eingeräumten Befugnisse als dessen Hilfsperson bzw. Stellvertreter. Soll seine Identität amtshilfeweise ins Ausland preisgegeben werden, betrifft dies das einzelne Kundenverhältnis, es sei denn, er habe als Mitarbeiter oder Organ einer beaufsichtigten Bank oder eines Effekthändlers bzw. des Kunden selber gehandelt. Im Gegensatz zum bloss Bevollmächtigten, der das Konto nicht autonom bewirtschaftet und nicht die Verantwortung für die einzelnen Investitionsentscheide trägt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 1998 i. S. S., E. 2, veröffentlicht in EBK-Bulletin 37/1999 21 ff.), hat der unabhängige Vermögensverwalter – wie der Kunde – ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines förmlichen «Übermittlungsverfahrens», zumal wenn damit – wie hier – die Bewilligung verbunden wird, die entsprechenden Angaben an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten. Die Amtshilfe ist geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen seinem Klienten und ihm derart zu erschüttern, dass er der Streitsache näher steht als irgendein anderer Dritter. Er hat ein eigenes aus der Kundenqualität am konkreten Geschäft fliessendes Recht auf verfahrensrechtlichen Schutz, auch wenn die Transaktion wirtschaftlich zugunsten eines Kontoinhabers erfolgt, dessen Identität gerade nicht preisgegeben wird. Die Amtshilfemassnahme richtet sich in diesem Fall direkt gegen ihn, wodurch er intensiver berührt wird als irgendein anderer Bevollmächtigter am Konto. Da er nicht unmittelbar der Aufsicht der Bankenkommission untersteht, haben die entsprechenden Auskünfte – wie beim eigentlichen Kontoinhaber – als kundenbezogen zu gelten. Es werden dabei zwar nicht Auskünfte über das Konto als solches weitergeleitet, jedoch über die Urheberschaft (eben den Auftraggeber bzw. Kunden) des konkreten Geschäftes, wobei der Kontoinhaber an diesem lediglich als wirtschaftlich berechtigt erscheint.

cc) Die Situation des unabhängigen Vermögensverwalters kann umgekehrt selber nicht mit jener des wirtschaftlich Berechtigten verglichen werden: Diesem fehlt die Parteistellung, da er die von ihm

gewählte Konstruktion (selbständige Kundenqualität eines Dritten) gegen sich gelten lassen und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen tragen muss (Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb., E. 3a). Dank seines wirtschaftlichen und rechtlichen Einflusses auf den direkten Vertragspartner des Effektenhändlers oder der Bank kann er seine Interessen in geeigneter Weise wahren. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, steht ihm – analog der Rechtsprechung im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen (vgl. Urteil vom 18. Mai 2000 i. S. L., E. 1<sup>e</sup>, veröffentlicht in: Pra 2000 133 790) – unter Umständen im Rahmen von Art. 38 Abs. 3 BEHG ebenfalls Parteistellung zu. Dies muss für den unabhängigen Vermögensverwalter immer gelten, hat er doch zum Vornherein keine Möglichkeit, seine Interessen anderweitig geeignet wahrzunehmen, da es sich bei seinem Kunden eben meist gerade um einen «unbeteiligten Dritten» handeln wird (Art. 38 Abs. 3 Satz 2 BEHG). Die Ungleichbehandlung mit dem als Organ oder Mitarbeiter einer Bank tätigen Vermögensverwalter rechtfertigt sich einerseits deshalb, weil dieser im unmittelbaren Aufsichtsbereich der Bankenkommission agiert und daher zu ihr in einem besonderen Rechtsverhältnis steht; andererseits kommt hier wiederum dem Arbeitgeber im «Auskunftsverfahren» Parteistellung zu, womit insofern ebenfalls ein minimaler Rechtsschutz besteht.

4.– Auch materiellrechtliche Überlegungen sprechen dafür, die Bankenkommission zu verpflichten, in Fällen wie dem vorliegenden ein «Übermittlungsverfahren» durchzuführen: Mit der Amtshilfe dürfen die Regeln über die Rechtshilfe in Strafsachen weder materiell noch hinsichtlich eines minimalen Rechtsschutzes in der Schweiz umgangen werden (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juli 2001 i. S. B., E. 5b; BGE 126 II 409 E. 6b/bb S. 417, 126 E. 6b/bb S. 139; 125 II 450 E. 3b S. 457; vgl. Schaad, a.a.O., Rz. 80 ff. zu Art. 38 BEHG; Roth, a.a.O., Rz. 67 zu Art. 38 BEHG). Die Bankenkommission hat die von den beaufsichtigten Instituten gelieferten, den Beschwerdeführer betreffenden

Informationen nicht nur amtshilfweise weitergegeben, sondern gleichzeitig auch deren Verwendung für ein allfälliges Strafverfahren bewilligt. Ohne Amtshilfe hätten die französischen Behörden die umstrittenen Angaben hierfür rechtshilfweise beschaffen müssen, wobei zugunsten des Betroffenen ein minimaler Rechtsschutz bestanden hätte (vgl. Art. 78 ff. [Behandlung des Ersuchens] und Art. 80e [Beschwerde] des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [SR 351.1]). Die Bankenkommission darf diesen nicht dadurch umgehen, dass sie entsprechende Angaben als institutsbezogen «entspezialisiert» ins Ausland liefert. Hätte der Gesetzgeber insofern die gestützt auf Art. 38 Abs. 3 BEHG bestehende Rechtsschutzmöglichkeit ausschliessen wollen, hätte er das klar zum Ausdruck bringen müssen. Da er dies nicht getan hat, ist die Bankenkommission nicht befugt, unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallende, kundenrelevante Angaben der vorliegenden Art formfrei ins Ausland weiterzuleiten und gleichzeitig deren Verwendung für ein allfälliges Strafverfahren zu bewilligen.

5.- Das Vorgehen der Bankenkommission überzeugt schliesslich auch mit Blick auf Art. 25 VwVG nicht: Danach kann, wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweist, den Erlass einer Feststellungsverfügung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten verlangen (BGE 114 V 201 ff.). Mit Blick auf den Interpretationsspielraum, den Art. 38 Abs. 3 BEHG der Bankenkommission einräumt, wird in der Doktrin die Meinung vertreten, in Zweifelsfällen stehe dem durch die Amtshilfemassnahme angeblich Berührten ein Anspruch auf Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung zu. Nach Althaus hat die Bankenkommission in Grenzfällen zu prüfen, «ob der instituts- oder marktbezogene Charakter einer Information oder der kundenbezogene Aspekt im Vordergrund» steht. Sei strittig, ob einer Person Kundeneigenschaft zukomme oder nicht, und lehne die Bankenkom-

mission die Berufung auf den Kundenschutz ab, werde sie darüber eine Feststellungsverfügung erlassen (Althaus, a.a.O., S. 215). Nach Schaad liegt es an der Bankenkommission, im Einzelfall zu entscheiden, ob kundenbezogene Informationen vorliegen und dementsprechend eine Übermittlungsverfügung «oder eine negative Feststellungsverfügung» zu treffen sei (Schaad, a.a.O., Rz. 124 zu Art. 38 BEHG). Die Bankenkommission ist bisher offenbar dementsprechend vorgegangen (vgl. die negative Feststellungsverfügung vom 4. Juli 2000, welche Anlass zum Urteil vom 9. März 2001 i. S. B. u. Mitb. gab). Vorliegend stellte sich erstmals die Frage, wie die Angaben bezüglich eines unabhängigen, nicht ihrer unmittelbaren Aufsicht unterstellten Vermögensverwalters zu werten sind. Indem die Bankenkommission hierüber formlos entschied, setzte sie sich – grundlos – in Widerspruch zu ihrer eigenen Praxis und den entsprechenden Auffassungen in der Doktrin.

6.– Was die Bankenkommission für ihre Position weiter vorbringt, überzeugt nicht:

a) Zwar hat das Bundesgericht festgestellt, dass die in Amtshilfe übermittelten Informationen generell der «Aufsicht über Börsen und den Effektenhandel» und nicht allein der Kontrolle der am Markt beteiligten Institute diene (BGE 125 II 65 E. 5b S. 72 f.), weshalb auch kundenbezogene Daten im Rahmen von Art. 38 BEHG Gegenstand von Amtshilfehandlungen bilden könnten. Es verwarf damit aber einzig den Einwand, die Amtshilfe sei bloss hinsichtlich «institutsbezogener» Informationen zulässig, also soweit die Beaufsichtigung der Effektenhändler auch die Mitteilung von Informationen über Kunden erforderlich mache, nicht aber sofern die ausländische Aufsichtsbehörde ausschliesslich ein direktes Interesse am Verhalten des Kunden habe (BGE 125 II 65 E. 5a S. 72). Daraus ergibt sich nicht, wie dies zu geschehen hat; die entsprechende Frage ist allein in Auslegung von Art. 38 Abs. 3 BEHG zu beantworten.

b) aa) Das Bundesgericht hat am 5. April 2001 i.S. W. entschieden, dass eine Weiterleitung von Daten, die den Bankkunden betreffen, unzulässig sein könne, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsauftrag vorliege und keine anderen Umstände darauf hinwiesen, dass der Kunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen abgewickelt wurden, in irgendeiner Form dennoch an den umstrittenen Geschäften selber beteiligt gewesen sein könnte (E. 3c/aa). Beim dort involvierten Vermögensverwalter, dessen Identität ohne «Übermittlungsverfahren» weitergegeben werden durfte, handelte es sich indessen um einen Bankangestellten, der im Rahmen seiner beruflichinstitutionellen Aufgaben im unmittelbaren Aufsichtsbereich der Bankenkommission die entsprechenden Transaktionen getätigt hatte. Soweit er für sich selber handelte, profitierte er ebenfalls vom verfahrensrechtlichen Kundenschutz (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 5).

bb) Der Beschwerdeführer legte in den Monaten Juni und Juli 2000 über die Z. AG insgesamt 1500 «Flammarion»-Aktien in sein eigenes Portefeuille. Gestützt auf die ihm erteilten Vermögensverwaltungsaufträge erwarb er anschliessend im Namen und auf Rechnung verschiedener Kunden, ohne deren Wissen, 4000 weitere Titel, bevor er am 7. November 2000 sämtliche Aktien verkaufte. Hinsichtlich der eigenen Transaktionen kam dem Beschwerdeführer Kundenqualität zu. Zwar teilte die Bankenkommission der «Commission des Opérations de Bourse» auch in Bezug auf diese Geschäfte lediglich mit, es habe sich um im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrags getätigte Käufe gehandelt; dies ändert jedoch – abgesehen davon, dass es nicht den Tatsachen entsprach – nichts daran, dass die den Beschwerdeführer betreffenden Informationen insofern im Zusammenhang mit Geschäften weitergeleitet wurden, die diesen als Kunden im engeren Sinne betrafen. Stünde es der Bankenkommission frei, den Kunden, wie sie dies hier bezüglich der über die Z. AG abgewickelten Geschäfte getan hat, jeweils als seinen eigenen unabhängigen Vermögensver-

walter zu qualifizieren und seine Daten als instituts- bzw. marktbezogene Angaben ausser Landes zu geben, würde Art. 38 Abs. 3 BEHG seines Sinnes entleert.

c) Der Einwand, der Beschwerdeführer sei zumindest als unabhängiger Vermögensverwalter durch die Weitergabe nicht in einem rechtlich geschützten eigenen Interesse betroffen, verkennt, dass ein solches nach Art. 48 VwVG nicht erforderlich ist. Es genügt, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Akt berührt erscheint und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat; dieses kann auch bloss tatsächlicher Natur sein (vgl. Roth, a.a.O., Rz. 77 zu Art. 38 BEHG).

7.– a) Es stellt sich damit die Frage, welche Folgen an die Missachtung von Art. 38 Abs. 3 BEHG durch die Bankenkommission zu knüpfen sind. Die umstrittenen Angaben befinden sich bereits im Ausland. Der Beschwerdeführer hat sich vor der Bankenkommission zu den verschiedenen materiellen Fragen umfassend geäussert. In seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt er, es sei die Amtshilfe zu verweigern und die Bankenkommission zu verpflichten, die «Commission des Opérations de Bourse» entsprechend zu informieren. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, ausnahmsweise (vgl. BGE 124 II 499 E. 1c S. 502) direkt in der Sache selber zu entscheiden und diese nicht zuerst zur Durchführung des zu Unrecht verweigerten Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 114 Abs. 2 OG).

b) aa) Bei der «Commission des Opérations de Bourse» handelt es sich um eine börsenrechtliche Aufsichtsbehörde, welcher die Bankenkommission Amtshilfe leisten kann (BGE 127 II 142 E. 4 S. 145; 126 II 86 E. 3 S. 88 f.). Im Vorfeld der Übernahme des Verlagshauses «Flammarion» durch die «Rizzoli»-Gruppe am 17. Oktober 2000 kam es zu unüblichen Handelsvolumen (3. Oktober: 1834 Titel; 4. Oktober: 2270 Titel; 9. Oktober: 1463 Titel; 11. Oktober: 4884 Titel; 12. Oktober: 3376

Titel; bei einem sonstigen durchschnittlichen Volumen von 436 Titeln). Diese legten aufsichtsrechtliche Abklärungen mit Blick auf einen allfälligen Insiderhandel nahe und bildeten hinreichenden Anlass, die Bankenkommission um Amtshilfe zu ersuchen, zumal der von der «Rizzoli»-Gruppe gebotene Preis von 78.2 Euro pro Aktie deutlich über dem durchschnittlichen Preis von 33.7 Euro seit anfangs Jahr lag (vgl. BGE 127 II 142 E. 5c S. 146, mit Hinweis). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe die umstrittenen Titel gestützt auf allgemein zugängliche Informationen und eine eigene Marktanalyse erworben, verkennt er, dass die Bankenkommission diese Einwände in ihrem Verfahren nicht zu prüfen hatte (BGE 127 II 142 E. 5c S. 147). Auch wenn im Zeitpunkt, in dem die Abklärungen aufgenommen wurden, wegen auffälliger Kursverläufe erst in abstrakter Weise der Verdacht auf eine Verletzung börsenrechtlicher Bestimmungen bestand, blieb die Amtshilfe zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6b/bb S. 74, 450 E. 3b S. 457). Es ist an der ausländischen Aufsichtsbehörde, aufgrund eigener Untersuchungen und gestützt auf die eingeholten Auskünfte über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden; dessen Berechtigung bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens (BGE 127 II 142 E. 5a S. 145).

bb) Unzulässig ist indessen zurzeit die von der Bankenkommission der «Commission des Opérations de Bourse» erteilte Bewilligung, die übermittelten Informationen gegebenenfalls an die Straf(verfolgungs)behörden weiterzuleiten: Die Bankenkommission kann die Zustimmung im Amtshilfeentscheid selber nur geben, wenn die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bei Einreichung des Ersuchens hinreichend fortgeschritten sind oder sich schon zu diesem Zeitpunkt die Notwendigkeit einer allfälligen Weiterleitung an einen Zweitempfänger genügend konkret abzeichnet (vgl. BGE 126 II 409 E. 6b/cc S. 419). Hierfür bedarf es neben auffälliger Kursverläufe zusätzlicher Elemente, welche eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit nahe legen. Es sind dabei

zwar keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, doch müssen ausser Kursvariationen und Transaktionen in einem verdächtigen Zeitraum weitere Indizien vorliegen, die auf ein möglicherweise strafbares Verhalten im Einzelfall deuten. Entsprechende Bewilligungen sollen mit Blick auf das Verhältnismässigkeits- und Spezialitätsprinzip nicht aufs Geratewohl erteilt werden (BGE 127 II 142 E. 7; 126 II 409 E. 6b/cc S. 420). Solche Hinweise sind vorliegend nicht dargetan. Es ist der französischen Aufsichtsbehörde deshalb zuzumuten, sollte sie die den Beschwerdeführer betreffenden Informationen an die Straf(verfolgungs)behörden weiterleiten wollen, vorgängig erneut um die entsprechende Bewilligung der Bankenkommission zu ersuchen (BGE 127 II 142 E. 7b S. 149).

8.- a) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Eidgenössische Bankenkommission formell zu Unrecht kein «Übermittlungsverfahren» im Sinne von Art. 38 Abs. 3 Satz 1 BEHG bzw. kein negatives Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG durchgeführt hat. Materiell war ihre Amtshilfe indessen – bis auf die Bewilligung, die Auskünfte für ein allfälliges Insiderstrafverfahren benützen zu dürfen – bundesrechtskonform. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und die Bankenkommission zu verpflichten, die «Commission des Opérations de Bourse» darüber zu informieren, dass die in ihrem Schreiben vom 18. April 2000 erteilte Zustimmung zu einer allfälligen Weiterleitung an die zuständigen Strafbehörden mit vorliegendem Urteil hinfällig geworden ist und für eine entsprechende Verwendung der Informationen erneut um eine Bewilligung nachzusuchen wäre.

b) Der teilweise obsiegende Beschwerdeführer schuldet eine reduzierte Gerichtsgebühr (Art. 156 Abs. 3 OG). Die Bankenkommission hat den Beschwerdeführer im Rahmen seines Obsiegens für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG).

## Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. August 2001 i. S. Bank X und Generaldirektor A

Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG; Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe; Sorgfaltspflichten der Banken bei der Entgegennahme und Aufbewahrung von Kundengeldern (Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit)

1. *Bewegt sich ein wirtschaftlich Berechtigter in einem heiklen Geschäftsbereich wie dem internationalen Waffenhandel, ist die Bank verpflichtet, sich über die politischen Gegebenheiten des entsprechenden Landes zumindest in den Grundzügen vertraut zu machen und über den betreffenden Kunden aktiv Erkundigungen einzuziehen. Davon entbindet sie auch nicht die Tatsache, dass der Bankkunde Geschäftsbeziehungen zu Drittbanken pflegt (Erw. E. b).*
2. *Verantwortlichkeit des Generaldirektors: fehlende Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Erw. G).*
3. *Ersetzung des Generaldirektors und Anordnung einer ausserordentlichen Revision zwecks Bildung eines abschliessenden Urteils über Implementierung und Zweckmässigkeit der von der Bank getroffenen Massnahmen (Erw. H).*

Art. 3 al. 2 lit. a et c LB, obligation de diligence des banques dans l'acceptation et la conservation de fonds de clients; garantie d'une activité irréprochable

1. *Lorsque l'ayant droit économique est en contact avec un milieu d'affaires problématique tel que le commerce d'armes international, la banque est tenue de s'informer au moins de manière générale sur la situation politique du pays concerné et de recueillir de manière active des renseignements sur le client en question. Elle n'est pas déliée de cette obligation du simple fait que ledit client entretienne des relations avec d'autres banques (cons. E.b).*
2. *Responsabilité du directeur général: défaut de garantie d'une activité irréprochable (cons. G).*

3. *Remplacement du directeur général. Une révision extraordinaire est ordonnée afin de permettre un jugement définitif relatif à l'implantation et la valeur des mesures prises par la banque (cons. H).*

**Art. 3 cpv. 2 lett. a) e c) LBCR; obblighi di diligenza delle banche nell'accettazione e nella custodia di fondi di clienti; garanzia di attività irrepreensibile**

1. *Qualora l'avente diritto economico operi in un contesto problematico, quale il commercio internazionale di armi, la banca è tenuta a informarsi almeno in generale in ordine al contesto politico del paese interessato e a raccogliere attivamente informazioni sui relativi clienti. La banca non è esonerata da tali obblighi, neppure per il fatto che lo stesso cliente intrattenga rapporti d'affari con altre banche (cons. E. b).*
2. *Responsabilità del direttore generale: carenza di garanzia di attività irrepreensibile (cons. G).*
3. *Sostituzione del direttore generale e disposizione di revisione straordinaria, al fine di consentire un giudizio definitivo sulla implementazione e la validità delle misure adottate dalla banca (cons. H).*

#### **Sachverhalt (Zusammenfassung):**

Die Bank X eröffnete am 9. März 1999 für die Gesellschaft R, Nassau, Bahamas, eine Geschäftsbeziehung. Dr. Vladimiro Lenin Montesinos Torres (nachfolgend: Montesinos) war in Bezug auf diese Geschäftsbeziehung einzelzeichnungsberechtigt und gemäss Formular A zusammen mit seiner Ehefrau kollektiv zeichnungsberechtigt, an den Vermögenswerten dieser Gesellschaft wirtschaftlich berechtigt. Die Kontobeziehung wurde auf dem Korrespondenzweg eröffnet. Per Mitte Dezember 2000 betrug der Kontostand rund USD 17,4 Mio.

Der verantwortliche Kundenbetreuer dieser Kundenbeziehung war Herr E. In Bezug auf die Vollständigkeit und formelle Korrektheit der

Kontoeröffnungsunterlagen wird der Kundenbetreuer vom Kundensekretariat sowie vom internen Rechtsdienst überwacht. Hinsichtlich der Beurteilung und Überwachung der Geschäftsbeziehung aus einem wirtschaftlichen Blickwinkel ist die Kompetenz bei der Geschäftsleitung angesiedelt.

Der Entscheid, mit der Gesellschaft R eine Geschäftsbeziehung einzugehen, wurde von Herrn A, Generaldirektor der Bank, getroffen. Die Gesellschaft R bzw. Montesinos wurde der Bank von Herrn B empfohlen, welcher der Bank X, insbesondere deren Geschäftsleitung, persönlich bekannt war und ihr vom Mutterhaus im Land T empfohlen worden war, mit welchem er bereits seit vielen Jahren umfangreiche Geschäftsbeziehungen unterhielt. A und B besuchten zudem in ihrer Jugendzeit dasselbe Internat, hatten jedoch erst wieder Kontakt miteinander, als B mit der Bank X Geschäftsbeziehungen einging.

B war für die Bank ein wichtiger Kunde, dies nicht in erster Linie wegen der Höhe der von ihm eingebrachten Vermögenswerte, sondern weil die Bank ihn als Kunden mit Potential betrachtete. B empfahl die Bank auch diversen Geschäftspartnern, u. a. Montesinos. Der Bank war bekannt, dass B Handel mit Produkten der Rüstungsindustrie tätigt und über eine diesbezügliche Handelsbewilligung des Verteidigungsministeriums des Landes T verfügte. Die entsprechenden gültigen Bewilligungen lagen der Bank im Zeitpunkt der jeweiligen Kontoeröffnungen vor.

Die Gesellschaftsunterlagen der Gesellschaft R, die ausgefüllten Kontoeröffnungsunterlagen sowie weitere, die Person von Montesinos betreffende Informationen wurden der Bank X durch Herrn C gestellt. C ist Inhaber einer renommierten Rechtsanwaltskanzlei in T und war dem Mutterhaus der Bank X im Zusammenhang mit verschiedenen anderen Geschäftsbeziehungen bekannt. C vertrat als

Rechtsanwalt auch die Interessen von B. Gemäss den Angaben der Bank X wurde die Identifikation der Gesellschaft R von der Bank X selber vorgenommen; es fand keine Delegation im Sinne der VSB statt.

Auf den der Bank X eingereichten Eröffnungsdokumenten (Formular A) fehlten jeweils Ort und Datum sowie die Anschrift der beiden wirtschaftlich Berechtigten. Anlässlich der Kontoeröffnung ging die Bank zuerst davon aus, dass sie die Dokumente innert nützlicher Frist vervollständigen könne. Daher sei die Kontobeziehung mit dem Visum von A als Generaldirektor vorläufig eröffnet worden. Während des weiteren Verlaufs der Geschäftsbeziehung wies das interne Kundensekretariat den Kundenbetreuer mehrmals auf die fehlenden Angaben hin und mahnte ihn deswegen auch. Den vom Kundenbetreuer unternommenen Bemühungen zur Kontaktaufnahme mit den betreffenden Kontaktpersonen zwecks Vervollständigung der Kontoeröffnungsdokumentation war jedoch nur teilweise Erfolg beschieden. So wurde der Bank X die Adresse der wirtschaftlich Berechtigten erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2000, nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens, bekannt.

B bezeichnete anlässlich der persönlichen und telefonischen Kontaktaufnahmen mit dem zuständigen Kundenbetreuer Montesinos jeweils als engen Handelspartner, welcher ebenfalls im Handel mit Produkten der Rüstungsindustrie tätig sei. Gemäss Angaben von B stamme Montesinos aus einer vermögenden Familie mit verschiedenen – von der Rüstungsindustrie unabhängigen – Geschäftsaktivitäten. In einem am 9. März 1999 erstellten Kundenprofil wurde die Tätigkeit von Montesinos mit «exporter-importer of tech. Equipment» beschrieben. Die erwarteten Einnahmen wurden mit USD 11 Mio. umschrieben. Die in diesem Kundenprofil enthaltenen Angaben stammten von B und einem seiner weiteren Geschäftspartner und potentiellen Kunden der Bank X, D. Die Bank X zeigte sich anlässlich eines

Besuches von D in Zürich von dessen Seriosität überzeugt und schloss daraus auch auf die Seriosität von Montesinos. D legte offen dar, dass auch er im Handel mit Produkten der Rüstungsindustrie tätig ist. Die Bank X ging aufgrund seiner Angaben davon aus, dass die von D betreuten Aufträge rechtlich sauber sind.

In den Kontounterlagen der Gesellschaft R ist sowohl ein Empfehlungsschreiben der Bank W in Lima, Peru, mit der die Bank X im Übrigen keinen geschäftlichen Kontakt pflegte, vorhanden als auch ein an Montesinos gerichtetes Schreiben der Bank V vom 16. Dezember 1998, worin deren Beziehung zu Montesinos – dieser hatte dort von 1994 bis 1997 ein Konto – mit den Worten «has always been satisfactory» beschrieben wird.

Hinsichtlich der auf das Konto der Gesellschaft R eingebrachten Gelder wurde die Bank X durch B dahingehend informiert, dass diese Kommissionszahlungen darstellten, welche aus dem Handel mit Rüstungsmaterialien stammen würden. Aufgrund der Tatsache, dass Transaktionen in diesem Geschäftsbereich notorisch eine hohe Gewinnmarge und relativ hohe Kommissionszahlungen an daran beteiligte Personen aufwiesen, seien – neben den über die Herren B und D eingeholten Erkundigungen – keine weiteren Massnahmen zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eingeleitet worden. Die Gelder wurden dabei jeweils von einem Konto der Gesellschaft S bei der Bank X auf das Konto der Gesellschaft R transferiert. Ausgänge vom Konto der Gesellschaft R gab es keine.

Keiner der bei der Bank X tätigen Mitarbeiter oder Organe traf Montesinos jemals persönlich. Mit Ausnahme eines Briefes, welcher vom 30. März 1999 datiert, bestand auch sonst zu keinem Zeitpunkt brieflicher oder anderweitiger Kontakt. Da die Bank X Montesinos nicht als eine politisch exponierte Person erkannte, wurde die Kontobeziehung

als normale Geschäftsbeziehung eingestuft und somit keiner besonderen Überwachung durch die Geschäftsleitung unterstellt. Es galt aber auch für die Gesellschaft R die mündliche Weisung, Eingänge, die den Betrag von USD 250 000.- übersteigen, dem Generaldirektor zu melden. Eine spezielle Überwachung der Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft R gab es indessen nicht.

Die Bezirksanwaltschaft IV für den Kanton Zürich ordnete mit Verfügung vom 16. Oktober 2000 im Rahmen einer Strafuntersuchung wegen Geldwäscherei an, sämtliche Montesinos zuzurechnenden Kontobeziehungen zu sperren. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2000 informierte die Bank X die Meldestelle für Geldwäscherei über die bestehende Kontobeziehung zu Montesinos.

Aus den Erwägungen:

**C. Rechtsgrundlagen der Sorgfaltspflicht der Bank bei der Annahme und Aufbewahrung von Kundengeldern**

Vgl. *EBK-Bulletin Nr. 41/2000, S. 19 f.*

**D. Die Sorgfaltspflichten bei der Annahme und Aufbewahrung von Kundengeldern**

- a) *Verbot der Annahme und Aufbewahrung von aus Verbrechen stammenden Vermögenswerten einschliesslich Korruptionsgeldern*
- b) *Organisationspflichten*
- c) *Identifizierung des Vertragspartners*
- d) *Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten*
- e) *Abklärung ungewöhnlicher Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen*
- f) *Meldepflicht*

- g) *Kontrolliertes Weiterführen oder Abbruch der Geschäftsbeziehung*
- h) *Sperre verdächtiger Vermögenswerte*

*Für Details zu den einzelnen Sorgfaltspflichten vgl. EBK-Bulletin Nr. 41/2000, S. 15 ff.*

### **E. Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch die Bank X**

Es gilt im Folgenden zu prüfen, ob die Bank X im Zusammenhang mit der Kontobeziehung Gesellschaft R und bei ihren internen Organisationsmassnahmen die dargestellten Sorgfaltspflichten erfüllt hat.

a) *Kundenidentifizierung und Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten*  
Bei der Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft R im März 1999 wurden der Bank von Herrn C zwecks Identifikation u. a. Kopien folgender Dokumente zugestellt: Memorandum and Articles of Association vom 23. April 1998, Certificate of Incorporation vom 23. April 1998, Appointment of First Directors vom 26. Juni 1998, Minutes of the First Meeting of the Company's Directors vom 26. Juni 1998 sowie die Minutes of an Extraordinary Meeting of the Board of Directors vom 26. Juni 1998, worin Montesinos ermächtigt wurde, für die Gesellschaft R bei der Bank X ein Konto zu eröffnen. Aus diesen Dokumenten, insbesondere aus dem Certificate of Incorporation, welches zum Zeitpunkt der Kontoeröffnung nicht älter als 12 Monate war, kann die Existenz der Gesellschaft R abgeleitet werden. Ferner lassen sich die für die Gesellschaft zeichnungsberechtigten Personen feststellen. Aus dem Memorandum and Articles of Association vom 23. April 1998 geht sodann auch die Domiziladresse der Gesellschaft R hervor. Da C der Bank lediglich die Dokumente zustellte, die Identifikation bzw. die Prüfung der eingereichten Dokumente jedoch von der Bank selber vorgenommen wurde, kommt Rz 18 VSB nicht zur Anwendung.

Anlässlich der Beziehungseröffnung wurde der Bank von C auch ein Formular A eingereicht. Aus diesem Dokument geht hervor, dass Montesinos zusammen mit seiner Ehefrau an den Vermögenswerten der Gesellschaft R wirtschaftlich berechtigt ist. Von beiden Personen wurden Passkopien zu den Akten genommen. Nirgends festgehalten ist jedoch die Adresse dieser Personen, obwohl Rz 24 VSB vorschreibt, dass u. a. auch die Adresse der wirtschaftlich Berechtigten mittels Formular A festzuhalten ist. Bekanntlich wurde der Bank die Adresse der wirtschaftlich Berechtigten erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2000, nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens, bekannt, dies obwohl das interne Kundensekretariat den Kundenbetreuer auf das Fehlen verschiedener Angaben aufmerksam machte und deswegen auch mehrmals mahnte. Sowohl die Bank als auch A räumen die Kontoeröffnung trotz unvollständigem Formular A ein.

Eine Verletzung der Sorgfaltspflichtvereinbarung ist in erster Linie von der diesbezüglichen Aufsichtskommission zu beurteilen. Neben der fehlenden Adresse der wirtschaftlich berechtigten Personen stellt sich auch die Frage, wie das Fehlen von Ort und Datum auf den Eröffnungsdokumenten zu würdigen ist. Da die Bank bereits mit Brief vom 15. November 2000 vom Untersuchungsbeauftragten der Aufsichtskommission in diesem Zusammenhang zur Beantwortung detaillierter Fragen aufgefordert wurde, erübrigt sich im vorliegenden Fall eine entsprechende Anzeige der EBK bei der Aufsichtskommission. Ob bei der Geschäftsbeziehung Gesellschaft R die VSB verletzt wurde, wird diese Kommission entscheiden. Die EBK äussert sich zu dieser Frage nicht. Immerhin ist aus aufsichtsrechtlicher Sicht in diesem Zusammenhang die vorläufige Eröffnung der Beziehung mit der Gesellschaft R trotz mehrerer formeller Mängel zu beanstanden.

*b) Abklärung ungewöhnlicher Geschäftsbeziehungen und Transaktionen*  
Schwerer als die vorstehend unter a) festgestellten Mängel, welche eher formelle Abklärungspflichten betreffen, wiegen die im Folgenden

dargestellten Missachtungen der Pflicht, bei ungewöhnlichen Geschäftsbeziehungen und Transaktionen die wirtschaftlichen Hintergründe abzuklären.

Vorliegend verfügte die Bank zwar über gewisse Informationen sowohl betreffend das angebliche wirtschaftliche Umfeld von Montesinos als auch über die angebliche Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte: So wurde Montesinos von B als dessen enger Handelspartner bezeichnet, der ebenfalls im Handel mit Produkten der Rüstungsindustrie tätig sei. Von B bekam die Bank ferner die Information, dass Montesinos aus einer vermögenden Familie mit verschiedenen – von der Rüstungsindustrie unabhängigen – Geschäftsaktivitäten stamme. Was die Herkunft der auf das Konto der Gesellschaft R eingebrachten Gelder anbelangt, so wurde die Bank von den Herren B und D mündlich dahingehend informiert, dass diese Kommissionszahlungen darstellten, welche aus dem Handel mit Rüstungsmaterialien stammen würden. So wurde denn auch in einem am 9. März 1999 erstellten Kundenprofil die Tätigkeit von Montesinos mit «exporter-importer of tech. equipment» beschrieben.

Die Bank macht geltend, sie habe die Gründe für Montesinos' Wechsel zu ihr von sich aus abgeklärt. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Die ausschliesslich mündlichen Informationen der Herren B und D über das angebliche geschäftliche Umfeld von Montesinos und über die angebliche Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte wurden von der Bank in keiner Weise hinterfragt und überprüft. Den Kontounterlagen liegt darüber hinaus nur ein pauschales Empfehlungsschreiben der Bank W, Peru, sowie ein zweideutiges Schreiben der Bank V, New York, bei. Ansonsten verliess sich die Bank vollständig und ausschliesslich auf die Aussagen des Kunden B. Da die Bank von der Integrität und der Seriosität der Herren B und D überzeugt war und die durch B bei der Bank eingeführten Geschäftspartner der «B-Gruppe» zuordnete, wurden keine eigenen Abklärungen über die Ge-

sellschaft R bzw. über den an den Konten wirtschaftlich berechtigten Montesinos durchgeführt. Die Bank verzichtete auch deswegen auf Abklärungen, weil ihrer Meinung nach Transaktionen im Bereich des Handels mit Rüstungsmaterialien notorisch eine hohe Gewinnmarge und relativ hohe Kommissionszahlungen an die daran beteiligten Personen zur Folge haben. Die Bank unternahm auch keine Anstrengungen, Montesinos persönlich zu treffen oder eine schriftliche Bestätigung über die Herkunft der Gelder zu verlangen. Mit Ausnahme eines einzigen Briefes bestand zu ihm zu keinem Zeitpunkt schriftlicher oder anderweitiger Kontakt. Die Bank verlangte von Montesinos auch nicht die Vorlage von Bewilligungen für den Handel mit Rüstungsgütern, was sie bei den Kontobeziehungen B richtigerweise gemacht hatte.

Gerade das Tätigkeitsgebiet, in dem sich die «B-Gruppe» bewegte, wäre für sich allein jedoch schon Grund genug gewesen für eingehendere Abklärungen über die Gesellschaft R bzw. Montesinos und dessen geschäftliche Aktivitäten, sind doch Korruption und Geldwäsche im Bereich des Handels mit Produkten der Rüstungsindustrie ein häufiges Phänomen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass wohl auch im legalen Waffenhandel hohe Kommissionszahlungen fliessen, ist die Höhe der sich auf dem Konto der Gesellschaft R letztlich befindenden Vermögenswerte zu bedeutend, um sich vollständig auf die mündlichen und nur unkonkreten Informationen von Dritten zu verlassen.

Der Einwand, die Gelder seien von grossen Schweizer Banken auf das Konto der Gesellschaft S und von dort auf das Konto der Gesellschaft R überwiesen worden bzw. die Gelder seien von «prime banks» gekommen, ist unbehelflich. Dass die Gelder von renommierten Banken überwiesen wurden, stellt für sich allein noch keinen ausreichenden Grund für die Annahme einer nicht-kriminellen Herkunft der Vermögenswerte dar. Die Geschäftsbeziehung eines Kunden mit einer Drittbank entbindet eine Bank nicht von eigenen Abklärungen (vgl.

EBK-Jahresbericht 2000, S. 24). Aus den pauschal gefassten Empfehlungsschreiben der Bank V und der Bank W lassen sich keine für den vorliegenden Fall relevanten Anhaltspunkte ableiten. Entgegen der Darstellung der Bank hat sie den Wechsel der Bankbeziehung von Montesinos nicht genügend abgeklärt. Soweit ersichtlich, hatte die Bank bezüglich Montesinos nie direkten Kontakt mit der Bank V, die über die Gründe für den Wechsel näher hätte informieren können. Statt dessen verliess sich die Bank vollständig auf die Angaben des für das Mutterhaus wichtigen Kunden B.

Es ist somit festzustellen, dass die Bank X bei der Kundenbeziehung Gesellschaft R nicht die nötige Sorgfalt hat walten lassen und die Pflicht, bei ungewöhnlichen Geschäftsbeziehungen und Transaktionen die wirtschaftlichen Hintergründe abzuklären, in schwerwiegender Weise verletzt hat.

Die besonderen Umstände anlässlich der Kontoeröffnung und im Verlaufe der Geschäftsbeziehung wären darüber hinaus auch Grund gewesen, abzuklären, ob es sich bei Montesinos um eine politisch exponierte Person (sog. PEP) handelte, das heisst um eine Person mit einer bedeutenden öffentlichen Funktion für einen ausländischen Staat oder um eine Person, welche einem solchen Funktionsträger erkennbar nahe steht (Rz 15 EBK-RS 98/1). Die Finanzintermediäre haben mit besonderer Aufmerksamkeit zu prüfen, ob sie direkt oder indirekt mit solchen Personen Geschäftsbeziehungen aufnehmen und von diesen Gelder annehmen und aufbewahren wollen (Rz 9 EBK-RS 98/1).

Montesinos, von Beruf Anwalt, war während der letzten zehn Jahre einer der wichtigsten Berater des peruanischen Geheimdienstes SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) sowie Vertrauensmann und Berater des ehemaligen peruanischen Präsidenten Fujimori. Er war u. a. massgeblich beteiligt an der Bekämpfung der Guerillaorganisationen «Sen-

dero Luminoso» und «Movimiento Revolucionario Tupac Amaru». Ebenso spielte er eine wichtige Rolle bei der Drogenbekämpfung in Peru. Im Rahmen der politischen Turbulenzen in Peru in der zweiten Hälfte des Jahres 2000, welche letztlich auch zur Absetzung des peruanischen Präsidenten Fujimori führten, trat Montesinos am 14. September 2000 offiziell als Berater des peruanischen Geheimdienstes SIN zurück. Anschliessend tauchte Montesinos unter, bevor er am 23. Juni 2001 in Venezuela verhaftet werden konnte.

Die Funktion eines Geheimdienst- und Präsidentenberaters ist nicht *tel quel* mit einer bedeutenden öffentlichen Funktion gleichzusetzen. Es steht indes fest, dass Montesinos als Vertrauensmann und Berater des ehemaligen peruanischen Präsidenten Fujimori zumindest einer Person mit einer bedeutenden öffentlichen Funktion für einen ausländischen Staat, nämlich Fujimori, nahe stand. Montesinos fällt somit zweifellos in die Kategorie der PEP-Kunden bzw. wird von den Rz 9 und 15 EBK-RS 98/1 erfasst.

Politisch exponierte Personen sind zwar für die Banken nicht immer ohne weiteres als solche erkennbar und es drängen sich nicht bei jeder Geschäftsbeziehung diesbezügliche Abklärungen auf. Die Bank und ihr Generaldirektor A weisen beide in ihren Stellungnahmen darauf hin, dass sie nicht die Möglichkeit gehabt hätten, Montesinos als PEP zu erkennen. Die Bank sei davon ausgegangen, dass Montesinos ein seriöser Geschäftspartner von B ist. Peru sei auch nicht auf der Liste der FATF vom 22. Juni 2000 bezüglich «nicht kooperativer Staaten und Gebiete». Zudem sei Montesinos grundsätzlich nicht nach aussen als Angehöriger des damaligen peruanischen Regimes in Erscheinung getreten. A betont, dass ihm die Nichterkennung von Montesinos als PEP gemäss dem Schreiben der EBK vom 6. Juli 2001 gar nicht vorgeworfen werde. Zudem habe damals niemand gewusst, dass es sich bei der Person von Montesinos um eine PEP handle. Im relevanten Zeitpunkt (März 1999) sei erst ein einziger Zeitungsartikel über Mon-

tesinos publiziert gewesen und der nächste Artikel datiere vom 29. Juli 2000. Der Name Montesinos sei im März 1999 in Westeuropa schlicht kein Begriff gewesen, weshalb den Mitarbeitern der Bank nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, Montesinos nicht als PEP erkannt zu haben.

Den Ausführungen der Bank und ihres Generaldirektors kann nicht gefolgt werden. Bei Umständen wie den vorliegenden wären besondere Abklärungen im Hinblick auf eine allfällige PEP-Eigenschaft von Montesinos erforderlich gewesen. Die Bank, welche eine Geschäftsbeziehung mit Vermögenswerten in der vorliegenden Grössenordnung eingeht und dabei keinen direkten Kontakt mit dem Kunden bzw. mit dem wirtschaftlich Berechtigten pflegt, sondern sämtliche Informationen über ihn von Dritten zugestellt erhält, untersteht einer erhöhten Sorgfaltspflicht. Dies gilt um so mehr, wenn sich der wirtschaftlich Berechtigte gemäss den Angaben Dritter (B) in einem heiklen Geschäftsbereich bewegt. Eine Bank, die eine solche Geschäftsbeziehung eingeht, hat sich mit den politischen Begebenheiten des entsprechenden Landes zumindest in den Grundzügen vertraut zu machen und aktiv Erkundigungen über den betreffenden Kunden einzuziehen. Dass es keiner vertieften Kenntnisse über Peru bedurfte, um die Rolle von Montesinos in diesem Land zu erkennen, zeigt z. B. eine Konsultation von Datenbanken mit veröffentlichten Presseberichten wie lexis-nexis oder Reuters Business Briefing. Demnach fand das Wirken von Montesinos selbst in der schweizerischen Presse, z. B. in der Neuen Zürcher Zeitung, bereits Mitte der Neunzigerjahre einige Aufmerksamkeit. Seit 1996 finden sich dort auch regelmässig Hinweise auf die enge Beziehung zwischen Montesinos und Fujimori. Montesinos wird in diesen Artikeln auch im Zusammenhang mit Korruptionsvorwürfen genannt und es ist wiedergegeben, dass er über unerklärlich hohe Einkünfte verfügt haben soll (vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 21. September 1996, vom 24. und 25. April 1997 und vom 15. Juli 1997). Damit ist gezeigt, dass die Bank durchaus die Mög-

lichkeit gehabt hätte, Montesinos als PEP zu erkennen. Das Unterlassen von besonderen Abklärungen im Hinblick auf eine allfällige PEP-Eigenschaft von Montesinos hatte vorliegend zur Folge, dass die Geschäftspolitik der Bank in Bezug auf politisch exponierte Personen, nämlich keine Geschäftsbeziehungen mit solchen Personen einzugehen, gar nicht erst zum Tragen kommen konnte.

Wie die Bank richtig feststellte, ist Peru auf der Liste der FATF vom 22. Juni 2000 bezüglich «nicht kooperativer Staaten und Gebiete» nicht verzeichnet. Entgegen der von der Bank geäusserten Ansicht lässt sich aus diesem Umstand in Bezug auf den vorliegenden Fall jedoch nichts ableiten. Insbesondere hat dies nicht zur Folge, dass ungewöhnliche Beziehungen mit Kunden nicht auch besonders sorgfältig geprüft werden müssten. Es sei hier auch darauf verwiesen, dass Peru als einer der grössten Produzenten von Kokapflanzen gilt (vgl. «The CIA World Factbook»; [www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/pe.html](http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/geos/pe.html)) und die Bekämpfung der Drogenproduktion in diesem Land ein bestimmendes Thema ist. Die Bank hätte deshalb bezüglich Beziehungen mit Kunden aus diesem Land auch aus diesem Grund zusätzlich eine erhöhte Aufmerksamkeit und Vorsicht walten lassen müssen.

Es ist somit festzustellen, dass die Bank X bei der Überprüfung des an der Kundenbeziehung Gesellschaft R wirtschaftlich Berechtigten nicht die nötige Sorgfalt hat walten lassen und insbesondere die Pflicht, mit besonderer Aufmerksamkeit zu prüfen, ob sie mit einer politisch exponierten Person eine Geschäftsbeziehung eingeht, in schwerwiegender Weise missachtet hat.

### c) *Übrige Sorgfaltspflichten*

Das Beweisverfahren ergab, dass der Bank keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass die Vermögenswerte allenfalls aus einem Verbrechen oder aus Korruption bzw. aus einer Straftat i. S. von Art. 9 GwG stammen. Es bestanden zwar, wie oben dargelegt, verschiedene

Anhaltspunkte, welche auf eine möglicherweise dubiose Herkunft der Gelder schliessen liessen und die Anlass für eingehende Abklärungen hätten bilden müssen. Diese Anhaltspunkte stellen für sich allein jedoch noch keine Verdachtsmomente für eine deliktische Herkunft der Gelder dar. Ob die sich bei der Bank befindenden Vermögenswerte wirklich deliktischer Herkunft sind, ist Gegenstand der von der Bezirksanwaltschaft IV für den Kanton Zürich geführten Strafuntersuchung gegen Montesinos. Als die Bank mit Eingang der Verfügung der Bezirksanwaltschaft vom 16. Oktober 2000, welche eine Vermögenssperre anordnete, realisierte, dass es sich bei Montesinos um den ehemaligen Präsidenten- und Geheimdienstberater des damaligen peruanischen Präsidenten Fujimori und somit um einen PEP-Kunden handelte, befolgte sie die angeordneten Schritte und informierte am 19. Oktober 2000 auch die Meldestelle für Geldwäscherei über die bestehende Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft R. Es kann daher festgestellt werden, dass die Bank die übrigen unter Rz 20 ff. von EBK-RS 98/1 aufgezählten Sorgfaltspflichten bei der Annahme und Aufbewahrung von Geldern im vorliegenden Fall nicht verletzte.

#### ***F. Organisatorische Mängel***

Die Bewilligungsvoraussetzung von Artikel 3 Abs. 2 lit. a BankG verlangt, dass die Bank über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen muss. Zu einer angemessenen Organisation gehört unter anderem ein gut ausgebautes Weisungswesen mit klaren Aufgaben-, Kompetenz- und Verhaltensregeln. Die Bank hat dafür zu sorgen, dass die von ihr erlassenen Weisungen und Richtlinien umgesetzt und befolgt werden.

Die Bank machte in ihrer abschliessenden Stellungnahme geltend, sie habe mit ihren internen Richtlinien betreffend die Kontoeröffnungs-

prozedur und der Due Diligence Guidelines zum Zeitpunkt der Eröffnung des fraglichen Kontos über ein umfassendes internes Reglementarium sowie über die entsprechenden Kontrollmechanismen verfügt. A weist die Vorwürfe der ungenügenden und mangelhaften Organisation als zuwenig substantiiert zurück. Zudem habe die bankenrechtliche Revisionsstelle die Bewilligungsvoraussetzungen überprüft und dabei keine organisatorischen Schwachstellen festgestellt, weshalb A davon ausgehen durfte, dass die Organisation adäquat und gesetzeskonform sei. Das Beweisverfahren ergab demgegenüber, dass bei der Bank X mehrere organisatorische Unzulänglichkeiten vorhanden sind: Vorab waren offenbar die Verantwortlichkeiten nur unklar geregelt. Der für die Gesellschaft R bzw. Montesinos und die gesamte «B-Gruppe» zuständige Kundenbetreuer im Rang eines Vizedirektors konnte anlässlich seiner Einvernahme kein klares Bild hinsichtlich der ihm in dieser Sache vorgesetzten Personen bzw. seiner Ansprechpartner vermitteln. A relativierte zwar diesen Eindruck, indem er einen Vorgesetzten von E bis August 2000 bezeichnete, stritt aber auch nicht ab, dass E sich im Falle der Gesellschaft R direkt an ihn gewandt habe, da er persönlich in die Beziehung mit B involviert gewesen sei. Es war denn auch A in seiner Funktion als Generaldirektor, der die Kontoeröffnung mit der Gesellschaft R anordnete.

Weiter waren die Überwachung und die Behandlung von Pendenzen, welche die Vollständigkeit und die formelle Korrektheit der Kontoeröffnungsunterlagen betreffen, ungenügend. Dies gilt insbesondere für den diesbezüglichen Follow-up im vorliegenden Fall. Zwar machte das Kundensekretariat den verantwortlichen Kundenbetreuer mehrmals auf die noch vorhandenen Pendenzen aufmerksam und mahnte ihn deswegen. Zumindest anfänglich wurden jedoch keine Fristen zur Behebung der Mängel angesetzt und zu keinem Zeitpunkt Konsequenzen in Aussicht gestellt für den Fall, dass die erforderlichen Informationen und Unterlagen nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt eintreffen würden. Deshalb konnte die Bank die

Adresse der wirtschaftlich Berechtigten erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2000, nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens, in Erfahrung bringen.

Schwachstellen konnten auch in Bezug auf das Weisungswesen festgestellt werden: So gab E auf die Frage, wie das Konto der Gesellschaft R überwacht worden sei, insbesondere betreffend Eingänge, zur Antwort, dass er jeweils avisiert werde, wenn ein Eingang von über USD 250 000.- zu verzeichnen sei. Auch A erhalte solche Listen. Die Frage, ob diesbezüglich interne Weisungen bestehen, konnte E nicht beantworten. Abklärungen ergaben schliesslich, dass keine solchen schriftlichen Weisungen vorhanden sind, sondern lediglich eine mündliche Anordnung von A existiert, wonach er von sämtlichen Eingängen, die den Betrag von USD 250 000.- übersteigen, eine Kopie erhält. Es handle sich dabei um eine vom Generaldirektor angeordnete Massnahme zu Informationszwecken. Das Fehlen einer diesbezüglichen klaren schriftlichen Weisung ist zu beanstanden.

Vollkommen ungenügend ist schliesslich die Umsetzung der Regelungen über politisch exponierte Personen. Gemäss Rz 15 EBK-RS 98/1 müssen die Finanzintermediäre in ihren internen Weisungen einerseits die Geschäftspolitik bezüglich Personen mit bedeutenden öffentlichen Funktionen für einen ausländischen Staat oder Personen, welche solchen Funktionsträgern erkennbar nahe stehen, festlegen, andererseits müssen in diesen internen Weisungen auch die ausschliessliche Kompetenz der Geschäftsleitung oder von Mitgliedern derselben, Geschäftsbeziehungen mit solchen Personen einzugehen, und die Pflicht der Geschäftsleitung, solche Geschäftsbeziehungen regelmässig zu überprüfen, festgehalten werden. Die Bank X hat diesbezügliche Regeln in den «Due Diligence Guidelines» vom 11. März 1999 in Ziffer 2.1. lit. c aufgestellt. Dabei muss konstatiert werden, dass die Bank lediglich Rz 9 und 15 EBK-RS 98/1 abgeschrieben hat. In

einem solchen Vorgehen ist jedoch in keiner Art und Weise die schriftliche Festlegung der Geschäftspolitik und deren konkrete Umsetzung zu sehen. Gemäss den Aussagen von A verfolgt die Bank die Politik, keine Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen einzugehen. Aus diesem Grunde habe die Bank auch keine weitergehenden Bestimmungen für solche Personen, z.B. hinsichtlich deren Überwachung, erlassen. Auf die Frage, ob die Bank ein Instrumentarium habe, um allfällige PEP-Kunden zu erkennen, gab A zur Antwort, er nehme dies an; es würde dafür das weltweite Beziehungsnetz der Bank X benützt. Konkretere Anhaltspunkte und Informationen konnte der Generaldirektor diesbezüglich jedoch nicht geben. Um der Geschäftspolitik der Bank nachleben zu können, wonach sie keine Kundenbeziehungen mit PEPs pflegt, müsste die Bank jedoch gerade über einen besonders ausgeprägten Kontrollmechanismus zur Erkennung von solchen Kunden verfügen, ansonsten – wie im vorliegenden Fall – die Bank eine Kundenbeziehung mit einer solchen Person eingeht, ohne sich dessen bewusst zu sein. Die fehlenden schriftlichen, in Bezug auf die Bank konkret umgesetzten und angepassten Regelungen sowie das effektive Verhalten der Bank in Bezug auf politisch exponierte Personen ist deshalb unhaltbar und zu beanstanden. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass diese von der Bank verfolgte Politik in den schriftlichen Eingaben an die EBK vorerst nicht geltend gemacht, sondern erstmals von A während dessen Einvernahme vom 9. Mai 2001 zum Ausdruck gebracht wurde. Dies erweckt den Anschein, dass die von der Bank verfolgte Geschäftspolitik offensichtlich auch bankintern zu wenig bewusst gemacht und nur ungenügend kommuniziert worden ist.

Es ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass die Bank X im Private Banking-Geschäft unklare Zuständigkeitsregelungen, ein ungeeignetes Mahnwesen, ein mangelhaftes Weisungswesen sowie ungenügende interne Kontrollmechanismen aufweist.

## **G. Verantwortlichkeiten einzelner Personen**

Es stellt sich die Frage, wie das Verhalten der einzelnen, in die Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft R involvierten Personen zu würdigen ist. Im Vordergrund steht dabei die Beurteilung des Verhaltens der sogenannten «Gewährsträger», also derjenigen Personen innerhalb einer Bank, welche nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG mit der «Verwaltung und der Geschäftsführung» betraut sind und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen. Der Kreis der «Geschäftsführer» im Sinne der erwähnten Bestimmung ist von Bank zu Bank verschieden und hängt weitgehend von der Grösse einer Bank und der Funktion des Einzelnen innerhalb der Bank ab. Die Zugehörigkeit zum Verwaltungsrat und zur Geschäftsleitung hat indes zwingend die Qualifikation als Gewährsträger zur Folge.

Der für die Kundenbeziehung zuständige Kundenbetreuer E ist angesichts seiner Hierarchiestufe und den damit notwendigerweise verbundenen beschränkten Kompetenzen nicht als Gewährsträger im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zu betrachten. Sein Verhalten hat sich aber die Bank als Organisation anrechnen zu lassen. Wie oben festgestellt, hat E die Pflicht, bei ungewöhnlichen Geschäftsbeziehungen die wirtschaftlichen Hintergründe abzuklären und mit besonderer Aufmerksamkeit zu prüfen, ob man mit politisch exponierten Personen direkt oder indirekt Geschäftsbeziehungen aufnimmt, verletzt. A ist aufgrund seiner Hierarchiestufe grundsätzlich ein Gewährsträger im Sinne des Gesetzes. Er war in die Kontobeziehung Gesellschaft R massgeblich involviert und ist als Generaldirektor verantwortlich für die adäquate Ausgestaltung der Organisation der Bank. Die Frage nach seiner Gewähr ist deshalb im Folgenden zu prüfen.

A macht geltend, er sei für die Kundenbeziehung Gesellschaft R gar nicht zuständig und damit für spezifische Abklärungen in dieser Sache

auch nicht verantwortlich gewesen. Allenfalls könne man sich fragen, ob er – obwohl nicht seine Aufgabe – eventuell bezüglich der auch von ihm festgestellten Mängel ausnahmsweise selbst hätte nachfassen müssen.

Entgegen der Ansicht von A ist er als die für die Kontobeziehung Gesellschaft R zuständige und verantwortliche Person zu betrachten. Wie er anlässlich seiner Einvernahme vom 9. Mai 2001 ausführte, hat B im Zusammenhang mit der Kontoeröffnung der Gesellschaft R zuerst mit ihm Kontakt aufgenommen. Er, A, habe die Kontoeröffnung schliesslich dann auch persönlich genehmigt. A war damit in dieser Angelegenheit in entscheidender Weise aktiv und ermöglichte persönlich das Zustandekommen dieser Kundenbeziehung, ohne weitere Abklärungen zu veranlassen. Zieht der Generaldirektor die Zuständigkeit im Einzelfall – wie vorliegend – an sich und ordnet vorbehaltlos die Eröffnung der Beziehung an, hat er für die daraus entstehenden Verantwortlichkeiten auch selber einzustehen. A vertraute in diesem Geschäft einseitig und ausschliesslich auf die Angaben des für das Mutterhaus der Bank wichtigen Kunden B. Dabei ist es unerheblich, dass B der Bank bekannt war und dieser über Bewilligungen zum Handel mit Rüstungsgütern verfügte. Von Montesinos wurden keine solchen Bewilligungen oder auch nur schriftliche Bestätigungen über die Herkunft der Gelder verlangt, was zu beanstanden ist.

Wie bereits vorne festgestellt, bestehen bzw. bestanden in der Bank X mehrere organisatorische Schwachstellen, die sich insbesondere auch im Fall der Kontobeziehung Gesellschaft R negativ auswirkten bzw. den «Fall Montesinos» überhaupt erst möglich machten. A ist als Generaldirektor der Bank verantwortlich dafür, eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Organisation aufzubauen und aufrechtzuerhalten, die den ordnungsgemässen Ablauf des Bankgeschäfts gewährleistet. Diese zentrale Pflicht hat A nicht erfüllt.

Die Bank hat die erklärte Geschäftspolitik, keine PEPs als Kunden anzunehmen. Demgegenüber verfügt sie aber über kein Kontrollinstrument, um die potentiellen Neukunden auf ihre allfällige PEP-Eigenschaft hin zu überprüfen. Dies ist ein Organisationsmangel, wäre doch ein griffiger Überprüfungsmechanismus erste Voraussetzung für die Umsetzung dieser Geschäftspolitik. Die Darstellung von A, unter den Bankkunden befänden sich keine PEPs, wird vor diesem Hintergrund entsprechend zu relativieren sein. Es wäre vorab die Aufgabe des Generaldirektors gewesen, sich dieser Problematik bewusst zu werden und ein adäquates Kontrollsystem zu gewährleisten. Dieses Versäumnis war schliesslich ein wesentlicher Grund dafür, dass Montesinos zwar als wirtschaftlich Berechtigter festgestellt, nicht aber als PEP erkannt wurde.

Die Bank macht geltend, dass die Absprechung der Gewähr von A offensichtlich unverhältnismässig wäre. Aufgrund der von der Bank bis heute ergriffenen Massnahmen könne davon ausgegangen werden, dass der angestrebte Zweck des aufsichtsrechtlichen Einschreitens, nämlich die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und die Vermeidung einer Wiederholung bereits weitgehend erfüllt seien. A führt aus, er habe weder gegen das GwG noch gegen das EBK-RS 98/1 betreffend Geldwäscherei verstossen. Eine besondere Abklärungspflicht habe im Fall der Gesellschaft R nicht bestanden, da die wirtschaftlichen Hintergründe bzw. der Zweck der Transaktionen damals nicht ungewöhnlich erschienen. Auch wenn man entgegen dieser Auffassung zum Schluss kommen sollte, dass sein Verhalten nicht lupenrein gewesen sei, so würde mit Bestimmtheit höchstens ein leichter Gewährsfall vorliegen, womit die Absprechung der Gewähr unverhältnismässig wäre.

Die EBK kommt demgegenüber zum Schluss, dass A trotz mehrjähriger Bankentätigkeit in der Schweiz in leitender Stellung die wesentlichen Grundsätze der relevanten bankengesetzlichen Bestimmungen

dieses Landes offensichtlich nicht erkannt und beachtet hat. Die Montesinos-Affäre macht deutlich, dass A das Bewusstsein für die Problematik der Geldwäscherei, wie sie in der Schweiz verstanden und angewendet wird, fehlt. Anders sind die in der Bank praktisch fehlenden Kontrollmechanismen und das nur mangelhaft ausgestaltete Weisungswesen nicht zu erklären. Sein Verhalten bei der Eröffnung und Führung der Kontobeziehung Gesellschaft R war geprägt von einem naiven Glauben an die Darstellungen und Informationen eines ihm flüchtig bekannten Händlers von Produkten der Rüstungsindustrie. Die langjährige Berufserfahrung von A kann in diesem Zusammenhang keine Entlastung bewirken. A hätte sich gerade aufgrund seiner Erfahrung als Bankfachmann der Problematik seines Verhaltens bewusst sein müssen. Es ist dabei bezeichnend, dass A praktisch keine Einsicht in die Fehlerhaftigkeit seines Verhaltens zeigt. Insgesamt betrachtet wiegen die A zuzurechnenden Versäumnisse schwer. Die EBK kommt deshalb zum Schluss, dass A eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht mehr gewährleistet.

### **H. Massnahmen**

*Ersetzung des Generaldirektors A bei der Bank X. Anordnung einer ausserordentlichen Revision durch eine andere als die ordentliche bankengesetzliche Revisionsstelle zwecks Bildung eines abschliessenden Urteils über Implementierung und Zweckmässigkeit der von der Bank getroffenen Massnahmen.*