



# Bulletin

**45 / 2003**

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

# Bulletin

**45 / 2003**

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**

607.145

**Numéro de commande**

607.145 12.2003 4000 107 163

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Verzeichnis der Abkürzungen . . . . .	6
Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommission für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter dem Börsengesetz (Stand Juli 2003) . . . . .	15
Umfang der Revisionsarbeiten bei Banken und Effektenhändlern / Umfrage der EBK von 2001 . . . . .	81
Verletzung der Sorgfaltspflicht durch eine Zweigniederlassung einer ausländischen Bank / Kreditfähigkeit / Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit . . . . .	111
Parteistellung von Minderheitsaktionären / Öffentliches Kaufangebot . . . . .	127
Braro SA / Illegale Tätigkeit als Effektenhändler / Liquidation . . . . .	140
Bank Thorbecke / Bewilligungsentzug / Liquidation . . . . .	150
Bank Vontobel / Zuteilung von Aktien der Think Tools AG / Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit . . . . .	164

# Sommaire

	Page
Tableau des abréviations .....	6
Entraide administrative internationale de la Commission fédérale des banques en faveur d'autorités étrangères de surveillance des marchés financiers selon la loi fédérale sur les bourses (état juillet 2003) .....	15
Etendue de la révision auprès des banques et négociants en valeurs mobilières / Enquête de la CFB de 2001 .....	81
Violation des devoirs de diligence par une succursale suisse d'une banque étrangère / Relations de crédit / Garantie d'une activité irréprochable .....	111
Qualité de partie d'un groupe d'actionnaires minoritaires / Offre publique d'achat .....	127
Braro SA / Exercice illégal d'une activité de négociant en valeurs mobilières / Liquidation .....	140
Banque Thorbecke / Retrait d'autorisation / Liquidation .....	150
Banque Vontobel / Attribution de titres de Think Tools AG / Garantie d'une activité irréprochable .....	164

# Sommario

	Pagina
Elenco delle abbreviazioni . . . . .	6
Assistenza amministrativa internazionale della Commissione federale delle banche in favore delle autorità estere di sorveglianza dei mercati finanziari secondo la legge federale sulle borse (stato luglio 2003) . . . . .	15
Ampiezza della revisione delle banche e dei negozianti in valori mobiliari / Inchiesta della CFB del 2001 . . . . .	81
Violazione dei doveri di diligenza di una succursale svizzera di una banca estera / Attività di credito / Garanzia di un'attività irreprensibile . . . . .	111
Qualità di parte di un gruppo di azionisti di minoranza / Offerta pubblica di acquisto . . . . .	127
Braro SA / Esercizio illegale dell'attività di commerciante di valori mobiliari / Liquidazione . . . . .	140
Banca Thorbecke / Ritiro dell'autorizzazione / Liquidazione . . . . .	150
Banca Vontobel / Attribuzione di titoli della Think Tools AG / Garanzia di un'attività irreprensibile . . . . .	164

**Verzeichnis der Abkürzungen**  
**Tableau des abréviations**  
**Elenco delle abbreviazioni**  
**List of 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 Bankenkommission über die Anlagefonds vom 24. Januar 2001 (Anlagefondsverordnung 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
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) LPers/LPers
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) PPF/PP
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) PCF/PC
CDB	Convention relative l'obligation de diligence des banques VSB/CDB
CDB	Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche VSB/CDB
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
DPA	Legge federale sul diritto penale amministrativo del 22 marzo 1974 (SR 313.0) VStrR/DPA
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (SR 313.0) VStrR/DPA
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 (EBK-Gebüh- renverordnung, 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
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei (SR 955.0) LBA/LRD
GwV EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision zur Verhin- derung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002 (SR 955.022) OBA-CFB/ORD-CFB/MLO SFBC
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/OFP/OFI
IFO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission on Investment Funds of 24 January 2001 (Investment Fund Ordinance of the Banking Commission 1994) AFV-EBK/OFP-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
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0) GwG/LRD
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
LOGA	Legge federale sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione del 21 marzo 1997 RVOG/LOGA
LOGA	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 RVOG/LOGA

LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) BPG/LPers
LPers	Legge sul personale federale del 24 marzo 2000 (SR 172.220.1) BPG/LPers
LRD	Legge sur riciclaggio di denaro (RS 955.0) GwG/LBA
LRCF	Loi fédéral sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (Loi sur la responsabilité, RS 170.32) VG/LResp
LResp	Legge federale su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali del 14 marzo 1958 (Legge sulla responsabilità, RS 170.32) VG/LRCF
MLO SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission Concerning the Prevention of Money Laundering of 18 December 2002 GwV EBK/OBA-CFB/ORD-CFB
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02) BankV/OBCR/BO
OBA-CFB	Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002 (RS 955.022) GwV EBK/ORD-CFB/MLO SFBC
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 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 de la CFB sur les bourses, 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 (Ordinanza sugli emolumenti della CFB, 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 (Ordonnance sur les émoluments de la CFB, RS 611.014) EBK-GebV/Oem-CFB
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 24 gennaio 2001 (RS 951.311.1) AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
OFF	Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311) AFV/OFI/IFO
OFF-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 24 janvier 2001 (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
O-COPA	Ordinanza commissionale del 21 luglio 1997 sulle offerte pubbliche di acquisto (Ordinanza commissionale OPA, RS 954.195.1) UEV-UEK/OOPA
OOPA	Ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 juillet 1997 (Ordonnance sur les OPA, RS 954.195.1) UEV-UEK/O-COPA
ORD-CFB	Ordinanza CFB sul riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RS 955.022) GwV EBK/OBA-CFB/MLO SFBC
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) BSIP/PPF

PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
Reg-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission 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
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) LOGA/LOGA
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 Federal 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
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP/CP
UEV-UEK	Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 (Übernahmeverordnung-UEK, SR 954.195.1) OOPA/O-COPA
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32) LRFC/LResp
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken CDB/CDB
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) neu: RVOG/LOGA/LOGA
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA/PA/APA

**Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankkommission für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter dem Börsengesetz (Stand Juli 2003)**

**Entraide administrative internationale de la Commission fédérale des banques en faveur d'autorités étrangères de surveillance des marchés financiers selon la loi fédérale sur les bourses (état juillet 2003)**

**Assistenza amministrativa internazionale della Commissione federale delle banche in favore delle autorità estere di sorveglianza dei mercati finanziari secondo la legge federale sulle borse (stato luglio 2003)**

Seit dem Inkrafttreten des Börsengesetzes (BEHG) im Februar 1997 kann die Eidg. Bankkommission (EBK) ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden im Rahmen der internationalen Amtshilfe auch Informationen über Bankkunden übermitteln, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen haben sich in der Praxis allerdings als äusserst restriktiv herausgestellt. Die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden wird behindert und die schweizerische Regelung befindet sich nicht im Einklang mit internationalen Mindeststandards. Eine Behebung der wesentlichen Mängel im Rahmen einer Revision des Amtshilfeartikels des Börsengesetzes ist dringend nötig. Die vorliegende Darstellung befasst sich mit der bisherigen Praxis der EBK und des Bundesgerichts zur Amtshilfe gemäss Art. 38 BEHG und stellt die Problematik der geltenden Regelung dar.



1.	Einleitung . . . . .	18
2.	Gesetzliche Regelung von Artikel 38 Börsengesetz – Überblick	18
	a) Austausch von Informationen und Dokumenten . . . . .	18
	b) Informationsaustausch nur mit Aufsichtsbehörden. . . . .	19
	c) Verwendung der Information nur für Aufsichtszwecke («Spezialitätsprinzip»). . . . .	19
	d) Amts- oder Berufsgeheimnis der ersuchenden Behörde («Vertraulichkeitsprinzip»). . . . .	19
	e) Weiterleitung nur mit Zustimmung der EBK («Prinzip der langen Hand») . . . . .	19
	f) Verhältnismässigkeit . . . . .	20
	g) Förmliches Verfahren bei Kundeninformationen . . . . .	20
3.	Vereinbarungen mit ausländischen Aufsichtsbehörden . . . . .	21
4.	Hintergrund der Amtshilfeersuchen . . . . .	23
5.	Zahlen zur Amtshilfe der EBK . . . . .	24
	a) Informationsersuchen ausländischer Aufsichtsbehörden . . . . .	24
	b) Informationsersuchen der EBK . . . . .	25
	c) Hohe Zahl von Informationsübermittlungen ohne Verfügung . . . . .	25
	d) Beachtliche Zahl von Erledigungen ohne Informationsübermittlung	26
	e) Durchschnittliche Verfahrensdauer . . . . .	26
6.	Verhältnis der Amtshilfe zur Rechtshilfe in Strafsachen . . . . .	26
7.	Amtshilfe erleichternde Rechtsprechung des Bundesgerichts. . . . .	28
	a) Amtshilfe zum Zweck der Marktaufsicht erlaubt . . . . .	28
	b) Ersuchende Behörde darf weitere Aufgaben haben als die EBK . . . . .	29
	c) Geringe Anforderung an Anfangsverdacht bei Amtshilfe . . . . .	29
	d) Keine umfassende Prüfungspflicht der EBK . . . . .	31
	e) Wenig Raum für De-minimis-Überlegungen . . . . .	32
	f) Spezialität / Prinzip der langen Hand: «Best efforts» genügen – völkerrechtlich verbindliche Erklärungen nicht nötig . . . . .	33
	g) Für Amtshilfe keine spiegelbildlichen Normen im Schweizer Recht erforderlich . . . . .	35
	h) Verfahrenskonzentration möglich . . . . .	36
	i) Umfassende Auskunftspflicht der Banken . . . . .	37

j) Amtshilfe zulässig, auch wenn Rechtshilfe möglich ist . . . . .	39
k) Inhaber von Konti mit abklärungsbedürftigen Transaktionen: nicht «unverwickelte Dritte» . . . . .	39
l) Keine Parteirechte für den wirtschaftlich Berechtigten . . . . .	41
m) Kein Verfahren bei Nostro-Transaktionen . . . . .	41
n) Spontane Übermittlung von Informationen erlaubt . . . . .	42
8. Amtshilfeerschwerende Rechtsprechung des Bundesgerichts . .	43
a) Weiterleitung an Zweitbehörden: Zustimmung durch EBK ist eine Verfügung . . . . .	43
b) Weiterleitung an Strafbehörden: Zusatzverdacht erforderlich . . . . .	44
c) Weiterleitung an Strafbehörden: Prüfung der doppelten Strafbarkeit erforderlich. . . . .	49
d) Weiterleitung an Strafbehörden: Begründungspflicht des Bundesamtes für Justiz. . . . .	51
e) Weiterleitung vom Zweitempfänger an Dritte . . . . .	52
f) Verwaltungsverfahren bei privaten Geschäften von Bankorganen . .	53
g) Verwaltungsverfahren bei Geschäften durch externe Vermögensverwalter. . . . .	53
h) Hohe Anforderungen an die Vertraulichkeit . . . . .	54
9. Mängel der heutigen Regelung . . . . .	58
a) Überhöhte Anforderungen an die Vertraulichkeit . . . . .	58
b) Problematik des Prinzips der langen Hand . . . . .	60
c) Besondere Schwierigkeiten bei der Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden. . . . .	62
d) Lange Verfahrensdauer durch zweistufiges Verfahren . . . . .	64
e) Internationales Umfeld . . . . .	65
10. Gesetzesrevision im Interesse des Finanzplatzes nötig . . . . .	67

Anhänge:

Finanzmarktaufsichtsbehörden mit Amtshilfeersuchen an die EBK  
(Stand Juli 2003)

Bundesgerichtsentscheide zur Amtshilfe der Eid. Bankenkommission  
gestützt auf das Börsengesetz (Stand Juli 2003)

Literaturliste

## 1. Einleitung

Die internationale Amtshilfe zwischen der EBK und ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden im Bereich der Börsenaufsicht wird durch Art. 38 des Börsengesetzes (BEHG) geregelt. Seit ihrem Inkrafttreten ist diese Bestimmung Gegenstand von vier Dissertationen, vieler Publikationen sowie einer für die EBK ungewöhnlich hohen Anzahl von Bundesgerichtsentscheiden gewesen. Die Amtshilfe berührt einen für Bankkunden wesentlichen Teil ihrer Beziehungen zur Bank – die Wahrung des Bankgeheimnisses gegenüber ausländischen Behörden –, was für viele Grund genug ist, die Verfahrensrechte und Beschwerdemöglichkeiten umfassend auszunutzen.

Die folgende Darstellung enthält die aktuellen Zahlen über die in den letzten Jahren geleistete Amtshilfe. In der Folge wird versucht, eine Übersicht über die wesentlichen Punkte der bisherigen Praxis der EBK und des Bundesgerichts zu geben. Das Bundesgericht hat in den 76 bisher ergangenen Entscheiden die Amtshilfe einerseits erleichtert, andererseits aber auch Entscheide getroffen, welche die Leistung von Amtshilfe erschweren. Der Überblick über die Rechtsprechung unterscheidet deshalb die amtshilfeerschwerenden von den amtshilfeerleichternden Aspekten der Praxis des Bundesgerichts und würdigt diese. Abschliessend wird auf die Hauptmängel der heutigen Regelung eingegangen und aufgezeigt, wie der Gesetzgeber diesen begegnen sollte.

## 2. Gesetzliche Regelung von Artikel 38 Börsengesetz – Überblick

### a) Austausch von Informationen und Dokumenten

Die Amtshilfe kann nicht nur die Übermittlung von «nicht öffentlich zugänglichen Auskünften», sondern auch von «sachbezogenen Unter-

lagen» beinhalten (Art. 38 Abs. 2 BEHG). Die EBK kann also nebst der Erstattung von «Amtsberichten» auch Unterlagen übermitteln, welche sie in der Regel bei Banken und Effektenhändlern erhebt.

#### **b) Informationsaustausch nur mit Aufsichtsbehörden**

Bei der um Amtshilfe ersuchenden Behörde muss es sich um eine «Aufsichtsbehörde über Börsen und Effektenhändler» handeln (Art. 38 Abs. 2 BEHG). Im Folgenden werden diese Behörden als «Finanzmarktaufsichtsbehörden» bezeichnet.<sup>1</sup>

#### **c) Verwendung der Information nur für Aufsichtszwecke («Spezialitätsprinzip»)**

Die ersuchende Behörde darf die erhaltenen Informationen «ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels» verwenden (Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG).

#### **d) Amts- oder Berufsgeheimnis der ersuchenden Behörde («Vertraulichkeitsprinzip»)**

Die ersuchende Behörde muss an ein «Amts- oder Berufsgeheimnis» gebunden sein (Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG). Dementsprechend dürfen die übermittelten Informationen nicht öffentlich bekannt gemacht werden.

#### **e) Weiterleitung nur mit Zustimmung der EBK («Prinzip der langen Hand»)**

Die EBK soll nach den Vorstellungen des Schweizer Gesetzgebers auch nach der Informationsübermittlung eine gewisse Kontrolle über die übermittelten Informationen behalten. Die ersuchende Behörde darf daher die erhaltenen Informationen «nicht ohne die vorgängige Zustimmung der EBK weiterleiten». Diese Zustimmung darf die EBK nur erteilen, wenn es sich um Behörden oder Organe handelt, welche mit Aufsichtsaufgaben betraut sind (Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG). Soweit die

<sup>1</sup> Dieser Ausdruck findet sich in den Schweizer Aufsichtsgesetzen (noch) nicht. Er ist aber am genauesten, da er am besten veranschaulicht, dass die Behörden ihre Amtshilfeersuchen unter dem Börsengesetz fast ausschliesslich im Rahmen von Marktuntersuchungen an die EBK richten. Vgl. hinten Ziff. 7.a) und b).

Weiterleitung an Strafbehörden betroffen ist, darf die EBK zudem nur zustimmen, «wenn die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen wäre». Diese Frage muss sie im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz entscheiden (Art. 38 Abs. 2 lit. c in fine BEHG).

#### **f) Verhältnismässigkeit**

Der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt auch in der Amtshilfe. Einen Anwendungsfall sieht das Börsengesetz dabei ausdrücklich vor, wenn es festlegt, dass die Übermittlung von Informationen über Personen, «die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind», unzulässig ist (Art. 38 Abs. 3 BEHG).

#### **g) Förmliches Verfahren bei Kundeninformationen**

Betreffen die zu übermittelnden Informationen einzelne Kundinnen oder Kunden, ist das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar (Art. 38 Abs. 3 BEHG).

Das Bundesgericht unterscheidet bei der Amtshilfe das so genannte «Auskunftsverfahren» vom «Übermittlungsverfahren».<sup>2</sup> Im Auskunftsverfahren holt die EBK, nachdem sie sich vergewissert hat, dass die Amtshilfevoraussetzungen erfüllt sind, die gewünschten Angaben bei der betroffenen Bank ein. Die Bank geniesst in diesem Verfahren Parteistellung und kann die Verfahrensrechte nach Verwaltungsverfahrensgesetz für sich in Anspruch nehmen. Nicht-kundenbezogene Auskünfte können, wenn die EBK sie einmal erhalten hat, formlos an die ausländische Behörde übermittelt werden.

Eine besondere verfahrensrechtliche Behandlung erfahren dagegen die kundenbezogenen Daten, denn über ihre Übermittlung ist im so genannten Übermittlungsverfahren zu entscheiden, in dem die betroffene Kundin oder der betroffene Kunde Parteistellung geniesst. Auf

<sup>2</sup> BGE vom 9. März 2001 i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, 2A.352/2000, Erw. 2.c)bb). Alle zitierten Entscheide des Bundesgerichts ab dem Jahre 2000 sind unter der Aktennummer (z.B. 2A.234/2000) unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch) zugänglich.

Verlangen des Kunden oder der Kundin muss die EBK somit in einer formellen, beschwerdefähigen Verfügung über das Vorliegen der Amtshilfenvoraussetzungen und die Übermittlung der Informationen an die ausländische Behörde befinden.

Auch der Entscheid über die Zustimmung zur Weiterleitung von der ersuchenden an eine andere ausländische Behörde muss in einem formellen Verfahren nach Verwaltungsverfahrensgesetz ergehen. Das Bundesgericht lässt allerdings eine Verfahrenskonzentration zu, indem es die Zustimmung zur Weiterleitung gleichzeitig mit dem Entscheid über die Übermittlung akzeptiert, sofern die zusätzlichen Voraussetzungen für diese Weiterleitung auch gegeben sind.<sup>3</sup>

Die ersuchende Behörde, obwohl sie nebst der Kundin oder dem Kunden wohl am meisten am Ausgang des Verfahrens interessiert ist, kann im Amtshilfeverfahren keine Parteistellung beanspruchen.

### **3. Vereinbarungen mit ausländischen Aufsichtsbehörden**

Das Börsengesetz führt nicht aus, in welcher Weise die EBK prüfen soll, ob die ersuchenden ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden die Voraussetzungen des Gesetzes einhalten können. In nun mehrjähriger Praxis erteilt die EBK Kundeninformationen an eine ausländische Behörde nur, wenn sie von dieser eine Beschreibung ihrer gesetzlichen Aufgaben und eine förmliche Erklärung erhalten hat, dass sie in der Lage ist, die Amtshilfebedingungen einzuhalten.

Mit Behörden, mit denen voraussichtlich ein reger Amtshilfeverkehr bevorsteht, versucht die EBK die Modalitäten in ein- oder zweiseitigen Briefwechseln oder in gegenseitigen Absichtserklärungen ohne Rechtsverbindlichkeit («Memorandum of Understanding») zu regeln. Grundsätzlich geht es darum, dass die Behörden erklären, die Amts-

---

<sup>3</sup>Vgl. hinten Ziff. 7.h).

hilfsvoraussetzungen des Art. 38 BEHG einhalten zu können. Bislang bestehen solche Erklärungen der Finanzmarktaufsichtsbehörden folgender Staaten: Australien, Belgien, China, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Hongkong, Italien, Niederlande, Portugal, Schweden, Spanien und der USA. Gespräche über zukünftige Briefwechsel mit Behörden anderer Staaten sind noch im Gange. Bei Behörden, von welchen nur wenige Ersuchen zu erwarten sind, verlangt die EBK diese Erklärungen in jedem Einzelfall. Diese Vorgehensweise wurde vom Bundesgericht in den Fällen, wo es darüber zu befinden hatte, geschützt.<sup>4</sup>

Die Erklärungen der Behörden werden vom Bundesgericht in den ihm unterbreiteten Fällen eingehend geprüft, jedenfalls so lange keine gefestigte Praxis in Bezug auf eine bestimmte Behörde besteht. Im Rahmen der ihm unterbreiteten Einzelfälle hat das Bundesgericht bis heute die Erklärungen von Behörden<sup>5</sup> aus folgenden Staaten als den Bedingungen von Art. 38 BEHG grundsätzlich genügend eingestuft: Australien, Belgien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Grossbritannien, Hongkong, Kanada, Kroatien, Niederlande, Norwegen, Schweden und Spanien. Die Erklärungen der italienischen CONSOB und der amerikanischen SEC wurden in Entscheiden vom November 1999 und Mai 2000 (SEC)<sup>6</sup> und Juni 2000 (CONSOB)<sup>7</sup> zwar nicht endgültig, aber in der vorliegenden Form als ungenügend zurückgewiesen. Mit Entscheid vom 20. Dezember 2001 i.S. *Elsag Bailey*<sup>8</sup> wurde im Falle einer neuen Erklärung der SEC wiederum gleich entschieden.<sup>9</sup> Ebenso wurde der CONSOB mit Entscheid vom 18. September 2002<sup>10</sup> die Amtshilfe verweigert. Die Erklärungen von anderen Behörden

<sup>4</sup> BGE vom 30. Juni 2000 i.S. *CROSEC / Dom Fund*, 2A.584/2000, EBK Bulletin 41, S. 106; BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. *Kredittilsynet / Finansbanken ASA*, 2A.108/2000, BGE 126 II 409, EBK Bulletin 41, S. 125.

<sup>5</sup> Zum Teil verfügen die einzelnen Staaten über mehrere Aufsichtsbehörden. Die Prüfung des Bundesgerichts bezieht sich nur auf die im betreffenden Fall amtshilfeersuchende Behörde.

<sup>6</sup> BGE vom 24. November 1999 i.S. *SEC / Equity Journal*, 2A.51/1999, EBK Bulletin 40, S. 116; BGE vom 1. Mai 2000 i.S. *SEC / Elsag Bailey*, 2A.355/1999, BGE 126 II 126.

<sup>7</sup> BGE vom 28. Juni 2000 i.S. *CONSOB / Frette SpA*, 2A.83/2000, EBK Bulletin 41, S. 79.

<sup>8</sup> BGE vom 20. Dezember 2001 i.S. *SEC / Elsag Bailey*, 2A.349/2001.

<sup>9</sup> Vgl. auch hinten Ziff. 8.h).

<sup>10</sup> BGE vom 18. September 2002 i.S. *CONSOB / Burgo SpA*, 2A.41/2002.

konnten vom Bundesgericht mangels Beschwerden bislang noch nicht beurteilt werden.

#### 4. Hintergrund der Amtshilfeersuchen

Tätigt ein Marktteilnehmer oder eine Marktteilnehmerin Transaktionen über eine Schweizer Bank oder einen anderen Schweizer Effekthändler an einem ausländischen Markt, so besteht die Möglichkeit, dass diese Transaktionen von der zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde untersucht werden. Entsteht anlässlich dieser Untersuchung bei der Behörde der Verdacht auf Verletzung der Finanzmarktregelungen des betreffenden Landes, stellt die ausländische Behörde ein Amtshilfegesuch an die Bankenkommission.

Die Bankenkommission ihrerseits untersucht Transaktionen, die auf dem Schweizer Finanzmarkt getätigt werden. Schöpft sie den Verdacht, ein bestimmtes Geschäft könnte gegen schweizerisches Recht verstossen, stellt sie ein Amtshilfegesuch an die Aufsichtsbehörde des Landes, von dem aus das Geschäft getätigt wurde.

Die Untersuchung einer Aufsichtsbehörde wird ausgelöst durch bestimmte Ereignisse, die bei der Behörde einen Anfangsverdacht auf Verletzung einer Finanzmarktregelung hervorrufen. Auslösendes Ereignis bei Verdacht auf Insiderhandel etwa ist in der Regel die Bekanntgabe einer vorher geheimen kursrelevanten Information. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es für den Anfangsverdacht, dass Geschäfte unmittelbar vor der Bekanntgabe kursrelevanter Informationen abgeschlossen worden sind.<sup>11</sup> Es ist nicht erforderlich, dass sich der Kurs der betroffenen Aktie im Zeitpunkt des Kaufs oder unmittelbar danach in einer bestimmten Weise entwickelt hat. Ebensovienig ist notwendig, dass im Zeitpunkt, in dem die Abklärungen aufgenommen werden, mehr als ein abstrakter Verdacht wegen auffäl-

<sup>11</sup> BGE vom 15. Februar 2002 i.S. STE / HIM Furness (2A.434/2001), Erw. 4.3; vgl. hinten Ziff. 7.c).



liger Kursverläufe besteht. Um diesen Anfangsverdacht erhärten zu können, braucht die Behörde Informationen über die Hintergründe einer verdächtigen Transaktion wie insbesondere die Namen der beteiligten Personen. Unter den Anfangsverdacht fällt bei Insiderdelikten daher grundsätzlich jede Person, welche in der kritischen Zeitperiode eine Transaktion in den besagten Titeln getätigt hat. Nach der Übermittlung der Informationen führt die ausländische Behörde eine Aussonderung derjenigen Fälle durch, welche zusätzliche Verdachtsmomente enthalten. Nur in diesen Fällen verwendet sie die Informationen überhaupt weiter und strengt allenfalls ein Verfahren gegen die betroffenen Personen an.

## 5. Zahlen zur Amtshilfe der EBK

### a) Informationersuchen ausländischer Aufsichtsbehörden

Seit dem Inkrafttreten des Art. 38 BEHG im Februar 1997 hat die EBK bis März 2003 rund 300 Amtshilfeersuchen von 30 ausländischen Behörden aus 22 Staaten erhalten. Diese Ersuchen betrafen über 800 Bankverbindungen, hinter welchen zum Teil wiederum mehrere Kunden standen. In 140 Fällen musste eine Verfügung erlassen werden. 76 dieser Verfügungen wurden mit Beschwerde vor Bundesgericht angefochten. In 56 Fällen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, wobei es allerdings in einigen den von der EBK vorgesehenen Umfang der Amtshilfe reduzierte. 20 Beschwerden wurden vom Bundesgericht gutgeheissen. Zum Teil wies es die EBK an, von den ausländischen Behörden zusätzliche Zusicherungen einzuholen. 15 der gutgeheissenen Beschwerden betrafen allerdings identische Verfügungen in Bezug auf Amtshilfeersuchen der CONSOB.

Die US-amerikanischen Aufsichtsbehörden hätten wohl mehr Ersuchen gestellt, wäre die Amtshilfe zur Zeit nicht durch Entscheide des Bundesgerichts blockiert.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup>Vgl. hinten Ziff. 8.h).

In den Anfängen ersuchte vor allem das deutsche BAWe (heute BaFin) um Amtshilfe. Die heute mit Abstand am meisten die Amtshilfe der EBK beanspruchende Behörde ist die französische COB. Darauf folgen verschiedene andere europäische Aufsichtsbehörden. Weniger häufig sind Ersuchen von nichteuropäischen Behörden.

### **b) Informationsersuchen der EBK**

Von September 1999 bis Mai 2003 richtete die EBK in eigenen Marktaufsichtsverfahren 30 Amtshilfeersuchen an ausländische Aufsichtsbehörden. Diese im Vergleich zur Anzahl ausländischer Aufsichtersuchen viel geringere Zahl erklärt sich aus dem relativ kleinen Anteil des Schweizer Wertschriftenmarktes am Weltmarkt. Zahlreiche ausländische Kunden von Schweizer Banken handeln Titel denn auch nicht in der Schweiz, sondern an ihrem Heimatmarkt oder anderen ausländischen Märkten.

### **c) Hohe Zahl von Informationsübermittlungen ohne Verfügung**

Im Jahre 2001 analysierte die EBK ihre Amtshilfepraxis und stellte fest, dass in 210 von den 353 Fällen aus den Jahren 2000 und 2001, also bei über der Hälfte der Verfahren, den ersuchenden Behörden relevante, allerdings meist nicht-kundenbezogene Informationen ohne Verfügung übermittelt werden konnten. In wenigen Fällen war dies dem Entgegenkommen der betroffenen Kunden zuzuschreiben, welche einer Übermittlung ihrer Daten zustimmten. Die meisten dieser Fälle jedoch konnten erledigt werden, weil die EBK der ausländischen Behörde Informationen über den internen oder externen<sup>13</sup> Vermögensverwalter übermittelte, welcher aufgrund einer Vermögensverwaltungsvollmacht den fraglichen Anlageentscheid ohne Wissen oder Intervention des Kunden angeordnet hatte.

<sup>13</sup> Seit dem BGE vom 3. September 2001 i.S. COB / Flammarion, 2A.237/2001, Erw. 3.b)bb), BGE 127 II 323, EBK Bulletin 42, S. 108, ist dies bezüglich externer Vermögensverwalter ausgeschlossen; vgl. hinten Ziff. 8.g).

**d) Beachtliche Zahl von Erledigungen ohne Informationsübermittlung**

In der gleichen Analyse stellte die EBK fest, dass sie zwischen Januar 2000 und August 2001 in 55 Fällen auf jegliche Informationsübermittlung verzichten musste. Grund dazu war die Weigerung der Kunden, der Übermittlung zuzustimmen, verbunden mit der Unmöglichkeit, von der betroffenen ausländischen Behörde zusätzliche Informationen zu erhalten, welche vor der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts standgehalten hätten.

**e) Durchschnittliche Verfahrensdauer**

Muss die EBK im Kundenverfahren keine Verfügung erlassen, kann sie die meisten Amtshilfeersuchen innert drei bis vier Monaten erledigen. Verlangt der Kunde hingegen eine Verfügung, dauern die Verfahren bis zu einer Entscheidung des Bundesgerichts normalerweise zwischen 9 und 12 Monate, in Einzelfällen bis zu drei Jahre. Letzteres vor allem dann, wenn nach dem ersten Übermittlungsverfahren noch ein weiteres Verfahren geführt werden muss, um die ausländische Aufsichtsbehörde zur Weiterleitung an eine Strafverfolgungsbehörde zu ermächtigen.

**6. Verhältnis der Amtshilfe zur Rechtshilfe in Strafsachen**

Die Amtshilfe hat Berührungspunkte mit der Rechtshilfe in Strafsachen. Letztere ist in der Schweiz seit langem bekannt. Sie bezweckt die Unterstützung von ausländischen Strafverfolgungsbehörden bei der Ahndung von Strafdelikten. Solange das Schweizer Recht noch keine Amtshilfe vorsah, versuchten ausländische Behörden, auch in aufsichtsrechtlichen Verfahren via die Rechtshilfe in Strafsachen zu den gewünschten Informationen zu gelangen. Das Bundesgericht bejahte damals die Berechtigung dreier ausländischer Finanzmarktauf-

sichtsbehörden aus drei verschiedenen Ländern<sup>14</sup>, Rechtshilfegesuche an die schweizerischen Strafverfolgungsbehörden zu stellen. Dies ist insofern bemerkenswert, als die Rechtshilfe vom Grundsatz her für Strafverfolgungs- und nicht für Aufsichtsbehörden konzipiert ist.

Mit der gesetzlichen Einführung der Amtshilfe erhielt die Schweiz ein Verfahren, das die Möglichkeit bot, ausländische Marktaufsichtsbehörden bei deren aufsichtsrechtlichen Untersuchungen zu unterstützen. Die Amtshilfe dient wie die Rechtshilfe in Strafsachen der Übermittlung vertraulicher Informationen. Zweck der Amtshilfeverfahren ist aber – im Gegensatz zur Rechtshilfe in Strafsachen – nicht die Ahndung von strafrechtlich relevanten Delikten, sondern die Durchsetzung aufsichtsrechtlich relevanter Vorschriften. Abklärungen der Aufsichtsbehörden können jedoch in Strafverfahren münden. Davon geht das geltende Gesetz aus, wenn es bestimmt, dass ausländische Aufsichtsbehörden die Informationen an Strafbehörden weiterleiten können, sofern damit die strengeren Voraussetzungen der Rechtshilfe in Strafsachen nicht umgangen werden.<sup>15</sup> Das Bundesgericht hielt zum Verhältnis zwischen der Rechtshilfe in Strafsachen und der Amtshilfe fest, es entspreche einer sinnvollen Aufgabenteilung zwischen den sachnäheren Aufsichtsorganen und den Strafverfolgungsbehörden, dass im Vorfeld strafrechtlicher Ahndung von Finanzmarktdelikten aufsichtsrechtliche Abklärungen getroffen würden. Diese könnten sich namentlich darauf beziehen, ob überhaupt Anlass zu einem strafrechtlich relevanten Verdacht bestehe und gegen wen sich dieser richte. Finanzmarktdelikte müssten in jedem Fall das Interesse der Aufsichtsbehörden wecken, da es mit Blick auf die Gewährleistung einer einwandfreien Geschäftsführung bedeutsam sei, ob eine Bank oder ein Effektenhändler in derartige Machenschaften verwickelt sei.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Das Bundesgericht hat bisher die US SEC (BGE 109 Ib 47, Entscheid «Santa Fe» und 120 Ib 251), die französische COB (BGE 118 Ib 457 und 121 II 153 = Semjud 1996 190, JdT 1997 IV 160) und die italienische CONSOB (BGE vom 28.4.1997, 1A.361/1996) als Finanzmarktaufsichtsbehörden anerkannt, an welche die Schweiz auch Rechtshilfe in Strafsachen leisten kann. Vgl. zum Ganzen ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Auflage 2001, S. 240 ff.

<sup>15</sup> Art. 38 Abs. 2 Buchstabe c BEHG.

<sup>16</sup> BGE 125 II 73 Erw. 5 b).

Das Verfahren der Amtshilfe ist neben der Rechtshilfe in Strafsachen eine Notwendigkeit. Zunächst entspricht es internationalem Standard, in einem solchen im Vergleich zur Rechtshilfe einfacheren Verfahren Informationsaustausch zu pflegen. Weiter ist die Amtshilfe ein Instrument für alle ausländischen Aufsichtsbehörden, zu vertraulichen Informationen zu gelangen, während das Bundesgericht erst bezüglich der drei erwähnten Aufsichtsbehörden entschieden hat, dass ihnen die grundsätzlich für Strafverfolgungsbehörden vorgesehene Rechtshilfe zusteht. Die Rechtshilfebefugnis aller anderen Aufsichtsbehörden ist ungeklärt. Die Amtshilfe ist auch der Weg, um nicht nur im Rahmen von Strafverfahren, sondern auch in anderen Aufsichtsverfahren Auskunft zu erhalten. Nicht zuletzt ist es effizient und für die Betroffenen vorteilhaft, wenn alle Gesuche von einer spezialisierten schweizerischen Aufsichtsbehörde und nicht wie bei der Rechtshilfe von verschiedenen kantonalen Strafbehörden behandelt werden.

## **7. Amtshilfe erleichternde Rechtsprechung des Bundesgerichts**

### **a) Amtshilfe zum Zweck der Marktaufsicht erlaubt**

In Bezug auf das Spezialitätsprinzip traf das Bundesgericht schon sehr früh einen Grundsatzentscheid. Es verwarf den Einwand, Amtshilfe nach Börsengesetz könne nur zum Zwecke der Institutsaufsicht über Effektenhändler gewährt werden, und hielt im Gegenteil Folgendes fest:

«Der Gesetzgeber änderte die vorgeschlagene Formulierung über den Verwendungszweck der Informationen von «Aufsicht über Börsen und Effektenhändler» in «Aufsicht über die Börsen und den Effektenhandel». Damit stellte er klar, dass es nicht nur um die Kontrolle über die Institute, sondern über das Marktgeschehen schlechthin geht. (...) Dass diesbezügliche Informationen der ausländischen Aufsichtsbe-

hörde amtshilfeweise übermittelt werden dürfen, steht auf Grund der schliesslich verabschiedeten Fassung des Gesetzes («Effektenhandel») somit ausser Frage.»<sup>17</sup>

### **b) Ersuchende Behörde darf weitere Aufgaben haben als die EBK**

Verschiedene ausländische Marktaufsichtsbehörden haben neben der Aufsicht über die Börsen und die Effekthändler *stricto sensu* noch weitere Aufgaben, die jedoch in den Augen des Bundesgerichts einer Amtshilfeleistung nicht entgegenstehen. Wie das Bundesgericht in Bezug auf das britische DTI Department of Trade and Industry festhielt:

«Entscheidend ist, dass die ausländische Behörde überhaupt Funktionen wahrnimmt, für die nach schweizerischem Recht Amtshilfe geleistet werden kann. (...) Die zweckkonforme Verwendung der Informationen und die Wahrung des Spezialitätsprinzips kann auch anderweitig gesichert werden, namentlich etwa dadurch, dass die ausländische Aufsichtsbehörde das Auskunftersuchen mit einem amtshilfefähigen Zweck begründet und zugleich zusichert, die Informationen ausschliesslich hierfür zu verwenden.»<sup>18</sup>

### **c) Geringe Anforderung an Anfangsverdacht bei Amtshilfe**

Regelmässig machen die Beschwerdeführer geltend, dem Ersuchen der ausländischen Aufsichtsbehörde liege kein ausreichender Anfangsverdacht zugrunde und es läge eine verbotene «fishing expedition» vor, weshalb dem Gesuch keine Folge zu geben sei. Das Bundesgericht folgte dieser Argumentation im Bereich der reinen Amtshilfe nicht<sup>19</sup> und stellt nur geringe Anforderungen an den ein Amtshilfegesuch begründenden Anfangsverdacht:

<sup>17</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (1), 2A.118/1998, Erw. 5.b), BGE 125 II 65.

<sup>18</sup> BGE vom 25. Januar 1999 i.S. DTI / Amey, 2A.344/1998, Erw. 4.b), EBK Bulletin 38, S. 33.

<sup>19</sup> Vgl. im Gegensatz dazu die Weiterleitung an Strafbehörden, bei welcher ein Zusatzverdacht nötig ist, hinten Ziff. 8 b).

«Bei Amtshilfesuchen wird in diesem Zusammenhang verlangt werden dürfen, dass die ausländische Aufsichtsbehörde den relevanten Sachverhalt darstellt, die gewünschten Auskünfte oder Unterlagen bezeichnet und den Grund ihres Ersuchens angibt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass ihr die Überwachung des Marktgeschehens generell obliegt. An diesem breiten Auftrag ist zu messen, ob hinreichende Verdachtsmomente bestehen, welche die Gewährung der Amtshilfe zu rechtfertigen vermögen. (...) Die entsprechende Transaktion wurde somit im Vorfeld der Bekanntgabe einer vertraulichen Tatsache getätigt, während der ein Anstieg des Transaktionsvolumens und des Kurses festzustellen war. Hierin lag ein hinreichender Anfangsverdacht, der die Erteilung von Amtshilfe rechtfertigt.»<sup>20</sup>

In einem späteren Entscheid beschrieb das Bundesgericht eingehend das Zusammenspiel zwischen Amtshilfe an die Aufsichtsbehörden und der anschliessenden Verwendung in einem Strafverfahren:

«Insofern besteht ein zweistufiges Verfahren, welches es rechtfertigt, an die Voraussetzungen zur Gewährung der Amtshilfe keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da im Moment der Aushändigung der Informationen zu rein aufsichtsrechtlichen Zwecken («einwandfreie Geschäftsführung», usw.) noch nicht feststeht, ob die übermittelten Informationen der ausländischen Behörde überhaupt dienlich sein werden; es genügt, dass sie hierzu bzw. zur Abwicklung des ausländischen Aufsichtsverfahrens grundsätzlich geeignet erscheinen und dies im Gesuch hinreichend dargetan ist.»<sup>21</sup>

In einem weiteren Entscheid hält das Bundesgericht an einem niedrigen Standard für den Anfangsverdacht fest und verzichtete im Zusammenhang mit Insideruntersuchungen darauf, «verdächtige» Kursbewegungen zu verlangen:

<sup>20</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (1), 2A.118/1998, Erw. 6.b), BGE 125 II 65.

<sup>21</sup> BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. Kredittilsynet / Finansbanken ASA, 2A.108/2000, Erw. 6.b), BGE 126 II 409, EBK Bulletin 41, S. 125.

«Im Rahmen einer Abklärung, ob Insiderinformationen ausgenutzt worden sind, kann die (blosse) Tatsache, dass Geschäfte unmittelbar vor der Bekanntgabe kursrelevanter Informationen abgeschlossen worden sind, zulässigerweise Anlass zu Amtshilfehandlungen geben. Es ist nicht erforderlich, dass sich der Kurs der betroffenen Aktie im Zeitpunkt des Kaufs oder unmittelbar danach in einer bestimmten Weise entwickelt hätte.»<sup>22</sup>

Im Rahmen der Prüfung des Anfangsverdachts äussert sich das Bundesgericht jeweils auch zur Frage der Verhältnismässigkeit des Verfahrens. Dabei müssen klare Hinweise darauf bestehen, dass der Anfangsverdacht unbegründet ist, damit eine Unverhältnismässigkeit angenommen werden könnte:

«Die Amtshilfe ist deshalb nicht schon dann unverhältnismässig, wenn der betroffene Kunde in mehr oder weniger plausibler Weise darzutun vermag, dass er seinen Kaufentscheid gestützt auf öffentlich zugängliche Informationen getroffen hat, sondern nur, wenn er einen entsprechenden Anfangsverdacht klarerweise zu entkräften in der Lage ist, er etwa mit dem Geschäft wegen eines umfassenden Vermögensverwaltungsauftrags offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hat.»<sup>23</sup>

#### **d) Keine umfassende Prüfungspflicht der EBK**

Die EBK muss das Vorliegen des eben beschriebenen Anfangsverdachts prüfen. Nicht selber untersuchen muss sie dagegen, ob sich dieser Anfangsverdacht gestützt auf die von ihr erhobenen Informationen bewahrheitet und ob die nachgesuchten Informationen verdächtige oder unverdächtige Transaktionen betreffen. Diese bereits sehr früh festgelegte Praxis<sup>24</sup> wurde immer wieder bestätigt:

<sup>22</sup> BGE vom 15. Februar 2002 i.S. STE / HIM Furness, 2A.434/2001, Erw. 4.3.

<sup>23</sup> BGE vom 15. März 2002 i.S. BAWe / Glunz AG, 2A.534/2001, Erw. 4.2.2.

<sup>24</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (3), 2A.101/1998, Erw. 4, BGE 125 II 83, EBK Bulletin 37, S. 19.



«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. 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 Amtshilfverfahrens, verfügt die EBK in der Regel doch gar nicht über die hierfür nötigen Informationen. (...) Die weiteren Abklärungen sind Sache der deutschen Behörden, weshalb die EBK ohne Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von zusätzlichen Erhebungen bzw. Ergänzungen des Amtshilfegesuchs absehen durfte.»<sup>25</sup>

#### e) **Wenig Raum für De-minimis-Überlegungen**

Die Tatsache, dass bei einem allfälligen Insiderhandel lediglich ein Gewinn von CHF 10 000.– hätte realisiert werden können, ist in den Augen des Bundesgericht noch kein Grund, keine Amtshilfe zu leisten:

«Il est donc possible que les autorités britanniques aient ainsi connaissance d'éléments qui pourraient être importantes pour l'enquête, en particulier parce qu'ils indiquent l'identité de celui qui a donné les ordres pour les différentes transactions ou révèlent que certaines informations internes proviennent de la même source. Le seul fait que la demande de renseignements ne porte pas en l'espèce sur un gain très élevé ne constitue dès lors pas une violation du principe de la proportionnalité.»<sup>26</sup>

Die EBK sah tatsächlich in einzelnen Fällen, dass Bankkunden Transaktionen im gleichen Titel über zwei oder mehr Banken ausgeführt haben.<sup>27</sup> In einem weiteren Fall<sup>28</sup> war der realisierte Gewinn noch viel ge-

<sup>25</sup> BGE vom 10. Juli 2001 i.S. BAWe / Immediate Entertainment, 2A.162/2001, Erw. 4.b), EBK Bulletin 42, S. 97.

<sup>26</sup> BGE vom 10. März 1999 i.S. DTI / Scruttons, 2A.595/1998, Erw. 2.b), EBK Bulletin 38, S. 36.

<sup>27</sup> BGE vom 21. August 2000 i.S. COB / SITA, 2A.155/2000, Erw. 6.b), EBK Bulletin 41, S. 118.

<sup>28</sup> BGE vom 21. August 2000 i.S. COB / SITA, 2A.154/2000.

ringer, denn er erreichte nur knapp EUR 1000.–. Die Frage der Verhältnismässigkeit der Amtshilfe gemessen am realisierten Gewinn wurde jedoch vom Beschwerdeführer nicht aufgeworfen. Das Bundesgericht sah allerdings auch keinen Grund, die Frage von Amtes wegen erneut zu prüfen.

Trotz dieser zu Recht grosszügigen Rechtsprechung versucht die EBK – allerdings mit unterschiedlichem Erfolg – die ausländischen Behörden davon abzuhalten, in solchen Fällen ein Ersuchen zu stellen, oder wenigstens auf die verlangte Information zu verzichten, wenn sich herausstellt, dass der betroffene Kunde offensichtlich kein Insiderwissen besass.

#### **f) Spezialität / Prinzip der langen Hand: «Best efforts» genügen – völkerrechtlich verbindliche Erklärungen nicht nötig**

Um die Einhaltung des Spezialitätsprinzips und des Prinzips der langen Hand zu sichern, verlangt die EBK von den ausländischen Aufsichtsbehörden eine Erklärung, dass sie die erhaltenen Informationen nur zu Aufsichtszwecken gebrauchen und nicht ohne Zustimmung der EBK an Drittbehörden weitergeben werden. Diese erfolgt regelmässig in Form eines Briefwechsels oder einer einseitigen Erklärung der ausländischen Behörde.<sup>29</sup> Solche Erklärungen garantieren völkerrechtlich nicht, dass die betroffenen Staaten sich an die Bedingungen halten werden, unter denen die Schweiz Amtshilfe leistet. Dies ist jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch nicht notwendig. Solange ein ersuchender Staat sich effektiv an den Spezialitätsvorbehalt halte, stehe der Amtshilfe nichts entgegen. Dies hat das Bundesgericht bereits in einem seiner ersten Entscheide festgehalten:

«Das schweizerische Recht verlangt in Art. 38 Abs. 2 BEHG für die Gewährung von Amtshilfe nicht eine völkerrechtlich verbindliche Erklärung des ersuchenden Staates, sondern lediglich, dass die ersu-

<sup>29</sup>Vgl. vorne Ziff. 3.

chende Behörde die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet und die erhaltenen Angaben nicht ohne vorgängige 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 könnte, steht der Amtshilfe unter diesem Gesichtspunkt deshalb nichts entgegen.»<sup>30</sup>

Das Bundesgericht ging sogar noch einen Schritt weiter, indem es festhielt, dass Amtshilfe auch geleistet werden kann, wenn die ausländische Behörde zwar gesetzlichen Offenlegungspflichten unterliegt, sich aber verpflichtet, alles Mögliche zu unternehmen, um eine solche zwangsweise Offenlegung zu verhindern (sog. «best efforts»-Erklärung):

«Elles [les déclarations de l'autorité étrangère] permettent toutefois clairement d'en conclure que ledit département promet de veiller lui-même au respect de ces conditions et de mettre tout en œuvre pour y parvenir, s'il était forcé par une autre autorité, voir un tribunal, à transmettre les informations données par la Suisse. (...) La loi n'impose donc pas d'accorder l'entraide seulement si la législation de l'Etat requérant offre des garanties expresses ou si l'autorité étrangère fait une déclaration contraignante pour son pays du point de vue du droit international.»<sup>31</sup>

Selbst die Pflicht, welcher viele ausländische Behörden unterworfen sind, strafrechtlich relevante Tatbestände an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten, kann die Amtshilfe grundsätzlich nicht vereiteln:

«Le fait que l'autorité requérante a l'obligation légale de communiquer certaines informations au Procureur de la République ne saurait, en

<sup>30</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. CNMV / Eurobuilding, 2A. 213/1998, Erw. 7.b)bb), EBK Bulletin 37, S. 21.

<sup>31</sup> BGE vom 25. Januar 1999 i.S. DTI / Nylex, 2A.345/1998, Erw. 4.c), EBK Bulletin 38, S. 30.

soi, conduire au refus de cette entraide. En effet, dans la mesure où la CFB est elle-même soumise à un devoir similaire, il ne se justifie pas de soumettre l'octroi de l'entraide administrative à la condition que l'autorité requérante étrangère ne soit pas astreinte à une obligation de ce genre. (...) Dès lors, même si l'autorisation de retransmettre des informations aux autorités pénales françaises compétentes ne peut, comme en l'espèce, être accordée à la COB, le principe dit du «long bras» ne s'oppose en principe pas à ce que l'entraide administrative soit tout de même octroyée.»<sup>32</sup>

#### **g) Für Amtshilfe keine spiegelbildlichen Normen im Schweizer Recht erforderlich**

Für die Erteilung der Amtshilfe ist es nicht erforderlich, dass das schweizerische Börsenrecht genau die gleichen oder sogar auch nur ähnliche Bestimmungen enthält wie diejenigen, für deren Verfolgung die ausländische Behörde Amtshilfe verlangt. Im Gegensatz zur Rechtshilfe, wo der Grundsatz der doppelten Strafbarkeit herrscht, ist die Amtshilfe nicht von einer identischen aufsichtsrechtlichen Erfassung der Tatbestände in beiden Ländern abhängig, solange die beiden Gesetzgebungen die gleichen Ziele verfolgen, nämlich die Transparenz und Gleichbehandlung unter den Anlegern sowie die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten:

«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.»<sup>33</sup>

<sup>32</sup> BGE vom 10. Mai 2001 i.S. COB / AXA/UAP, 2A.317/2000, Erw. 4.c) und 4.d).

<sup>33</sup> BGE vom 25. April 2001 i.S. ASIC / Murrin Murrin, 2A.234/2000, Erw. 4.c), EBK Bulletin 42, S. 61.

## h) Verfahrenskonzentration möglich

Wie bereits ausgeführt<sup>34</sup>, unterteilt sich ein Amtshilfverfahren meistens in ein Auskunftsverfahren und ein Übermittlungsverfahren, zu denen sich unter Umständen noch ein Weiterleitungsverfahren gesellt, falls die ausländische Behörde die EBK gebeten hat zuzustimmen, die erhaltenen Informationen an die zuständigen Strafbehörden oder an weitere Drittbehörden weiterleiten zu dürfen. Jedes dieser Teilverfahren gibt den betroffenen Parteien grundsätzlich Anrecht auf eine beschwerdefähige Verfügung. Müssten diese Verfügungen separat erlassen werden und könnte über die nächste Verfahrensphase erst befunden werden, wenn das Beschwerdeverfahren betreffend die vorhergehende Phase abgeschlossen ist, ginge wertvolle Zeit verloren. Die EBK konzentriert daher wenn immer möglich das Verfahren und erlässt nur eine anstatt zwei oder drei Verfügungen. Das Bundesgericht schützte das Vorgehen der EBK, welche in einem Fall in einer einzigen Verfügung gleich drei Phasen entschied, indem sie die Bank zur Auskunft zwang, die Übermittlung beschloss und die Zustimmung zur Weiterleitung an eine Drittbehörde erteilte:

«Une décision formelle sur les renseignements à donner ne met donc pas fin à la procédure, mais constitue seulement une étape avant la décision sur l'entraide administrative et doit dès lors être qualifiée de décision incidente. Du point de vue des règles de procédure, la CFB n'est toutefois pas obligée de séparer la procédure de recherche d'informations de celle de leur transmission. Par économie de procédure et pour faire avancer la procédure d'entraide, elle peut, dans la même décision, à la fois obliger l'institut bancaire à fournir les informations requises au sujet de ses clients et décider de transmettre les informations ainsi obtenues à l'autorité étrangère.»<sup>35</sup>

Für den Fall, dass die Voraussetzungen der Weiterleitung an Dritt- oder

<sup>34</sup> Vgl. vorne Ziff. 2.g).

<sup>35</sup> BGE vom 30. August 1999 i.S. BAWe / IG Farben, 2A.17/1999, Erw. 2.a), BGE 125 II 450, EBK Bulletin 38, S. 39; ebenso bereits ein BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. CNMV / Eurobuilding, 2A.213/1998, Erw. 3, EBK Bulletin 37, S. 21.

Strafbehörden bereits beim Amtshilfeentscheid erfüllt sind, hat das Bundesgericht eine Verfahrenskonzentration auch für diesen Schritt akzeptiert:

«Sind die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bereits bei Einreichung des Amtshilfeersuchens hinreichend fortgeschritten, und zeichnet sich gestützt darauf schon zu diesem Zeitpunkt die allfällige Notwendigkeit einer Weiterleitung an einen Zweitempänger ab, spricht nichts dagegen, dass die EBK ihre Zustimmung hierzu bereits im Amtshilfeentscheid selber erteilt.»<sup>36</sup>

### **i) Umfassende Auskunftspflicht der Banken**

Das Bundesgericht bestätigte die Auffassung der EBK, wonach die von ihr beaufsichtigten Banken und Effekthändler gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BEHG verpflichtet sind, der EBK alle Auskünfte und Unterlagen zu liefern, welche sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe verlangt. Dabei bekräftigte das Bundesgericht auch die Ansicht, wonach die internationale Amtshilfe zu den Aufgaben der EBK gehört:

«Die zur Leistung von Amtshilfe erforderlichen Informationen müssen, soweit die EBK nicht bereits darüber verfügt, vorerst beschafft werden. Gemäss Art. 35 Abs. 2 BEHG sind Personen und Gesellschaften, die der Aufsicht unterstehen, verpflichtet, der EBK alle Auskünfte und Unterlagen zu liefern, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe <verlangt>. Da die Leistung von Amtshilfe nach Art. 38 BEHG ebenfalls hierzu gehört, bezieht sich diese Verpflichtung auch auf alle entsprechenden Informationen. Werden die Angaben verweigert, kann die Auskunft durch förmliche Verfügung erzwungen werden.»<sup>37</sup>

Die Auskunftspflicht der Bank kann in besonderen Fällen sogar Kun-

<sup>36</sup> BGE vom 5. April 2001 i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, 2A.354/2000, Erw. 4.a)bb); implizite bereits BGE vom 30. August 1999 i.S. BAWe / IG Farben, 2A.17/1999, Erw. 3.a), BGE 125 II 450, EBK Bulletin 38, S. 39; ausdrücklich dann BGE vom 9. März 2001 i.S. COB / Péchiney, 2A.262/2000, Erw. 7.b), BGE 127 II 142.

<sup>37</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. CNMV / Eurobuilding, 2A.213/1998, Erw. 5.a), EBK Bulletin 37, S. 21.

den ihrer ausländischen Tochterbanken in ausländischen Offshore-Zentren betreffen, jedenfalls wenn die Kunden einem oder mehreren Organen der Schweizer Bank bekannt sind:

«En outre, la recourante ne saurait davantage se soustraire à cette obligation en faisant valoir qu'il s'agit d'une relation d'affaires de sa filiale aux Iles Cayman, dès lors que la Commission fédérale des banques avait bien précisé qu'elle renonçait à la transmission des informations requises si l'intéressée pouvait confirmer que la relation d'affaires en cause était gérée exclusivement par la X. Bank Cayman et qu'elle-même n'en avait aucune connaissance. La recourante n'a cependant pas été en mesure de donner cette confirmation. Elle a au contraire admis que certains de ses organes, à l'occasion des pouvoirs, fonctions ou relations qu'ils avaient eus avec la X. Bank Cayman détenaient des informations sur l'identité des clients concernés, de sorte que rien ne l'autorise à se soustraire à son devoir de renseigner l'autorité suisse de surveillance.»<sup>38</sup>

Dies gilt ebenso, wenn die Transaktion über die Schweizer Bank ausgeführt wurde:

«A cet égard et conformément à la jurisprudence de l'autorité de céans, elle était autorisée à demander à la banque des renseignements sur la recourante dont le compte était, du moins en partie, géré par sa succursale des Bahamas et qui, en plus, avait eu recours à ses services pour réaliser l'opération financière en cause. Le secret bancaire garanti par le droit des Bahamas n'y faisait en particulier pas obstacle, dans la mesure où ladite succursale avait effectué en Suisse la transaction dont elle était chargée et se trouvait dès lors soumise à la souveraineté de ce pays.»<sup>39</sup>

<sup>38</sup> BGE vom 30. August 1999 i.S. BAWe / IG Farben, 2A.17/1999, Erw. 2.c), BGE 125 II 450

<sup>39</sup> BGE vom 21. August 2000 i.S. COB / SITA, 2A.156/2000, Erw. 4.c).

### **j) Amtshilfe zulässig, auch wenn Rechtshilfe möglich ist**

Rechts- und Amtshilfe sind nicht immer leicht auseinander zu halten. Sie unterscheiden sich jedoch nach Sinn und Zweck sowie nach dem jeweils anwendbaren Recht.<sup>40</sup> Amtshilfe kann auch in Fällen geleistet werden, wo die Rechtshilfe in Strafsachen zulässig wäre:

«Die internationale Amtshilfe zur Überwachung des Börsen- und Effektenhandels erfolgt grundsätzlich zwischen administrativen Markt- bzw. Handelsaufsichtsbehörden im Rahmen eines nicht streitigen Verwaltungsverfahrens. Das Börsengesetz selber trennt die Rechtshilfe, die grundsätzlich den Erfordernissen des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG; SR 351.1) bzw. den entsprechenden internationalen Abkommen zu genügen hat, hiervon insofern ab, als die Weiterleitung von in Amtshilfe erhaltenen Informationen an Strafbehörden unzulässig ist, «wenn Rechtshilfe ausgeschlossen wäre». (...) Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass ausländische Strafuntersuchungsbehörden für Informationen, die strafrechtlich relevant und bereits im Rahmen der Amtshilfe übermittelt worden sind, nicht nochmals um Rechtshilfe in der Schweiz nachsuchen müssen.

Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG soll die Amtshilfe zwischen Börsenaufsichtsbehörden insoweit erleichtern, als dies mit den Voraussetzungen der internationalen Rechtshilfe vereinbar ist; diese darf weder umgangen noch ihres Sinnes entleert werden.»<sup>41</sup>

### **k) Inhaber von Konti mit abklärungsbedürftigen Transaktionen: nicht «unverwickelte Dritte»**

Ein Bankkunde, der in der untersuchten Zeitspanne Transaktionen im fraglichen Titel getätigt hat, gilt nicht als «unverwickelter Dritter» i.S.

<sup>40</sup> Vgl. vorne Ziff. 6.

<sup>41</sup> BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. Kredittilsynet / Finansbanken ASA, 2A.108/2000, Erw. 6.b)aa) und bb), BGE 126 II 409, EBK Bulletin 41, S. 125.



von Art. 38 Abs. 3 BEHG, selbst wenn er glaubwürdig darzulegen vermag, dass er nicht von Insiderwissen profitiert hat:

«Der Beschwerdeführer hat kurze Zeit vor Bekanntgabe einer vertraulichen Tatsache Transaktionen in davon betroffenen Wertpapieren getätigt. Bereits aus diesem Grund kann er nicht als offensichtlich nicht in die Angelegenheit verwickelter Dritter gelten.»<sup>42</sup>

Selbst wenn eine Transaktion durch einen Vermögensverwalter ohne Einflussnahme und sogar ohne Kenntnis des Kunden angeordnet wurde, sei es nach Auffassung des Bundesgerichts nicht ausgeschlossen, die Identität des Kunden an die ausländische Behörde zu übermitteln:

«Celui dont le compte bancaire pourrait avoir servi, même à son insu, à commettre une infraction, voire à transférer ou à dissimuler le produit d'une infraction ne peut en principe être considéré comme un tiers non impliqué.»<sup>43</sup>

Etwas vorsichtiger drückt sich das Bundesgericht in einem späteren Entscheid aus:

«Dieser Einwand [der, dass es sich beim Kunden um einen <unverwickelten Dritten> handle] vermöchte allenfalls dann zu überzeugen, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsauftrag vorläge und keine anderen Umstände darauf hinwiesen, dass der Kunde, über dessen Konten die verdächtigen Transaktionen liefen, in irgendeiner Form dennoch daran beteiligt gewesen sein könnte.»<sup>44</sup>

Die EBK hat demgegenüber die Praxis entwickelt, einen Kundennamen nicht zu übermitteln, wenn nach Darstellung des Kunden nicht er selber, sondern sein Vermögensverwalter ohne sein Wissen und seine

<sup>42</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (3), 2A.101/1998, Erw. 4, BGE 125 II 83, EBK Bulletin 37, S. 19.

<sup>43</sup> BGE vom 15. August 2000 i.S. SBVMB / Gevaert, 2A.151/2000, Erw. 4.d), EBK Bulletin 41, S. 112.

<sup>44</sup> BGE vom 5. April 2001 i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, 2A.350/2000, Erw. 3.c)aa).

Mitwirkung die zu untersuchende Transaktion veranlasst hat, sofern keine Zweifel an dieser Darstellung bestehen und keine anderen Verdachtsgründe vorhanden sind.

### **l) Keine Parteirechte für den wirtschaftlich Berechtigten**

Partei im Verfahren betreffend die Übermittlung der Informationen an die ausländische Behörde ist der Vertragspartner der Bank, nicht der allenfalls hinter ihm stehende wirtschaftlich Berechtigte, obwohl dessen Identität bekannt gegeben wird. Dies gilt sogar, wenn der wirtschaftlich Berechtigte die Transaktionen selber angeordnet hat:

«Keine Parteistellung kommt grundsätzlich dagegen dem wirtschaftlich Berechtigten zu (...). Wie bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen ändert hieran nichts, dass durch die Amtshilfehandlung allenfalls auch seine Identität preisgegeben wird. Wer in seinen geschäftlichen Beziehungen die Verfügungsmacht über ein Konto durch eine andere natürliche oder juristische Person wahrnehmen lässt, hat regelmässig die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu tragen. Dies ist ihm umso eher zuzumuten, als er über seinen wirtschaftlichen oder rechtlichen Einfluss auf den Vertragspartner des Effektenhändlers seine Interessen in der Regel ohne weiteres in geeigneter Weise wahrnehmen kann.»<sup>45</sup>

### **m) Kein Verfahren bei Nostro-Transaktionen**

Handelt die Bank oder der Effektenhändler im eigenen Namen und für eigene Rechnung, dann ist dies eine Information aufsichtsrechtlicher Natur, deren Übermittlung zwar den Bedingungen von Art. 38 Abs. 2 BEHG unterstellt ist, die jedoch aufgrund ihrer nicht-kundenbezogener Natur formlos übermittelt werden kann:

<sup>45</sup> BGE vom 9. März 2001 i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, 2A.352/2000, Erw. 3.a); ebenso bereits BGE vom 10. März 1999 i.S. DTI / Scruttons, 2A.595/1998, Erw. 1, EBK Bulletin 38, S. 36 und BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (1), 2A.118/1998, Erw. 1, BGE 125 II 65.

«Als nicht kundenbezogene Auskünfte gelten Angaben, welche die Bank als Institut, den Effektenhandel als solchen oder die beaufsichtigten Händler in ihrer Rolle als Marktteilnehmer berühren. (...) Entsprechende Informationen können ohne Verfügung, d.h. ohne Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, an die ausländische Aufsichtsbehörde übermittelt werden, auch wenn sie nicht allgemein zugänglich sind oder vertraulichen Charakter haben. Die Amtshilfe ist in diesen Fällen mündlich, formlos und ohne administrative Hindernisse möglich, was indessen nicht bedeutet, dass Art. 38 Abs. 2 BEHG keine Anwendung fände.»<sup>46</sup>

Die B. als beaufsichtigte Bank ist nicht befugt, sich im «Übermittlungsverfahren» gegen die Weiterleitung der Informationen zur Wehr zu setzen, sie selber habe die umstrittenen Aktien nach einer längeren Beobachtung durch ihren Vizedirektor P. für einzelne Kunden im Vermögensverwaltungs- bzw. Beratungsmandat kaufen und verkaufen lassen. Dabei handelt es sich zwar um eine vertrauliche, jedoch institutsbezogene Information, gegen deren Herausgabe an die ausländische Aufsichtsbehörde sie sich nicht wehren kann. Die entsprechenden Angaben, wozu die Identität vom Vizedirektor P. und die von diesem gemachten Analysen und berücksichtigten Hinweise in Fachberichten gehören, sind «prudentieller» Natur und können unter Beachtung der Erfordernisse von Art. 38 Abs. 2 BEHG frei weitergegeben werden.»<sup>47</sup>

#### **n) Spontane Übermittlung von Informationen erlaubt**

Im Rahmen des Amtshilferechts kann die EBK auch spontan, d.h. ohne entsprechendes ausländisches Gesuch, handeln und das Ersuchen insofern auch durch aufgrund der erhaltenen Angaben aufsichtsrechtlich sinnvoll erscheinende weitere Auskünfte ergänzen:

«Wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat, ist die

<sup>46</sup> BGE vom 9. März 2001 i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, 2A.352/2000, Erw. 2.c).

<sup>47</sup> A.a.O. Erw. 4. b)aa).

EBK berechtigt, im Zusammenhang mit einem konkreten Ersuchen stehende, aufsichtsrechtlich relevante Informationen auch ohne ausdrückliches Gesuch an die ausländischen Aufsichtsbehörden weiterzuleiten («spontane Amtshilfe»).»<sup>48</sup>

## **8. Amtshilfeerschwerende Rechtsprechung des Bundesgerichts**

### **a) Weiterleitung an Zweitbehörden: Zustimmung durch EBK ist eine Verfügung**

Das Bundesgericht hat bereits in seinem Leitentscheid festgehalten, der Entscheid der EBK, einer Weiterleitung von übermittelten Informationen an Zweitbehörden zuzustimmen, sei eine anfechtbare Verfügung:

«Das Börsengesetz sieht für die Übermittlung kundenbezogener Informationen die Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vor (Art. 38 Abs. 3 BEHG). Damit ist klargestellt, dass der entsprechende Entscheid ein individuelles Rechtsverhältnis im Sinne von Art. 5 VwVG regelt und deshalb in Form einer Verfügung zu ergehen hat, die im Übrigen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegt (Art. 39 BEHG). Wenn das Gesetz die vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde für die Weiterleitung an eine ausländische Zweitbehörde verlangt, so kann es sich dabei nicht anders verhalten. Das Zustimmungserfordernis bezweckt ebenfalls den Schutz der Kunden. Dies anders zu sehen, bedeutete einen Wertungswiderspruch, zumal der Kunde von einer Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden weit stärker betroffen sein dürfte als von der blossen Übermittlung an die Aufsichtsbehörde.»<sup>49</sup>

Der Verfahrensschutz der Kunden im Übermittlungsverfahren bezieht sich somit auch auf die Weiterleitung. Von dieser Rechtsprechung ist

<sup>48</sup> BGE vom 10. Juli 2001 i.S. BAWe / Immediate Entertainment, 2A.162/2001, Erw. 4.c) und zitierte Rechtsprechung, EBK Bulletin 42, S. 97.

<sup>49</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (1), 2A.118/1998, Erw. 10.b), BGE 125 II 65.

das Bundesgericht nicht mehr abgerückt, hat jedoch zugelassen, dass beide Entscheide in einer einzigen Verfügung gefällt werden, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen gegeben sind.<sup>50</sup>

#### **b) Weiterleitung an Strafbehörden: Zusatzverdacht erforderlich**

Das Gegenstück zum geringen Anfangsverdacht im Bereich der reinen Amtshilfe zu aufsichtsrechtlichen Zwecken<sup>51</sup> ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein begründeter Zusatzverdacht, wenn es darum geht, die Weiterleitung an ausländische Strafbehörden zu erlauben:

«Kann ein auffälliges Kursverhalten im Umfeld der Bekanntgabe einer Übernahme bereits eine stichprobeweise aufsichtsrechtliche Überprüfung der Geschehnisse rechtfertigen und insofern deshalb ein hinreichender Anlass bestehen, in diesem Zusammenhang Amtshilfe zu leisten, könnte in einem solchen Fall kaum – uno actu – auch bereits die Zustimmung zu einer allfälligen Weiterleitung an die Strafbehörden erteilt werden. Eine solche setzte das Vorliegen zusätzlicher Elemente voraus, welche im Einzelfall auf einen hinreichend begründeten Verdacht einer strafrechtlich relevanten Verhaltensweise schliessen lassen. (...) Bestehen – abgesehen von Kursvariationen – keine anderen, konkreteren Anhaltspunkte, ist vorerst allenfalls nur die Amtshilfe zu gewähren und das zweistufige Verfahren mit erneuter Verfügung zu wählen (vgl. BGE 125 II 65 E. 9 u. 10); dies ergibt sich sowohl aus dem Verhältnismässigkeits- wie auch aus dem Spezialitätsgrundsatz, sollen doch keine Weiterleitungsbewilligungen ‹aufs Geratewohl› erteilt werden. Die Bedingungen der Amtshilfe (beispielsweise Kursvariationen und Kauf in einem mehr oder weniger verdächtigen Zeitraum) rechtfertigen nicht immer auch die gleichzeitige Weiterleitung an die Strafbehörden, würde doch im Resultat sonst erreicht, was mit der bisherigen Rechtsprechung gerade ausgeschlossen werden sollte, nämlich dass – wie generell in der Europäischen Union geltend, in-

<sup>50</sup> Vgl. vorne Ziff. 7.h).

<sup>51</sup> Vgl. vorne Ziff. 7.c).

dessen nicht gemäss Art. 38 BEHG – die entsprechenden Angaben zwischen Aufsichts- und Strafbehörden ‹frei› zirkulieren könnten.»<sup>52</sup>

Kann dieser Zusatzverdacht nicht dargelegt werden, muss der Entscheid über die Zustimmung zur Weiterleitung vertagt werden, bis die ausländische Behörde die für den Zusatzverdacht relevanten Elemente einbringen kann.

Die EBK hat versucht, das Bundesgericht vom eingeschlagenen Weg des Zusatzverdachts mit der Argumentation abzubringen, dass dadurch eine Weiterleitung an Strafbehörden im Rahmen der Amtshilfe strengerer Voraussetzungen unterliegen würde als die Rechtshilfe selbst. Das Bundesgericht hat diese Argumentation verworfen:

«Die Bankenkommission 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, 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 einer jüngsten Entscheidung unter Berücksichtigung der Einwände der Vorinstanz an einer öffentlichen Sitzung ausdrücklich bestätigt. Die Bankenkommission 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 Rechtshilfefahren nicht ausgehöhlt bzw. umgangen wird. Die ausländischen Aufsichtsbehörden erhalten gestützt auf die umstrittene Rechtsprechung im Rahmen der Amtshilfe grosszügig die gewünsch-

<sup>52</sup> BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. Kredittilsynet / Finansbanken ASA, 2A.108/2000, Erw. 6.b)cc), BGE 126 II 409, EBK Bulletin 41, S. 125; diese Rechtsprechung wurde in den weiteren in der nachfolgenden Kasuistik zum ausreichenden Zusatzverdacht aufgeführten Entscheiden bestätigt.

ten Informationen, welche sie für ihre – allenfalls auch strafrechtlich relevanten – aufsichtsrechtlichen Vorabklärungen benötigen. 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 es die Bankenkommission aus verfahrensökonomischen Gründen vorziehen würde, alle Punkte in einem Entscheid zu erledigen. Sollte es für die ausländischen (Straf-)Behörden, wie die Bankenkommission zu befürchten scheint, tatsächlich einfacher sein, die gewünschten Angaben im Rechtshilfeverfahren 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.»<sup>53</sup>

Die Rechtsprechung in Bezug auf die ausreichende Intensität des Zusatzverdachts ist noch nicht gefestigt, denn es wurden dem Bundesgericht bislang noch zu wenige Fälle zugetragen, wo sich diese Frage stellte. Immerhin wurde Folgendes festgehalten:

«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. 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 straf-

<sup>53</sup> BGE vom 10. Juli 2001 i.S. BAWe / Immediate Entertainment, 2A.162/2001, Erw. 5.b), EBK Bulletin 42, S. 97.

bares Verhalten deuten; entsprechende Bewilligungen sollen mit Blick auf das Verhältnismässigkeits- und Spezialitätsprinzip nicht «aufs Geratewohl» erteilt werden.»<sup>54</sup>

Im Folgenden wird die bisherige Kasuistik kurz geschildert und ausgeführt, weshalb das Bundesgericht den Verdacht als genügend bzw. ungenügend konkret erachtete, um einer Weiterleitung von Informationen an die Strafbehörden zuzustimmen.

- Genügend, bei vermutetem Insiderhandel, denn der Kunde war in der relevanten Zeitperiode stellvertretender Vorsitzender der übernommenen Gesellschaft.<sup>55</sup>
- Ungenügend, bei vermutetem Insiderhandel, obwohl der Kunde im Juni darauf verzichtet hatte, die Titel zu kaufen, weil der Preis zu hoch war, sie aber im August zu einem höheren Preis trotzdem kaufte und am Tag der relevanten Veröffentlichung wieder verkaufte.<sup>56</sup>
- Ungenügend, bei vermutetem Insiderhandel, obwohl der Kunde über zwei Börsen Titel von zwei verschiedenen Gesellschaften kaufte, welche Gegenstand desselben Übernahmeangebotes wurden, denn die Transaktionen waren von einem Bankmitarbeiter im Rahmen einer Vermögensverwaltungsvollmacht angeordnet worden.<sup>57</sup>
- Genügend, bei vermutetem Insiderhandel, denn die Käufe des Kunden betragen 18% aller in der relevanten Periode gehandelten Titel, er war zudem einer der ehemaligen Gründer der Gesellschaft und hatte seine Käufe auf sieben Tage verteilt und in kleinen Mengen ausgeführt.<sup>58</sup>
- Ungenügend, bei vermutetem Insiderhandel, weil der Kunde die Titel erst vier Monate nach der relevanten Veröffentlichung wieder verkauft hatte, keinen Gewinn realisierte und keine weiteren Indi-

<sup>54</sup> A.a.O. Erw. 5.a)aa).

<sup>55</sup> BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. Kredittilsynet / Finansbanken ASA, 2A.108/2000, Erw. 6.c)aa), BGE 126 II 409, EBK Bulletin 41, S. 125.

<sup>56</sup> BGE vom 9. März 2001 i.S. COB / Péchiney, 2A.262/2000, Erw. 8.d), BGE 127 II 142.

<sup>57</sup> BGE i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, vom 9. März 2001, 2A.350/2000, Erw. 4.b)bb) sowie in gleicher Sache vom 5. April 2001, 2A.351/2000, 2A.353/2000 und 2A.354/2000.

<sup>58</sup> BGE vom 27. April 2001 i.S. SBVMB / City Hotels, 2A.269/2000, Erw. 8.d), EBK-Bulletin 42, S. 83.



zien bestanden, dass er über vertrauliche Informationen verfügt haben könnte.<sup>59</sup>

- Ungenügend, bei vermutetem Insiderhandel, obwohl der Kunde durch Kauf und Verkauf von Optionen auf den fraglichen Titel einen grossen Gewinn realisierte, ansonsten keine Optionsgeschäfte tätigte und in Frankreich Rechnungsprüfer bei verschiedenen kotierten Gesellschaften war, weil kein Zusammenhang zwischen dieser Tätigkeit und der übernehmenden oder der übernommenen Gesellschaft bestand.<sup>60</sup>
- Genügend, im Fall einer vermuteten Kursmanipulation, da Käufer und Verkäufer in der gleichen Ortschaft wohnten und die Kaufsorder gestützt auf die Unterlagen kaum erklärbar war.<sup>61</sup>
- Genügend, bei vermutetem Insiderhandel, in welchem der Beschwerdeführer Mitglied des Verwaltungsrates der Muttergesellschaft war, die über ihre Töchter ein öffentliches Übernahmeangebot für eine Drittfirma lancierte. Der Beschwerdeführer war an der entscheidenden Sitzung anwesend.<sup>62</sup>
- Ungenügend, im Fall eines vermuteten Insiderhandels, obwohl der Kunde ein Aktienpaket kaufte, welches 40% des an diesem Tag erreichten Umsatzes entsprach und er die Titel neun Monate nach dem Bekanntwerden des Übernahmeangebots mit einem Gewinn von 40% verkaufen konnte. Dies, weil aus den Akten hervorging, dass der Kunde bereits im Rahmen der Emission die betreffenden Titel kaufen wollte, seine Order jedoch wegen einer Überzeichnung nicht honoriert werden konnte.<sup>63</sup>
- Genügend, bei vermutetem Insiderhandel, wobei der Kunde 46% der gehandelten Titel in der verdächtigen Periode, gestückelt in mehrere Tranchen während mehrerer Tage bzw. Stunden gekauft hatte. Dies tat er in jeweils relativ kleinen Mengen, die für sich allein genommen unverdächtig gewesen wären.<sup>64</sup>

<sup>59</sup> BGE vom 7. Mai 2001 i.S. SBVMB / Internoc, 2A.476/2000, Erw. 5.

<sup>60</sup> BGE vom 10. Mai 2001 i.S. COB / AXA/UAP, 2A.317/2000, Erw. 6.e).

<sup>61</sup> BGE vom 10. Juli 2001 i.S. BAWe / Immediate Entertainment, 2A.162/2001, Erw. 5.a)aa), EBK Bulletin 42, S. 97.

<sup>62</sup> BGE vom 14. Dezember 2001 i.S. CNMV / Asturiana de Zinc S.A., 2A.538/2001, Erw. 2.a).

<sup>63</sup> BGE vom 15. März 2002 i.S. BAWe / debitel AG, 2A.486/2001, Erw. 5.2.

<sup>64</sup> BGE vom 8. April 2002 i.S. COB / CPR, 2A.371/2001, Erw. 1.2.

- Genügend, bei vermutetem Insiderhandel, da der wirtschaftlich Berechtigte an der Beschwerdeführerin Vorstandsmitglied der beiden in Frage stehenden Gesellschaften war, deren Aktien gehandelt wurden.<sup>65</sup>

### **c) Weiterleitung an Strafbehörden: Prüfung der doppelten Strafbarkeit erforderlich**

Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG hält fest, dass die Zustimmung zur Weiterleitung an Strafbehörden nur erteilt werden kann, wenn die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist. Die EBK muss diese Bedingung in Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesamt prüfen. Diese Prüfung erstreckt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch auf die Frage der doppelten Strafbarkeit und nicht nur auf das Vorliegen von Ausschlussgründen, wie beispielsweise der Verletzung der grundlegenden Verfahrensgarantien im ersuchenden Staat:

«Le législateur a en fait choisi la voie médiane, qui autorise la transmission des informations aux autorités pénales étrangères lorsque les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale sont remplies, plutôt que les autres voies consistant à autoriser la transmission dans tous les cas ou à la refuser systématiquement en exigeant le dépôt d'une demande expresse d'entraide pénale internationale (...). Il s'agit donc de simplifier la procédure, tout en évitant que l'autorité étrangère puisse éluder les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale. Cela implique que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire en matière pénale soient réunies, y compris l'exigence de la double incrimination.»<sup>66</sup>

Beim Erfordernis der doppelten Strafbarkeit hat die EBK in erster Linie zu untersuchen, ob das in Frage stehende Verhalten die objektiven Merkmale eines nach schweizerischem Recht strafbaren Tatbestandes

<sup>65</sup> BGE vom 15. April 2002 i.S. Finansinspektionen / Intelligent Microsystems Data AB und Information Highway AB, 2A.567/2001, Erw. 6.2.

<sup>66</sup> BGE vom 30. August 1999 i.S. BAWe / IG Farben, 2A.17/1999, Erw. 4.b), BGE 125 II 450, EBK Bulletin 38, S. 39.

aufweist. Dabei legt das Bundesgericht den Insiderstraftatbestand des Art. 161 StGB ebenso eng aus wie in seiner Rechtsprechung im Rahmen der Rechtshilfe in Strafsachen.<sup>67</sup> So fallen insbesondere Zusammenarbeitvereinbarungen nicht unter die in Art. 161 Abs. 3 StGB genannten, der bevorstehenden Emission neuer Beteiligungsrechte oder der Unternehmensverbindung vergleichbaren Sachverhalte, selbst wenn sie einen markanten Kursanstieg zur Folge haben:

«Das Bundesgericht hat in BGE 118 Ib 547 entschieden, als vertrauliche Tatsachen, deren Ausnützen gemäss Art. 161 StGB strafbar sei, könnten neben den in Art. 161 Ziff. 3 StGB erwähnten Beispielen der bevorstehenden Emission neuer Beteiligungsrechte und der Unternehmensverbindung nur solche Sachverhalte bezeichnet werden, die diesen ähnlich seien. Eine solche Ähnlichkeit setze voraus, dass der fragliche Sachverhalt und die beiden aufgezählten Beispiele sich mit Bezug auf die letztere kennzeichnenden und die Finanzierung oder die rechtliche Struktur der Gesellschaft betreffenden Merkmale qualitativ und nicht nur quantitativ entsprechen; nur ein erheblicher Substanzverlust einer Unternehmung, der die Bilanzstruktur von Grund auf verändert und eine Sanierung oder eine grundlegende Restrukturierung der Gesellschaft erfordert, könnte allenfalls die vom Gesetzgeber geforderte Ähnlichkeit aufweisen. (...) Die vertraulichen Tatsachen müssen sich danach [nach der bisherigen Rechtsprechung] auf Veränderungen der internen (Aktionariat) oder externen Struktur der Gesellschaft beziehen wie beispielsweise Unternehmensteilungen, Mehrheitsübernahmen oder Sanierung durch Kapitalherabsetzung. (...) Es geht nicht an, die bestehende Strafbarkeitslücke (BGE 118 Ib 547 E. 4e/bb in fine, S. 559) in Abweichung von der Praxis der Rechtshilfe in Strafsachen im Bereich der Amtshilfe durch eine – seitens der Bankenkommission (erneut) angeregte – grosszügige Auslegung von Art. 161 Ziff. 3 StGB zu beheben, denn mit der Amtshilfe dürfen die Regeln über die Rechtshilfe in Strafsachen weder materiell noch hin-

<sup>67</sup> Dazu BGE 118 Ib 547, 559 und grundsätzlich BGE vom 5. März 2001, 1A.325/2000.

sichtlich eines minimalen Rechtsschutzes in der Schweiz umgangen werden.»<sup>68</sup>

**d) Weiterleitung an Strafbehörden:  
Begründungspflicht des Bundesamtes für Justiz**

Die Zustimmung zur Weiterleitung an die ausländischen Strafbehörden darf nur gegeben werden, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Um dies prüfen zu können, muss die EBK nicht nur einen präzisen Sachverhalt haben<sup>69</sup>, sondern auch die anwendbaren ausländischen Strafbestimmungen kennen, damit sie den Sachverhalt unter einem juristischen Gesichtspunkt qualifizieren kann:

«Es sind in diesem Fall zwar wiederum keine allzu strengen Anforderungen an die Schilderung des Sachverhalts zu stellen, insbesondere weil immer noch nicht feststeht, ob die ausländische Aufsichtsbehörde gestützt auf ihre weiteren Ermittlungen die Informationen weiterleiten oder – trotz Zustimmung der Bankenkommission – hiervon abgesehen wird. Auf jeden Fall muss das Gesuch aber so abgefasst sein, dass eine juristische Qualifikation möglich ist und dass der Text der ebenfalls verletzten Bestimmung vorliegt, damit Bankenkommission und Bundesamt überhaupt prüfen können, ob offensichtlich ein rechtshilferechtlicher Ausschlussgrund vorliegt bzw. die doppelte Strafbarkeit bejaht werden kann.»<sup>70</sup>

Will die EBK einer Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden zustimmen, muss sie «im Einvernehmen» mit dem Bundesamt für Justiz darüber befinden. Das Bundesgericht hielt diesbezüglich fest, dieses Bundesamt dürfe seine Zustimmung nur nach Prüfung einer detaillierten Stellungnahme der EBK oder mit eigener Begründung

<sup>68</sup> BGE vom 15. April 2002 i.S. Finanzinspektionen / Intelligent Microsystems Data AB und Information Highway AB, 2A.567/2001, Erw. 6.5.2.

<sup>69</sup> Vgl. vorne Ziff. 8.b).

<sup>70</sup> BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. Kreditilsynet / Finansbanken ASA, 2A.108/2000, Erw. 6.b)cc), 126 II 409, EBK Bulletin 41, S. 125.

erteilen. Nicht zulässig sei ein kurzer Vermerk «einverstanden» auf einer ebenso kurzen Anfrage der EBK.<sup>71</sup>

Die definitive Entscheidkompetenz über die Einhaltung der Voraussetzungen der Rechtshilfe steht ausschliesslich der EBK zu. Die betroffenen Kunden haben deshalb keinen Anspruch auf rechtliches Gehör vor dem Bundesamt für Justiz.<sup>72</sup> Dennoch muss der Meinungsaustausch zwischen der EBK und dem Bundesamt für Justiz den betroffenen Parteien von Amtes wegen zugestellt werden.<sup>73</sup>

#### **e) Weiterleitung vom Zweitempfänger an Dritte**

Das Bundesgericht hat in mehreren Urteilen ausgeführt, dass jegliche Weitergabe der Informationen vom Zweitempfänger an einen Dritten nach dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG ausgeschlossen sei:

«Nach Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG dürfen die nicht öffentlich zugänglichen Informationen nicht ohne vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde oder aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag (an zuständige Behörden und an Organe, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind), weitergeleitet werden; das Gesetz schliesst damit jegliche Weitergabe durch den Zweitempfänger an einen Dritten aus.»<sup>74</sup>

Ob dies den völligen Ausschluss der Weitergabe bedeutet oder ob ein Drittempfänger bei Einhaltung der Weitergabevoraussetzungen von der Erst- auf die Zweitbehörde die Informationen doch erhalten könnte, wurde bislang nicht entschieden.<sup>75</sup> Nach dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG ist jedoch schon fraglich, ob eine Weiterleitung

<sup>71</sup> BGE vom 30. August 1999 i.S. BAWe / IG Farben, 2A.17/1999, Erw. 4.b), BGE 125 II 450, EBK Bulletin 38, S. 39.

<sup>72</sup> BGE vom 27. April 2001 i.S. SBVMB / City Hotels, 2A.269/2000, Erw. 3.d), EBK Bulletin 42, S. 83.

<sup>73</sup> BGE vom 10. Juli 2001 i.S. BAWe / Immediate Entertainment, 2A.162/2001, Erw. 5.a)bb), EBK Bulletin 42, S. 97.

<sup>74</sup> BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsag Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.c)aa), BGE 126 II 126 in Bestätigung von BGE vom 24. November 1999 i.S. SEC / Equity Journal, 2A.51/1999, Erw. 4.a), EBK Bulletin 40, S. 116; ebenso BGE vom 20. Dezember 2001 i.S. SEC / Elsag Bailey, 2A.349/2001, Erw. 6.b)aa); BGE vom 10. Juli 2002 i.S. OSC / RBC Dominion Securities Inc., 2A.27/2002, Erw. 4.3.1, BGE 128 II 407.

durch Zweitbehörden überhaupt verboten ist. Ebenso lässt sich die Auffassung vertreten, dass das Prinzip der langen Hand nur bis zu einem Zweitempfänger aufrechterhalten werden soll.

#### **f) Verwaltungsverfahren bei privaten Geschäften von Bankorganen**

Hinsichtlich ihrer privaten Transaktionen haben auch Organe und Mitarbeiter einer Bank Anspruch auf das für Kunden vorgesehene Verfahren, selbst wenn sie über die eigene Bank handeln:

«Die Organe und Mitarbeiter der Bank werden durch die Weitergabe der ihre Konten betreffenden Auskünfte als Träger des Bankgeheimnisses wie Kunden betroffen. (...) Die betroffenen Personen sind durch die vorgesehene Weiterleitung damit aber zurzeit in erster Linie und schwergewichtig als Kunden und nicht als beaufsichtigte Organe oder Bankmitarbeiter betroffen (...). Beim heutigen Stand der Abklärungen und des Verfahrens handelt es sich bei ihnen um Klienten wie andere auch, deren verfahrensrechtlicher Schutz der Gesetzgeber in Art. 38 Abs. 3 BEHG verankert hat; ihnen kommt diesbezüglich deshalb im «Übermittlungsverfahren» Parteistellung zu.»<sup>76</sup>

#### **g) Verwaltungsverfahren bei Geschäften durch externe Vermögensverwalter**

Wie schon dargestellt<sup>77</sup> übermittelt die EBK Kundennamen nicht, wenn nicht der Kunde selbst, sondern sein Vermögensverwalter ohne jegliche Einflussnahme des Kunden die zu untersuchende Transaktion veranlasst hat. Die EBK hat in diesen Fällen einzig die Identität des betreffenden Vermögensverwalters übermittelt. In einem frühen Entscheid hatte das Bundesgericht nämlich festgestellt, dass den Perso-

<sup>75</sup> Das Bundesgericht bezieht sich zur Begründung seiner Auffassung u.a. auf ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Diss. Bern 1997, S. 91, welche jedoch nur vom Ausschluss der Weitergabe an Dritte, die keine Aufsichtsfunktionen erfüllen, spricht. Mit «Dritten» sind irgendwelche privaten Personen oder Gesellschaften gemeint.

<sup>76</sup> BGE vom 9. März 2001 i.S. COB/SBVMB / SITA und Tractebel, 2A.352/2000, Erw. 4.b)bb).

<sup>77</sup> Vgl. vorne Ziff. 7.k).

nen, die lediglich eine Verfügungsvollmacht über ein Konto besitzen, ohne jedoch eine vertragliche Beziehung mit der Bank über dieses Konto eingegangen zu sein, keine Parteistellung zukommt.<sup>78</sup> Die EBK zog daraus den Schluss, dass externe Vermögensverwalter den verfahrensrechtlichen Schutz von Art. 38 Abs. 3 BEHG nicht geniessen, so dass ihre Identität formlos übermittelt werden kann, wenn die Bedingungen von Art. 38 Abs. 2 BEHG erfüllt sind. Durch diese Vorgehensweise konnte den ausländischen Behörden ziemlich rasch relevante Information geliefert werden und gleichzeitig der Kundenschutz verbessert werden, denn Kundendaten wurden keine übermittelt.

Nach langer diesbezüglicher Praxis hat ein externer Vermögensverwalter, dessen Daten formlos an eine ausländische Behörde übermittelt wurden, Beschwerde eingereicht. Das Bundesgericht gab ihm in diesem Punkt Recht und führte aus:

«Der selbständige Vermögensverwalter handelt im Rahmen der ihm vom Kunden eingeräumten Befugnisse als dessen Hilfsperson bzw. Stellvertreter. Soll seine Identität amtshilfweise ins Ausland preisgegeben werden, betrifft dies das einzelne Kundenverhältnis, es sei denn, er habe als Mitarbeiter oder Organ einer beaufsichtigten Bank oder eines Effektenhändlers bzw. des Kunden selber gehandelt.»<sup>79</sup>

#### **h) Hohe Anforderungen an die Vertraulichkeit**

Mit Entscheid vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsang Bailey stellte das Bundesgericht in Bezug auf eine Verwendung der Informationen in einem «enforcement-action-Verfahren»<sup>80</sup> der SEC fest, dass die Anforderungen an die Vertraulichkeit nicht erfüllt seien:

<sup>78</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. CNMV / Eurobuilding, 2A.213/1998, Erw. 2, EBK Bulletin 37, S. 21.

<sup>79</sup> BGE vom 3. September 2001 i.S. COB / Flammarion, 2A.237/2001, Erw. 3.b)bb), EBK Bulletin 42, S. 108.

<sup>80</sup> Ein «enforcement-action-Verfahren» ist ein Verfahren vor Zivil-, Verwaltungs- oder Strafbehörden, dass grundsätzlich öffentlich ist. Notwendig ist es, weil die SEC selber keine eingreifenden Massnahmen gegen ihr nicht direkt unterstellte Personen, also gegen Nichtfinanzintermediäre, aussprechen kann.

«Nach Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG dürfen die nicht öffentlich zugänglichen Informationen nicht ohne vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde oder aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag «an zuständige Behörden und an Organe, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind», weitergeleitet werden; das Gesetz schliesst damit jegliche Weitergabe durch den Zweitempfänger an einen Dritten aus (...)»<sup>81</sup>. Sollten die in Amtshilfe gelieferten Informationen tatsächlich im amerikanischen Verfahren nicht nur parteiöffentlich sein, sondern generell dem Publikum zugänglich gemacht werden, würde Art. 38 BEHG missachtet. Selbst wenn mit der Bankenkommission davon auszugehen wäre, dass es sich bei der Ergänzung der «enforcement action» beim United States Court of the Southern District of New York um eine Weitergabe im Sinne von Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG an eine andere mit öffentlichen Aufsichtsaufgaben betraute Behörde handelt, wäre eine solche doch an das Bestehen eines Amts- (oder Berufsgeheimnisses) auch für diese gebunden. Zwar hat das Bundesgericht die Frage bisher offen gelassen, ob die Zweitbehörde einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterworfen sein muss (unveröffentlichtes Urteil vom 23. Juli 1999 i.S. X. c. EBK, E. 2); dies ist jedoch – mit der Doktrin – wohl eher zu bejahen (...). Die Frage braucht aber auch hier nicht abschliessend entschieden zu werden. Auf jeden Fall ist 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 vor der Zweitbehörde ohne weiteres allgemein zugänglich werden.»<sup>82</sup>

Weiter führt das Bundesgericht zur Frage der «litigation release»<sup>83</sup> aus:

«Das Gleiche gilt, soweit sich die SEC nach ihrem Schreiben vom 15. März 1999 vorbehält, die von der Bankenkommission gelieferten

<sup>81</sup> Vgl. vorne Ziff. 8.e).

<sup>82</sup> BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsag Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.c)aa), BGE 126 II 126.

<sup>83</sup> Nach Bundesgericht ist es Praxis der SEC bei der Einreichung einer «enforcement action» auf dem Internet ein sog. «litigation release» – eine kurze Darstellung des Sachverhalts unter Angabe der betroffenen Partei – zu veröffentlichen.



Informationen im Falle eines «litigation release» über das Internet dem Publikum zu öffnen (. . .). Werden die von der SEC verlangten Informationen jedermann – und somit auch in- und ausländischen Steuerbehörden – über Internet weltweit zugänglich gemacht, ist nicht erkennbar, inwiefern die Bankenkommission ohne zusätzliche Zusicherungen der SEC, wie sie das Bundesgericht im Entscheid vom 24. November 1999 gefordert hat, die Kontrolle über die Verwendung der gelieferten Daten wahren und das Prinzip der langen Hand realisieren könnte.»<sup>84</sup>

In seinem zweiten Entscheid i.S. SEC / Elsay Bailey konnte auch die Möglichkeit einer «protective order»<sup>85</sup> das Bundesgericht nicht von der Zulässigkeit der Amtshilfe überzeugen:

«Die Bankenkommission und die SEC glauben, das Problem einer Verletzung des Vertraulichkeitsprinzips im «enforcement-action-Verfahren» über die (abstrakt bestehende) Möglichkeit des Erlasses einer richterlichen Schutzanordnung («protective order») lösen zu können. Zu Unrecht: Nach dem Schreiben der SEC gilt gemäss dem amerikanischen Recht der Öffentlichkeitsgrundsatz sowohl für die zivil- bzw. verwaltungsgerichtliche Durchsetzung der börsenrechtlichen Bestimmungen («civil enforcement proceedings» und «administrative enforcement proceedings») als auch für damit verbundene Strafverfahren. Die SEC weist darauf hin, dass eine Verfahrenspartei beim zuständigen Gericht eine Schutzanordnung («protective order») beantragen könne, wenn sie der Meinung sei, es lägen «besondere Gründe» zur Wahrung der Vertraulichkeit bestimmter Informationen vor (. . .). Das schweizerische Recht macht in Art. 38 BEHG die Wahrung der Vertraulichkeit indessen nicht von zusätzlichen, besonderen Umständen oder speziellen schutzwürdigen Interessen abhängig. Es sieht auch nicht vor, dass der Betroffene nach bereits geleisteter Amtshilfe im Ausland den entsprechenden Schutz mit all den damit verbundenen Risiken erst noch erwirken müsste, zumal wenn es sich dabei – wie hier – nicht um eine

<sup>84</sup> BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsay Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.c)bb), BGE 126 II 126.

<sup>85</sup> Dabei handelt es sich um eine richterliche Schutzanordnung.

einfache Formalität handelt (vgl. auch E. 6c). Es ist grundsätzlich an der nach Art. 38 BEHG um Amtshilfe ersuchenden Behörde, die Einhaltung der Vertraulichkeit darzutun.»<sup>86</sup>

Damit ist die Amtshilfe der EBK für die SEC (und damit auch für andere amerikanische Aufsichtsbehörden wie die CFTC) blockiert, solange diese nicht weitergehende Zusicherungen macht.

In einem neueren Entscheid billigte das Bundesgericht die Öffentlichkeit auch eines Verwaltungsverfahrens immerhin dann, wenn die EBK schon mit dem Amtshilfeentscheid einer Weiterleitung an die Strafbehörden zustimme und der Kunde die Vertraulichkeit im ausländischen Verfahren verlangen könne:

«Das von der Bankenkommission zu wahrende Prinzip der *«langen Hand»* kann hinsichtlich der Vertraulichkeit nicht weiter reichen, als der rechtshilfweise Schutz des Betroffenen im Zusammenhang mit der Beschaffung der gleichen Informationen auf diesem Weg. (...) Die Öffentlichkeit von Strafverfahren gehört zu den Grundprinzipien moderner Rechtsstaaten. Wenn der Gesetzgeber in Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG zugelassen hat, dass in Amtshilfe gelieferte Informationen für das Strafverfahren freigegeben werden, nahm er insofern eine Ausnahme vom – ansonsten für das Amtshilfverfahren streng zu beachtenden – Vertraulichkeitsprinzip in Kauf. Dies kann nicht ohne Wirkungen auf ein allenfalls öffentlich zu führendes Administrativ- oder *«Quasi»*-Strafverfahren bleiben, käme es doch einem Wertungswiderspruch gleich, die Benutzung der vertraulichen Tatsachen im konkreten Einzelfall zwar für ein Strafverfahren, nicht aber für ein entsprechendes paralleles Aufsichtsverfahren zu gestatten: Sind beim Amtshilfeentscheid bereits sämtliche Voraussetzungen für die Rechtshilfe gegeben und könnten entsprechende Informationen deshalb auf diesem Weg im Ausland an die Öffentlichkeit gelangen, genügt den Anforderungen an die Vertraulichkeit, wenn die ersuchende Behörde

<sup>86</sup> BGE vom 20. Dezember 2001 i.S. SEC / *Elsag Bailey*, 2A.349/2001, Erw. 6.b)bb).

eine solche für ihre Vorabklärungen glaubwürdig zusichert und dem betroffenen Kunden in einem allfälligen administrativen Sanktionsverfahren die Möglichkeit offen steht, den Ausschluss der Öffentlichkeit zu verlangen, (...).»<sup>87</sup>

Dies heisst allerdings weiterhin, dass in Verfahren, bei welchen der Weiterleitung an die Strafbehörden nicht in der ersten Verfügung der EBK zugestimmt werden kann (insbesondere weil der Zusatzverdacht nicht vorhanden ist<sup>88</sup>), – was auf etwa 90% der Fälle zutrifft – eine Amtshilfeleistung nicht möglich ist, wenn die ausländischen Behörden spezielle öffentliche Verfahren beachten müssen.

## 9. Mängel der heutigen Regelung

Bei Erlass des BEHG bestand das Bestreben, mit der Amtshilfe ein Instrument zum schnellen und effizienten Informationsaustausch zur Verfügung zu stellen.<sup>89</sup> Die heutige Regelung gestaltet die Amtshilfe sowohl für die EBK als auch für das Bundesgericht äusserst arbeitsintensiv, und sie kann die in sie gesetzten Erwartungen aus verschiedenen Gründen nicht erfüllen.

### a) Überhöhte Anforderungen an die Vertraulichkeit

Die heutigen gesetzlichen Anforderungen an die Vertraulichkeit haben insbesondere zur Blockierung der Amtshilfe für amerikanische Aufsichtsbehörden wie die Securities and Exchange Commission (SEC) geführt.<sup>90</sup> Der Grund liegt im amerikanischen Verfahrensrecht: In den USA setzen die Aufsichtsbehörden das Aufsichtsrecht in erster Linie mittels Klagen vor Zivil- oder Verwaltungsgerichten und seltener auch

<sup>87</sup> BGE vom 10. Juli 2002 i.S. OSC / RBC Dominion Securities Inc., 2A.27/2002, Erw. 4.3.2 und 4.3.3, BGE 128 II 407.

<sup>88</sup> Vgl. vorne Ziff. 8.b).

<sup>89</sup> BBl 1993 I 1423.

<sup>90</sup> Vgl. vorne Ziff. 8.h).

vor Strafgerichten durch. Sobald die Klage hängig ist, sind nach amerikanischem Verfahrensrecht alle zur Begründung der Klage eingereichten Dokumente öffentlich zugänglich. Zudem informieren die US-Aufsichtsbehörden die Öffentlichkeit regelmässig via Medien über die Klageeinreichung (sog. «litigation release»). Dies alles geschieht aber erst, nachdem sich aufgrund der übermittelten Informationen ein Verdacht erhärtet hat. Vorher werden die Informationen vertraulich behandelt, und nicht relevante Kundendaten werden daher gar nicht öffentlich.

Zwar hat die SEC gegenüber der Bankenkommission nach ausgedehnten Verhandlungen eingewilligt, ihre Medienmitteilungen zurückhaltend zu formulieren, und sie hat auch ausdrücklich bestätigt, dass den beklagten Personen die Möglichkeit zusteht, beim Gericht den Ausschluss der Öffentlichkeit zu verlangen (sog. «protective order»). Damit erachtet das Bundesgericht das Prinzip der Vertraulichkeit aber nicht als gewahrt. In zwei Entscheiden<sup>91</sup> hielt es die amerikanischen Verfahrensgrundsätze für unvereinbar mit dem geltenden schweizerischen Recht. Dies ist für die SEC berechtigterweise nicht verständlich, da bei ihr nach Erhalt der Informationen auf dem Amtshilfe- oder dem Rechtshilfeweg ein einheitliches landesinternes Verfahren zur Anwendung gelangt, und zwar unabhängig davon, ob die Informationen auf dem Amtshilfe- oder auf dem Rechtshilfeweg erlangt worden sind. Als es in der Schweiz noch kein Amtshilfeverfahren gab und sämtliche Auskünfte auf dem Rechtshilfeweg eingeholt werden mussten, beanstandete das Bundesgericht dieses landesinterne Verfahren weder aufgrund der öffentlichen Gerichtsverfahren noch aufgrund des Prinzips, die Öffentlichkeit via Medien über die Klageeinreichung zu orientieren. Daraus ergibt sich die paradoxe Situation, dass die Übermittlung von Informationen an amerikanische Aufsichtsbehörden auf dem Weg der Rechtshilfe einfacher war als unter dem jetzigen Regime der Amtshilfe, welches eigentlich zu einer Vereinfachung des Auskunftsverfahrens hätte führen sollen.

<sup>91</sup> BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsayg Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.b) und c), BGE 126 II 126 und BGE vom 20. Dezember 2001 i. S. SEC / Elsayg Bailey, 2A.349/2001, Erw. 6.

Diese bundesgerichtliche Auslegung des Vertraulichkeitsprinzips steht im Gegensatz zur weltweiten Tendenz, Sanktionsverfahren im Bereich der Wertschriftenaufsicht mit mehr Publizität zu führen. Diese Tendenz ist auch in der Schweiz wahrnehmbar. Beispielsweise informiert die Schweizer Börse SWX vermehrt über die Eröffnung von Untersuchungsverfahren und gibt auch die Identität der betroffenen Gesellschaften bekannt. Ausserdem sind in der Schweiz Gerichtsverfahren schon von Verfassungen wegen spätestens im Verhandlungsstadium grundsätzlich öffentlich.<sup>92</sup> Es kommt einem nicht erklärbaren Wertungswiderspruch gleich, wenn die Schweiz von einer ausländischen Aufsichtsbehörde mehr Vertraulichkeit fordert, als sie selbst zu gewähren bereit ist.<sup>93</sup>

#### **b) Problematik des Prinzips der langen Hand**

Das Prinzip der langen Hand beruht auf der Vorstellung, dass den er suchenden ausländischen Aufsichtsbehörden die Kompetenz zusteht, gestützt auf die übermittelten Informationen selber Sanktionen zu verhängen, weshalb sie die Informationen nur in Ausnahmefällen an andere Instanzen weiterzuleiten haben. Diese Vorstellung entspricht nicht der Realität. In sehr vielen Staaten ist die Finanzmarktaufsicht nämlich so organisiert, dass die Aufsichtsbehörden zur Durchsetzung ihrer gesetzlichen Pflicht entweder ausschliesslich oder parallel zum verwaltungsinternen Verfahren an Straf-, Zivil- oder Verwaltungsgerichte gelangen müssen. Auch in der Schweiz kann die Bankenkommission nach heutigem Recht keine verwaltungsrechtlichen Massnahmen gegen Personen anordnen, die ihrer Aufsicht nicht unterstellt sind. Dies ist beispielsweise bei Bankkundinnen und -kunden der Fall. Verstösst ein Bankkunde oder eine Bankkundin gegen Aufsichtsrecht, muss die Bankenkommission bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde gegen ihn oder sie Anzeige erstatten. Weiter arbeitet die Bankenkommission bei der Untersuchung von Börsendelikten mit der zu-

<sup>92</sup> Art. 30 Abs. 3 Bundesverfassung (BV; SR 101).

<sup>93</sup> So auch das Bundesgericht in BGE vom 2. Oktober 2000 i.S. Kreditilsynet / Finansbanken ASA, 2A. 108/2000, Erw. 4.b)aa), 126 II 409.

ständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörde zusammen. Die beiden Behörden haben nach Art. 35 Abs. 6 BEHG die gesetzliche Pflicht, sich gegenseitig Rechtshilfe zu leisten.<sup>94</sup>

Nach Auffassung des Bundesgerichts schliesst das Prinzip der langen Hand – wie auch das Vertraulichkeitsprinzip – jegliche Weitergabe der Informationen von der Zweitempfängerin an Dritte aus.<sup>95</sup> Diese Bedingung kann die Bankenkommission gegenüber den ausländischen Behörden nicht durchsetzen. Sie kann höchstens die sie ersuchenden Aufsichtsbehörden (also die Erstempfängerinnen), mit denen sie regelmässige Kontakte pflegt, um eine Zusicherung anzufragen, dass die Zweitbehörde (an welche die Informationen unter Voraussetzung der Zustimmung durch die Bankenkommission weitergegeben werden) die Informationen nicht an Dritte weitergibt. Hingegen kann sie nicht verlangen, dass die ersuchenden Aufsichtsbehörden vor einer Weitergabe zum Beispiel an Gerichte ihrerseits von diesen entsprechende Garantien einholen. Ein solches Vorgehen ist insbesondere dann nicht möglich, wenn die Zweitempfängerinnen auf Grund geltenden ausländischen Verfahrensrechts zur Weitergabe verpflichtet sind. Noch weniger kann die Bankenkommission solche Garantien direkt von den Zweitempfängerinnen einholen, da sie mit ihnen normalerweise nicht in Kontakt steht.

Das heutige gesetzliche Erfordernis, die Weiterleitung der Informationen an Gerichte oder andere Aufsichtsbehörden von einer formellen Zustimmung der Bankenkommission abhängig zu machen, erschwert und verzögert die Amtshilfe in nicht mehr zu rechtfertigender Weise. Das Prinzip der langen Hand ist in anderen schweizerischen Gesetzen, die den Informationsaustausch regeln, nicht vorgesehen. Als Beispiel sei die Amtshilfebestimmung des erst kürzlich erlassenen Bundesgesetzes vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG; SR 946.231) genannt.

<sup>94</sup> Vgl. EBK-Jahresbericht 1999, S. 86 f.

<sup>95</sup> BGE vom 24. November 1999 i. S. SEC / Equity Journal, 2A.51/1999, Erw. 4.a), EBK Bulletin 40, S. 126; BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsag Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.c)aa), 126 II 126; vgl. vorne Ziff. 8.e).

Und auch die Rechtshilfe in Strafsachen<sup>96</sup>, bei der ebenfalls die Möglichkeit besteht, dass die übermittelten Informationen an andere Instanzen weitergeleitet werden, kennt das Prinzip nicht.

### **c) Besondere Schwierigkeiten bei der Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden**

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden. Eine Weiterleitung ist gemäss der geltenden gesetzlichen Regelung nur zulässig, sofern neben der Amtshilfe auch die Rechtshilfe in Strafsachen möglich wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese an die Voraussetzung geknüpft, dass die Tat neben dem Land der ersuchenden Behörde auch in der Schweiz strafbar ist (doppelte Strafbarkeit).<sup>97</sup> Diese Voraussetzung ist zum einen nicht einfach zu erfüllen, weil das schweizerische Börsenrecht weniger Straftatbestände aufweist als vergleichbare ausländische Regelungen. Vor allem aber wirkt die Insiderstrafnorm<sup>98</sup> Probleme auf, da das Bundesgericht das Tatbestandselement der kursrelevanten Tatsache, deren Kenntnis bei einem Insiderdelikt zur Erlangung eines Vermögensvorteils ausgenützt wird, eng auslegt.<sup>99</sup> So kann u.a. das Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen im Vorfeld einer Gewinnwarnung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht unter Art. 161 StGB fallen.<sup>100</sup> Dies hat zur Folge, dass eine Strafbarkeit in der Schweiz selbst in klaren Fällen der Ausnützung von Insiderwissen oft nicht vorliegt, weil die vertrauliche Tatsache nicht kursrelevant im Sinne der bundesgerichtlichen Auslegung ist. Da es damit an der doppelten Strafbarkeit mangelt, kann die Bankenkommission einer Weiterleitung von Informationen an ausländische Strafbehörden nicht zustimmen. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht für die Weiterleitung

<sup>96</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1).

<sup>97</sup> BGE vom 30. August 1999 i.S. BAWe / IG Farben (2A.17/1999), Erw. 4; BGE 125 II 450; vgl. vorne Ziff. 8.c).

<sup>98</sup> Art. 161 des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

<sup>99</sup> BGE vom 15. April 2002 i.S. Finanzinspektionen / Intelligent Microsystems Data AB und Information Highway, 2A.567/2001, Erw. 6.5.2; vgl. vorne Ziff. 8.c).

<sup>100</sup> EBK-Jahresbericht 2001, S. 17.

an eine Strafverfolgungsbehörde einen Zusatzverdacht verlangt, der über den für die Amtshilfe nötigen Anfangsverdacht hinausgeht.<sup>101</sup> Ein solcher Zusatzverdacht kann jedoch in den meisten Fällen gerade erst begründet werden, nachdem die ausländischen Behörden die Identität der Kundin oder des Kunden in einem Amtshilfeverfahren in Erfahrung bringen konnten. Ohne diese Information ist es nahezu unmöglich zu beurteilen, ob eine Transaktion mit Insiderwissen durchgeführt wurde.

Die Aufsichtsbehörden verschiedener europäischer Staaten unterliegen nach eigenen Angaben bei jedem Verstoss gegen eine Finanzmarktregelung einer absoluten Strafanzeigepflicht. Sie ersuchen die Bankenkommision daher bereits im Amtshilfege such um Zustimmung zu einer allfälligen Weiterleitung an die Strafbehörden. Ist die doppelte Strafbarkeit nicht gegeben oder kann kein Zusatzverdacht begründet werden, darf die Bankenkommision in diesen Fällen Informationen nicht einmal im Rahmen der Amtshilfe an die Aufsichtsbehörde übermitteln.

Zur Behebung der genannten Probleme in der Amtshilfe wurde der Vorschlag gemacht, nicht die Amtshilfebestimmung, sondern die Insiderstrafnorm (Art. 161 StGB) zu revidieren. Ein solches Vorgehen wäre aus mehreren Gründen unbefriedigend. Erstens ist die Insiderstrafnorm nur einer aus einer ganzen Reihe von schweizerischen und ausländischen Marktmissbrauchstatbeständen. Damit die Probleme in der Amtshilfe gelöst werden könnten, müssten daher auch die anderen Marktmissbrauchstatbestände im StGB angepasst oder, sofern noch gar nicht vorhanden, vom Ausland übernommen werden. Ein solcher Zwang zur Änderung materiellen Rechts, um gegenüber dem Ausland amtshilfetauglich zu sein, nähme der Schweiz die Kompetenz, selbst zu entscheiden, welche Sachverhalte sie als strafrechtsrelevant ansieht. Ausserdem müsste das StGB laufend an internationale Entwicklungen angepasst werden. Schliesslich kann das Problem, dass

<sup>101</sup> BGE vom 10. Mai 2001 i. S. COB / AXA/UAP, 2A.317/2000, Erw. 5 b); vgl. vorne Ziff. 8.b).



das Bundesgericht für die Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden einen über den Anfangsverdacht hinausreichenden Zusatzverdacht verlangt, mit einer Revision des Insiderartikels nicht gelöst werden. Aus all diesen Gründen können die Schwierigkeiten in der Amtshilfe durch eine Revision des Insiderartikels nicht beseitigt werden. Dafür ist eine Änderung des Amtshilferechts selbst erforderlich.

#### **d) Lange Verfahrensdauer durch zweistufiges Verfahren**

Soweit die von der Bankenkommission zu übermittelnden Informationen Kundinnen oder Kunden von Effekthändlern betreffen, ist das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) anwendbar («Kundenverfahren», Art. 38 Abs. 3 BEHG).<sup>102</sup> Kommt die Bankenkommission in einem bestimmten Fall zum Schluss, dass Amtshilfe geleistet werden kann, so führt sie ein Übermittlungsverfahren durch, in welchem die Kundinnen oder Kunden Kenntnis von den Ermittlungen erhalten. Sie erlässt eine Verfügung, sofern die Kundinnen oder Kunden – meist Bankkunden – nicht darauf verzichten. Die Verfügung kann mit Beschwerde an das Bundesgericht angefochten werden. Entscheidet das Bundesgericht, dass Amtshilfe geleistet werden darf, übermittelt die Bankenkommission die Informationen an die ausländische Aufsichtsbehörde. Gelangt diese aufgrund der erhaltenen Informationen zur Auffassung, dass sie die Informationen weiterleiten muss (z. B. wenn sie selbst keine Sanktionskompetenzen hat), so hat sie wiederum bei der Bankenkommission um Zustimmung zur Weiterleitung nachzusuchen. Der Entscheid der Bankenkommission über die Weiterleitung wird vom Bundesgericht als anfechtbare Verfügung angesehen, gegen welche der Kunde wiederum Beschwerde beim Bundesgericht einlegen kann.<sup>103</sup> Aufgrund dieser Zweiteilung des Amtshilfeverfahrens in ein Übermittlungs- und ein Weiterleitungsverfahren kann es also zu zwei Bundesgerichtsverfahren kommen. Ein tatsächlicher Insider kann die Behandlung seines

<sup>102</sup> Vgl. vorne Ziff. 2.g).

<sup>103</sup> BGE vom 29. Oktober 1998 i. S. BAWe / Thyssen (1), 2A.118/1998, Erw. 10.b), BGE 125 II 65; vgl. vorne Ziff. 8.a).

Falles im Ausland demnach durch das geltende schweizerische Verfahren durch zwei Bundesgerichtsverfahren hinauszögern.

Das schweizerische Kundenverfahren ist in seiner Ausprägung weltweit nahezu einzigartig. Es wird von der Bankenkommission und vom Bundesgericht gemessen an der Arbeitslast jeweils zwar in höchst respektabler Geschwindigkeit abgewickelt. Dennoch kann eine Verfahrensdauer von neun bis zwölf Monaten (wenn der Übermittlungsentscheid angefochten wird) bzw. bis zu drei Jahren (bei Anfechtung eines Weiterleitungsentscheides)<sup>104</sup> die Ermittlungen der ersuchenden Behörden ausserordentlich erschweren und verzögern. Je länger die Untersuchungen aber dauern, desto mehr verringern sich nach Erfahrung der Bankenkommission bei ihren eigenen Untersuchungen von Börsendelikten die Chancen, einen verdächtigen Vorfall aufzudecken.

### **e) Internationales Umfeld**

Die geschilderten Mängel der schweizerischen Amtshilferegelung führen zu einer restriktiven Amtshilfepraxis gegenüber den ausländischen Behörden. Diese reagieren mit Unverständnis und teilweise sogar Unmut. Dem Schweizer Finanzplatz haftet auf Grund der geltenden Praxis der Ruf an, Marktmissbrauch zu ermöglichen und zur wirksamen Verfolgung von Börsendelikten keine Hand zu bieten.

Das schweizerische Kundenverfahren stösst auch auf Unverständnis, da das VwVG den von einem Amtshilfesuch betroffenen Personen Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht gewährt und die Amtshilfeverfügungen der Bankenkommission ihnen schriftlich zustellen sind. In Ausnahmefällen kann die Bankenkommission diese Parteirechte zwar einschränken und ihre Verfügung sofort, d. h. mit deren Eröffnung, vollstrecken.<sup>105</sup> Die Bankenkommission hat von diesen Möglichkeiten bisher allerdings noch nie Gebrauch gemacht, da sie

<sup>104</sup> Vgl. vorne Ziff. 5.e).

<sup>105</sup> Art. 27, 30 VwVG; Art. 111 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG; SR 173.110).

den gesetzlich vorgesehenen Kundenschutz nicht aushöhlen will. Der betroffene Bankkunde oder die betroffene Bankkundin erfährt daher im schweizerischen Amtshilfeverfahren in aller Regel von den Ermittlungen der ersuchenden ausländischen Behörde, was ihm oder ihr ermöglicht, Beweismittel zu beseitigen und unrechtmässige Gewinne dem Zugriff der Justiz zu entziehen.

Die geltenden gesetzlichen Bestimmungen sind auch mit den internationalen Richtlinien, insbesondere denjenigen der International Organization of Securities Commissions (IOSCO), der Organisation der internationalen Aufsichtsbehörden über Effektenmärkte, unvereinbar.

Im Mai 2002 verabschiedete die IOSCO ein multilaterales Memorandum of Understanding (MoU), welches die Zusammenarbeit und den Austausch von Informationen zwischen den Börsenaufsichtsbehörden weltweit regelt. Das Abkommen ist rechtlich nicht bindend; seine Befolgung beruht auf Freiwilligkeit. Das MoU sieht vor, dass die übermittelten Informationen in allen Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren frei verwendet werden können, solange sie der Durchsetzung der Finanzmarktgesetze dienen.<sup>106</sup> Das Abkommen wahrt somit zwar das Spezialitätsprinzip, aber das in der Schweiz geltende Prinzip der langen Hand ist mit der freien Verwendbarkeit der Informationen nicht vereinbar. Ihr steht insbesondere auch das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit bei der Weiterleitung an Strafbehörden entgegen. Die Bankenkommision kann das MoU aus diesen Gründen nicht unterzeichnen.

Auf Grund des Prinzips der langen Hand ist die geltende schweizerische Regelung auch nicht EU-kompatibel. Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) bestimmt nämlich, dass die Verweigerung der Amtshilfe innerhalb der Mitgliedsstaaten nur in Ausnahmefällen möglich ist (zum Beispiel, wenn die

<sup>106</sup> Art. 10 a (ii) MoU (der Text des MoU ist einsehbar unter <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD126.pdf>).

Weitergabe der Informationen die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des ersuchten Mitgliedstaates beeinträchtigen könnte, wenn vor einem Gericht des ersuchten Mitgliedstaates bereits ein entsprechendes Verfahren anhängig ist oder in derselben Sache gegen die genannten Personen bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist).<sup>107</sup> Ansonsten sind die Mitgliedstaaten untereinander verpflichtet, innerhalb des Spezialitätsprinzips unverzüglich alle Informationen zu übermitteln, um die sie nachgefragt werden. Die ersuchende Behörde darf diese Informationen im Rahmen ihrer Aufgabe auch in miteinander verbundenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verwenden. Sollen die Informationen für andere Zwecke gebraucht oder an andere Mitgliedstaaten weitergeleitet werden, hat die ersuchende Behörde die vorgängige Zustimmung der ersuchten Behörde einzuholen.

## 10. Gesetzesrevision im Interesse des Finanzplatzes nötig

Der Finanzplatz Schweiz ist stark vom Ausland abhängig. Um ihre Stellung im internationalen Markt halten zu können, braucht die Schweiz eine effiziente, den internationalen Mindeststandards angepasste Amtshilfe. Sonst besteht das Risiko, dass ausländische Börsenaufsichtsbehörden schweizerischen Banken und Effekthändlern wegen mangelhafter Amtshilfe den Zugang zu ihren Börsenmärkten verwehren.<sup>108</sup> Auch können Schweizer Börsen im internationalen Börsenwesen Wettbewerbsnachteile erwachsen, wenn im Zuge einer allgemeinen Konzentration internationale Joint Ventures zwischen mehreren Börsen gebildet werden. Denn die Möglichkeit, sich an einem Joint Venture zu beteiligen, hängt nicht zuletzt von einer befriedigen-

<sup>107</sup> Vgl. Art. 16 der Richtlinie.

<sup>108</sup> Dasselbe wäre umgekehrt auch in der Schweiz der Fall, denn Art. 53 Abs. 1 Buchstabe c der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11) sieht vor, dass die Bankenkommission einem ausländischen Effekthändler, der Mitglied einer Börse mit Sitz in der Schweiz werden will, eine Bewilligung nur dann erteilt, wenn die zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden in der Lage sind, der Bankenkommission Amtshilfe zu leisten.

den Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Aufsichtsbehörden ab. Angesichts des heute schon spürbaren und sich in Zukunft noch verstärkenden Wettbewerbsdrucks im Bank- und Börsenwesen ist eine Schwächung der Marktposition auf Grund unzulänglicher Amtshilfebestimmungen fatal. In aufsichtsrechtlicher Hinsicht kann die beschränkte Amtshilfefähigkeit dazu führen, dass ausländische Börsenaufsichtsbehörden der Bankenkommission aufgrund fehlender Gegenseitigkeit keine Amtshilfe mehr leisten können.

Eine mit internationalen Standards kompatible Amtshilfe kommt aber nicht nur den Geschäftsinteressen des Schweizer Finanzplatzes entgegen, sondern sie ist auch wichtig für den Ruf desselben. Mit einer Revision des Amtshilfeverfahrens kann die Schweiz den Vorwurf entkräften, Marktmissbräuche zu ermöglichen. Dieser Vorwurf kann dann auch nicht mehr in anderen sensiblen Bereichen gegen sie verwendet werden, um ihre Anliegen abzublocken. Erwähnt sei namentlich die schwierige Diskussion um das Bankkundengeheimnis, das zum Schutz der Privatsphäre von Kundinnen und Kunden schweizerischer Finanzinstitute erhalten bleiben soll. Dort gilt es zu verhindern, dass das Bankgeheimnis als illegitimer Schutz von Verbrechern diskreditiert wird.

Die EBK forderte bereits im Jahresbericht 2001 eine Revision der Amtshilfebestimmung im Börsengesetz. Gespräche mit der Bankiervereinigung zeigten, dass sie mit der EBK über die Notwendigkeit der Revision einig geht. Eine Arbeitsgruppe erarbeitete schliesslich einen Entwurf für die Gesetzesänderung. Er enthält folgende zentrale Punkte:

- Am Spezialitätsprinzip, also dem Prinzip, dass Informationen nur zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet werden dürfen, wird vollumfänglich festgehalten. Informationen, die im Amtshilfeverfahren an eine aus-

ländische Finanzmarktaufsichtsbehörde übermittelt werden, dürfen daher nicht für andere, insbesondere nicht für Steuerzwecke gebraucht werden. Nach den Erfahrungen der Bankenkommission wurde das Spezialitätsprinzip seit Inkrafttreten des BEHG eingehalten.

- Das Vertraulichkeitsprinzip wird durch einen generellen Vorbehalt anwendbarer Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren sowie der Information der Öffentlichkeit über solche Verfahren präzisiert.
- Das Prinzip der langen Hand wird im Rahmen des Spezialitätsprinzips aufgehoben. Demnach ist die Weiterleitung von Informationen an Stellen, die mit der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler betraut sind, neu erlaubt. Damit entfällt – im Rahmen des Spezialitätsprinzips – auch das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden und die damit zusammenhängende bisherige Bedingung der doppelten Strafbarkeit und des Zusatzverdachts. Für eine Weiterleitung von Informationen zu Zwecken, die nicht der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler dienen, gilt die bisherige Regelung aber weiterhin. Damit ist insbesondere die Weitergabe von Informationen zu Steuerzwecken nach wie vor unterbunden. Und zum Beispiel in Betrugsfällen müssen die Rechtshilfevoraussetzungen inklusive das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit wie bisher eingehalten werden.
- Das Kundenverfahren wird beibehalten, wobei es durch Ordnungsfristen und Verfahrensvorschriften gestrafft und beschleunigt wird. Ein Verfahren soll vom Eingang des Gesuchs bis zu einer allfälligen Bundesgerichtsentscheid nicht länger als 6 Monate dauern. Das Kundenverfahren kommt bei der Erstübermittlung von kundenbezogenen Informationen zur Anwendung. Einzig mögliche Partei ist die Kundin oder der Kunde.
- Werden Informationen für Zwecke ausserhalb des Spezialitätsprinzips von der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde an Straf-

behörden weitergegeben, ist das normale Verwaltungsverfahren ohne Einschränkungen anwendbar.

Die EBK hat einen entsprechenden Vorschlag im April 2003 dem Finanzdepartement zugestellt. Eine vernünftige und funktionierende Amtshilfe unter Finanzmarktaufsichtsbehörden liegt im wohlverstandenen Interesse des Finanzplatzes. Es ist hier auf die Einsicht der Schweizer Akteure zu hoffen, bevor die Mängel in der Amtshilfe zu empfindlichen Beschränkungen an ausländischen Finanzplätzen führen.

## Finanzmarktaufsichtsbehörden mit Amtshilfeersuchen an die EBK

(Stand Juli 2003)

ASIC Australian Securities & Investments Commission	Australien
Euronext Brussels	Belgien
Nasdaq Europe SA/NV	Belgien
SBVMB Société de la bourse de valeurs mobilières de Bruxelles	Belgien
Finanstilsynet Danish Financial Supervisory Authority	Dänemark
BaFin Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	Deutschland
Hüst Handelsüberwachungsstelle Eurex Deutschland	Deutschland
BAWe Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel	Deutschland
Finantsinspektsioon (Estonian Financial Supervision Authority)	Estland
COB Commission des Opérations de Bourse	Frankreich
HCMC Hellenic Capital Market Commission	Griechenland
DTI Department of Trade and Industry	Grossbritannien
FSA Financial Services Authority	Grossbritannien
SFC The Securities & Futures Commission of Hong Kong	Hong Kong
CONSOB Commissione Nazionale per le Società e la Borsa	Italien
OSC Ontario Securities Commission	Kanada
Croatian Securities Commission	Kroatien
CSSF Commission de Surveillance du Secteur Financier	Luxemburg
AFM Autoriteit Financiële Markten	Niederlande
De Nederlandsche Bank N.V.	Niederlande
STE Stichting Toezicht Effectenverkeer	Niederlande



Kredittilsynet The Banking, Insurance and Securities Commission of Norway	Norwegen
FMA Finanzmarktaufsicht	Österreich
CMVM Comissão do Mercado de Valores Mobiliários	Portugal
Finansinspektionen Swedish Financial Supervisory Authority	Schweden
FMA The Financial Market Authority	Slowakei
CNMV Comisión Nacional del Mercado de Valores	Spanien
FSB Financial Services Board	Südafrika
Capital Markets Board of Turkey (Sermaye Piyasasi Kurulu)	Türkei
HFSA Hungarian Financial Supervisory Authority	Ungarn
Boston Stock Exchange Surveillance Department	USA
CFTC Commodities Futures Trading Commission	USA
SEC Securities and Exchange Commission	USA

Einige Behörden (AFM, BAFin, Euronext) haben wegen Fusionen oder aus anderen Gründen seit 1997 den Namen geändert.

## Bundesgerichtsentscheide zur Amtshilfe der Eidg. Bankenkommmission gestützt auf das Börsengesetz

(Stand Juli 2003)

Zitierweise durch EBK: BGE vom 10.3.1999 i.S. DTI / Scruttons, 2A.595/1998

Nr.	Datum des Entscheids	Ersuchende Behörde	Betroffene Titel	Aktennummer	Publikation
1	29.10.1998	BAWe	Thyssen (1)	2A.118/1998	<u>125 II 65</u> , STR 1999, 212
2	29.10.1998	BAWe	Thyssen (2)	2A.114/1998	<u>125 II 79</u>
3	29.10.1998	BAWe	Thyssen (3)	2A.101/1998	<u>125 II 83</u> , EBK Bulletin 37, 19
4	29.10.1998	BAWe	Thyssen (4)	2A.117/1998	
5	29.10.1998	BAWe	Thyssen (5)	2A.124/1998	
6	29.10.1998	BAWe	Thyssen (6)	2A.123/1998	
7	29.10.1998	SFC	ASIL	2A.116/1998	
8	29.10.1998	CNMV	Eurobuilding	2A.213/1998	<u>EBK Bulletin 37</u> , 21
9	17.12.1998	BAWe	CEAG AG	2A.526/1998	
10	25.1.1999	DTI	Amey	2A.344/1998	<u>EBK Bulletin 38</u> , 33
11	25.1.1999	DTI	Nylex	2A.345/1998	<u>EBK Bulletin 38</u> , 30
12	10.3.1999	DTI	Scruttons	2A.595/1998	<u>EBK Bulletin 38</u> , 36
13	23.7.1999	SFC	ASIL	2A.149/1999	Fortsetzung von 2A.116/1998
14	30.8.1999	BAWe	IG Farben	2A.17/1999	<u>125 II 450</u> , EBK Bulletin 38, 39
15	24.11.1999	SEC	Equity Journal	2A.51/1999	<u>EBK Bulletin 40</u> , 116
16	26.11.1999	CNMV	Anaya SA	2A.231/1999	
17	24.2.2000	COB	Adidas	2A.496/1999	<u>126 II 86</u>
18	24.2.2000	COB	AXA/UAP	2A.498/1999	
19	1.5.2000	SEC	Elsag Bailey	2A.355/1999	<u>126 II 126</u>
20	28.6.2000	CONSOB	Frette SpA	<u>2A.83/2000</u>	<u>EBK Bulletin 41</u> , 79
21	30.6.2000	CROSEC	Dom Fund	2A.584/1999	<u>EBK Bulletin 41</u> , 106
22	15.8.2000	SBVMB	Gevaert	<u>2A.151/2000</u>	<u>EBK Bulletin 41</u> , 112
23	21.8.2000	COB	SITA	<u>2A.150/2000</u>	
24	21.8.2000	COB	SITA	<u>2A.154/2000</u>	

<i>Nr.</i>	<i>Datum des Entscheids</i>	<i>Ersuchende Behörde</i>	<i>Betroffene Titel</i>	<i>Aktennummer</i>	<i>Publikation</i>
25	21.8.2000	COB	SITA	<u>2A.155/2000</u>	<u>EBK Bulletin 41</u> , 118
26	21.8.2000	COB	SITA	<u>2A.156/2000</u>	
27	2.10.2000	Kreditilsynet	Finansbanken ASA	<u>2A.108/2000</u>	<u>126 II 409, EBK Bulletin 41</u> , 125
28	2.11.2000	CONSOB	Marzotto	2A.114/2000	
29	2.11.2000	CONSOB	Zucchini SpA	2A.127/2000	
30	2.11.2000	CONSOB	Zucchini SpA	2A.137/2000	
31	2.11.2000	CONSOB	Tecknecomp	2A.141/2000	
32	2.11.2000	CONSOB	Tecknecomp	2A.144/2000	
33	2.11.2000	CONSOB	Tecknecomp	2A.145/2000	
34	2.11.2000	CONSOB	Fidis SpA	2A.196/2000	
35	2.11.2000	CONSOB	Fidis SpA	2A.197/2000	
36	2.11.2000	CONSOB	Fidis SpA	2A.226/2000	
37	2.11.2000	CONSOB	Fidis SpA	2A.238/2000	
38	2.11.2000	CONSOB	Frette SpA	<u>2A.84/2000</u>	
39	2.11.2000	CONSOB	Frette SpA	2A.85/2000	
40	2.11.2000	CONSOB	Frette SpA	2A.86/2000	
41	2.11.2000	CONSOB	Marzotto	2A.113/2000	
42	9.3.2001	COB	Péchiney	2A.262/2000	<u>127 II 142</u>
43	9.3.2001	COB/SBVMB	SITA+Tractebel	<u>2A.350/2000</u>	
44	9.3.2001	COB/SBVMB	SITA+Tractebel	<u>2A.352/2000</u>	
45	20.3.2001	BAWe	Henkel KGaA	2A.128/2001	<u>EBK Bulletin 42</u> , 56
46	5.4.2001	COB/SBVMB	SITA+Tractebel	<u>2A.351/2000</u>	
47	5.4.2001	COB/SBVMB	SITA+Tractebel	<u>2A.353/2000</u>	
48	5.4.2001	COB/SBVMB	SITA+Tractebel	<u>2A.354/2000</u>	
49	25.4.2001	ASIC	Murrin Murrin	<u>2A.234/2000</u>	<u>EBK Bulletin 42</u> , 61
50	27.4.2001	SBVMB	City Hotels	<u>2A.269/2000</u>	<u>EBK Bulletin 42</u> , 83
51	7.5.2001	SBVMB	Internoc	<u>2A.476/2000</u>	
52	10.5.2001	COB	AXA/UAP	<u>2A.317/2000</u>	
53	10.7.2001	BAWe	Immediate Entertainment	<u>2A.162/2001</u>	<u>EBK Bulletin 42</u> , 97
54	3.9.2001	COB	Flammarion	<u>2A.237/2001</u>	<u>127 II 323, EBK Bulletin 42</u> , 108
55	2.10.2001	DTI	MacGregor	<u>2A.347/2001</u>	
56	9.11.2001	COB	Groupe André	<u>2A.134/2001</u>	
57	9.11.2001	COB	Groupe André	<u>2A.131/2001</u>	
58	14.12.2001	CNMV	AZSA	<u>2A.538/2001</u>	
59	20.12.2001	SEC	Elsag Bailey	<u>2A.349/2001</u>	

<i>Nr.</i>	<i>Datum des Entscheids</i>	<i>Ersuchende Behörde</i>	<i>Betroffene Titel</i>	<i>Aktennummer</i>	<i>Publikation</i>
60	15.2.2002	STE	HIM Furness	<u>2A.434/2001</u>	
61	15.3.2002	BAWe	debitel AG	<u>2A.486/2001</u>	
62	15.3.2002	BAWe	Glunz AG	<u>2A.534/2001</u>	
63	27.3.2002	Kreditilsynet	Storebrand	<u>2A.123/2002</u>	
64	8.4.2002	COB	CPR	<u>2A.371/2001</u>	
65	15.4.2002 14.5.2002	Finansinspek- tionen	IMS Data AB, Information Highway AB	<u>2A.567/2001</u> <u>2A.219/2002</u>	
66	10.7.2002	OSC	RBC Dominion Securities Inc.	2A.27/2002	<u>128 II 407</u>
67	2.8.2002	COB	AXA/UAP	<u>2A.121/2002</u>	
68	5.8.2002	COB	Jet Multimedia	<u>2A.221/2002</u>	
69	18.9.2002	CONSOB	Burgo SpA	<u>2A.41/2002</u>	
70	28.11.2002	COB	COFLEXIP – ISIS	<u>2A.489/2002</u>	
71	28.11.2002	COB	COFLEXIP – ISIS	<u>2A.497/2002</u>	
72	9.1.2003	Euronext	CFE	<u>2A.276/2002</u>	
73	18.2.2003	HCMC	Goody's SA	<u>2A.425/2002</u>	
74	13.3.2003	ASIC	Groundhog	<u>2A.340/2002</u>	
75	17.3.2003	COB	RHODIA	<u>2A.55/2003</u>	
76	10.4.2003	COB	AZEO	<u>2A.124/2003</u>	

## Abkürzungen der ersuchenden Behörden:

AFM	(Niederländische) Autoriteit Financiële Markten (ehemals STE)
ASIC	Australian Securities & Investment Commission
BAFin	(Deutsche) Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (ehemals BAWe)
BAWe	(Deutsches) Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel
CNMV	(Spanische) Comisión Nacional del Mercado de Valores
COB	(Französische) Commission des Opérations de Bourse
CONSOB	(Italienische) Commissione Nazionale per le Società et la Borsa
CROSEC	(Kroatische) Securities and Exchange Commission
DTI	(Britisches) Department of Trade and Industry
Euronext	(Belgische) Euronext Brussels (ehemals SBVMB)
Finansinspektionen	(Schwedische) Financial Supervisory Authority
HCMC	(Griechische) Hellenic Capital Market Commission
Kredittilsynet	Banking, Insurance and Securities Commission of Norway
OSC	(Kanadische) Ontario Securities Commission
SBVMB	(Belgische) Société de la bourse de valeurs mobilières de Bruxelles
SEC	(Amerikanische) Securities and Exchange Commission
SFC	(Hong Kong) Securities and Futures Commission
STE	(Niederländisches) Securities Board of the Netherlands

## **Auswahl der neueren Literatur zur Amtshilfe gestützt auf das Börsengesetz**

(Stand Juli 2003)

AMYTHIERRY, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière, en droit suisse, européen et international*, Diss. Lausanne, Zürich 1998.

ALTHAUS ANNETTE, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz*, Diss. Bern, Bern 1997.

ALTHAUS ANNETTE, *Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren?*, AJP 8/1999, S. 929–945.

ALTHAUS ANNETTE, *Principles of Cross-Border Supervision: The Swiss Approach to Enhanced Cooperation in International Financial Services Supervision*, *International and Comparative Corporate Law Journal*, vol. 1 1999, issue 2, S. 125–168.

ALTHAUS ANNETTE, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz*, Diss. Bern, 2. Auflage, Bern 2001.

ALTHAUS ANNETTE, *Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 2.10.2000 (2A. 108/2000), Anmerkungen*, AJP 2001, S. 472–475.

BERNASCONI PAOLO, *Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei (Internationale Amtshilfe gegen Geldwäscherei, Internationale Zusammenarbeit durch die Eidgenössische Bankenkommission)*, in: SCHMID NIKLAUS (Hrsg.), *Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band II, Zürich 2002, S. 475–499.

BREITENMOSEER STEPHAN, *Internationale Amts- und Rechtshilfe*, in: ÜBERSAX PETER / MÜNCH PETER / GEISER THOMAS / ARNOLD MARTIN (Hrsg.), *Ausländerrecht: Ausländerinnen und Ausländer im*

öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, Genf/Basel/München 2002, S. 871–954.

DEN OTTER MATTHÄUS, *Entraide administrative internationale et le secret bancaire suisse*, Vezia-Lugano: Centro di studi bancari, 1992, Quaderni di ricerca / Centro di studi bancari; 11.

DIETZI HANSPETER / LATOUR SANDRA, *Schweizerisches Börsenrecht*, Ein Grundriss mit ausgewählten Ausführungserlassen, Basel/Genf/München, S. 129–148.

GLASER TOMASONE HELENA, *Amtshilfe und Bankgeheimnis*, Insbesondere im Bereich der Banken-, Anlagefonds- und Börsenaufsicht, Diss. Basel, Zürich 1997.

GROLIMUND PASCAL, *Internationale Amtshilfe im Bereich der Börsen- und Wertpapierhandelsaufsicht: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zum Rechtsverkehr mit Deutschland*, IPrax 20 (2000), S. 553–557.

HORNUNG DOUGLAS, *Entraide administrative internationale. La mise en œuvre des dispositions légales et les apports de la jurisprudence*, AJP 2001, S. 548–556.

LYNCH GARY G., *Can Sovereignty Survive Market Globalization?*, Presentation given to the Swiss-American Chamber of Commerce, December 2000, Zurich.

SCHAAD HANS-PETER, *Kommentar zu Art. 38 BEHG*, in VOGT NEDIM PETER / WATTER ROLF (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht*, Basel 1999, S. 394–428.

MALACRIDA RALPH, *New Market Misconduct Rules for virt-x Participants – Will the Swiss have to Play cricket?* AJP 2001, 802–808.

MICHELI FRANÇOIS ROGER, *Assistance internationale en matière administrative. La retransmission d'informations à l'autorité pénale étrangère*, SJZ 2001, S. 33–40.

NOBEL PETER, *Schweizerisches Finanzmarktrecht, Einführung und Überblick*, Bern 1997, besonders § 2 Rz. 20 ff., § 3 Rz. 202 ff., § 4 Rz. 215 ff., § 12 Rz. 51 ff. (Aktualisierungen im Internet, vgl. [www.staempfli.com](http://www.staempfli.com)).

NOBEL PETER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 1998 bis Mitte 1999, SZW 1999, S.248–253.

NOBEL PETER, Les règles sur l'assistance administrative internationale en matière boursière et bancaire: premières expériences sur un texte difficile, in: THEVENOZ / BOVET (Hrsg.), Journée 1999 de droit bancaire et financier, Bern, 2000, S. 125–150.

NOBEL PETER, Zu restriktive Amtshilfe-Praxis des Bundesgerichts?, BGE vom 20. Dezember 2001, 2A.349/2001 (Internationale Amtshilfe an die SEC), SZW 2002, S. 61 ff.

NOBEL PETER, Swiss Finance Law and International Standards, Bern/Den Haag/London/Boston, 2002, S. 472 ff.

ROTH ROBERT, Kommentierung zu Art. 38 BEHG in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel. HERTIG GÉRARD / MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J. / ROTH ROBERT / ROTH URS P. / ZOBL DIETER, Schulthess, Zürich.

ROUILLER CLAUDE, La coopération internationale en matière de surveillance des banques et des bourses, RVJ 1997, S. 223–239.

SANSONETTI RICCARDO, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Standards internationaux et réception en droit suisse, Diss. Genf, Zürich 1998.

SCHWOB RENATE, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz – Sauberer Finanzplatz auf Kosten Einschränkung rechtsstaatlicher Grundsätze, SJZ 2001, S. 169–176.

ZIMMERMANN ROBERT, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Bern 1999.

ZULAUF URS, Rechtshilfe – Amtshilfe, Zur Zusammenarbeit der Eidg. Bankenkommission mit ausländischen Aufsichtsbehörden im Rahmen der neuen Banken-, Börsen- und Anlagefondsgesetzgebung des Bundes, SZW 1995, S. 50–62.

ZULAUF URS, Lange Hand oder verbrannte Finger? Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommission nach Börsengesetz – erste Erfahrungen, in: NOBEL PETER (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, 8/1999, Bern 2000, S. 111–134.



ZULAUF URS / BALLEYGUIER DINA, Wer umgeht wen? Höhere Anforderungen an die Amtshilfe als an die Rechtshilfe? Internationale Amtshilfe der Eidg. Bankenkommission für ausländische Wertpapieraufsichtsbehörden: eine Zwischenbilanz. In: NOBEL PETER (Hrsg.), Internationales Gesellschaftsrecht, Bern 2002, S. 125–163.

**Umfang der Revisionsarbeiten bei Banken  
und Effekthändlern  
Umfrage der EBK von 2001**

**Etendue de la révision auprès des banques et négociants  
en valeurs mobilières  
Enquête de la CFB de 2001**

**Ampiezza della revisione delle banche e dei negozianti  
in valori mobiliari  
Inchiesta della CFB del 2001**

**1. Einleitung**

Die Bankenkommission beschloss nach den Erhebungen der Jahre 1978 (EBK Bulletin 5, S. 5 ff.), 1986 (EBK Bulletin 18, S. 32 ff.) und 1998 (EBK Bulletin 35, S. 25 ff.) wiederum eine Veröffentlichung des Revisionsaufwandes der banken- und börsengesetzlichen Revisionsstellen bei Banken und neu auch Effekthändlern.

Seit der letzten Berichterstattung 1998 über die Prüfungen des Geschäftsjahres 1996 oder 1996/97 müssen die banken- und börsengesetzlichen Revisionsstellen diese Angaben jährlich zuhanden der Bankenkommission erheben. Die Erhebung erfolgt aufgrund eines einheitlichen Formulars durch die externen Revisionsstellen und umfasst auch die Angaben über die Tätigkeit der internen Revision. Dabei werden neben den Stammdaten auch der Stundenaufwand der externen und internen Revision aufgeteilt nach Prüfgebieten gemeldet.

Zusätzlich sind die Stunden für die externe und die interne Revision aufgeteilt in

- Höheres Kader (Manager/Partner)
- Revisionsmitarbeiter (Assistent/Senior)
- Sekretariat

und aufgeteilt in Stunden nach Arbeiten vor bzw. nach Abschlusstag anzugeben. Damit auch die Kosten der Revision analysiert werden können, werden pro Institut auch die Honorarvolumen der externen und internen Revision mitgeteilt.

Gegenstand der vorliegenden Umfrage und Berichterstattung bildet der stunden- und frankenmässige Aufwand der externen und internen Revision für die Prüfung des Geschäftsjahres 2001. Nicht in die Umfrage einbezogen wurden weitere Dienstleistungen der externen Revision wie z.B. Unternehmens- oder Steuerberatung.

In die Umfrage einbezogen wurde auch der bei der konsolidierten Überwachung einzelner Bank- und Effektenhandelskonzerne anfallende Aufwand. Bei Banken und Effektenhändlern, die eine Konzernrechnung erstellen, wurden die Revisionsstellen angewiesen, auf der Stufe des Stammhauses den Aufwand im Zusammenhang mit der konsolidierten Aufsicht und/oder Konzernrechnung zu erfassen (inklusive des Aufwandes in- und ausländischer Prüfer).

Um die Vergleichbarkeit der Auswertungen zu wahren, wurden für gewisse Kennzahlen, analog der Umfragen für die Jahre 1977, 1985 und 1996, die von der externen und der internen Revision geleisteten Stunden in Personenjahre umgerechnet, wobei 1800 Stunden einem Personenjahr entsprechen.

Wird im Folgenden von Banken bzw. dem Bankenwesen gesprochen, schliesst dies den Effektenhandel bzw. die Effektenhändler mit ein, ausser dieser sei bzw. diese seien als eigener Institutstyp spezifisch gemeint.

## 2. Ergebnisse der Umfrage

### 2.1 Anzahl der erfassten Institute / Tabelle 1

Die Darstellung zeigt, dass sich die bedeutenden Strukturveränderungen, die das Bankwesen seit den Umfragen 1985 und 1996 erfahren hat, weiter fortgesetzt haben. Die Anzahl der in den Umfragen erfassten Banken hat von 399 um 6,3% auf 374 abgenommen. Erstmals wurden in 2001 77 Effekthändler erfasst, so dass sich die Anzahl der Institute trotz des Rückgangs bei den Banken um 13% auf 451 Institute erhöhte.

Ganz aus der Statistik verschwunden sind die letzten 5 Kleinkreditbanken. Einen weiteren zahlenmässigen Rückgang haben insbesondere die Regionalbanken zu verzeichnen (-24 Institute). Bei der Gruppe der Grossbanken wurden im 2001 erstmals sämtliche der Gruppe der CSG oder UBS angehörenden Institute, unabhängig von deren Status gemäss SNB-Statistik, miteinbezogen (+18 Institute).

### 2.2 Entwicklung des Bankwesens (Bilanzsummen, Personalbestand und Ausserbilanzgeschäfte) von Ende 1996 bis Ende 2001 / Tabellen 2 und 3

Die *Tabelle 2* zeigt die Entwicklung der Bilanzsummen und des Personalbestandes der Banken zwischen Ende 1996 und Ende 2001. In diesem Zeitraum hat sich die Bilanzsumme aller Institute zusammen praktisch um 50% erhöht. Der Personalbestand stieg dagegen seit 1996 lediglich um 5761 oder 5% auf 118 174 Personen. Davon waren allein 1688 Personen bei Effekthändlern beschäftigt, welche neu in dieser Statistik erfasst worden sind, während die Kleinkreditbanken ganz aus dieser Statistik verschwunden sind.

Auffallend ist, dass sich bei der Gruppe Grossbanken der Personalbestand verringerte, während die Bilanzsumme aufgrund der erhöhten

Auslandtätigkeit um fast 70% zunahm. Der zahlenmässige Rückgang der Regionalbanken ging einher mit dem Rückgang der Bilanzsumme (-6%) und dem Personalbestand (-19%) und widerspiegelt die nach Marktanteilen abnehmende Bedeutung dieser Bankengruppe.

Die Zunahme des Personalbestandes bei Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken (+27%) lässt sich nur bedingt mit der Zunahme der Bilanzsumme (+41%) begründen, vielmehr sind die Gründe für diese Entwicklung im indifferenten Geschäft zu suchen. Die gleichen Gründe gelten auch für den Anstieg des Personalbestandes (+78%) bei den Privatbankiers.

Die Handelsbanken weisen den höchsten Rückgang im Personalbestand (-34%) und bei der Bilanzsumme (-17%) auf. Auch hier lässt sich die Abnahme mit der sinkenden Anzahl Institute in dieser Gruppe begründen.

Aus der *Tabelle 3* ist die teilweise massive Ausweitung der Ausserbilanzgeschäfte im gesamten Bankwesen ersichtlich. Die Aval-, Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen sowie Verpflichtungen aus Akkreditiven nahmen um 66% zu. Die von den Banken verwalteten Depotwerte (Wertschriften- und Edelmetallbestände) haben bis Ende 2001 um 70% zugenommen und widerspiegeln die Börsensituation in dieser Periode eindrücklich.

Die Treuhandgeschäfte stiegen im gleichen Zeitraum um 37%. Die positiven und negativen Wiederbeschaffungswerte der offenen derivativen Finanzinstrumente erhöhten sich um 18% bzw. 8%, während sich die Forderungen und Verpflichtungen aus festen Termingeschäften in Wertpapieren und Edelmetallen im gleichen Zeitraum um 70% bzw. 44% verringerten. Die Kontraktvolumen der offenen derivativen Finanzinstrumente erhöhten sich um 34%.

Die Daten in dieser Tabelle zeigen, dass die Bilanzsumme allein die wirkliche Grösse und Entwicklung der Banktätigkeit nicht korrekt widerspiegelt und dass die Ausserbilanzgeschäfte einen wesentlichen Einfluss auf den zu erbringenden Revisionsaufwand haben.

### **2.3 Total Revisionsaufwand in Personenjahren pro Institutsart / Tabelle 4**

In einem ersten Schritt wurden die Totale der von den Prüfern insgesamt (interne und externe Revision) pro Bankart geleisteten Stunden ermittelt. Diese Totale wurden anschliessend, wie bei der letzten Umfrage, in Personenjahre umgerechnet (1 Personenjahr = 1800 Stunden).

Das Resultat zeigt, dass infolge der Ausweitung, der zunehmenden Komplexität und facettenreicheren Risiken der Bankgeschäfte sowie der stets wachsenden Regulierungsdichte die Anzahl der von den Prüfern geleisteten Personenjahre seit der Erhebung von 1996 um 15% angestiegen ist. Für das Jahr 1996 wurden 1107 Personenjahre aufgewendet und für das Jahr 2001 1268 Personenjahre. Im Vergleich zur letzten Umfrage von 1996 hat sich der Trend gewendet und es werden somit auch deutlich mehr Personenjahre als 1985 (1122 Personenjahre) für die Revision aufgewendet.

Der Revisionsaufwand hat nach dieser Aufstellung vor allem bei den Grossbanken (+33%), den Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken (+18%), den Privatbankiers (+40%) sowie den übrigen Banken (+133%) zugenommen. Auf die Gruppe der Grossbanken entfallen rund 45% des gesamten Revisionsaufwandes; dies widerspiegelt deren Marktanteil im Finanzsektor.

Der Revisionsaufwand ist vor allem bei jenen Bankarten gestiegen, bei denen das Geschäftsvolumen überdurchschnittlich stark wuchs. Be-

merkenwert ist die Zunahme von 142 Personenjahren bei den Grossbanken, wobei hier zu beachten ist, dass im Geschäftsjahr 2001 erstmals sämtliche der Credit Suisse Group und der Gruppe UBS angehörenden Institute miteinberechnet wurden und diese Zunahme deshalb relativiert werden muss.

Auffallend ist der Rückgang bei den Kantonalbanken, obwohl auch bei dieser Bankengruppe eine Ausweitung des Geschäftsvolumens festzustellen war. Bei den Regionalbanken und Sparkassen sowie den Handelsbanken lässt sich die Abnahme mit dem Rückgang der Anzahl Institute begründen.

Die Zunahme bei den Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken sowie bei den Privatbankiers ist auf die verstärkte Revisionstätigkeit im Zusammenhang mit der Steigerung des Geschäftsvolumens und der volatilen Entwicklung an den Börsen zurückzuführen.

Wie sich die Abnahme der Anzahl Bankinstitute auf das Total des Revisionsaufwandes auswirkte, lässt sich nur schwer beurteilen. Die Verringerung der in der Umfrage beteiligten Banken (ohne Effekthändler) von 6% und die gleichzeitige Zunahme der Personenjahre für die Revisionstätigkeit lassen darauf schliessen, dass die wachsende Komplexität und vielfältigeren Risiken der Bankgeschäfte und die gleichzeitige Zunahme der Geschäftsvolumen sowie die zunehmende Regulierungsdichte zwangsläufig zu einem Anstieg der Revisionsstunden bei den verbleibenden Instituten geführt haben.

#### **2.4 Revisionsaufwand in Personenjahren im Verhältnis zum Personalbestand der Institute (gegliedert nach Art und Grösse der Institute)/ Tabellen 5 und 6**

In der *Tabelle 5* wird das Verhältnis zwischen dem Revisionsaufwand in

Anzahl Personenjahren (Total Stunden der externen und internen Revision / 1800 = 1 Personenjahr Revisionsaufwand) und dem gesamten Personalbestand der jeweiligen Bankengruppe, d.h. wie viele Personenjahre aus Revisionstätigkeit auf 100 Bankangestellte entfallen, dargestellt.

Im Vergleich zur letzten Umfrage hat das Verhältnis im Durchschnitt über alle Institute von 0.98% auf 1.07% zugenommen (+161 Personenjahre Prüfaufwand). Pro hundert Mitarbeiter in den zu prüfenden Instituten wurde 2001 also knapp über ein Personenjahr für die Revision aufgewendet.

Das Verhältnis hat vor allem bei den Kantonalbanken, den Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken, den ausländisch beherrschten Banken sowie den Privatbankiers teilweise markant abgenommen. Auffällig ist der Rückgang bei den Kantonalbanken, welcher nebst der geringeren Anzahl Personenjahre für die Revisionstätigkeit auf den höheren Personalbestand zurückzuführen ist. Die Kantonalbanken setzten somit bei gesteigertem Geschäftsvolumen und einer Zunahme der Mitarbeiter trotzdem weniger Revisoren pro hundert Mitarbeiter ein und sie nähern sich zunehmend der Vergleichszahl der Grossbanken.

Bei den ausländisch beherrschten Banken und Privatbankiers sind die Gründe für den Rückgang vor allem bei der Zunahme des Personalbestandes zu suchen. Die Begründung für die Abnahme bei den Regionalbanken und Sparkassen ist wiederum in der Entwicklung dieser Gruppe zu finden. Mit 1.72% ist die Verhältniszahl bei den Effekthändlern mit Abstand am höchsten.

Bemerkenswert ist, dass die Verhältniszahl bei den Grossbanken relativ stark angestiegen ist und sich nunmehr gegen den Durchschnitt hin bewegt. Bei früheren Auswertungen wurden für die Revision der



Grossbanken verhältnismässig am wenigsten Personenjahre für die Revision eingesetzt; sie sind jetzt durch die übrigen Banken und die Privatbankiers abgelöst worden. Die Zunahme kann einerseits mit der Ausdehnung sowie der weiteren Internationalisierung der Geschäftstätigkeit und andererseits mit dem Rückgang des Personalbestandes bei den Grossbanken begründet werden. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch auch, dass bei der Gruppe der Grossbanken erstmals sämtliche den Gruppen CSG und UBS angehörenden Institute miteinbezogen wurden. Damit sind auch Klein- und Kleinstinstitute bei den Grossbanken berücksichtigt, bei welchen der Revisionsaufwand und damit das Verhältnis zwischen Personenjahren aus Revisionstätigkeit und Mitarbeiterzahl wesentlich höher ist als in grösseren Geschäftseinheiten dieser Bankengruppen.

In *Tabelle 6* wurde die vorstehende Verhältniszahl auf Klassen von Banken mit einem verschieden hohen Personalbestand. Auffallend ist hier, dass die Verhältniszahl kleiner wird, je mehr Angestellte ein Institut hat. So lautet zum Beispiel die Kennzahl für das Jahr 2001 bei den Regionalbanken und Sparkassen mit 1–5 Mitarbeitern 4.77%. Bei 6–50 Mitarbeitern sinkt sie auf 1.96% und bei Instituten dieser Bankengruppe mit mehr als 50 Mitarbeitern liegt sie noch bei 0.90%.

Noch auffälliger ist dieser Vergleich bei den Effekthändlern, bei welchen diese Kennzahl 6.53%, 2.17% bzw. 1.15% beträgt. Daraus lässt sich ableiten: Je mehr Mitarbeiter bei einem Institut beschäftigt sind, desto mehr können die Betriebsabläufe standardisiert und eine verbesserte Funktionstrennung sichergestellt und somit das interne Kontrollsystem gestärkt werden, so dass der Revisionsaufwand relativ abnimmt. In kleinen Instituten werden die fixen Anteile am gesamten Revisionsaufwand besonders spürbar.

Es stellt sich somit auch zwangsläufig die Frage, wie in Kleinstverhält-

nissen das interne Kontrollsystem durch funktionierende Betriebsabläufe in genügendem Umfang sichergestellt werden kann. Das Spannungsverhältnis liegt bei diesen Verhältnissen vor allem in den Schwierigkeiten, fachlich qualifizierte Mitarbeiter für diese Institute zu finden und zu halten, den steigenden regulatorischen Anforderungen zu genügen, sowie der Wahrscheinlichkeit, dass die Revisionsstelle einen Teil ihrer Prüftätigkeit für Beratungstätigkeiten und die sachgerechte Erstellung von Abschlussunterlagen aufbringen muss. So lässt sich erklären, dass bei einzelnen Instituten das prozentuale Verhältnis pro Mitarbeiter der Bank und Revisor über 5% und der Anteil des Revisionsaufwandes am gesamten Geschäftsaufwand teilweise 10% und mehr beträgt.

## 2.5 Anteile der internen und externen Revision an der gesamten Revision nach Art der Institute / Tabelle 7

Der Anteil der internen Revision hat nach wie vor eine grosse Bedeutung an der gesamten Revision, obwohl er sich zwischen den beiden Umfragen geringfügig verringert hat:

Jahr	Personenjahre Revisionstätigkeit				
	Total Jahre	Interne Revision		Externe Revision	
		Jahre	Anteil	Jahre	Anteil
1996	1107	790	71%	317	29%
2001	1268	883	70%	385	30%
Veränderung	+161	+93	-1%	+68	+1%

Markant ist der Rückgang bei den Kantonalbanken, bei welchen sich sowohl die Anzahl Personenjahre als auch die Verhältniszahl zu Lasten der internen Revision rückläufig entwickelten. Wobei festzuhalten bleibt, dass die interne Revision bei dieser Bankengruppe nach wie vor eine grosse Bedeutung hat und historisch bedingt mit einem Anteil

von 85% weit über dem Durchschnitt liegt. Bis zu Beginn der 90er Jahre erfüllten die Inspektorate der Kantonalbanken auch die Funktion als bankengesetzliche Revisionsstelle.

Bei den Regionalbanken und Sparkassen sowie den Handelsbanken haben sowohl die von der externen als auch die von der internen Revision geleisteten Personenjahre abgenommen. Die Abnahme lässt sich mit der kleineren Anzahl Institute sowie dem Rückgang des Geschäftsvolumens und des Personalbestandes begründen. Der nach wie vor geringe Anteil der internen Revision bei den Regionalbanken und Sparkassen ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass ein Grossteil dieser Bankengruppe (RBA-Gruppe) über eine eigene, zentrale interne Revision verfügt.

Der Grund für den Rückgang der Verhältniszahl für die interne Revision bei der Gruppe der Grossbanken bei gleichzeitigem Anstieg der Personenjahre liegt primär darin, dass im Jahr 2001 im Gegensatz zu 1996 erstmals sämtliche den Grossbanken angehörenden Institute in dieser Gruppe miteinbezogen worden sind und sich damit auch die Personenjahre der externen Revision erhöhten.

Bei den erstmals in dieser Tabelle erfassten Effektenhändlern zeigt sich eine markant geringere Bedeutung der internen Revision gegenüber den Banken. Die Tabelle zeigt deutlich die nach wie vor grosse Bedeutung der internen Revision bei den Banken.

## **2.6 Arbeitsgebiete der Revision sowie deren Anteil am gesamten Revisionsaufwand 2001 / Tabellen 8 und 9**

In den *Tabellen 8 und 9* wurde ermittelt, wie gross der Revisionsaufwand in Personenjahren für die einzelnen Tätigkeitsgebiete ist und welchen Anteil ein Tätigkeitsgebiet am gesamten Aufwand der inter-

nen und externen Revision hat. Die Aufstellung zeigt deutlich, dass die externe Revision nur bei der Prüfung der Jahresrechnung (inkl. Berichterstattung) und den Spezialrevisionen nach Gesetzen mehr Aufwand als die interne Revision erfordert.

Bei der *externen Revision* fällt auf, dass die Prüfung der Jahresrechnung rund einen Fünftel (oder knapp 77 Personenjahre) beansprucht. Für die Prüfung des Zinsengeschäftes, des Kommissions- und Dienstleistungsgeschäftes sowie des Handels wird beinahe ein Drittel der Prüfzeit (oder 124 Personenjahre) aufgewendet. Auf die Planung sowie die Berichterstattung entfallen 71 Personenjahre oder nahezu 20%. Die restliche Prüfzeit (30%) entfällt auf die Informatikrevision, die Prüfung der übrigen Gebiete sowie auf die Spezialrevisionen laut Gesetz und gemäss Auftrag. Für die effektive Prüftätigkeit wendet die externe Revision somit rund 80% der Arbeitszeit auf.

Bei der *internen Revision* wird für das Zinsengeschäft, das Kommissionsgeschäft und den Handel fast 50% der Arbeitszeit (420 Personenjahre) aufgewendet. Auf die Planung entfallen 10% (90 Personenjahre); auf die Berichterstattung dagegen lediglich knapp über 1% (12 Personenjahre). Bei der Prüfung der Jahresrechnung ist der Anteil der internen Revision mit 4% (35 Personenjahre) ebenfalls vergleichsweise bescheiden. Die restliche Prüfzeit (37%) entfällt auf die Informatikrevision, die Prüfung der übrigen Gebiete sowie auf die Spezialrevisionen laut Gesetz und gemäss Auftrag. Die interne Revision wendet für die effektive Prüftätigkeit rund 90% der Arbeitszeit auf.

Der Vergleich zeigt, dass die interne Revision vor allem bei der Prüfung des Kommissions- und Dienstleistungsgeschäftes, des Handels, der Informatik und der übrigen Gebiete bis zu fünfmal mehr Stunden einsetzt als die externe Revision.

Die Analyse der letzten drei Jahre zeigt, dass sich der Anteil der Revi-

sionstätigkeit in Bezug auf die Prüfgebiete nicht gross verändert hat. So bewegen sich die Unterschiede von Jahr zu Jahr zwischen den einzelnen Gebieten sowohl für die externe als auch für die interne Revision bei maximal zwei Prozenten. Daraus lässt sich ableiten, dass sich die Veränderung der Schwerpunkte von Jahr zu Jahr zwischen den Prüfgebieten auf die Gesamtbetrachtung nur unwesentlich auswirkt.

## 2.7 Tätigkeit der gesamten Revision nach Institutsart / Tabelle 10

In dieser Auswertung wurde ermittelt, wie sich die Tätigkeit der gesamten Revision (externe und interne Revision zusammengefasst) bei den einzelnen Bankarten auf die verschiedenen Revisionsgebiete verteilt.

Für die *Planung* wenden die Prüfer bei allen Bankarten ungefähr einen Zehntel ihrer Arbeitszeit auf. Wobei dieser Anteil zwischen knapp 8% (übrige Banken) und über 13% (Privatbankiers) schwankt.

Beim *Zinsengeschäft* liegt der Anteil zwischen 4% (Effekthändler) und über 27% (Regionalbanken und Sparkassen). Neben den Regionalbanken und Sparkassen wird auch bei den Kantonalbanken knapp ein Viertel der Zeit für die Prüfung im Zinsengeschäft aufgewendet. Überraschend ist der relativ geringe Anteil bei der Gruppe der Grossbanken mit 8%, welcher noch unter dem Anteil für die Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken (knapp 10%) liegt.

Der Anteil bei der Prüfung des *Kommissions- und Dienstleistungsgeschäftes* liegt zwischen 10% (Regionalbanken und Sparkassen) und über 27% (Privatbankiers). Hier fällt der relativ geringe Anteil bei der Gruppe der Grossbanken (knapp 13%) sowie der Kantonalbanken (11%) auf. Mit Werten von über 20% sind auch die ausländisch beherrschten Banken (26%), die Effekthändler (über 21%) sowie die

Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken (knapp 21%) erwähnenswert. Die Gruppe der Grossbanken hebt sich beim Anteil der Prüftätigkeit im *Handel* mit rund 26% deutlich von den anderen Bankengruppen ab, deren Werte alle unter 10% liegen.

Ein sehr unterschiedliches Bild zeigt sich auch bei der Prüfung der *Informatik*. Die übrigen Banken (19%) und die Gruppe der Grossbanken (über 18%) liegen klar über dem Durchschnittswert, wogegen der geringe Anteil von knapp 3% bei den Regionalbanken und Sparkassen einigermassen erstaunlich ist. Der Grund liegt hier in der zentralen Informatiklösung dieser Bankengruppe.

Mit über 18% sticht die Prüfung der *Jahresrechnung* bei den übrigen Banken hervor, wogegen dieser Anteil bei der Gruppe der Grossbanken nur etwas mehr als 5% beträgt. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass bei der Gruppe der Grossbanken ein grosser Teil der Prüftätigkeit vor dem Abschlussdatum anfällt. Auch der Anteil an der *Berichterstattung* ist bei der Gruppe der Grossbanken mit etwas über 1% relativ bescheiden. Bei den Effekthändlern und den Regionalbanken und Sparkassen liegt dieser Wert bei über 10%.

Bei der Prüfung der *übrigen Tätigkeit* beträgt der Anteil zwischen 9% (Gruppe der Grossbanken) und über 18% (Zweigniederlassungen ausländischer Banken). Der Anteil der *Spezialprüfungen laut Gesetz* und der *Spezialprüfungen gemäss Auftrag* liegt insgesamt zwischen knapp 7% (Privatbankiers) und leicht über 16% (übrige Banken).

Die Analyse der letzten drei Jahre zeigt, dass sich der Anteil der Revisionstätigkeit in Bezug auf die Prüfgebiete nicht gross verändert und auch in den einzelnen Bankengruppen praktisch stabil bleibt. So wird bei den *Kantonalbanken* rund ein Viertel der Zeit für die Prüfung des Zinsengeschäftes aufgewendet, womit die Haupttätigkeit dieser Bankengruppe entsprechend bei der Revisionstätigkeit berücksichtigt wird.

Auffallend ist dagegen bei den *Grossbanken*, dass nur knapp 10% der Arbeitszeit der Revision auf die Prüfung des Zinsengeschäftes entfällt, während auf die Prüfung des Kommissions- und Dienstleistungsgeschäftes in den vergangenen drei Jahren zwischen 11% und 15% und auf die Prüfung des Handels zwischen 19% und 26% entfallen sind. Der Anteil der Informatikprüfung bei dieser Gruppe schwankt zwischen 7% (2000) und rund 19% (2001).

Bei den *Regionalbanken und Sparkassen* entfällt auf die Prüfung der Haupttätigkeit, das Zinsengeschäft, fast immer 30% des Revisionsaufwandes. Der tiefe Aufwand bei der Prüfung der Informatik bei dieser Bankengruppe (knapp 3%) ist auf die zentrale Informatiklösung der RBA-Gruppe zurückzuführen.

Der Hauptteil des Revisionsaufwandes bei den *Handelsbanken* entfällt auf die Prüfung des Zinsengeschäftes (zwischen 12% und 21%) sowie mit rund 18% auf die Prüfung des Kommissions- und Dienstleistungsgeschäftes.

Bei den *Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken* liegt der Aufwand für die Revision für die Haupttätigkeit, das Kommissions- und Dienstleistungsgeschäft, bei rund 20%. Die gleiche Haupttätigkeit gilt für die *Privatbankiers*, bei welchen die Prozentzahlen für die Prüfung dieses Bereiches zwischen 26% und 30% liegen, die *ausländisch beherrschten Banken* (zwischen 19% und 26%) und die *Zweigniederlassungen ausländischer Banken* (zwischen 12% und 19%).

Auffällig ist bei den *übrigen Banken*, dass der Anteil für die Prüfung der Informatik in den letzten Jahren zwischen 14% und 23% beträgt und sich damit von den Werten der anderen Bankengruppen deutlich abhebt.

Erwartungsgemäss nimmt bei den *Effektenhändlern* die Prüfung des

Kommissions- und Dienstleistungsgeschäftes (zwischen 17% und 22%) zusammen mit der Prüfung der Jahresrechnung (zwischen 13% und 19%) am meisten Zeit in Anspruch.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die Arbeitsgebiete der Revision stark nach der Haupttätigkeit der Banken und Effekthändler ausrichten. Diese Aussage wird durch die Mehrjahresbetrachtung untermauert.

## **2.8 Anteil der Revisionskosten am Geschäftsaufwand / Tabelle 11**

In der Umfrage wurden auch das Total der fakturierten Honorare für die externe Revision und das Total des Aufwandes für die interne Revision (Personal- und Sachaufwand) erhoben. Nicht ermittelt wurden die Kosten für die übrigen von den externen Revisionsstellen geleisteten Dienste wie z.B. Unternehmens- oder Steuerberatung.

Im Erhebungsjahr 2001 belaufen sich die Kosten für die gesamte Revision auf rund CHF 416 Mio. Von den ermittelten Kosten entfallen CHF 162 Mio. (39%) auf die fakturierten Honorare der externen Revision und CHF 254 Mio. (61%) auf die Kosten für die interne Revision; wogegen der Anteil der Personenjahre bei der internen Revision bei 70% liegt (Tabelle 7).

Im Durchschnitt betragen die Kosten für die gesamte Revision 1.12% des Geschäftsaufwandes. Dabei schwanken diese zwischen 1.01% bei den Grossbanken und 2.53% bei den Regionalbanken. Besonders für kleine Institute liegt der Revisionsaufwand weit über dem Durchschnitt. Er erreicht hier bis zu 20% des Geschäftsaufwandes; dies bestätigt auch die Aussage zu Tabelle 6.



## **2.9 Durchschnittliche Kosten einer Revisionsstunde der externen Revision nach Institutsart / Tabelle 12**

Bei dieser Auswertung wird untersucht, ob die Kosten für eine externe Revisionsstunde bei den einzelnen Bankarten unterschiedlich ausfallen. Das Ergebnis zeigt, dass diese zwischen CHF 212.– bei den ausländisch beherrschten Banken und CHF 259.– bei den Zweigniederlassungen ausländischer Banken schwanken. Der Durchschnitt liegt bei CHF 234.–. Die Durchschnittskosten liegen im Rahmen des seit dem 26. Januar 1995 gültigen Tarifes für die Kosten der Revision bei Banken sowie der Honorarempfehlung der Treuhand-Kammer per 1. Januar 1998.

Die Auswertung zeigt, dass die Revisionskosten seit der letzten Erhebung durchschnittlich über 26% gestiegen sind. Im Vergleich zur Auswertung aus dem Jahre 1996 fällt auf, dass die durchschnittlichen Revisionskosten bei den Grossbanken stark gestiegen sind und nun leicht über dem Durchschnitt aller Banken liegen.

## **2.10 Der Revisionsaufwand bei einzelnen Banken / Effektenhändlern**

Untersucht man die einzelnen Daten auf «Ausreisser», lassen sich die folgenden generellen Schlüsse ziehen:

Werden bei einer Bank grössere Probleme akut, so steigt auch der Revisionsaufwand rasch sehr stark an. Bei stark problembehafteten Instituten erhöht sich der gesamte Revisionsaufwand auf ein Mehrfaches des Durchschnittswertes der entsprechenden Bankart. Eine bedeutende Rolle nimmt dabei die externe Revision ein, die sehr oft für Spezialprüfungen herangezogen wird. Spezialrevisionen machen dann bis 70% der von der externen Revisionsstelle geleisteten Stunden aus.

Auch ein Revisionsstellenwechsel oder die erstmalige Prüfung einer

Bank nach deren Gründung bringen im ersten Jahr für die neue Revisionsstelle wegen der Einarbeitung in das neue Mandat mehrheitlich einen höheren Revisionsaufwand. Die Revisionsstellen können dabei ihre effektiven Kosten für die erstmalige Revision häufig nicht vollständig auf die zu prüfende Bank überwälzen. In diesen Fällen liegen die in Rechnung gestellten durchschnittlichen Kosten für eine Revisionsstunde häufig unter dem Mittel vergleichbarer Banken.

### 3. Schlussbemerkungen

Die durchgeführte Umfrage gestattet einen Überblick über die quantitativen Leistungen der gesamten Revision, d.h. der externen, banken- bzw. börsengesetzlichen sowie der internen Revision. Es zeigt sich, dass diese über die letzten Jahre und seit der letzten Berichterstattung 1998 (vgl. EBK Bulletin 35, S. 25 ff.) trotz eines Rückgangs der überwachten Banken leicht gestiegen sind und so der höheren Komplexität, den vielfältigeren Risiken, dem gestiegenen Geschäftsvolumen und der zunehmenden Regulierungsdichte Rechnung getragen wird.

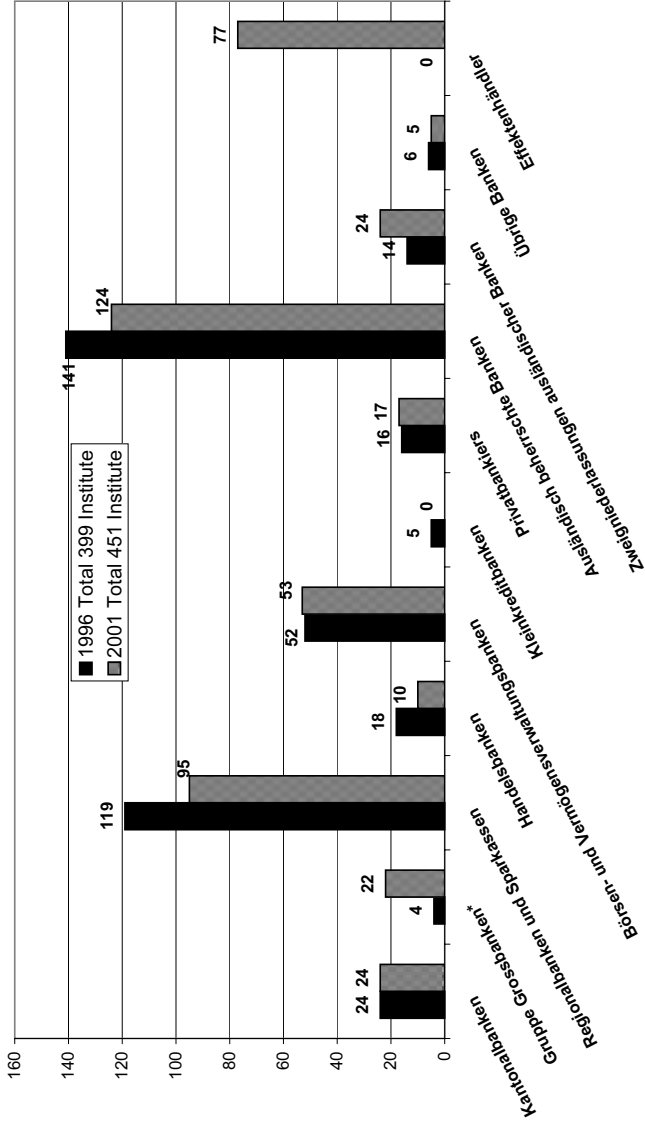
Eine Umfrage stellt nur eine Momentaufnahme dar. Die dargestellten Verhältnisse können sich sehr schnell ändern. Im Jahr 2001 war beispielsweise bei Banken, welche vorwiegend im Kreditgeschäft tätig sind, die Fragestellung im Zusammenhang mit der EBK-Mitteilung Nr. 21 (Kreditrisiken: Bewertungen und Wertberichtigungen/Rückstellungen) ein vordergründiges Thema und für das Jahr 2002 folgte beim selben Kreis der Banken die Schwerpunktprüfung Kreditrisikomanagement (EBK-Mitteilung Nr. 22). Im Jahr 2003 wird hingegen bei ausgewählten Banken eine Schwerpunktprüfung im Bereich der externen Vermögensverwalter durchgeführt. Der Fokus richtet sich für 2003 zudem auf die Prüfung der Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB 03) sowie die EBK-Geldwäschereiverordnung (GwV EBK).

Der erstmals durchgeführte Mehrjahresvergleich zeigt, dass sich die Arbeitsgebiete der Revision stark nach der Haupttätigkeit der jeweiligen Bank und Bankengruppe ausrichten. Die Erhebung liefert ebenfalls Hinweise, um in Einzelfällen (z.B. bei Ausreißern) gezielte Nachforschungen betreiben zu können. Im Weiteren bildet diese Umfrage einen wichtigen Teil im Rahmen der Überwachung der Revisionsstellen.

Es bleibt festzuhalten, dass sich aufgrund einer quantitativen Umfrage keine Schlüsse auf die Qualität der Revision ziehen lassen. Ebenso schwierig ist es, die verschiedenen Risiken zu bewerten und festzulegen, und drittens wäre es ein kaum zu bewältigendes Unterfangen, das variable Optimum für die Revision befriedigend zu definieren.

Tabelle 1

Anzahl der erfassten Institute



\* 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

Tabelle 2

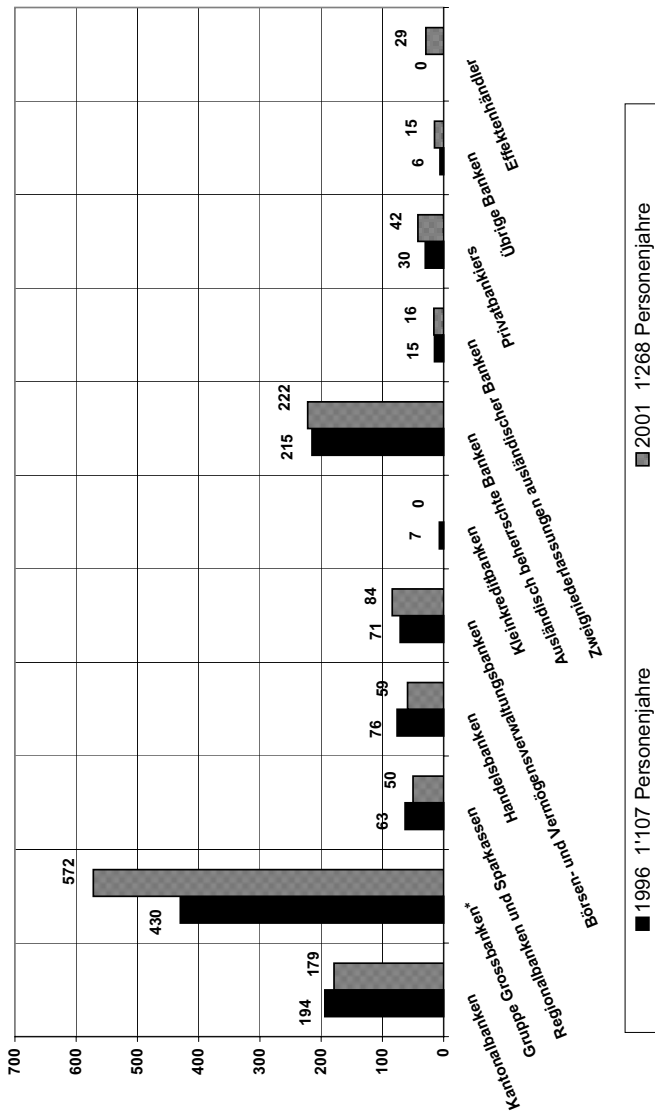
<b>Entwicklung der Bilanzsummen und des Personalbestandes (1996 / 2001) nach Art der Institute</b>						
Art der Institute	Bilanzsumme <sup>1</sup>			Personalbestand <sup>1</sup>		
	TOTAL (in Mia. CHF)		Veränderung in %	TOTAL		Veränderung in %
	1996	2001		1996	2001	
Kantonalbanken	265.9	304.9	14.7	16'148	17'246	6.8
Gruppe Grossbanken <sup>2</sup>	865.8	1'457.3	68.3	62'050	61'042	-1.6
Regionalbanken und Sparkassen	70.7	66.3	-6.2	4'609	3'731	-19.0
Handelsbanken	58.9	49.2	-16.5	5'740	3'762	-34.5
Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken	33.8	47.8	41.4	4'453	5'647	26.8
Kleinkreditbanken	4.8	-	-100.0	1'144	-	-100.0
Ausländisch beherrschte Banken	107.8	186.9	73.4	13'533	17'486	29.2
Zweigniederlassungen ausländischer Banken	16.9	17.1	1.2	1'413	1'349	-4.5
Privatbankiers	9.2	17.4	89.1	2'524	4'499	78.2
Übrige Banken	12.9	20.1	55.8	799	1'724	115.8
Effekthändler	-	12.1	100.0	-	1'688	100.0
	1'446.7	2'179.1	50.6	112'413	118'174	5.1

<sup>1</sup> Quellen: Ergänzende Angaben gem. EBK-RS 96/2 Frühinformation  
<sup>2</sup> 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

Tabelle 3

<b>Entwicklung einzelner Ausserbilanzgeschäfte (1996/2001)</b> (alle Institute)			
	<b>TOTAL</b> (in Mia. CHF)		<b>Veränderung in %</b>
	<b>1996</b>	<b>2001</b>	
Aval-, Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen sowie Verpflichtungen aus Akkreditiven	123.5	205.4	66
Einzahlungs- und Nachschussverpflichtungen	1.3	1.0	-23
Depotvolumen	1'997.0	3'400.0	70
Treuhandgeschäfte	297.2	407.2	37
Forderungen aus festen Termingeschäften in Wertpapieren und Edelmetallen	122.8	36.3	-70
Verpflichtungen aus festen Termingeschäften in Wertpapieren und Edelmetallen	88.5	49.9	-44
Offene Derivate Finanzinstrumente Positiver Wiederbeschaffungswert	184.3	217.6	18
Offene Derivate Finanzinstrumente Negativer Wiederbeschaffungswert	201.0	217.4	8
Offene Derivate Finanzinstrumente Kontraktvolumen	10'672.7	14'339.1	34
Quellen: SNB; Die Banken in der Schweiz 1996 und 2001			

Revisionsaufwand in Personenjahren nach Institutsart  
(Interne und externe Revision)



\* 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

Tabelle 5

<b>Revisionsaufwand in Personenjahren im Verhältnis zum Personalbestand der Institute 1996 und 2001 nach Art der Institute</b>					
<b>Art der Institute</b>		Anzahl Institute	Personal- bestand <sup>1</sup>	Anzahl Revisoren <sup>2</sup> (Personenjahre)	Verhältnis <sup>3</sup> %
Kantonalbanken	1996	24	16'148	194	1.20
	2001	24	17'246	179	1.04
Gruppe Grossbanken <sup>4</sup>	1996	4	62'050	430	0.69
	2001	22	61'042	572	0.94
Regionalbanken und Sparkassen	1996	119	4'609	63	1.37
	2001	95	3'731	50	1.34
Handelsbanken	1996	18	5'740	76	1.32
	2001	10	3'762	59	1.57
Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken	1996	52	4'453	71	1.59
	2001	53	5'647	84	1.49
Kleinkreditbanken	1996	5	1'144	7	0.61
	2001				
Ausländisch beherrschte Banken	1996	141	13'533	215	1.59
	2001	124	17'486	222	1.27
Zweigniederlassungen ausländischer Banken	1996	14	1'413	15	1.06
	2001	24	1'349	16	1.19
Privatbankiers	1996	16	2'524	30	1.19
	2001	17	4'499	42	0.93
Übrige Banken	1996	6	799	6	0.75
	2001	5	1'724	15	0.87
Effekthändler	1996				
	2001	77	1'688	29	1.72
Total	1996	399	112'413	1'107	0.98
	2001	451	118'174	1'268	1.07

<sup>1</sup> Quellen: Ergänzende Angaben gemäss EBK-RS 96/2 Frühinformation

<sup>2</sup> Total Stunden externe plus interne Revision / 1'800 (= 1 Personenjahr)

<sup>3</sup> Verhältnis = Anzahl Revisoren (Personenjahre) / Personalbestand der Institute (in %)

<sup>4</sup> 2001: Inklusive sämtliche der Gruppen CSG und UBS angehörenden Institute in der Schweiz



Verhältnis Revisionsaufwand in Personenzahlen zum Personalbestand der Institute gegliedert nach Art und Grösse der Institute

Tabelle 6

Art der Institute	Anzahl Mitarbeiter pro Institut						mehr als 50 Mitarb.		Total			
	1.-5. Mitarb.		6.-50 Mitarb.		Anzahl Institute		Verhältnis <sup>1</sup> %		Anzahl Institute		Verhältnis <sup>1</sup> %	
	Anzahl Institute	Verhältnis <sup>1</sup> %	Anzahl Institute	Verhältnis <sup>1</sup> %	Anzahl Institute	Verhältnis <sup>1</sup> %	Anzahl Institute	Verhältnis <sup>1</sup> %	Anzahl Institute	Verhältnis <sup>1</sup> %	Anzahl Institute	Verhältnis <sup>1</sup> %
Kantonalbanken	1996	0	0	0	0	0	24	1.20	24	1.20	24	1.20
	2001	0	0	0	0	0	24	1.04	24	1.04	24	1.04
Gruppe Grossbanken <sup>2</sup>	1996	0	0	0	0	0	4	0.69	4	0.69	4	0.69
	2001	1	8.61	5	1.17	5	4	0.94	22	0.94	4	0.94
Regionalbanken und Sparkassen	1996	24	5.05	79	2.39	16	119	0.88	119	0.88	95	1.37
	2001	12	4.77	71	1.96	12	95	0.90	12	0.90	95	1.34
Handelsbanken	1996	0	0	5	1.87	13	16	1.31	16	1.31	16	1.32
	2001	0	0	3	2.30	7	10	1.17	7	1.17	10	1.57
Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken	1996	1	2.78	31	1.83	20	52	1.55	52	1.55	52	1.59
	2001	0	0	32	2.04	21	53	1.40	21	1.40	53	1.49
Kleincreditbanken	1996	0	0	2	2.88	3	9	0.56	3	0.56	9	0.61
	2001	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ausländisch beherrschte Banken	1996	0	0	61	1.92	60	141	1.53	141	1.53	141	1.59
	2001	0	0	59	1.97	65	124	1.21	65	1.21	124	1.27
Zweig Niederlassungen ausländischer Banken	1996	1	1.67	7	1.44	6	14	0.89	14	0.89	14	1.06
	2001	2	4.43	13	1.78	9	24	1.07	9	1.07	24	1.19
Privatbankiers	1996	0	0	8	1.81	8	16	1.11	16	1.11	16	1.19
	2001	0	0	8	1.67	9	17	0.88	9	0.88	17	0.93
Übrige Banken	1996	1	3.00	3	1.26	2	6	0.75	6	0.75	6	0.75
	2001	0	0	2	1.44	3	5	0.82	3	0.82	5	0.87
Effekthändler	1996	14	6.53	54	2.17	9	77	1.15	9	1.15	77	1.72
	2001	27	4.62	216	2.01	156	399	0.94	156	0.94	399	0.98
Total	1996	29	5.37	247	2.19	175	451	1.01	175	1.01	451	1.07
	2001	29	5.37	247	2.19	175	451	1.01	175	1.01	451	1.07

<sup>1</sup> Verhältnis = Anzahl Revisoren / Personalbestand (in %)

<sup>2</sup> 2001: inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

Tabelle 7

### Anteile der internen und externen Revision an der gesamten Revision nach Art der Institute

Art der Institute		Anzahl Revisoren <sup>1</sup> (Personenjahre)	davon interne Revisoren (Personen- jahre)		davon externe Revisoren (Personen- jahre)	
				in %		in %
Kantonalbanken	1996	194	173	89%	21	11%
	2001	179	152	85%	27	15%
Gruppe Grossbanken <sup>2</sup>	1996	430	317	74%	113	26%
	2001	572	407	71%	165	29%
Regionalbanken und Sparkassen	1996	63	24	38%	39	62%
	2001	50	20	40%	30	60%
Handelsbanken	1996	76	55	72%	21	28%
	2001	59	47	80%	12	20%
Börsen- und Vermögens- verwaltungsbanken	1996	71	46	65%	25	35%
	2001	84	54	64%	30	36%
Kleinkreditbanken	1996	7	4	57%	3	43%
	2001					
Ausländisch beherrschte Banken	1996	215	137	64%	78	36%
	2001	222	141	64%	81	36%
Zweigniederlassungen ausländischer Banken	1996	15	8	53%	7	47%
	2001	16	9	56%	7	44%
Privatbankiers	1996	30	22	73%	8	27%
	2001	42	32	76%	10	24%
Übrige Banken	1996	6	4	67%	2	33%
	2001	15	11	73%	4	27%
Effekthändler	1996					
	2001	29	10	34%	19	66%
Total	1996	1'107	790	71%	317	29%
	2001	1'268	883	70%	385	30%

<sup>1</sup> gemäss Tabelle 5

<sup>2</sup> 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

**Arbeitsgebiete der Revision 2001**

(in Personenjahren)

Tabelle 8

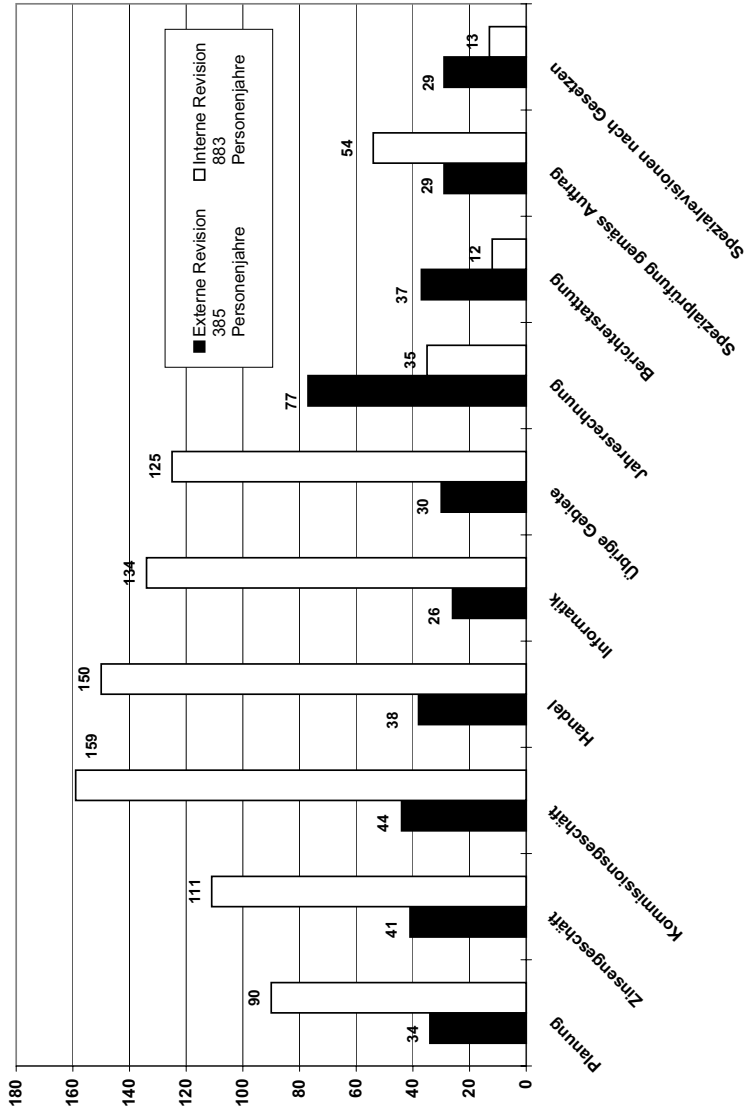


Tabelle 9

**Anteil der Arbeitsgebiete am gesamten Revisionsaufwand 2001**  
(in Prozent)

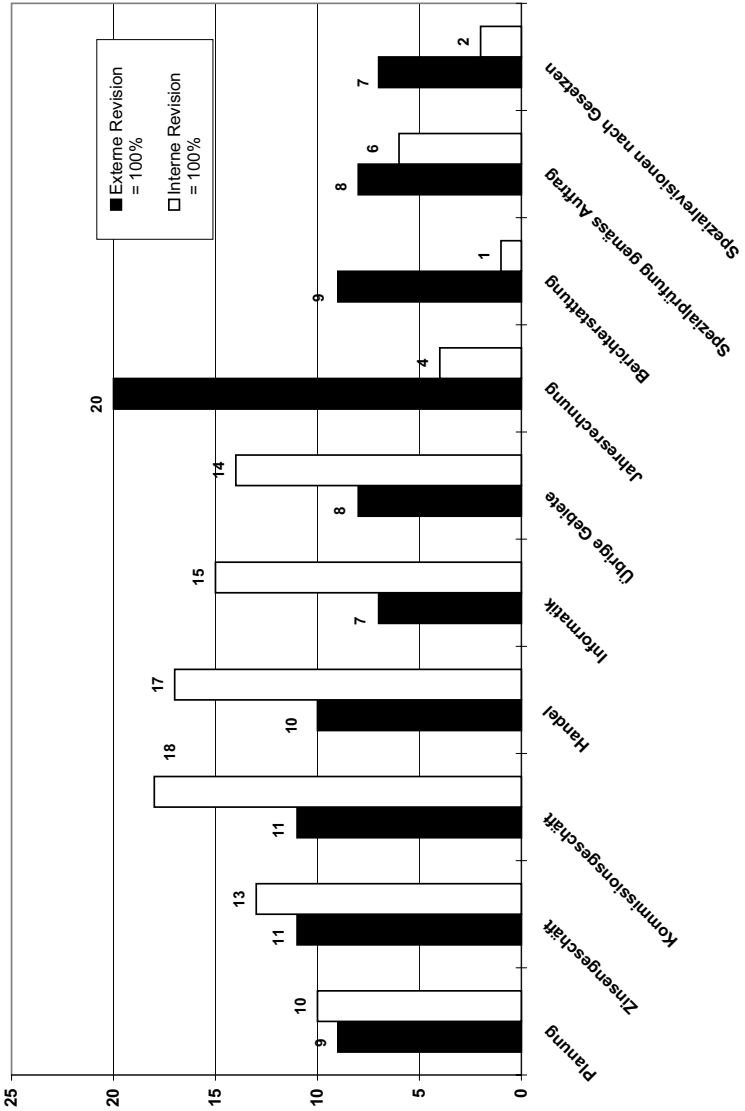


Tabelle 10

<b>Tätigkeit der gesamten Revision nach Institutsart / Prüfung Geschäftsjahr 2001</b> (Anteil in % der einzelnen Prüfgebiete am Total der gesamten Revision)										
Institutsart	Anteil Stunden Planung	Anteil Stunden Prüfung Zinsen- geschäft	Anteil Stunden Kommissions- und Dienst- leistungs- geschäft	Anteil Stunden Prüfung Handel	Anteil Stunden Prüfung Informatik	Anteil Stunden Prüfung Übrige Tätigkeit	Anteil Stunden Prüfung Jahres- rechnung	Anteil Stunden Bericht- erstellung	Anteil Stunden Spezial- prüfungen gemäss Gesetz	Anteil Stunden Spezial- prüfungen gemäss Auftrag
Kantonalbanken	12.1	23.9	11.1	4.1	9.3	13.6	12.0	4.1	3.4	6.4
Gruppe Grossbanken *	8.2	8.0	12.6	26.1	18.6	9.1	5.3	1.3	3.2	7.6
Regionalbanken und Sparkassen	13.0	27.1	10.3	2.7	2.5	16.0	13.0	11.1	2.8	1.5
Handelsbanken	12.2	18.3	16.4	8.4	10.6	14.3	10.0	2.1	2.0	5.7
Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken	8.8	9.7	20.6	7.4	8.0	14.6	14.3	5.1	5.0	6.5
Übrige Banken	7.6	13.6	13.0	3.4	19.2	3.8	18.6	4.7	0.2	15.9
Privatbankiers	13.1	4.6	27.5	6.4	12.0	17.2	8.8	3.6	1.6	5.2
Ausländisch beherrschte Banken	10.8	10.2	26.1	5.5	5.6	16.2	10.3	6.9	3.0	5.4
Zweigniederlassungen ausländischer Banken	9.4	16.5	11.8	4.5	6.6	18.1	12.8	8.4	10.4	1.5
Effekthändler	9.3	4.0	21.5	8.3	5.5	9.7	15.9	12.9	6.5	6.4
<b>TOTAL</b>	<b>9.8</b>	<b>11.9</b>	<b>16.0</b>	<b>14.8</b>	<b>12.6</b>	<b>12.2</b>	<b>8.9</b>	<b>3.8</b>	<b>3.3</b>	<b>6.6</b>

\* 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

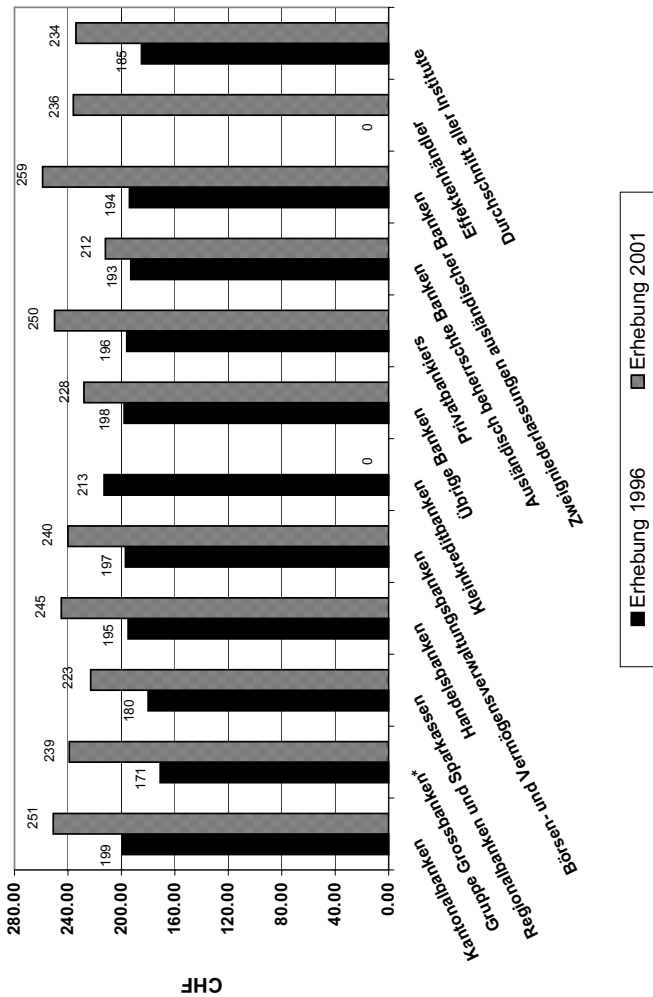
Tabelle 11

Anteil der Revisionskosten am Geschäftsaufwand nach Art der Institute							
Art der Institute	TOTAL Honorare gesamte Revision in Mio. CHF	TOTAL Honorare externe Revision in Mio. CHF	TOTAL Aufwand für interne Revision in Mio. CHF	TOTAL Geschäfts- aufwand in Mio. CHF	Anteil Kosten externe Revision am Geschäfts- aufwand	Anteil Kosten interne Revision am Geschäfts- aufwand	Anteil Kosten Revision am Geschäfts- aufwand
Kantonalbanken	43.4	12.3	31.2	3'463.8	0.35%	0.90%	1.25%
Gruppe Grossbanken *	224.2	71.1	153.1	22'113.3	0.32%	0.69%	1.01%
Regionalbanken und Sparkassen	17.7	12.0	5.7	699.3	1.72%	0.82%	2.53%
Handelsbanken	18.3	5.3	13.0	1'099.9	0.48%	1.18%	1.67%
Börsen- und Vermögensverwaltungsbanken	24.3	13.1	11.2	1'767.6	0.74%	0.63%	1.38%
Übrige Banken	4.2	1.6	2.6	353.5	0.45%	0.74%	1.19%
Privatbankiers	13.3	4.5	8.8	1'587.0	0.28%	0.56%	0.84%
Ausländisch beherrschte Banken	54.9	30.8	24.1	5'056.5	0.61%	0.48%	1.09%
Zweigniederlassungen ausländischer Banken	5.8	3.5	2.2	531.6	0.66%	0.42%	1.09%
Effektenhändler	10.2	8.1	2.1	593.1	1.36%	0.36%	1.72%
<b>TOTAL</b>	<b>416.4</b>	<b>162.3</b>	<b>254.1</b>	<b>37'265.5</b>	<b>0.44%</b>	<b>0.68%</b>	<b>1.12%</b>

\* 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

### Durchschnittliche Kosten einer externen Revisionsstunde nach Art der Institute in CHF

Tabelle 12



\* 2001: Inklusive sämtliche der Gruppe CSG und Gruppe UBS angehörenden Institute in der Schweiz

## **Décision de la Commission fédérale des banques du 28 mai 2003 dans la cause Banque X, Succursale de Lausanne et Directeur général A**

### **Violation des devoirs de diligence par une succursale suisse d'une banque étrangère lors de relations de crédits et garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB et art. 9 OB)**

1. *Les banques étrangères doivent respecter en particulier les dispositions de l'Ordonnance sur les banques (art. 3, al. 1, OBE; RS 952.111). La banque doit notamment déterminer, limiter et contrôler les risques de crédit et réunir tous les documents nécessaires à la décision et à la surveillance (consid. 2).*
2. *Les devoirs de diligence contenus dans la CDB valent aussitôt qu'une banque ouvre une relation d'affaires avec un client, à savoir également dans le cadre des relations de crédit (consid. 3).*
3. *S'il est possible à une succursale suisse de banque étrangère de déléguer certaines tâches à son siège, la succursale en Suisse doit cependant disposer de l'ensemble de la documentation dans ses dossiers, laquelle doit être également accessible aux réviseurs internes et externes de la succursale (consid. 4).*
4. *En cas de délégation, la succursale en Suisse doit s'assurer que le siège appliquera la même diligence qu'elle dans sa tâche et respectera les standards suisses. Elle doit donner au siège les instructions nécessaires à cet effet et conserver la possibilité de contrôler la qualité du travail effectué. La succursale doit examiner elle-même la plausibilité des informations qui lui sont transmises par le siège. La responsabilité finale de la bonne exécution des clarifications lui incombe (consid. 4).*



**Verletzung der Sorgfaltspflicht durch eine Zweigniederlassung einer ausländischen Bank in Bezug auf die Kreditfähigkeit und die Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Buchstabe c BankG und Art. 9 BankV)**

1. *Die ausländischen Banken müssen insbesondere die Vorschriften der Bankenverordnung einhalten (Art. 3 Abs.1 ABV; SR 952.111). Die Bank muss unter anderem die Kreditrisiken bestimmen, beschränken und kontrollieren und alle nötigen Dokumente für Entscheide und die Überwachung bereithalten (Erw. 2).*
2. *Die in der VSB enthaltenen Sorgfaltspflichten gelten, sobald eine Bank eine Geschäftsbeziehung mit einem Kunden eingeht, und zwar auch bei Kreditgeschäften (Erw. 3).*
3. *Auch wenn die Delegation einzelner Obliegenheiten durch die Schweizer Zweigniederlassung an den Hauptsitz einer ausländischen Bank möglich ist, muss die Zweigniederlassung in der Schweiz über die gesamte Dokumentation in ihren Dossiers verfügen, die auch für die internen und externen Revisoren der Zweigniederlassung zugänglich sein muss (Erw. 4).*
4. *Im Falle einer Delegation muss sich die Zweigniederlassung in der Schweiz versichern, dass der Hauptsitz die gleiche Sorgfalt wie sie in ihren Geschäften anwendet und dass die schweizerischen Standards eingehalten werden. Sie muss dem Hauptsitz die nötigen Anweisungen geben und die Möglichkeit behalten, die durchgeführten Abklärungen zu überwachen. Die Zweigniederlassung muss selbst die Plausibilität der Informationen überprüfen, welche sie vom Hauptsitz erhält. Die schlussendliche Verantwortung für die Durchführung der Abklärungen trägt sie (Erw. 4).*

## **Violazione dei doveri di diligenza di una succursale svizzera di una banca estera in relazione con le attività di credito e garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lit. c LBCR e art. 9 OB)**

1. *Le banche estere devono rispettare in particolare le disposizioni dell'Ordinanza sulle banche (art. 3 cpv. 1, OBE RS 952.111). La banca deve segnatamente rilevare, limitare e sorvegliare i rischi di credito e riunire tutta la documentazione necessaria in sede decisionale e di sorveglianza (consid. 2).*
2. *I doveri di diligenza contenuti nella CDB sono validi non appena una banca apre una relazione con un cliente, ovvero anche nel quadro di una relazione di credito (consid. 3).*
3. *Benché per una succursale svizzera di una banca estera è possibile delegare alcuni compiti alla sua sede principale, la succursale in Svizzera deve disporre di tutta la documentazione necessaria nei suoi dossier, che deve ugualmente essere accessibile ai revisori interni e esterni della succursale (consid. 4).*
4. *In caso di delegazione, la succursale in Svizzera deve assicurare che la sede principale applicherà la stessa diligenza della succursale nel suo compito e rispetterà gli standard svizzeri. Essa deve dare alla sede principale le istruzioni necessarie a questo fine e conservare la possibilità di controllare la qualità del lavoro effettuato. La succursale deve esaminare essa stessa la plausibilità delle informazioni che gli sono trasmesse dalla sede principale. La responsabilità finale della giusta esecuzione delle chiarificazioni incombe alla succursale (consid. 4).*

### **Résumé des faits:**

La Banque X est une banque étrangère qui a obtenu en 1996 l'autorisation d'ouvrir une succursale à Lausanne.

En juillet et novembre 2000, la succursale de Lausanne de la Banque X (*ci-après la succursale de Lausanne ou la succursale*) a accordé, sur instruction de son siège, deux crédits d'un montant total de l'ordre de CHF 360 millions à deux sociétés de domicile des British Virgin Islands. Le montant de ces deux crédits représente environ le tiers des crédits accordés par la succursale à sa clientèle en 2000. Les prêts ont été accordés pour financer l'acquisition de portefeuilles de titres, constitués notamment d'actions de la Banque X, lesquels ont été mis en gage et servent de garantie aux prêts.

Les sociétés de domiciles cocontractantes ont des structures complexes et quasiment identiques de par leurs différents intervenants. Elles sont chacune détenues par un trust discrétionnaire et irrévocable à Jersey, les trustees disposant des pleins pouvoirs pour exclure ou changer le ou les bénéficiaires. Les adresses de correspondance en Suisse et la liste des signatures autorisées des sociétés cocontractantes sont les mêmes.

Lors de l'octroi des crédits, les dossiers de la succursale de Lausanne et du siège de la Banque X (*ci-après le siège*) ne comprenaient pas d'analyse détaillée de la situation économique des débiteurs. En outre, les copies des documents ayant servi à l'identification des cocontractants ne figuraient pas aux dossiers de la succursale de Lausanne. Cette dernière a accordé les crédits précités en admettant les bénéficiaires désignés dans les trusts, soit deux autres sociétés de domicile des British Virgin Islands, comme étant les ayants droit économiques finaux. Les dossiers de la succursale ne contenaient, lors de l'octroi des crédits, pas d'informations sur les fondateurs des trusts, les personnes habilitées à donner des instructions aux cocontractants, ou le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires.

Dans son rapport de révision 2000 concernant la succursale de Lau-

sanne, le réviseur externe a relevé des irrégularités en matière d'identification de l'ayant droit économique et de conservation des documents et constaté notamment que ni les dossiers de la succursale, ni ceux du siège à l'étranger ne contenaient les informations nécessaires et suffisantes pour l'identification des bénéficiaires économiques de ces deux opérations de crédits. Sur demande de l'organe de révision, la succursale de Lausanne a entrepris des recherches et est arrivée à la conclusion, au cours du premier trimestre 2001, que les ayants droit économiques finaux desdites relations étaient en réalité Monsieur Y et Monsieur Z. Selon la succursale, ceux-ci étaient, dès le début des opérations, connus du siège de la Banque X avec qui ils ont des relations de longue date et de confiance. M. Y., qui est le protecteur des trusts détenant les sociétés cocontractantes, était également, au moment de l'octroi des crédits, organe d'une société du groupe auquel la Banque X appartient. Il n'est cependant pas certain que MM. Y et Z soient effectivement les ayants droit économiques finaux des ces relations de crédit, la banque ayant évoqué que ceux-ci entendaient associer d'«autres investisseurs». Les formulaires A d'identification de l'ayant droit économique, établis le 1<sup>er</sup> mars 2001, ainsi que les autres documents requis ont été fournis à l'organe de révision le 2 mars 2001.

Par courriers des 13 août 2001, 4 mars, 16 avril et 8 mai 2002, ainsi qu'un entretien du 12 avril 2002, la CFB a demandé à la succursale de Lausanne des informations complémentaires concernant les irrégularités relevées dans le rapport de révision ainsi que des explications concernant l'arrière-plan économique de ces relations de crédits. La succursale a notamment exposé qu'elle s'était vue proposer des opérations de crédits de son siège dûment approuvées par le comité de crédit de ce dernier. Elle savait que ces opérations avaient fait l'objet d'une étude approfondie au siège à l'étranger, et que par conséquent toutes les démarches d'identification avaient été entreprises à cette occasion. La succursale s'est de ce fait limitée à enregistrer les documents transmis par les sociétés cocontractantes. Elle a par ailleurs pré-

cisé que les crédits avaient été accordés auprès de la succursale de Lausanne parce que cette solution était plus avantageuse du point de vue fiscal. En effet, si ces financements avaient été effectués au siège, le traitement fiscal de ces opérations de crédits aurait été plus pénalisant pour les clients qui auraient dû s'acquitter de droits de timbre élevés. Selon la succursale, le siège a basé l'analyse des opérations de crédit sur la qualité des portefeuilles titres donnés en garantie et leur potentiel de valorisation, ajoutés à la capacité de MM. Y. et Z. d'associer d'autres investisseurs. Pour la Banque X, la situation financière de MM. Y. et Z. n'était pas décisive pour l'octroi des crédits. Selon les renseignements obtenus en mai 2002 par le siège auprès de ces derniers, leur fortune provient essentiellement de l'achat et de la vente de sociétés fructueuses, d'affaires immobilières, de positions importantes au sein de sociétés d'investissements et de la fortune personnelle de leurs épouses.

En ce qui concerne l'arrière plan économique des opérations de crédits, la succursale de Lausanne a expliqué à la CFB en avril 2002 que le Groupe détenant la Banque X avait joué un rôle de leader dans le processus de privatisation de l'économie du pays où la Banque X a son siège. MM. Y. et Z., qui étaient «des investisseurs connus du groupe X», ont pris contact avec le siège et acquis des actions, notamment de la Banque X, par le biais des sociétés de domicile cocontractantes.

Au moment de l'ouverture des relations de crédits susmentionnées, M. B. était Directeur général de la succursale de Lausanne de la Banque X, poste qu'il a quitté le 31 octobre 2001 pour assumer d'autres fonctions à l'étranger. A cette époque, M. A., actuel Directeur général de la succursale de Lausanne de la Banque X, était Directeur du département de Crédit et Entreprises de la succursale. Il assumait cette tâche sous la responsabilité du directeur général, auquel il était subordonné. Dans l'exercice de sa fonction, M. A. avait été responsable de la constitution et du suivi des deux dossiers de crédit concernés sur

les plans opérationnel et administratif. Le visa de M. A. figure sur les documents d'ouverture desdites relations de crédit. Après l'intervention de l'organe de révision, M. A. a adopté des mesures afin de compléter les dossiers de crédits litigieux et d'éviter qu'un incident semblable se reproduise à l'avenir.

Invités à prendre position sur les faits précités, la succursale de Lausanne de la Banque X et M. A. ont confirmé que les faits retenus par la CFB étaient globalement exacts.

Par courrier du 7 janvier 2003, la CFB a été informée que le Comité exécutif de la Banque X avait décidé de dissoudre la succursale de Lausanne suite à une réorganisation stratégique des activités internationales du groupe et de la remplacer par un bureau de représentation d'ici à la fin juin 2003. Après cinq ans d'activités, la succursale de Lausanne n'avait en effet pas réussi à développer suffisamment son activité locale. En ce qui concerne les deux relations de crédits litigieuses, elles seront probablement transférées dans la succursale de Londres. En tant que Directeur général de la succursale de Lausanne, M. A. est un employé du siège, lequel décidera de sa nouvelle affectation à l'étranger.

Par la présente décision, la CFB a constaté que la succursale de Lausanne de la Banque X et M. A. n'avaient pas respecté les principes applicables en matière de gestion des risques de crédit et de conservation des documents y relatifs et violé ainsi l'article 9 de l'ordonnance sur les banques. Elle a en outre constaté que la succursale de Lausanne de la Banque X et M. A. n'avaient pas fait preuve de la diligence requise dans le cadre de l'ouverture des relations de crédits en cause et avaient violé les règles applicables de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques en matière d'identification du client, de conservation des documents et de détermination de l'ayant droit économique ainsi que les articles 3, 4, 6 et 7 de la loi sur le blanchi-

ment d'argent. Enfin, la CFB a constaté que la succursale de Lausanne de la Banque X et M. A. avaient violé la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable de l'article 3, alinéa 2, lettre c de la loi sur les banques. Compte tenu du temps écoulé, du fait que la succursale de Lausanne de la Banque X et M. A. ont adopté des mesures afin de régulariser les dossiers de crédits et surtout eu égard au fait que cette succursale allait être dissoute prochainement et M. A. affecté à l'étranger, la CFB a renoncé à prononcer l'éloignement de M. A.

### **Extrait des considérants:**

#### *2. Devoirs de diligence en matière de gestion des risques de crédits*

Bien que les prescriptions de la LB sur les fonds propres (art. 4 LB) et la répartition des risques (art. 4<sup>bis</sup> LB) ne soient pas applicables aux banques étrangères, celles-ci doivent respecter les dispositions de l'Ordonnance sur les banques (art. 3, al. 1, OB; RS 952.02). La banque doit notamment déterminer, limiter et contrôler les risques de crédit et réunir tous les documents nécessaires à la décision et à la surveillance. Ces documents doivent également permettre à l'organe de révision d'apprécier correctement les activités de la banque (article 9 al. 2 et 3 OB).

Dans son analyse, la banque doit notamment tenir compte de la situation personnelle du futur preneur de crédit. Si ce dernier est une société, la banque doit examiner ses comptes et les qualités de ses organes. Elle ne peut pas se contenter d'ignorer la situation de ses débiteurs lorsqu'elle pense disposer de garanties suffisantes. Elle doit documenter correctement les facteurs permettant d'apprécier la qualité et la solvabilité de ses débiteurs. La documentation doit être disponible et maintenue à jour, pour permettre en tout temps de se faire une idée de la solvabilité du débiteur (Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, Genève, 2002, p. 42, 43 et 524).

Dans le cadre de l'ouverture d'une relation de crédit par une succursale, cette dernière est responsable de la tenue du compte et doit disposer de l'ensemble des documents nécessaires à cet effet. Ainsi l'article 12.5 du règlement interne adopté par la succursale de Lausanne de la Banque X en 1999, qui était en vigueur au moment des faits, prévoyait expressément que, pour chaque opération de crédit, l'instance de décision devait être suffisamment documentée de manière à ce qu'elle soit en mesure de décider sur la demande soumise et pour que les organes de contrôle puissent apprécier l'opération conformément à l'art. 9, al. 3 OB.

En raison du taux élevé des droits de timbres prélevés lors de l'octroi de crédits dans le pays où la Banque X a son siège (4,5% sur le capital et 4% sur les intérêts payés), les banques du pays concerné ont développé une pratique spécifique pour le financement de leur clientèle non-résidente: elles analysent les demandes de crédit au siège, les soumettent au comité de crédit de ce dernier, puis transmettent les dossiers à leurs succursales à l'étranger en chargeant ces dernières de conclure le contrat. Cette pratique appelée «crédits risques siège» leur permet de rester compétitives par rapport aux banques locales. Les opérations de «crédits risques siège» sont comptabilisées auprès de la succursale et non du siège mais, pour le surplus, cet arrangement n'a qu'une portée interne et ne dispense pas les succursales du respect des réglementations locales applicables.

### 3. *Devoirs de diligence en matière de lutte contre le blanchiment*

Lors de l'établissement et du maintien d'une relation d'affaires, les banques doivent observer un certain nombre de règles, dont notamment la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (LBA; RS 955.0) ainsi que les articles 305<sup>bis</sup> et 305<sup>ter</sup> du Code pénal (RS 311.0). Ce dernier prévoit que celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimo-



niales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance que requièrent les circonstances, sera puni de l'emprisonnement pour une année au plus, des arrêts ou de l'amende. Ces dispositions sont également applicables dans le cadre des relations de crédit en vertu de l'article 2 al. 3 let. a LBA. Elles ont été concrétisées par la CFB dans sa circulaire 98/1 sur le blanchiment de capitaux, entrée en vigueur en juillet 1998. Les règles en matière d'identification des clients et de détermination de l'ayant droit économique sont contenues dans la Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 28 janvier 1998 (ci-après CDB). La circulaire CFB 98/1 et la CDB 98 seront remplacées en juillet 2003 par la nouvelle ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent et la CDB 03. La circulaire CFB 98/1 et la CDB 98 demeurent cependant applicables au cas présent, puisque les faits se sont déroulés en 2000. Les devoirs de diligence contenus dans la CDB valent aussitôt qu'une banque ouvre une relation d'affaires avec un client, à savoir également dans le cadre des relations de crédit (cf. Rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB 1990-1992, B.7).

*a) Identification du client*

Les banques doivent connaître leurs clients («know your customer»). Dès l'établissement de relations d'affaires, elles doivent vérifier l'identité du cocontractant sur la base d'une pièce justificative (art. 3 al. 1 LBA, ch. marg. 20 de la Circ.-CFB 98/1 et art. 2 CDB 98). La CDB 98 règle précisément comment et quand la banque doit procéder en la matière (ch. marg. 9 à 21).

*b) Détermination de l'ayant droit économique*

Les banques doivent requérir du cocontractant une déclaration écrite indiquant qui est l'ayant droit économique notamment si ce dernier n'est pas le cocontractant, qu'il y a un doute à ce sujet ou si le cocontractant est une société de domicile (art. 4, al. 1 LBA et art. 3 et 4 CDB 98).

Pour les sociétés de domicile, les banques doivent exiger une déclaration, établie sur formulaire A, par laquelle le cocontractant indique qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales (art. 4 al. 2 lit. b CDB 98). Une société de domicile ne peut pas être elle-même ayant droit économique d'une autre société de domicile (ch. marg. 37 de la CDB 98). Dans le cas de groupements de personnes ou d'entités patrimoniales pour lesquels il n'existe pas d'ayant droit économique déterminé (p.ex. les discretionary trusts), une déclaration écrite confirmant cet état de fait doit être exigée du cocontractant, en lieu et place de l'identification de l'ayant droit économique. Cette déclaration doit en outre indiquer le fondateur effectif ainsi que les personnes habilitées à donner des instructions au cocontractant et le cercle des personnes pouvant entrer en ligne de compte comme bénéficiaires. S'il existe des curateurs, des protecteurs, etc., ils doivent également figurer dans la déclaration (ch. marg. 39 de la CDB 98).

*c) Obligation particulière de clarification*

La banque doit, par ailleurs, clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires lorsque la transaction ou la relation d'affaires paraissent inhabituelles, sauf si leur légalité est manifeste (art. 6 let. a LBA et ch. marg. 11 Circ.-CFB 98/1). Elle doit examiner la plausibilité des explications du client quant à l'arrière-plan économique des opérations, et ne doit pas accepter sans examen les explications du client, par exemple se rapportant à des raisons fiscales (ch. marg. A2 de l'annexe à la Circ.-CFB 98/1). Dans un tel cas, la banque doit exiger des cocontractants une déclaration écrite ou rédiger une note dans laquelle elle consigne les déclarations du client en ce qui concerne notamment le but et le genre de la transaction, la situation financière du cocontractant et de l'ayant droit économique, leur activité commerciale ou professionnelle ainsi que la provenance des fonds déposés ou investis (ch. marg. 24 Circ. CFB 98/1).

*d) Conservation des documents*

La banque doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions légales et des circulaires de la CFB. Elle doit en outre conserver ces documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale (art. 7 LBA; ch. marg. 35 et ss Circ. CFB 98/1; ch. marg. 20 et 21 CDB 98).

*4. Respect des devoirs de diligence par une succursale en cas de délégation au siège*

S'il est possible à une succursale en Suisse de déléguer certaines tâches à son siège à l'étranger, par exemple la procédure d'identification des cocontractants, les clarifications complémentaires ou l'analyse d'un crédit, la succursale en Suisse doit cependant disposer de l'ensemble de la documentation dans ses dossiers, laquelle doit être également accessible aux réviseurs internes et externes de la succursale. Ainsi, lorsque l'identité du cocontractant a déjà été vérifiée au sein du groupe de façon équivalente, il n'est pas nécessaire de répéter la procédure d'identification. Mais dans ce cas, des copies des documents ayant servi à la vérification initiale doivent être conservées dans les dossiers des entités concernées du groupe (ch. marg. 17 et 18 CDB 98). La succursale ne peut dès lors pas se référer à des documents d'identification se trouvant auprès du siège de sa maison mère à l'étranger (cf. Rapport d'activité de la Commission de surveillance CDB 1995–1997, C.3c). Il en est de même lorsque la décision au sujet d'une position de crédit a été prise au siège d'une banque étrangère, un jeu des documents requis en vertu de l'article 19 al. 2 LB doit être conservé auprès de la succursale (Urs P. Roth, «Anwendbarkeit der BaG-Bestimmungen, in Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Art. 2, ch. marg. 16).

En cas de délégation, la succursale en Suisse doit s'assurer que le siège appliquera la même diligence qu'elle dans sa tâche et respectera les standards suisses. Elle doit donner au siège les instructions nécessaires à cet effet et conserver la possibilité de contrôler la qualité du travail effectué. La succursale doit examiner elle-même la plausibilité des informations qui lui sont transmises par le siège. La responsabilité finale de la bonne exécution des clarifications lui incombe (cf. dans ce sens l'art. 19 de la nouvelle OBA-CFB et le commentaire y relatif dans le rapport de la CFB de mars 2003 sur le blanchiment, p. 46).

5. *Respect des devoirs de diligence par la succursale de Lausanne de la Banque X*

La succursale de Lausanne de la Banque X ne détenait pas systématiquement, lors de l'octroi des crédits, de copies des documents ayant servi à l'identification des cocontractants dans le cadre des deux opérations de crédits litigieuses ainsi que dans d'autres relations de crédits commerciaux «risques siège», pour lesquels les documents d'identification se trouvaient auprès du siège à l'étranger. En outre, lors de l'ouverture des relations de crédits, la succursale de Lausanne a considéré deux sociétés de domicile, désignées comme bénéficiaires des trusts détenant les sociétés de domicile cocontractantes, comme étant les ayants droit économiques finaux des deux relations de crédit précitées, sans autre précision quant aux fondateurs des trusts (dont on ignore encore aujourd'hui l'identité), aux éventuels protecteurs, ni aux bénéficiaires. Par ailleurs, ni les dossiers de la succursale de Lausanne, ni ceux du siège à l'étranger ne contenaient d'informations nécessaires et suffisantes pour déterminer quels étaient les ayants droit économiques finaux. Ce faisant, la succursale de Lausanne de la Banque X a agi en violation des art. 3, 4 et 7 LBA, de la Circulaire CFB 98/1 ainsi que des art. 2 et 4 CDB 98.

Lors de l'octroi des crédits, ni la succursale de Lausanne, ni le siège à l'étranger ne détenaient les documents nécessaires permettant d'ap-

précier la qualité et la solvabilité des débiteurs. La banque a reconnu avoir basé son analyse crédit uniquement sur la qualité des portefeuilles titres donnés en garantie et leur potentiel de valorisation. Ce n'est qu'après l'intervention de la CFB que la succursale a effectué, en mai 2002, des démarches en vue d'établir quelle était la situation financière de MM. Y. et Z. En n'éclaircissant pas la situation financière des débiteurs avant d'octroyer les crédits, la succursale a ainsi violé l'art. 9 OB.

Ainsi la succursale de Lausanne de la Banque X a accordé deux crédits d'une importance considérable (au total CHF 360 millions et ses deux plus gros débiteurs en 2000) sans que l'identification des cocontractants soit valablement documentée et sans avoir connaissance ni de l'identité, ni de la solvabilité de leurs destinataires finaux. Il y a lieu de souligner que la succursale a mis plusieurs semaines avant de pouvoir fournir au réviseur externe, puis à la CFB, l'ensemble de la documentation relative à l'identification des cocontractants et des ayants droit économiques ainsi qu'à la situation financière des débiteurs.

Ces deux relations d'affaires sont pour le moins insolites, compte tenu de la complexité des constructions utilisées (sans justification apparente), du fait que les personnes impliquées sont proches du groupe détenant la Banque X (M. Y. était même un organe d'une société du groupe X) et que les prêts ont été notamment utilisés pour acheter des actions de la Banque X. Ces opérations de crédit manquent dans leur ensemble de transparence et les explications – souvent évasives – données par la succursale ne sont pas absolument convaincantes. Compte tenu du fait que ces relations étaient inhabituelles vu la structure adoptée, le montant des prêts et leur finalité, la succursale devait procéder à des clarifications particulières de l'arrière-plan économique dès l'établissement de la relation d'affaires avec les sociétés de domicile cocontractantes. En ne procédant pas à de telles clarifications, elle a violé l'article 6 LBA. Il n'est par ailleurs aujourd'hui toujours pas certain que MM. Y. et Z. soient effectivement les ayants droit économi-

ques finaux de ces relations de crédit, la banque ayant même évoqué que ceux-ci entendaient «associer d'autres investisseurs». La CFB n'a cependant pas les moyens de le vérifier.

#### 6. Responsabilités personnelles

Selon l'article 8 let. e et h du règlement interne de la banque de 1999, la direction de la succursale est notamment chargée d'accorder les crédits, de les surveiller et d'assurer le maintien constant des marges de garanties et des limites fixées. Elle doit par ailleurs réunir tous les documents nécessaires à la décision et à la surveillance des crédits.

Au moment de l'ouverture des relations de crédits litigieuses, M. B. était directeur général de la succursale de Lausanne. Il a quitté cette succursale le 31 octobre 2001 pour assumer d'autres fonctions à l'étranger. Cela étant, il n'y a plus lieu d'examiner si la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable est respectée en ce qui le concerne. La CFB se réserve cependant de se prononcer à ce sujet dans l'éventualité où M. B. envisagerait de reprendre une activité dirigeante en Suisse au sein d'un établissement soumis à sa surveillance. M. B. a en outre probablement commis l'infraction prévue à l'article 305<sup>er</sup> CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières).

M. A., qui était directeur du département Crédit et Entreprises de la succursale de Lausanne depuis juillet 1999, s'est occupé de la constitution et du suivi des deux dossiers de crédit précités sur les plans opérationnel et administratif. Il assumait cette tâche sous la responsabilité de M. B. S'agissant de crédits «risques siège», ceux-ci ont été approuvés par le comité de crédit du siège de la Banque X. M. A. s'est limité à enregistrer les documents reçus. Il a visé les documents d'ouverture desdites relations de crédit portant sur un montant total de l'ordre de CHF 360 millions, sans en connaître les ayants droit économiques finaux, en l'absence de formulaire A permettant d'identifier

ces derniers et aveuglement aux instructions et informations données par le siège, partant de l'idée (par ailleurs erronée) que celui-ci devait disposer d'une documentation complète relative à l'identification des cocontractants, à celle des ayants droit économiques finaux et à leur situation de fortune. M. A., malgré sa position dirigeante au sein d'une succursale suisse d'une banque étrangère, a fait preuve d'une profonde méconnaissance de dispositions fondamentales de la réglementation suisse applicable en matière bancaire. Le fait qu'il ait aveuglement suivi les instructions de son siège au mépris de ses obligations de diligence, amène la CFB à considérer qu'il a violé la condition de la garantie de l'exercice d'une activité irréprochable. M. A. a en outre lui aussi probablement commis l'infraction prévue à l'article 305<sup>ter</sup> CP (défaut de vigilance en matière d'opérations financières).

#### 7. *Mesures à adopter*

Compte tenu du temps écoulé depuis l'ouverture des relations de crédit litigieuses, du fait que la succursale de Lausanne de la Banque X et M. A. aient adopté des mesures afin de régulariser les dossiers «crédits risques siège» et surtout eu égard au fait que cette succursale sera dissoute prochainement et M. A. appelé à d'autres fonctions à l'étranger, il ne se justifie pas de prononcer l'éloignement de celui-ci. Par contre, tout semble indiquer que les conditions de l'article 305<sup>ter</sup> CP, relatif au défaut de vigilance en matière d'opérations financières en relation avec l'art. 3 al. 3 let. a LBA soient remplies, tant en ce qui concerne M. B. que M. A. La CFB se réserve dès lors la possibilité de procéder à une dénonciation à leur encontre auprès des autorités pénales.

**Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral du 18 février 2003 dans la cause Banque Cantonale Vaudoise contre Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission fédérale des banques et Commission des OPA (2A.362/2001)<sup>1</sup>**

**Qualité de partie d'un groupe d'actionnaires minoritaires devant la Commission des OPA dans le cadre d'une procédure visant à faire constater l'éventuelle obligation de présenter une offre publique d'achat (art. 53 et 54 OOPA et art. 6 PA)**

1. *Qualité de partie d'un groupe d'actionnaires minoritaires devant la Commission des OPA (art. 53 et 54 OOPA) dans le cadre d'une procédure visant à faire constater l'éventuelle obligation de présenter une offre publique d'achat; décision incidente; inapplicabilité de l'art. 6 PA devant la Commission des OPA. Constitue une décision incidente de nature à causer un préjudice irréparable à la recourante la décision par laquelle la Commission fédérale des banques a reconnu, à tort, le statut de partie devant la Commission des OPA à un groupe d'actionnaires minoritaires voulant faire constater qu'un autre groupe d'actionnaires – dont la recourante – avait l'obligation de présenter une offre publique d'achat (consid. 3).*
2. *La qualité de partie devant la Commission des OPA – qui émet de simples recommandations – se détermine exclusivement d'après la disposition spéciale de l'art. 53 OOPA, et non au regard de l'art. 6 PA qui, en principe, s'applique devant la Commission fédérale des banques. La question – controversée – de savoir si un actionnaire minoritaire aurait la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques sur la base de l'art. 6 PA a été laissée indéçise (consid. 4).*

<sup>1</sup> Cet arrêt a été publié dans le recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (référence ATF 129 II 183).



**Parteistellung einer Gruppe von Minderheitsaktionären vor der Übernahmekommission im Verfahren über die Feststellung einer allfälligen Pflicht, ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten (Art. 53 und 54 UEV-UEK sowie Art. 6 VwVG)**

1. *Parteistellung einer Gruppe von Minderheitsaktionären vor der Übernahmekommission (Art. 53 und 54 UEV-UEK) im Verfahren über die Feststellung einer allfälligen Pflicht, ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten; Zwischenentscheid; Nichtanwendbarkeit von Art. 6 VwVG vor der Übernahmekommission. Der Zwischenentscheid, mit dem die Eidgenössische Bankenkommision einer Gruppe von Minderheitsaktionären zu Unrecht Parteistellung vor der Übernahmekommission zuerkannt hat, bewirkt für die Beschwerdeführerin einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, wenn die Gruppe der Minderheitsaktionäre feststellen lassen will, dass eine andere Aktionärsgruppe – darunter die Beschwerdeführerin – verpflichtet ist, ein öffentliches Übernahmeangebot zu unterbreiten (Erw. 3).*
2. *Die Parteistellung vor der Übernahmekommission – die nur Empfehlungen aussprechen kann – bestimmt sich ausschliesslich nach Art. 53 UEV-UEK und nicht gemäss dem grundsätzlich im Verfahren vor der Eidgenössischen Bankenkommision anwendbaren Art. 6 VwVG. Die Frage, ob ein Minderheitsaktionär im Verfahren vor der Eidgenössischen Bankenkommision Parteistellung besitzt, wurde offen gelassen (Erw. 4).*

**Qualità di parte di un gruppo di azionisti di minoranza dinanzi alla Commissione delle OPA nell'ambito di una procedura tendente al riconoscimento dell'eventuale obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto (Art. 53 e 54 O-COPA e art. 6 PA)**

1. *Qualità di parte di un gruppo di azionisti di minoranza dinanzi alla Commissione delle OPA (art. 53 e 54 O-COPA) nell'ambito di una pro-*

*cedura tendente al riconoscimento dell'eventuale obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto; decisione incidentale; inapplicabilità dell'art. 6 PA dinanzi alla Commissione delle OPA. Costituisce una decisione incidentale atta a causare un pregiudizio irreparabile alla ricorrente la decisione con cui la Commissione federale delle banche ha riconosciuto, a torto, la qualità di parte davanti alla Commissione delle OPA a un gruppo di azionisti di minoranza che voleva fare constatare che un altro gruppo di azionisti – tra cui la ricorrente – aveva l'obbligo di presentare un'offerta pubblica di acquisto (consid. 3).*

- 2. La qualità di parte dinanzi alla Commissione delle OPA – la quale emana delle semplici raccomandazioni – si determina esclusivamente in virtù dell'art. 53 O-COPA, norma speciale, e non secondo l'art. 6 PA, il quale, in linea di principio, si applica davanti alla Commissione federale delle banche. La questione – controversa – di sapere se un azionista di minoranza avrebbe la qualità di parte dinanzi alla Commissione federale delle banche in virtù dell'art. 6 PA è stata lasciata irrisolta (consid. 4).*

### **Résumé des faits:**

La société Baumgartner Papiers Holding SA, dont le siège social est à Crissier, possède un capital-actions de CHF 13 000 000 divisé en 130 000 actions nominatives d'une valeur nominale de CHF 100 chacune, qui sont cotées au marché principal de la SWX Swiss Exchange. Les sociétés Edelman Value Partners L.P., à New York (USA), Edelman Value Fund Ltd, à Luxembourg, Paper I Partners L.P., à Luxembourg, Paper II Partners L.P., à Luxembourg, et The Wimbledon Fund Ltd, à Nassau (Bahamas) (ci-après: le groupe Edelman) sont actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA et détiennent ensemble 27,6% des droits de vote. La Banque Cantonale Vaudoise, Baumgartner Papiers SA, la Fondation de prévoyance en faveur du personnel de Baumgartner Papiers SA, la Caisse de retraite de Baumgartner Papiers SA, Claude et

Lisette Grandjean (ci-après: la Banque Cantonale Vaudoise et consorts) sont également actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA et détiennent globalement 33,9% des droits de vote.

Le 29 janvier 2001, le groupe Edelman a demandé à la Commission des offres publiques d'acquisition (ci-après: la Commission des OPA) de constater que la Banque Cantonale Vaudoise et consorts formaient un groupe organisé et devaient donc présenter une offre publique d'achat obligatoire aux actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA, tout en précisant que l'actionnaire Andrée Devenoge (détenant 3,6% des droits de vote) devait être considérée comme une personne proche de ce groupe. Dans sa prise de position du 26 février 2001, la Banque Cantonale Vaudoise notamment a contesté qu'elle faisait partie d'un groupe organisé d'actionnaires visant à contrôler Baumgartner Papiers Holding SA, tout en déniau au groupe Edelman la qualité de partie pour participer à la procédure engagée par la Commission des OPA portant sur l'existence d'une éventuelle obligation d'offre.

Par recommandation du 2 avril 2001, la Commission des OPA a indiqué que les sociétés du groupe Edelman avaient qualité de parties dans la procédure tendant à la constatation de l'éventuelle obligation des actionnaires Banque Cantonale Vaudoise et consorts de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA (chiffre 1); qu'à l'échéance du délai de rejet de la présente recommandation, elle transmettrait au groupe Edelman, dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, notamment la prise de position de la Banque Cantonale Vaudoise du 26 février 2001 et qu'elle impartirait au groupe Edelman un délai pour poursuivre la procédure (chiffre 2); la présente recommandation serait publiée sur le site Internet de la Commission des OPA avec la recommandation portant sur le fond (chiffre 3). Par lettre du 6 avril 2001 adressée à la Commission des OPA, la Banque Cantonale Vaudoise notamment a déclaré rejeter ladite recommandation.

Statuant le 4 juillet 2001, la Chambre des offres publiques d'acquisition de la Commission fédérale des banques (ci-après: la Commission fédérale des banques) a confirmé que le groupe Edelman avait le statut de partie pour requérir la constatation par la Commission des OPA d'une éventuelle obligation de présenter une offre publique d'acquisition à la charge des actionnaires Banque Cantonale Vaudoise et consorts, avec suite de frais à la charge de ces derniers.

La Banque Cantonale Vaudoise a formé un recours de droit administratif au Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours dans la mesure où il était recevable.

### **Extrait des considérants:**

3.

3.1 Selon l'art. 97 OJ en relation avec l'art. 5 PA, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre les décisions fondées sur le droit public fédéral – ou qui auraient dû l'être –, à condition qu'elles émanent des autorités énumérées à l'art. 98 OJ et pour autant qu'aucune des exceptions prévues aux art. 99 à 102 OJ ou dans la législation spéciale ne soit réalisée (ATF 128 II 311 consid. 2, 259 consid. 1.2). La décision attaquée, par laquelle la Commission fédérale des banques a reconnu la qualité de parties aux sociétés du groupe Edelman (actionnaires minoritaires) dans la procédure ouverte devant la Commission des OPA, ne constitue pas une décision partielle, dans la mesure où elle ne tranche pas définitivement une question de principe de droit matériel (cf. ATF 120 Ib 97 consid. 1b p. 99 et la jurisprudence citée). Il s'agit bien plutôt d'une décision incidente au sens de l'art. 101 let. a OJ, dès lors qu'elle ne règle qu'une question de procédure et ne représente qu'une étape vers la décision finale sur le fond, soit l'existence ou non d'une obligation de présenter une offre publique d'achat. Dans ce contexte, on peut toutefois relever que les recommandations ne peuvent porter en principe que sur les questions

matérielles relatives à l'obligation de présenter une offre ou à l'octroi de conditions et dérogations particulières (cf. art. 35 al. 1 et 2 de l'ordonnance de la Commission fédérale des banques du 25 juin 1997 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [ordonnance de la CFB sur les bourses, OBVM-CFB; RS 954.193]). A contrario, il est donc douteux que les éventuelles questions de procédure préalables qui se posent à la Commission des OPA – comme c'est le cas en l'espèce – puissent faire l'objet d'une recommandation séparée du fond. On peut même se demander si une telle façon de faire est compatible avec une procédure simple et rapide telle que voulue par l'art. 55 de l'ordonnance de la Commission des OPA du 21 juillet 1997 sur les offres publiques d'acquisition (ordonnance sur les OPA, OOPA; RS 954.195.1). Comme la Commission fédérale des banques a cependant statué sur la question de la qualité de partie, il convient d'examiner si la décision attaquée peut faire immédiatement l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral.

3.2 Le recours de droit administratif n'est recevable – séparément du fond – à l'encontre d'une décision incidente qu'à la double condition que cette voie de droit soit ouverte contre la décision finale (art. 101 let. a OJ a contrario) et que la décision incidente soit de nature à causer un préjudice irréparable au recourant (art. 45 al. 1 PA). A l'égard de cette dernière condition, la jurisprudence admet cependant qu'il suffit que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 126 V 244 consid. 2a p. 246 ss; 125 II 613 consid. 2a; 124 V 82 consid. 2 p. 85; 122 II 204 consid. 1 p. 207, 211 consid. 1c p. 213; 120 Ib 97 consid. 1c p. 99; 116 Ib 344 consid. 1c p. 347).

3.2.1 La première de ces conditions est réalisée, puisque la voie du recours de droit administratif est ouverte contre la décision finale de la Commission fédérale des banques (autorité de surveillance) portant sur l'obligation ou non de présenter une offre publique d'achat (art. 39

en relation avec l'art. 32 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières [loi sur les bourses, LBVM; RS 954.1]).

3.2.2 Par ailleurs, la décision querellée est propre à causer un préjudice irréparable à la société recourante. Par recommandation du 2 avril 2001, la Commission des OPA a, d'une part, reconnu la qualité de parties aux sociétés du groupe Edelman dans la procédure tendant à la constatation de l'éventuelle obligation des actionnaires Banque Cantonale Vaudoise et consorts de présenter une offre publique d'acquisition aux actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA (chiffre 1) et, d'autre part, indiqué qu'à l'échéance du délai de rejet de la présente recommandation, elle transmettrait au groupe Edelman, dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures, notamment la prise de position de la Banque Cantonale Vaudoise du 26 février 2001. Or la qualité de partie confère des garanties de procédure étendues telles que l'accès au dossier (voir ci-dessous, consid. 4). Dès lors, si la décision attaquée devait être confirmée, le groupe Edelman pourrait, en sa qualité de partie, avoir connaissance, entre autres pièces du dossier, de la prise de position du 26 février 2001 de la recourante. Or celle-ci ne s'est pas bornée, dans cette écriture, à contester la qualité de parties des actionnaires minoritaires appartenant au groupe Edelman, mais a également fourni des informations notamment sur les relations qu'elle entretenait avec d'autres actionnaires de Baumgartner Papiers Holding SA. On peut donc raisonnablement admettre, contrairement à l'opinion de la Commission des OPA, qu'une telle écriture – qui n'est pas accessible au public – contient, du moins en partie, des informations confidentielles. La société recourante a donc un intérêt digne de protection à ce que ses observations ne soient pas transmises au groupe Edelman et donc que la décision attaquée soit immédiatement annulée. Une décision finale même favorable à la recourante ne pourrait pas faire disparaître complètement le dommage.

3.3 Interjeté dans un délai de dix jours dès la notification de la décision (art. 106 al. 1 OJ) et dans les formes prescrites par la loi, le présent recours est donc recevable.

3.4 Conformément à l'art. 104 let. a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation. Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels du citoyen (ATF 128 II 56 consid. 2b; 126 V 252 consid. 1a p. 254). Comme il n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent, il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer l'arrêt attaqué pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 127 II 8 consid. 1b p. 12, 264 consid. 1b p. 268).

4.

4.1 Selon l'art. 23 LBVM, l'autorité de surveillance, soit la Commission fédérale des banques, institue une Commission des OPA, composée d'experts représentant les négociants, les sociétés cotées en bourse et les investisseurs. L'organisation et la procédure de la Commission des OPA doivent être approuvées par l'autorité de surveillance (al. 1<sup>er</sup>); la Commission des OPA veille au respect des dispositions applicables aux offres publiques d'acquisition. Elle peut demander aux offrants et aux sociétés visées tous les renseignements et les documents dont elle a besoin. Elle édicte des recommandations à l'adresse des personnes concernées et peut les publier (al. 3); en cas de rejet ou d'inobservation de ses recommandations, elle en informe l'autorité de surveillance. Celle-ci peut alors rendre une décision (al. 4). L'art. 32 al. 1 OBVM-CFB dispose que, sur demande, la Commission des OPA se prononce sur l'obligation de présenter une offre (cf. aussi art. 35 OBVM-CFB). Aux termes de l'art. 53 al. 1 OOPA, l'offrant, les personnes qui agissent de concert avec lui et la société visée sont parties à la procédure (devant la Commission des OPA). Selon l'art. 54 OOPA,

toute personne qui fait valoir un intérêt légitime direct peut intervenir dans la procédure et émettre des objections (al. 1<sup>er</sup>); ont notamment un intérêt légitime direct les personnes visées à l'art. 38 (les détenteurs d'au moins 5 pour cent des droits de vote exerçables ou non de la société visée; al. 2); les intervenants s'expriment en principe uniquement par écrit et sur la base des documents publics. S'ils font valoir un intérêt légitime à la consultation d'autres pièces du dossier, la Commission des OPA tranche en tenant compte de tous les intérêts en cause (al. 3). S'agissant des principes de procédure, l'art. 55 OOPA prévoit que la procédure respecte l'égalité de traitement et le droit d'être entendu; les modalités du droit d'être entendu sont fixées par la délégation de la Commission des OPA, en tenant compte des principes dégagés de la jurisprudence et de tous les intérêts en cause (al. 1). La procédure est simple et tient compte des brefs délais dans lesquels les recommandations doivent être édictées (al. 2); les recommandations sont brièvement motivées et sont notifiées aux parties (al. 4). La loi fédérale sur la procédure administrative n'est pas applicable à la procédure (devant la Commission des OPA; al. 5).

4.2 Bien qu'admettant que la loi sur la procédure administrative ne soit pas formellement et directement applicable à la Commission des OPA, la Commission fédérale des banques a reconnu la qualité de partie au groupe Edelman devant la Commission des OPA en se référant à l'art. 6 PA, aux termes duquel «ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision». A son avis, les art. 53 et 54 OOPA ne feraient pas obstacle à la reconnaissance de la qualité de partie des actionnaires minoritaires, mais préciseraient seulement les modalités de l'exercice des droits attachés à cette qualité. Ainsi, l'art. 53 OOPA ne serait pas applicable ici. Une telle argumentation – au demeurant difficile à suivre – n'est toutefois pas convaincante. D'une part, l'application de la loi fédérale sur la procédure



administrative devant la Commission des OPA est expressément exclue par l'art. 55 al. 5 OOPA. L'ordonnance sur les OPA, qui contient des règles de procédure propres, constitue en quelque sorte une *lex specialis* par rapport à la loi sur la procédure administrative. Il est donc difficilement concevable d'appliquer l'art. 6 PA – fût-ce par analogie – pour déterminer le cercle des parties à la procédure devant la Commission des OPA. On peut relever du reste que l'application de la loi fédérale sur la procédure administrative ne serait guère compatible avec une procédure simple et rapide devant la Commission des OPA (art. 55 al. 2 OOPA). D'autre part, et quoi qu'en dise la Commission fédérale des banques, le texte clair de l'art. 53 al. 1 OOPA ne désigne explicitement comme parties que l'offrant, les personnes qui agissent de concert avec lui et la société visée. En tant que simples actionnaires minoritaires de la société visée, les sociétés du groupe Edelman n'appartiennent à aucune de ces trois catégories de personnes énumérées exhaustivement par cette disposition. Contrairement à ce que soutient la Commission fédérale des banques dans ses observations, il n'y a aucun motif sérieux de retenir que les dispositions de procédure de l'ordonnance sur les OPA – tels les art. 53 et 54 – ne s'appliqueraient pas à la constatation de l'existence ou non d'une obligation d'offre au sens de l'art. 32 LBVM, mais seulement dans le cadre du déroulement des offres publiques d'acquisition. Et rien ne permet d'affirmer qu'en ce qui concerne la désignation des parties, l'ordonnance sur les OPA – édictée par la Commission des OPA et approuvée par la Commission fédérale des banques – soit contraire à la loi sur les bourses ou à la Constitution ou qu'elle ne reste pas dans les limites des pouvoirs conférés par la loi (cf. art. 23, 28, 29 al. 3, art. 30 al. 2 et art. 31 al. 5 LBVM) à l'auteur de l'ordonnance. Au contraire, l'art. 53 OOPA est en harmonie avec l'art. 23 al. 3 deuxième phrase LBVM prévoyant que la Commission des OPA peut demander aux seuls offrants et aux sociétés visées tous les renseignements et documents dont elle a besoin. De surcroît, il ne faut pas perdre de vue que la procédure de la Commission des OPA conduit à de simples recommandations et non à des dé-

cisions juridiquement contraignantes au sens de l'art. 5 PA et que la loi sur la procédure administrative prévoit elle-même à son art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> qu'elle n'est applicable qu'à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par des décisions d'autorités administratives au sens de l'art. 5 PA. Ainsi donc, la Commission fédérale des banques a violé le droit fédéral en reconnaissant la qualité de partie au groupe Edelman. Celui-ci pouvait tout au plus participer à la procédure devant la Commission des OPA comme intervenant dans les limites de l'art. 54 OOPA, disposition qui prend suffisamment en compte les intérêts légitimes des actionnaires minoritaires. La doctrine partage du reste cette opinion. MATTHIAS FELDMANN (L'obligation de présenter une offre publique d'acquisition à la suite d'une prise de contrôle, thèse Lausanne 1999, p. 163) dit clairement que si les détenteurs de titres de participation cotés peuvent exiger de la Commission des OPA qu'elle se prononce sur l'existence d'une obligation d'offre, ils ne revêtent cependant pas la qualité de parties dans cette procédure et ne bénéficient donc pas des droits correspondants tels que celui de l'accès au dossier. En revanche, ils ont en règle générale la qualité d'intervenants et partant le droit de présenter des observations. Dans l'hypothèse où la Commission des OPA constate que les conditions d'une offre obligatoire selon l'art. 32 LBVM ne sont pas réunies, les détenteurs de participations ne peuvent pas saisir la Commission fédérale des banques sur la base de l'art. 5 al. 1 OOPA (voir aussi MYRIAM SENN, *Die Übernahmekommission nach dem Börsengesetz, Entstehung – Rechtsnatur – Organisation – Ausblick*, in PJA 1997 p. 1177 ss, plus spéc. p. 1182 ss; contra: RENATE WEY/LUKAS HUBER, *Aus der Praxis der Übernahmekommission*, in RSDA 2001 p. 144 ss, plus spéc. p. 151 s.). Certes, la question de la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques doit être résolue sur la base de l'art. 6 PA, faute de règles spécifiques dans la législation en matière de bourses (cf. art. 5 al. 3 in fine OOPA). Contrairement à l'opinion de la Commission fédérale des banques et de la Commission des OPA, il n'est toutefois pas certain que tout actionnaire minoritaire – soit en

l'occurrence le groupe Edelman – puisse bénéficier devant la Commission fédérale des banques du statut de partie au sens de l'art. 6 PA dans le cadre d'une procédure en constatation de l'existence ou non d'une obligation de présenter une offre. Cette question est d'ailleurs controversée en doctrine. FELDMANN (op. cit., p. 164 s.) soutient en effet qu'il faut dénier la qualité de parties aux simples détenteurs de titres de participation cotés dans la mesure où, selon lui, ils ne seraient pas directement touchés par une éventuelle décision de la Commission fédérale des banques en matière d'obligation de présenter une offre (contra: RENATE WEY/LUKAS HUBER, op. cit., p. 151). Si, comme l'affirme l'autorité intimée, le groupe Edelman avait de toute manière la qualité de partie devant la Commission fédérale des banques sur la base de l'art. 6 PA, on pourrait alors se demander s'il ne faudrait pas aussi la lui reconnaître devant la Commission des OPA. Il est vrai que des inconvénients peuvent résulter du fait que la notion de partie est plus restrictive devant la Commission des OPA que devant la Commission fédérale des banques. Mais ces éventuels inconvénients ne suffisent pas pour s'écarter des dispositions claires de l'ordonnance sur les OPA. A noter du reste que sous l'empire de l'ancienne loi sur les cartels, le Tribunal fédéral avait jugé admissible une réglementation prévoyant que les intéressés ne pouvaient pas faire valoir tous les droits de partie découlant de la loi fédérale sur la procédure administrative devant la Commission des cartels qui n'émettait que de simples recommandations, alors qu'ils le pouvaient devant le Département fédéral de l'économie publique habilité à rendre des décisions. Il soulignait que, même dans ce dernier cas, il fallait appliquer la loi fédérale sur la procédure administrative en tenant compte des particularités de la procédure en matière de cartels (cf. ATF 117 Ib 481 ss). Cette jurisprudence peut s'appliquer ici par analogie: il y a lieu d'interpréter l'art. 6 PA à la lumière des dispositions d'organisation et de procédure particulières contenues dans la législation en matière boursière. Quoiqu'il en soit, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement le point de savoir si le groupe Edelman aurait la qualité de partie devant la

Commission fédérale des banques, du moment que le litige est ici limité à la question de la qualité de partie du groupe Edelman, devant la Commission des OPA.

4.3 En résumé, la décision attaquée doit être annulée pour les motifs exposés ci-dessus. Compte tenu de l'issue du litige, il est superflu d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante.

## **Decisione della Commissione federale delle banche del 29 ottobre 2002 nella causa Braro SA, Roveredo (decisione confermata dal Tribunale federale con decisione del 2 aprile 2003)**

### **Esercizio illegale dell'attività di commerciante di valori mobiliari / Liquidazione (art. 10 LBVM e art. 2 OBVM)**

1. *Il commerciante per conto dei clienti agisce in suo nome nei rapporti con i terzi (banche, brokers, borse, ecc.) ma è il cliente che sopporta il rischio economico delle operazioni in valori mobiliari che il commerciante conclude (consid. 2).*
2. *Autorizzazione a posteriori esclusa per difetto della garanzia di un'attività irreprensibile (consid. 3).*
3. *La conoscenza approfondita della società e delle sue attività da parte dell'osservatore permette una migliore e più efficiente liquidazione della società da parte di questa persona. La nomina dell'osservatore come liquidatore tutela non soltanto gli interessi degli investitori, ma anche quelli della stessa società, in quanto la liquidazione risulterà più veloce e meno onerosa (consid. 5).*

### **Illegale Tätigkeit als Effekthändler / Liquidation (Art. 10 BEHG und Art. 2 BEHV)**

1. *Der Kundenhändler tritt gegenüber Dritten (Banken, Broker, Börsen, etc.) in eigenem Namen auf; das wirtschaftliche Risiko der von ihm getätigten Effekengeschäfte trägt jedoch der Kunde (Erw. 2).*
2. *Nachträgliche Bewilligung ausgeschlossen bei fehlender Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Erw. 3).*

3. *Die vertiefte Kenntnis des Beobachters über die Gesellschaft und ihre Tätigkeit erlaubt eine bessere und effizientere Liquidation der Gesellschaft. Die Ernennung des Beobachters als Liquidator wahrt nicht nur die Interessen der Anleger, sondern auch diejenigen der Gesellschaft selbst, da die Liquidation schneller und günstiger durchgeführt werden kann (Erw. 5).*

### **Exercice illégal d'une activité de négociant en valeurs mobilières / Liquidation (art. 10 LBVM et art. 2 OBVM)**

1. *Le négociant pour le compte de clients agit en son propre nom dans ses rapports avec les tiers (banques, brokers, bourses, etc.) mais c'est le client qui supporte le risque économique des opérations en valeurs mobilières conclues par le négociant (consid. 2).*
2. *Autorisation a posteriori exclue du fait de l'absence de la garantie d'une activité irréprochable (consid. 3).*
3. *La connaissance approfondie du liquidateur sur la société et sur ses activités permet une meilleure et plus efficace liquidation de la société de la part de cette personne. La nomination de l'observateur en qualité de liquidateur sauvegarde non seulement les intérêts des investisseurs, mais également ceux de la société elle-même, du fait que la liquidation pourra être menée à terme plus rapidement et de façon moins onéreuse (consid. 5).*

### **Fattispecie (riassunto):**

Nel corso del mese di aprile 2002 la CFB ha osservato che tramite le sue pagine Internet, [www.braro.ch](http://www.braro.ch) e [www.braro.com](http://www.braro.com), Braro SA dichiarava di offrire servizi di intermediazione sul mercato valutario interbancario, sui derivati e sui mercati azionari ed obbligazionari delle

principali piazze mondiali. Sempre sul suo sito Internet, Braro SA dichiarava di non gestire i patrimoni dei propri clienti, ma di occuparsi unicamente dell'intermediazione tra il cliente e i gestori finanziari. Tramite Internet il cliente era in grado di visualizzare la propria posizione presso Braro SA direttamente sul suo computer.

A seguito delle informazioni riportate nel sito Internet, in data 6 maggio 2002 la CFB ha trasmesso alla Braro SA un questionario per l'esame dell'attività della società, chiedendo nel contempo l'invio alla CFB degli statuti della società, di un estratto del registro di commercio, di un mandato di gestione, dei conti annuali e di un incarto completo di un cliente.

Dopo una prima proroga del termine Braro SA ha trasmesso, in data 24 giugno 2002, il questionario, nel quale dichiara di fornire un servizio di accesso ai mercati finanziari, tramite il quale gestisce in totale circa 1,5 milioni di franchi per 32 clienti, tra istituzionali e privati, che hanno depositato dei fondi presso la società, i cui averi sono piazzati secondo le disposizioni impartite dai clienti, principalmente in investimenti finanziari.

Ritenuto che alcune domande del questionario erano state evase in modo incompleto o erano addirittura state tralasciate, la CFB ha inoltrato in data, 25 giugno 2002, un ulteriore scritto, chiedendo di precisare le informazioni indicate e di inoltrare alla CFB l'incarto completo di un cliente entro il 12 luglio 2002.

Nel contempo, in data 12 luglio 2002, l'Ufficio del giudice istruttore Coira, a seguito di una denuncia penale nei confronti di Braro SA, ha inviato alla CFB una copia di un incarto di un cliente della società, chiedendo se questa società fosse in possesso di un'autorizzazione per agire in qualità di commerciante di valori mobiliari. Dai documenti inoltrati dall'Ufficio del giudice istruttore di Coira si evince, come del

resto già indicato nel sito Internet di Braro SA, che i clienti di Braro versano sui conti della stessa Braro SA gli importi che intendono investire. La Braro SA detiene dunque averi in suo nome ma per conto dei suoi clienti. L'incarto del cliente inoltrato dal giudice istruttore di Coira comprende gli estratti del conto intestato a nome del cliente presso Braro SA. L'Ufficio del giudice istruttore ha inoltre informato la CFB che la Braro SA era già stata oggetto di un decreto di non luogo a procedere nel dicembre 2000. Tra i documenti inviati dall'Ufficio del giudice istruttore vi è anche un contratto di mandato tra il cliente e la Braro SA, che non coincide tuttavia con l'esemplare fornito dalla società alla CFB.

In data 25 luglio 2002 il giudice istruttore di Coira ha provveduto ad effettuare una perquisizione presso i locali della Braro SA a Roveredo, interrogando in seguito A, e uno dei dipendenti, B. Dagli interrogatori è emerso che la ditta Braro SA lavora con diversi gestori o segnalatori di clienti, principalmente italiani. I clienti depositano i loro averi sui conti della Braro SA, dopodiché i gestori o segnalatori telefonano al Call Center di Braro SA, che si trova a X presso la ditta Y SA e comunicano l'ordine all'operatrice che risponde, la quale trasmette in seguito l'ordine alle banche o ai brokers per la sua esecuzione. Dalla documentazione sequestrata risulta inoltre che il patrimonio amministrato da Braro SA ammonta a 3,5 milioni di dollari.

Con scritto datato 26 luglio 2002 Braro SA ha inoltrato un dossier di un cliente ed ha risposto alle domande ancora sospese. In particolare Braro SA ha dichiarato di non esercitare alcun genere di «advising» per i suoi clienti ed ha confermato parte dei fatti già noti alla CFB, in particolare di negoziare in nome del cliente ed a valere sul conto del cliente e che le transazioni avvengono su ordine del cliente, in nome dell'azienda, per conto del cliente. Braro SA ha tuttavia anche dichiarato che i titoli acquistati nell'ambito di una procura amministrativa sono depositati su conti aperti direttamente dal cliente presso banche.



Le informazioni rilasciate da Braro SA nel questionario sull'esame delle sua attività inoltrato alla CFB, e precisate con lo scritto del 26 luglio 2002, discordano in parte con le dichiarazioni rilasciate al giudice istruttore di Coira e con le risultanze dall'esame dei conti intestati a Braro SA. Per questi motivi, in data 30 luglio 2002 il Vicepresidente della CFB ha rilasciato, su proposta del Segretariato, una decisione superprovvisoria, mediante la quale è stata decretata la nomina della F SA, in qualità di osservatore e, quale provvedimento cautelare, è stato decretato il blocco dei conti di Braro SA. In data 24 settembre 2002 l'osservatore ha inoltrato alla CFB il suo rapporto di osservazione sulle attività svolte da Braro SA. L'osservatore ritiene che Braro SA eserciti l'attività bancaria ai sensi dell'art. 3 della legge federale dell'8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio. Egli ritiene inoltre che la società Y SA operi come stabile organizzazione di Braro SA.

Con questa decisione la CFB ha ordinato la liquidazione della Braro SA. Contro la liquidazione forzata la società ha inoltrato un ricorso di diritto amministrativo al Tribunale federale, il quale ha respinto il ricorso nella misura in cui ammissibile (sentenza 2A.565/2002).

#### **Estratto dai considerandi:**

2.

a) Ai sensi dell'art. 10 LBVM chi intende esercitare l'attività di commerciante di valori mobiliari deve ottenere un'autorizzazione della CFB. Per commercianti di valori mobiliari si intendono le persone fisiche o giuridiche o le società di persone che, agendo per proprio conto in vista di una rivendita a breve scadenza, oppure per conto di terzi, acquistano e alienano a titolo professionale valori mobiliari sul mercato secondario, li offrono al pubblico sul mercato primario o creano essi stessi derivati e li offrono al pubblico (art. 2 lit. d LBVM). I commercianti che operano per il conto di clienti sono commercianti che negoziano professionalmente valori mobiliari in nome proprio e per il

conto di clienti e che tengono personalmente o presso terzi conti per il commercio di valori mobiliari, oppure conservano personalmente o in nome proprio presso terzi i valori mobiliari dei clienti (art. 3 cpv. 5 dell'ordinanza del 2 dicembre 1996 sulle borse e il commercio di valori mobiliari, ordinanza sulle borse, OBVM, RS 954.11). Anche in questo caso sono considerati agire professionalmente i commercianti che negoziano su un lungo periodo più di 20 depositi del pubblico (applicazione analoga dell'art. 3a OBCR).

Il commerciante per conto dei clienti agisce in suo nome nei rapporti con i terzi (banche, brokers, borse, ecc.) ma è il cliente che sopporta il rischio economico delle operazioni in valori mobiliari che il commerciante conclude. È un commerciante per conto dei clienti colui che sulla base di un mandato che gli è stato conferito utilizza il suo proprio conto o deposito per acquistare o vendere dei valori mobiliari per conto dei suoi clienti (Circolare CFB 98/2, cifra 50 e cifra 52).

b) Dal rapporto redatto dall'osservatore si evince che Braro SA ha acquistato e alienato, utilizzando i fondi versati sui conti intestati a Braro SA, valori mobiliari. Il rischio delle operazioni veniva tuttavia sopportato dai clienti di Braro SA, i quali venivano informati sulla loro situazione patrimoniale tramite degli estratti conto intestati alla Braro SA. L'osservatore ha inoltre stabilito che Braro SA detiene averi per 150 clienti, ovvero un numero ampiamente superiore ai 20 depositi necessari per essere qualificati agire professionalmente. Braro SA esercita pertanto anche l'attività di commerciante di valori mobiliari senza possedere la dovuta autorizzazione.

c) Nelle sue osservazioni Braro SA contesta in primo luogo di esercitare un'attività di gestore patrimoniale, dichiarando di eseguire «unicamente gli ordini impartiti dai gestori patrimoniali esterni». Questa precisazione è giuridicamente irrilevante, in quanto non è l'attività di gestione patrimoniale a necessitare un'autorizzazione, bensì l'attività

di acquisto e vendita di valori mobiliari. Colui che gestisce capitali di clienti versati su dei conti intestati ai clienti stessi non necessita, se non in casi particolari, di alcuna autorizzazione (Circ. CFB 98/2 N 52). Se invece i clienti versano il loro patrimonio su dei conti intestati a nome della persona che esegue le transazioni sui loro averi, la fattispecie prevista dall'art. 2 lit. d LBVM e dall'art. 3 cpv. 5 OBVM è adempiuta.

Nelle sue osservazioni Braro SA ammette espressamente di essere un commerciante di valori mobiliari laddove dichiara che *«Braro SA opera su mandato e in via fiduciaria per conto del cliente»*, affermando inoltre che i depositi dei clienti vengono *«effettuati su un conto intestato a Braro SA»*. La descrizione fatta da Braro SA della propria attività coincide con la descrizione fatta dalla CFB nella sua circolare 98/2. È dunque la stessa Braro SA, nel suo memoriale di osservazione, a dichiarare l'illegalità della sua attività.

3.

a) Allorquando è accertato che una società esercita un'attività di commerciante di valori mobiliari senza essere al beneficio di un'autorizzazione della CFB, occorre esaminare se non è possibile accordarle un'autorizzazione a posteriori o se l'attività può essere modificata in modo da non ricadere nel campo d'applicazione della legge (cfr. Decisione della CFB del 14 luglio 1994 in re Fidenas AG; Bollettino CFB 29, pag. 17 e seguenti).

b) Nel caso che ci concerne, Braro SA non riempie in alcun modo le condizioni di cui all'art. 10 LBVM. In particolare l'autorizzazione dovrebbe essere rifiutata per difetto della garanzia di un'attività irrepreensibile, visto che gli organi delle società Braro SA hanno fornito alla CFB, dal momento in cui quest'ultima si è interessata alle attività di Braro SA, delle informazioni false. In particolare Braro SA ha dichiarato, nel questionario destinato a stabilire l'assoggettamento della sua

attività alla legge sulle banche, alla legge sulle borse e alla legge sui fondi di investimento, di disporre delle relazioni bancarie unicamente con la Banca 1, la Banca 2, la Banca 3 e la 4 di Londra, mentre non sono stati nominati le relazioni intestate a Braro SA presso la Banca 5 e la 6 di Curaçao. Inoltre Braro SA ha cercato di provvedere al versamento di una somma ingente, ovvero CHF 63 748.37, alle società Y SA e Z SA senza richiedere l'autorizzazione dell'osservatore.

(...)

In abbondanza, si osserva che l'autorizzazione dovrebbe essere rifiutata anche per altri motivi, mancando il capitale minimo necessario (art. 10 LBVM e art. 22 OBVM), nonché l'organizzazione interna adeguata (art. 10 LBVM e art. 19 OBVM). Ora, se un'attività di commerciante di valori mobiliari è esercitata senza autorizzazione, la CFB deve considerare che v'è una grave violazione delle obbligazioni legali e rifiutare l'ulteriore concessione di un'autorizzazione (Decisione della CFB del 14 luglio 1994 in re Fidenas AG; Bollettino CFB 29, pag. 32 e dottrina ivi citata).

c) Una conversione dell'attività è parimenti esclusa, ritenuto che le persone incaricate della direzione delle società Braro SA e Y SA, per i motivi su scritti, non godono di ottima reputazione e non garantiscono un'attività irreprensibile. Tale alternativa non può pertanto essere ritenuta.

d) Ai sensi dell'art. 35 cpv. 1 LBVM, l'autorità di vigilanza prende le decisioni necessarie all'applicazione della legge e delle sue disposizioni d'esecuzione, e sorveglia l'osservanza delle prescrizioni legali e regolamenti. Inoltre, ai sensi dell'art. 35 cpv. 3 LBVM, se viene a conoscenza d'infrazioni alle prescrizioni legali o d'altre irregolarità, l'autorità di vigilanza provvede al ripristino dell'ordine legale e alla soppressione delle irregolarità. Essa prende le decisioni necessarie a tal

fine. La sorveglianza di attività di negoziazione ricade nei compiti della CFB. Se sono effettivamente accertate delle attività di negoziazione senza autorizzazione, è lecito prendere tutte le misure necessarie a tutela degli investitori, nonché vietare agli organi della società ogni attività. La CFB dispone di un ampio potere d'apprezzamento nella scelta delle misure che giudica atte a raggiungere gli obiettivi definiti dalla legge. La protezione dei creditori e la fiducia del pubblico nel sistema bancario svizzero costituiscono a tale riguardo, i principali criteri di valutazione. Nella scelta di tali misure, la CFB deve sempre rispettare il principio della proporzionalità e prendere quei provvedimenti che incidono nella misura minore sui diritti delle parti, ma raggiungono comunque lo scopo.

Tenuto conto delle considerazioni di cui sopra, si evince che la liquidazione coattiva di Braro SA, in applicazione analogica dell'art. 36 LBVM (tra tutte le decisioni della CFB in re Fidenas AG, Bollettino CFB 29, consid. 3, pag. 17 ed in re SFH Trading & Brokerage Ltd, Bermuda, Bollettino CFB 37, consid. 3, pag. 27 ss; nonché DTF 126 II 71), è la sola misura appropriata alla presente fattispecie che la scrivente autorità possa prendere. Infatti, né il rilascio di un'autorizzazione, né il cambiamento dell'attività, sono alternative praticabili.

4.  
(...)

5.  
a) Quando la CFB scioglie una società, essa designa il liquidatore e vigila sull'attività di quest'ultimo (art. 36 cpv. 2 LBVM).

(...)

Benché, dopo le critiche sollevate da Braro SA, la nomina di una terza persona come liquidatrice di Braro SA potrebbe permettere lo svolgi-

mento della liquidazione su una nuova base di confidenza, la CFB ritiene che la conoscenza al meglio della società e delle sue attività da parte della società F SA, le permettano una migliore e più efficiente liquidazione di Braro SA. Questo fatto tutela non soltanto gli interessi degli investitori, ma anche quelli della stessa Braro SA, in quanto la liquidazione risulterà più veloce e meno onerosa. La fiduciaria F SA è pertanto qualificata per l'esecuzione della liquidazione di Braro SA e viene pertanto nominata liquidatrice della società Braro SA.

Per garantire una certa flessibilità nella definizione del mandato di liquidazione e per garantire che le misure necessarie vengano prese entro un breve termine, al Segretariato della CFB viene delegata la facoltà, se questa si rilevasse necessaria, di precisare il contenuto del mandato di liquidazione.

## **Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 29. Oktober 2002 i.S. Bank Thorbecke AG**

### **Bewilligungsentzug und Liquidation**

1. *Die Praxis der «offenen Deals» (verzögerte Verarbeitung von Effektenhandelsgeschäften) verletzt die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 11 BEHG (Erw. 2b).*
2. *Die Überwachung der Anwendung der internen Reglemente und der Betriebsorganisation durch die Geschäftsleitung ist in Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG vorgesehen. Eine ungenügend vorgenommene Überwachung der Geschäftsleitung verstösst gegen das Gewährserfordernis für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Erw. 3c).*
3. *Die Durchführung von unerlaubten Stornotransaktionen zuungunsten einzelner Kunden offenbart das Fehlen des notwendigen internen Kontrollsystems. Diese Tatsache zeigt, dass die Bank nicht über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Organisation verfügt (Erw. 3e).*

### **Retrait d'autorisation et liquidation**

1. *La pratique des «Deals ouverts» (comptabilisation retardée des opérations de négoce de valeurs mobilières) viole les devoirs de diligence et de loyauté tels qu'ils résultent de l'art. 11 LBVM (consid. 2b).*
2. *Le contrôle de l'application des règlements internes et de l'organisation d'entreprise par la direction est prévu à l'art. 3 al. 2 lit. a LB. Une surveillance insuffisante de la direction est contraire à la condition de la garantie d'une activité irréprochable (consid. 3c).*
3. *L'exécution d'opérations d'extourne non autorisées au détriment de cer-*

*tains clients met en lumière l'absence des systèmes de contrôle interne nécessaires. Ceci démontre que la banque ne dispose pas d'une organisation proportionnée à l'importance de ses affaires (consid. 3e).*

## **Ritiro dell'autorizzazione e liquidazione**

1. *La pratica dei «Deals aperti» (contabilizzazione ritardata di negozi in valori mobiliari) lede i doveri di diligenza e lealtà previsti all'art. 11 LBVM (consid. 2b).*
2. *Il controllo dell'applicazione dei regolamenti interni e dell'organizzazione aziendale da parte della direzione è previsto all'art. 3 cpv. 2 lit. a LBCR. Una sorveglianza insufficiente della direzione è contraria alla condizione della garanzia di un'attività irreprensibile (consid. 3c).*
3. *L'esecuzione di operazioni di storno non autorizzate a sfavore di singoli clienti mostra la mancanza del necessario sistema di controllo interno. Questo dimostra che la banca non dispone di un'organizzazione proporzionata all'importanza dei suoi affari (consid. 3e).*

## **Sachverhalt (Zusammenfassung):**

Am 18. April 2002 hat die D AG den bankengesetzlichen Revisionsbericht des Jahres 2001 dem Verwaltungsrat der Bank Thorbecke zugestellt. Eine Kopie dieses Berichtes ging ebenfalls an die EBK. Aufgrund dieser Ergebnisse hat die EBK mögliche Schwachstellen erkannt. Deshalb forderte die EBK die Berichte der internen Revision des Geschäftsjahres 2001 an. Bei der Durchsicht dieser Berichte fielen unter anderem zwei Kundenbeziehungen auf, lautend auf A und B. Aufgrund der unbefriedigenden Stellungnahme der Bank Thorbecke AG zu den beiden Kundenbeziehungen, aber auch weil in den Berichten der internen Revision weitere Schwachstellen aufgeführt waren, hat die EBK



mit Brief vom 24. Juni 2002 die Herren Y, Z, X und W zu einer Besprechung eingeladen. Bei der Durchsicht des Kontoauszuges der A stellte die EBK fest, dass über dieses Konto eine grosse Anzahl von Effektenhandelsgeschäften ausgeführt worden war, und dass sämtliche Effektenhandelsgeschäfte im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2002 und dem 30. Juni 2002 mit einem Gewinn abgeschlossen worden waren. Weiter fiel auf, dass die Effektenhandelsgeschäfte oftmals nicht tagfertig verarbeitet wurden. Schliesslich war ersichtlich, dass auf dem Konto A durch die Effektenhandelsgeschäfte zum Teil hohe Überschreitungen entstanden, ohne dass eine Kreditlimite gesprochen war.

Anlässlich der Besprechung vom 8. Juli 2002 zwischen der EBK und der Bank Thorbecke AG in Bern teilten die Bankvertreter der EBK mit, dass weitere Geschäftsbeziehungen mit B abgelehnt worden seien und dass Vergütungen auf die Konti von B durch ein Warnsystem unterbunden würden. Herr Y bestätigte, dass die Geschäftsbeziehung B an den Verwaltungsratssitzungen besprochen und dies in den Protokollen festgehalten worden sei. Zur Kundenbeziehung A meinten die Bankverantwortlichen, es handle sich dabei um einen Investorenclub, der sich aus Freunden von X zusammensetze. X bestätigte, dass sowohl die Überzüge auf dem Konto A wie auch die reduzierten Courtagessätze durch ihn alleine bewilligt worden waren. Angesprochen auf die nur mit Gewinn abgeschlossenen Effektenhandelsgeschäfte auf dem Konto A in diesem Jahr erwähnte X, dass er eine glückliche Hand gehabt hätte. Erst auf Nachfrage ergänzte Z anstelle von X, dass es bei der Bank möglich sei, die Effektenhandelsgeschäfte über «offene Deals» abzuwickeln. Daraufhin gestand X erstmals ein, dass er in der Tat Effektenhandelsgeschäfte als «offene Deals» abgewickelt hatte. Y äusserte sich zur Praxis der offenen Deals, er höre zum ersten Mal von dieser Praxis und sei darüber sehr empört. Die EBK wurde weiter darüber informiert, dass die Ernst & Young AG (seit März 2002 interne Revision der Bank) mit einer Spezialprüfung beauftragt worden sei. Ziel sei es, abzuklären, seit wann die Praxis der «offenen Deals» bestehe und welche Kunden involviert seien.

Mit Brief vom 11. Juli 2002 hat die EBK zuhanden der Bank Thorbecke AG den Inhalt der Besprechung vom 8. Juli 2002 zusammengefasst und insbesondere festgehalten, dass die Abwicklung der Effektenhandelsgeschäfte über «offene Deals» nicht toleriert werden kann und ab sofort zu unterlassen sei. Am 15. August 2002 wurde die EBK telefonisch von Z über den Inhalt des Prüfungsberichtes der Ernst & Young AG informiert. Die interne Revision habe insgesamt 1800 Wertschriftentransaktionen überprüft und dabei festgestellt, dass neben dem Konto A noch andere Kunden bevorteilt worden seien. Aufgrund dieser Erkenntnis sei das Geschäftsleitungsmitglied X fristlos entlassen worden. Neben X hätten jedoch auch noch die Herren K, Mitglied der Geschäftsleitung, sowie die Kaderleute 1, 2 und 3 Kenntnis von den unerlaubten Effektenhandelsgeschäften gehabt und diese anscheinend vereinzelt auch selbstständig ausgeführt. K sei aufgrund dessen aus der Geschäftsleitung entlassen und neu als Mitglied des Kadereinstufigen eingestuft worden. Die Herren 1, 2 und 3 hätten alle einen Verweis erhalten. Es habe sich herausgestellt, dass die unerlaubten Effektenhandelsgeschäfte seit ungefähr 5 Jahren getätigt worden seien.

Nach der Prüfung des Berichtes der Ernst & Young AG hat die EBK festgestellt, dass bei der Bank Thorbecke AG sowohl massive organisatorische Schwachstellen wie auch personelle Missstände vorherrschen. Aus diesem Grunde wurde der Bank mit Schreiben vom 30. August 2002 der Entzug der Bewilligung angedroht, falls sie zukünftig nicht in der Lage sein sollte, die Bewilligungsvoraussetzungen vollumfänglich einzuhalten. Die Bank wurde eingeladen, eine Stellungnahme zum möglichen Bewilligungsentzug abzugeben. Mit Schreiben vom 11. September 2002 reichte die Bank Thorbecke AG dazu ihre Stellungnahme ein.

Mit Schreiben vom 18. Oktober 2002 hat die Bank Thorbecke AG die EBK informiert, dass im Zuge bankinterner Untersuchungen im Oktober 2002 insgesamt 1583 Transaktionen mit Unregelmässigkeiten

identifiziert wurden. Davon enthalten ca. 150 ein Storno, wobei die Bank selbst davon ausgeht, dass ca. 50 unberechtigte Storni vorgenommen worden waren. Alle überprüften Storni wurden durch X initiiert. Den unberechtigten Storni liegt folgendes Schema zu Grunde: Transaktionen mit Wertschriften, die sich im Nachhinein als nicht gewinnbringend erwiesen hatten, wurden bei den ursprünglichen Kunden storniert und stattdessen anderen Kunden belastet. So erfolgte in einem Fall eine derartige Stornobuchung erst mehrere Wochen nach der effektiven Transaktion. Obwohl diese Storni durch Mitarbeiter der Bank Thorbecke AG bemerkt worden waren – sie meldeten die Storni dem Geschäftsleitungsmitglied X –, wurden weder der Verwaltungsrat noch die interne oder externe Revision oder ein anderes Geschäftsleitungsmitglied darüber informiert. Die Bank Thorbecke AG erklärt dies damit, dass X eine sehr starke Persönlichkeit habe, weshalb sich die Mitarbeiter von der Meldung an ein anderes Bankorgan hätten abhalten lassen. Um weitere solche Vorfälle zu verhindern, habe die Geschäftsleitung unterdessen eine Regelung für Stornobuchungen eingeführt.

Mit der vorliegenden Verfügung hat die EBK der Bank Thorbecke AG die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit als Bank entzogen. Eine Liquidation der Bank hat aber nicht stattgefunden, weil sie von der St. Galler Kantonalbank übernommen wurde.

### **Erwägungen:**

1.

Nach Art. 3 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) bedarf die Bank zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der Bankenkommission. Wer als Effekthändler tätig werden will, bedarf ebenfalls einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde (Art. 10 Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, BEHG; SR 954.1). Die Bewil-

ligungsvoraussetzungen müssen dauernd erfüllt sein (vgl. unten Erw. 3). Der Bank Thorbecke AG wurde die Bankbewilligung im Jahr 1973 erteilt. Im Jahr 1998 erhielt sie auch eine Effektenhändlerbewilligung.

2.

a) Eine Bank, die den Effektenhandel betreibt, bzw. ein Effektenhändler müssen u.a. die im Börsengesetz aufgeführten Effektenhändlerpflichten erfüllen. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BEHG hat der Effektenhändler gegenüber seinen Kunden eine Informationspflicht (er weist sie insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hin, BGE 126 II 71), eine Sorgfaltspflicht (er stellt insbesondere sicher, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können) und eine Treuepflicht (er stellt u.a. sicher, dass allfällige Interessenkonflikte seine Kunden nicht benachteiligen). Dieser Norm kommt im Zusammenhang mit dem Zweck des Gesetzes eine zentrale Bedeutung zu, weshalb deren Beachtung mit grosser Strenge zu prüfen ist (vgl. die Botschaft zum Börsengesetz, BBl 1993 I S. 1114 ff.). Art. 11 BEHG ist eine so genannte Doppelnorm, d.h. sie ist gleichzeitig zivil- und aufsichtsrechtlicher Natur. Art. 11 BEHG wurde in den Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung betreffend die Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäfts vom 22. Januar 1997 weiter konkretisiert. Diese Regeln stellen für die EBK einen verbindlichen Minimalstandard dar (EBK RS 96/3, Rz 24).

Aus der Sorgfaltspflicht ergibt sich eine Verpflichtung zur bestmöglichen Erfüllung der Kundenaufträge in preismässiger, zeitlicher und quantitativer Hinsicht. Die Pflicht zur bestmöglichen Erfüllung verlangt vom Effektenhändler insbesondere eine Ausführung zum bestmöglichen Marktkurs. Die Treuepflicht stipuliert die Vermeidung von Interessenkonflikten bzw. verbietet die Benachteiligung von Kunden in Situationen mit Konfliktpotential (EBK Bulletin 40, S. 24 und EBK Bulletin 41, S. 31).

b) Die Bank Thorbecke AG hat «offene Deals» getätigt. Darunter ist eine verzögerte Verarbeitung von Effektenhandelsgeschäften zu verstehen. Solche Geschäfte werden auch als «Schubladengeschäfte» bezeichnet. Ernst & Young AG stellte fest, dass im Zeitraum vom 1. Januar 2001 bis zum 15. Juli 2002 47% der Effektenhandelsgeschäfte nicht tagfertig verarbeitet worden waren. Es deutet vieles darauf hin, dass einerseits der Tagfertigkeit allgemein nur ungenügend Beachtung geschenkt wurde, und andererseits die Verarbeitung von Effektenhandelsgeschäften systematisch hinausgezögert worden ist, um die jeweiligen Kursentwicklungen der Wertschriften zu beobachten. Gemäss Angaben der Bank wurden die «offenen Deals» jeweils vorerst im Auftragsverarbeitungs- und Transportsystem der Bank Thorbecke AG nicht erfasst. Erst nachdem die involvierten Mitarbeiter der Bank die Kursentwicklung der jeweiligen Wertschriften beobachtet hatten, wurde der Auftrag anschliessend im Auftragsverarbeitungs- und Transportsystem erfasst.

Durch diese Praxis hat die Bank Thorbecke AG die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 11 BEHG verletzt. Durch «offene Deals» wurden Effektenhandelsgeschäfte getätigt, und zwar auch ohne Auftrag des Kunden, was einer Verletzung der Sorgfaltspflicht entspricht. Gemäss Art. 5 Ziffer 14 der Verhaltensregeln für Effektenhändler der Schweizerischen Bankiervereinigung zwingt die Sorgfaltspflicht die Effektenhändler, ihre Geschäfte umgehend, vollständig sowie – unter Berücksichtigung der vom Kunden gesetzten Limiten, Auflagen und Restriktionen – zum bestmöglichen Marktkurs abzuschliessen. Von einer umgehenden und vollständigen Ausführung soll nur abgewichen werden, wenn dies aufgrund der Marktsituation (Liquidität) nicht möglich ist oder wenn dies im Interesse des Kunden geschieht.

c) Zusätzlich wurde festgestellt, dass die X nahe stehenden Kunden durch die Praxis der «offenen Deals» mehrheitlich bevorteilt wurden und die Verluste aus «offenen Deals» entweder dem Nostro der Bank

oder Vermögensverwaltungskunden zugeteilt wurden. Mit dieser Abrechnungspraxis entsteht ein Interessenkonflikt, der im Widerspruch zur Treuepflicht gemäss Art. 11 BEHG steht. Indem die Bank diese Praxis zulies, hat sie gegen ihre Treuepflicht gegenüber ihren Kunden verstossen.

d) Die Bank Thorbecke AG hat Leerverkäufe für Kunden getätigt, ohne dass das entsprechende Einverständnis nachvollzogen werden kann und ohne dass die entsprechenden Titel mittels Securities Borrowing eingedeckt wurden.

Diese Geschäfte verletzen die Treuepflicht und zeigen darüber hinaus, dass die Mitarbeiter und deren Vorgesetzte der Bank nicht über die in Art. 10 BEHG vorgesehenen notwendigen Fachkenntnisse verfügen, da solche Geschäfte nur zulässig sind, wenn die entsprechenden Vereinbarungen mit dem Kunden abgeschlossen worden sind (Art. 13 der Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung).

e) Bei der Bank Thorbecke AG wurden die Risikoabklärungsbroschüren für Neukunden zwar abgegeben, dieser Vorgang wird jedoch nicht dokumentiert. Damit ist zwar die Informationspflicht erfüllt worden, die internen Vorschriften der Bank sollten aber die Dokumentierung dieses Vorgehens vorsehen und die Betriebsorganisation muss sicherstellen, dass die Vorschriften eingehalten werden (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG).

f) Es muss zusammenfassend festgestellt werden, dass die Bank Thorbecke AG – teilweise direkt zu Lasten einiger ihrer Kunden – mehrmals und in schwerwiegender Weise ihre Pflichten nach Art. 11 BEHG sowie die Verhaltensregeln für Effekthändler der Schweizerischen Bankiervereinigung verletzt hat.

3.

a) Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört, dass die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreibt und die ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht. Wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordert, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i.V.m. den Art. 7, 8, 9 und 44 Bst. o der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [BankV]; SR 952.02). Der Verwaltungsrat einer Bank ist somit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG das für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle zuständige Organ und muss organisatorisch und personell klar von der Geschäftsleitung getrennt sein (Art. 8 BankV). Gemäss Art. 9 Abs. 2 und 3 BankV muss die Bank bzw. die Geschäftsführung in der Lage sein, die mit Risiko verbundenen Geschäfte dauernd zu überwachen. Ebenso muss die Geschäftsführung der Revisionsstelle Unterlagen zur Verfügung stellen können, die es dieser erlauben, sich ein zuverlässiges Bild über die Geschäftstätigkeit und die Risikosituation zu bilden. Als Bewilligungsvoraussetzung wird zusätzlich vorgeschrieben, dass eine Bank über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen muss. Sie hat zudem nach Art. 9 Abs. 4 BankV für ein wirksames internes Kontrollsystem zu sorgen. Durch die Organisation der Bank muss eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet sein. Die entsprechende Betriebsorganisation ist auch die notwendige Voraussetzung für die Erlangung einer Bewilligung als Effektenhändler (Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG i.V.m. Art. 20 und 26 der Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 [BEHV]; SR 954.11). Die Organisationspflichten wurden von der Schweizerischen Bankiervereinigung in den Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge vom August 2000

konkretisiert, welche ebenso als Minimalstandard gelten (EBK RS 96/3, Rz 24).

Jedenfalls kann eine Bewilligung für eine Bank- oder Effektenhändler-tätigkeit nur erteilt werden, wenn die mit der Verwaltung und Geschäfts-führung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten und wenn die Institute angemessen organisiert sind, so dass die Einhaltung extern erlassener und interner Vorschriften gewährleistet werden kann bzw. Verstösse dagegen rasch entdeckt werden.

b) Bei der Bank Thorbecke AG wurden für Kunden Effektenhandels-geschäfte getätigt, ohne dass die entsprechenden Kundenguthaben zum Zeitpunkt des Kaufes vorhanden waren. Diese Praxis ist gemäss Art. 11 der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung verboten. Die Durchführung dieser Geschäfte zeigt, dass die innere Organisation der Bank Thorbecke AG bezüglich Überwachung und Kontrolle der Geschäftstätigkeit mangelhaft ist und dass sie somit nicht über eine gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG für die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen notwendige Betriebsorganisation verfügt.

c) Das bestehende Reglement «Effektenhandel» der Bank Thorbecke AG wurde in mehreren Bereichen und über längere Zeit nicht eingehalten. Zusätzlich hat ein Mitglied der Geschäftsleitung die Haltefrist für Mitarbeitergeschäfte von mindestens einem Tag nicht eingehalten. Dies stellt einen Verstoss gegen die interne Weisung dar. Die Überwachung der Anwendung der internen Reglemente und der Betriebsorganisation durch die Geschäftsleitung ist in Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG vorgesehen. Diese vom Verwaltungsrat der Bank Thorbecke AG ungenügend vorgenommene Überwachung der Geschäftsleitung verstösst gegen das Gewährserfordernis für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.



d) Die Organisation und die Grösse der Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsabteilung erlauben derzeit keine sichere Trennung von Handels- und Kundengeschäften. Gemäss dem Bericht von Ernst & Young AG vom 13. August 2002 können dadurch *«Interessenkonflikte entstehen und die dauernde Einhaltung der Treuepflicht ist erschwert. Ferner sind Kunden mit Vermögensverwaltungsmandaten im täglichen Ablauf weitgehend mit Anlageberatungskunden gleichgeschaltet. Die ‹gelebte› Organisation war im Widerspruch zu dem vom Verwaltungsrat erlassenen Reglement.»* Dies verstösst gegen Art. 9 BankV und Art. 19 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (BEHV; SR 954.11), gemäss welchen die Bank bzw. der Effektenhändler für eine wirksame betriebsinterne Funktionentrennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung zu sorgen hat.

e) Die von X initiierten Stornobuchungen weisen auf gravierende Schwachstellen in der Organisation der Bank hin. Durch das interne Kontrollsystem der Bank sollten diese Buchungen frühzeitig erkannt und verhindert werden. Die Durchführung von unerlaubten Stornotransaktionen zuungunsten einzelner Kunden zeigt, dass die Bank Thorbecke AG nicht über das notwendige interne Kontrollsystem verfügt. Diese Tatsache zeigt erneut, dass die Bank nicht über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Organisation verfügt. Es wäre gerade Aufgabe der Bankverantwortlichen, ein Kontrollsystem zu schaffen, dass verhindern würde, dass derjenige, der eine illegale Stornobuchung vornimmt, diese nicht auch noch als Kontrollinstanz sanktionieren kann. Zweitens müsste ein effektives Kontrollsystem zumindest im Laufe der jährlichen Prüfung zur Entdeckung derartiger Buchungen führen.

f) Eine weitere Schwachstelle wurde bezüglich der Asset Allocation festgestellt. Gemäss dem Bericht der Ernst & Young AG vom 13. August 2002 wird die Asset Allocation, die an periodisch stattfindenden Sitzungen festgelegt wird, auf der Titelebene nicht eingehalten. Es fehlt,

gemäss Ernst & Young AG, eine unabhängige, wirksame Kontrolle der Einhaltung der Vermögensverwaltungsaufträge. Gemäss Art. 7 der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung ist das anvertraute Vermögen im Rahmen des Vermögensverwaltungsauftrags regelmässig zu überwachen, was im vorliegenden Fall nur ungenügend geschehen ist. Dadurch sind erneut die internen Vorschriften der Bank sowie ihre Betriebsorganisation nicht beachtet worden. Es muss festgestellt werden, dass die Bank die in Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG notwendigen Voraussetzungen zur Erteilung einer Bewilligung nicht eingehalten hat.

g) Ernst & Young AG hat bei der Bank Thorbecke AG weiter festgestellt, dass verschiedene Kunden, die der Bank einen Vermögensverwaltungsauftrag erteilt hatten, ihre Depots trotzdem selber verwalten, was für die Bank zu zusätzlichen Risiken führen kann, insbesondere bezüglich Beurteilung der Verantwortung für die Performance und der Einhaltung der Asset Allocation. Dadurch können Haftungsrisiken aus Streitigkeiten über die sorgfältige Ausübung des Vermögensverwaltungsauftrags entstehen.

h) Die Anlagerichtlinien wurden bei einem Vermögensverwaltungsmandat nicht definiert. Gemäss Art. 2 der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung muss der Vermögensverwaltungsauftrag in schriftlicher Form nach dem von der Bank festgelegten Text erteilt und vom Kunden unterzeichnet werden. Es genügt nicht, dass der Kunde mündlich einen Auftrag zur bestmöglichen Verwaltung seines Vermögens erteilt. Diese Tatsache zeigt ein fehlendes Fachwissen verschiedener Mitarbeiter der Bank Thorbecke AG, obwohl dies eine notwendige Voraussetzung für die Erteilung der Effektenhändlerbewilligung ist (Art. 10 Abs. 2 Bst. c BEHG). Dazu kommt, dass die internen Kontrollorgane diesen Mangel während Jahren nicht bemerkt hatten.

i) Bei einem Kunden der Bank Thorbecke AG wurde ein überdimensioniertes Optionengeschäft festgestellt. Diese Transaktion ergab sich aufgrund eines «offenen Deals», wobei der Kunde aus diesem Geschäft eine Kompensation für schlechte Performance erhielt. Nach Aussagen der Anlageberater wurde diese Praxis auch in anderen Fällen angewendet. Es handelt sich hierbei um einen Verstoss gegen Art. 9 der Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung. In einem weiteren Fall wurde für einen Vermögensverwaltungskunden eine Investition in einen einzigen Titel getätigt, welche 34% des Anlagevermögens ausmachte. Auch in diesem Fall handelte es sich um ein Klumpenrisiko sowie um eine Verletzung der in Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG vorgesehenen Sorgfaltspflicht. Auch diese Verletzung wurde von den bankeigenen Kontrollorganen nicht bemerkt.

j) Y hatte schon 1988 mit seinen Kursschnitten das Gewährserfordernis verletzt (EBK Bulletin 18, S. 11). Offensichtlich hat Y daraus nicht die notwendigen Schlüsse gezogen. Heute bietet er in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratspräsident der Bank Thorbecke erneut keine Gewähr mehr, da er es unterlassen hat, funktionstüchtige Kontrollmechanismen in der Bank einzuführen, die geeignet gewesen wären, die illegalen Praktiken aufzudecken. Auch die übrigen Verwaltungsratsmitglieder sowie diejenigen Mitarbeiter der Bank Thorbecke AG, welche in die Praxis der «offenen Deals» mitinvoliert waren bzw. nichts dagegen unternahmen, verletzten das Gewährserfordernis.

k) Die EBK muss feststellen, dass die Bank Thorbecke AG in schwerwiegender Weise ihre Organisationspflichten nicht eingehalten hatte. Zusätzlich ist die Gewähr massgeblicher Bankorgane nicht mehr gegeben.

4.

a) Nach Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG trifft die EBK die zum Vollzug des Ge-

setzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Erhält sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (für Banken Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG, für Effektenhändler Art. 35 Abs. 3 BEHG). In Anwendung von Art. 23<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG und Art. 36 BEHG entzieht die Bankkommission der Bank oder dem Effektenhändler, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllen oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzen, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit. Der Entzug der Bewilligung bewirkt bei juristischen Personen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Auflösung und bei Einzelfirmen die Löschung im Handelsregister. Die Bankkommission bezeichnet den Liquidator und überwacht seine Tätigkeit. Im Fall von Effektenhändlern, welche auch dem Bankengesetz unterstehen, kann die Aufsichtsbehörde auf eine Auflösung verzichten, sofern die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit als Bank nicht gleichzeitig entzogen werden muss (Art. 36 Abs. 2 letzter Satz BEHG).

b) Die Bank hat in schwerwiegender Weise zahlreiche gesetzliche Vorschriften, für verbindlich erklärte Verhaltensregeln der Bankiervereinigung sowie ihre eigenen internen Vorschriften verletzt, wobei als Ursache in erster Linie die mangelhafte Organisation der Bank, die mangelhafte Überwachung der Geschäftsleitung durch den Verwaltungsrat, das nur ungenügend vorhandene Fachwissen und die fehlende Gewähr von Exponenten der Bank zu nennen sind. Die Summe der Verstösse ist gravierend und lässt den Schluss zu, die Bank erfülle zur Zeit die Bewilligungsvoraussetzungen (Organisation, Fachwissen, Gewähr) nicht mehr. Für den Fall der Bank Thorbecke AG heisst dies, dass die von Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG und Art. 36 BEHG genannten Gründe für einen Bewilligungsentzug kumulativ gegeben sind.

## **Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 19. März 2003 in Sachen Bank Vontobel AG**

### **Zuteilung von Aktien der Think Tools AG / Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG)**

1. *Die unverhältnismässig hohe Zuteilung von Aktien eines an der Börse einzuführenden Unternehmens auf eigene Konten der börseneinführenden Bank (in casu über 17%) sowie Zuteilungen von solchen Aktien an der Bank und dem einzuführenden Unternehmen nahe stehende Personen und Gesellschaften (in casu über 34%) ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG nicht zu vereinbaren (Erw. 1 und 2).*
2. *Realisierung einer Lösung betreffend die Erstattung des aus den Zuteilungen an eigene Konten am ersten Handelstag erzielten Verkaufserlöses (Erw. 5).*

### **Attribution de titres de Think Tools AG / Garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c LB et art. 10 al. 2 lit. d LBVM)**

1. *L'attribution démesurément élevée d'actions d'une société à introduire en bourse sur les propres comptes de la banque effectuant l'introduction en bourse (en l'espèce plus de 17%) ainsi que l'attribution de telles actions aux personnes et sociétés proches de la banque et de la société à introduire en bourse (en l'espèce plus de 34%) sont incompatibles avec l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 lit. c LB et de l'art. 10 al. 2 lit. d LBVM (consid. 1 et 2).*
2. *Application d'une solution concernant le remboursement des gains découlant des attributions aux comptes propres obtenus le premier jour de négoce (consid. 5)*

## **Attribuzione di titoli della Think Tools AG / Garanzia di un'attività irrepreensibile (art. 3 cpv. 2 lit. c LBCR e art. 10 cpv. 2 lit. d LBVM)**

1. *L'attribuzione dismisurata di titoli di una ditta da introdurre in borsa sul conto proprio della banca introducente (nella fattispecie oltre il 17%), così come l'attribuzione di questi titoli alle persone e alle società vicine alla banca e alla ditta da introdurre in borsa (nella fattispecie oltre il 34%), non è compatibile con il dovere di un'attività irrepreensibile ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lit. c LBCR e art. 10 cpv. 2 lit. d LBVM (consid. 1 e 2).*
2. *Realizzazione di una soluzione concernente la restituzione dei ricavi ottenuti dalla vendita delle attribuzioni ottenute sui conti propri il primo giorno di negoziazione (consid. 5).*

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

Die Bank Vontobel AG führte als Bookrunner und Lead Manager am 24. März 2000 das IPO (Initial Public Offering) und den Börsengang der Think Tools AG mit Sitz in Zürich durch. Dabei wurden insgesamt 560 000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von CHF 10.– inklusive Green-Shoe-Option für 50 000 Inhaberaktien placiert. Der Emissionspreis betrug CHF 270.–. Mit dem Börsengang flossen der Think Tools AG durch den Verkauf von 400 000 Inhaberaktien, geschaffen aus einer Kapitalerhöhung vom 17. März 2000, brutto CHF 108 Mio. zu. Zusätzlich erzielten Altaktionäre durch den Verkauf von 160 000 Inhaberaktien einen Emissionserlös von brutto CHF 43.2 Mio. Im Emissionsprospekt wurde ferner deklariert, dass maximal 5% der zu placierenden Inhaberaktien an Familienmitglieder und Freunde der verkaufenden Aktionäre auf bevorzugter Basis zugeteilt würden (Friends&Family-Programm). Nach der Börseneinführung waren 2 400 000 Inhaberaktien Think Tools AG (nachfolgend TTO) ausstehend. Es wurde beantragt, alle nach der Börseneinführung ausstehenden 2 400 000

Inhaberaktien am SWX New Market zu kotieren. Der erste Schlusskurs von TTO am 24. März 2000 betrug CHF 1050.–. Dies ergab eine Börsenkapitalisierung der Think Tools AG von CHF 2.52 Mia. Heute werden TTO bei sehr dünnen Volumina zu ca. CHF 8.– gehandelt. Dies entspricht einer Börsenkapitalisierung von rund CHF 19.34 Mio. bei aktuell 2417377<sup>1</sup> ausstehenden Inhaberaktien.

An der Zuteilungssitzung für das IPO Think Tools AG vom 23. März 2000 wurden die Aktien gemäss Absprache zwischen der Bank Vontobel AG und der Think Tools AG wie folgt zugeteilt (die Think Tools AG hat sich dabei gemäss Mandatsvertrag ein ausdrückliches Mitbestimmungsrecht ausbedungen):

- als Friends&Family-Programm deklariert: 25 500 (4.55%)
- Bank X: 45 000 (8.04%)
- Y AG: 5000 (0.89%)
- gruppeninterne Spizialkonti Bank Vontobel AG: 100 000 (17.86%)
- Private Equity Holding (Cayman) Ltd.: 40 000 (7.14%)
- der Think Tools AG nahestehende Personen und institutionelle Anleger: 152 000 (27.14%)
- Kunden der Bank Vontobel AG: 192 500 (34.38%).

Die Bank Vontobel AG bzw. die Vontobel-Gruppe (inkl. die Private Equity Holding [Cayman] Ltd.) realisierte dabei mit dieser Zuteilung von insgesamt 140 000 TTO einen Kursgewinn von CHF 80 503 520.75. Ohne den bei der Private Equity Holding (Cayman) Ltd. angefallenen Gewinn von CHF 25 864 959.85 ergab sich ein rein gruppeninterner Erfolg von CHF 54 638 560.90. Dabei fiel bei der Bank Vontobel AG allein durch den Verkauf von 45 000 TTO am ersten Handelstag, 24. März 2000, ein Kursgewinn von CHF 21 263 393.– an. Zusätzlich vereinbarte die Bank Vontobel AG eine Placierungskommission von CHF 4 708 898.70. Ohne Einrechnung des Gewinns der Private Equity Holding (Cayman) Ltd. resultierte daraus für die Bank Vontobel AG bzw.

---

<sup>1</sup> Quelle: SWX Swiss Exchange

die Vontobel-Gruppe somit ein Gesamterfolg von CHF 59 347 459.60, wovon einzig eine Zahlung von CHF 12.5 Mio. an die Think Tools AG via das Projekt der Internet-Bank y-o-u den Vontobel-Konzern verliess.

Die Eidg. Bankenkommission eröffnete in der Folge ein marktaufsichtsrechtliches Untersuchungsverfahren. Nach der Erhebung des Sachverhalts und einer umfassenden Analyse der Zuteilungspraktiken bei Erstemissionen allgemein wurde der Bank Vontobel AG mit Schreiben vom 4. April 2002 das Ergebnis des Beweisverfahrens mitgeteilt und diese aufgefordert, dazu im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs Stellung zu nehmen. Die Bank wurde darauf hingewiesen, dass ihre gruppeninternen Zuteilungen beim Börsengang der Think Tools AG vom 24. März 2000 sowie – auf Verlangen der Emittentin – diejenigen an dieser nahe stehende bzw. bevorzugte Personen und Gesellschaften die branchenüblichen Quoten massiv überschritten hätten. Die Bank Vontobel AG bzw. die Vontobel-Gruppe habe die privilegierte Stellung als Lead-Manager und Bookrunner beim Börsengang der Think Tools AG ausgenützt und sich durch Zuteilung von 140 000 Aktien (inkl. Private Equity Holding [Cayman) Ltd.] einen Kursgewinn von CHF 80.5 Mio. gesichert. Zusätzlich habe die Bank Vontobel AG noch Gebühren in der Höhe von brutto CHF 4.7 Mio. ein-kassiert. Es sei weiter stossend, dass die Bank Vontobel AG im Rahmen des im Mandatsvertrag vereinbarten Mitbestimmungsrechts der Think Tools AG zusätzlich zum Friends&Family-Programm eine direkte Zuteilung von mehr als einem Viertel der Emission an nahe stehende bzw. bevorzugte Personen und Gesellschaften toleriert habe. Diese unverhältnismässigen Bevorzugungen würden einen gravierenden Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben darstellen und seien mit dem Gebot des redlichen Verhaltens sowie mit der Sorgfaltpflicht einer seriösen Bank nicht zu vereinbaren. Die Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes (BEHG) und Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes (BankG) seien damit verletzt worden.



Die Bank Vontobel AG reichte ihre Stellungnahme nach Fristverlängerung am 27. Mai 2002 ein. Sie beantragte dabei, es sei ihr gegenüber von Massnahmen abzusehen. Sie habe mit der Entlassung der verantwortlichen Organe reagiert und enorme Anstrengungen unternommen, die geschäftspolitischen Exzesse der Vergangenheit in enger Zusammenarbeit mit der bankengesetzlichen Revisionsstelle und in offener Kommunikation mit der Eidg. Bankenkommission zu bereinigen und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit wieder herzustellen. Der Börsengang Think Tools AG sei kein normaler Börsengang gewesen. Einem Angebot von 560 000 sei eine Nachfrage von 14.4 Mio. Aktien gegenübergestanden. Damit sei das IPO mehr als 25fach überzeichnet gewesen. Eigenzuteilungen der Bank Vontobel AG hätten sich bei den von ihr durchgeführten IPOs normalerweise im Bereich von 5 bis 8% bewegt. Die 25%ige Zuteilung im IPO Think Tools AG stelle einen Einzelfall dar. Eine entsprechende Geschäftspolitik bestehe diesbezüglich bei der Bank nicht. Im Weiteren habe es im März 2000 weder aufsichtsrechtliche Regeln im Bezug auf die Zuteilungspraxis bei Börseneinführungen in der Schweiz gegeben, noch seien solche angekündigt oder von der Eidg. Bankenkommission anderweitig öffentlich thematisiert worden. Es sei weder zur Schädigung von Anlegern noch der Gesellschaft gekommen. Der Bank könne kein Vorwurf gemacht werden, dass einige Zeichner keine Zuteilung erhielten, andere dagegen bis zu 100%.

Die Eidg. Bankenkommission stellte gegenüber der Bank Vontobel AG fest, dass die gruppeninterne Zuteilung von 100 000 Aktien der Think Tools AG durch die Bank Vontobel AG sowie weitere Zuteilungen von insgesamt 192 000 Aktien der Think Tools AG an der Bank Vontobel AG bzw. der Think Tools AG nahe stehende Personen und Gesellschaften bei der Börseneinführung vom 23. März 2000 dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG nicht entsprachen. Die Bank Vontobel AG wurde aufgefordert, die Eidg. Bankenkommission über die Realisierung einer

Lösung betreffend die Erstattung des durch den Verkauf von 45 000 Aktien der Think Tools AG am ersten Handelstag, dem 24. März 2000, erzielten risikolosen Kursgewinns von CHF 21 263 393.– umgehend zu orientieren. Nachdem die Bank die Hauptverantwortlichen in dieser Sache entlassen hatte und weitere Mitverantwortliche die Bank in der Zwischenzeit verlassen hatten, erübrigte es sich, weitere aufsichtsrechtliche, namentlich personelle Massnahmen anzuordnen.

Zwei Tage nach Eröffnung der Verfügung entschied die Bank Vontobel AG in Absprache mit der Eidg. Bankenkommision, dass sie dem Internationalen Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) zugunsten von Kriegsopfern CHF 21,3 Mio. überweisen werde. Die Zahlung führte sie am folgenden Tag aus und informierte die Öffentlichkeit darüber am 28. März 2003. Mit dieser Überweisung für einen wohltätigen Zweck wurde die von der Eidg. Bankenkommision beanstandete Bereicherung in vorbildlicher Weise zurückgeführt.

### **Aus den Erwägungen:**

1.

a) Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (SR 952.0, Bankengesetz, BankG) gehört unter anderen zu den Voraussetzungen zur Bewilligung der Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank, dass «die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten». Gleiches gilt gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1, Börsengesetz, BEHG) auch für die Tätigkeit als Effektenhändler. Beide Bestimmungen, kurz als «Gewährsartikel» bezeichnet, haben mithin den gleichen Gehalt.

b) Die Bewilligungsvoraussetzungen sind dauernd einzuhalten. Damit verlangt die Prüfung, ob die Gewähr für eine einwandfreie Ge-

schäftstätigkeit erfüllt ist bzw. erfüllt bleibt, eine prospektive Beurteilung. Es ist mit anderen Worten festzustellen, ob aufgrund in der Vergangenheit liegender Vorkommnisse die Voraussetzungen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in der Gegenwart noch erfüllt sind und welche diesbezüglichen Prognosen für die Zukunft gemacht werden können.

c) Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen fachlich kompetent sein und müssen sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effektenhändlers zu verstehen. Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden, bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber, verstösst (vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz: Kommentar zum schweizerischen BankG, N 34 ff. zu Art. 3-3<sup>ter</sup> BankG mit weiteren Hinweisen; auch z.B. EBK Bulletin 22, S. 29 f.; 18, S. 28 f.). In der Börsengesetzgebung sind diese Treue- und Sorgfaltspflichten ausdrücklich in Art. 11 BEHG auch aufsichtsrechtlich verankert. In diesem Sinne ist Art. 11 BEHG eine Konkretisierung der zivilrechtlichen Pflichten, wie sie aus den Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit abgeleitet werden können. Ein Verstoss gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit liegt darüber hinaus aber ebenfalls vor, wenn die beanstandete Tätigkeit «in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss», widerspricht (EBK Bulletin 15, S. 11 f.). Im Sinne eines Berufsrechts obliegen daher Banken und Effektenhändlern zusätzliche Rechtspflichten, die berufsspezifisch und nicht in materiellgesetzlichen Bestimmungen festgelegt sind. Banken und Effektenhändler bzw. ihre

mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen sich ferner auch so verhalten, dass sie die Bank bzw. den Effektenhändler nicht kompromittieren, d.h. ihr Ansehen und das ihnen vom Publikum entgegengebrachte Vertrauen nicht schädigen oder gar in einem weiteren Rahmen den Ruf des schweizerischen Finanzplatzes beeinträchtigen.

d) Aus diesen Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ergibt sich unter anderem, dass eine Bank oder ein Effektenhändler den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zu beachten hat. Angesichts des Vertrauens, das Banken und Effektenhändler als wichtige Grundlage für ihre Tätigkeit beanspruchen, kommt diesem Grundsatz ein sehr hoher Stellenwert zu. Banken und Effektenhändler haben mit anderen Worten diesbezüglich hohen Ansprüchen zu genügen. Dies bedeutet namentlich, dass Interessenkonflikte so zu lösen sind, dass Kunden und Dritten daraus keine Nachteile erwachsen (vgl. auch Art. 11 BEHG und Art. 8 der Verhaltensregeln für Effektenhändler der SBVg vom 22.1.1997; Objectives and Principles of Securities Regulation der IOSCO vom September 1998, Ziff. 12.5).

2.

a) Die Bank Vontobel AG war mit 6 von insgesamt 17 Börseneinführungen (IPOs) am SWX New Market in der an Börsengängen reichen Zeit der Jahre 1998–2001, dies entspricht einem Anteil von 35%, ein gewichtiger Mitspieler. Gemessen an den Emissionsvolumen dieser IPOs beträgt der Marktanteil der Bank Vontobel AG 26%. Vor dem IPO der Think Tools AG vom 24. März 2000, der siebten Börseneinführung am SWX New Market insgesamt, war die Bank Vontobel AG bereits bei drei IPOs als Lead-Manager aufgetreten. Beim IPO Think Tools AG wurden bis maximal 560 000 Inhaberaktien zur Zeichnung angeboten. Gemäss Angaben der Bank Vontobel AG bestand demge-

genüber eine Nachfrage für 14.4 Mio. Aktien, was einer mehr als 25fachen Überzeichnung entspricht. Anstatt möglichst viele Aktien dem Publikum zuzuteilen, nahm die Bank Vontobel AG eine Eigenzuteilung innerhalb der Vontobel-Gruppe in der Höhe von 100 000 Aktien (17.86% des Emissionsvolumens) vor. Zusammen mit den weiteren 192 000 Aktien (34.28%), die durch das im Mandatsvertrag gewährte Mitbestimmungsrecht der Think Tools AG an dieser nahe stehende bzw. von ihr ausdrücklich bevorzugte Personen und Gesellschaften sowie an die Private Equity Holding (Cayman) Ltd. zugeteilt wurden, ergibt sich, dass mindestens 52.14% des Emissionsvolumens dem «allgemeinen Markt» vorenthalten wurden. Dass damit weniger als 50% der Emission dem Publikum zur Verfügung gestellt wurde, ist generell stossend, noch gravierender erscheint dieser Sachverhalt im Verhältnis zur immensen Nachfrage des über 25fachen des Angebots. Die Ankündigung im Emissionsprospekt, es würden 560 000 Aktien dem Publikum zur Zeichnung angeboten – abzüglich 5% im Rahmen des Friends&Family-Programms – wurde durch dieses Vorgehen ad absurdum geführt. Das Publikum wurde mithin gar getäuscht und damit der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt.

b) Indes ist nicht allein die Vorenthaltung von insgesamt 52.14% der angeblich angebotenen Aktien stossend, es trifft dies auch auf die durch die Bank Vontobel AG vorgenommene gruppeninterne Zuteilung von 100 000 TTO, was 17.86% des Emissionsvolumens ausmacht, zu. Die Vontobel-Gruppe realisierte dadurch einen Handelsgewinn von CHF 54 638 560.90, wovon allein durch den Verkauf von 45 000 TTO am ersten Handelstag, 24. März 2000, ein offensichtlich risikoloser Kursgewinn von CHF 21 263 393.– anfiel. Risikolos darum, weil die Bank Vontobel AG einerseits auf Grund der Geschehnisse am Graumarkt davon ausgehen konnte, dass der Kurs von TTO in der Region von CHF 700.– eröffnen würde, und weil die Bank Vontobel AG andererseits wusste, dass verschiedene Marktteilnehmer aufgrund von ausstehenden SWX-New-Market-Zertifikaten eine entsprechende Anzahl

TTO in der Schlussauktion kaufen mussten. Zusätzlich vereinnahmte die Bank Vontobel AG eine Placierungskommission von CHF 4 708 898.70. Daraus resultierte ein Gesamterfolg für die Bank Vontobel AG bzw. den Konzern von CHF 59 347 459.60, wovon einzig die Zahlung von CHF 12.5 Mio. an die Think Tools AG (via y-o-u) den Vontobel-Konzern verliess. Angesichts dieser Zahlen kann nicht von einer kleinen Übertreibung gesprochen werden. Es ist nicht akzeptabel, dass sich ein Bank-Konzern bei einer dermassen hoch nachgefragten Emission mit 17.86% selber bedient und Gewinne in der Grössenordnung von über CHF 59.3 Mio. vereinnahmt. Selbst bei einem sehr grosszügigen Massstab ist eine Eigenzuteilung von 17.86% völlig überrissen.

c) An dieser Beurteilung vermögen auch die Argumente der Bank nichts zu ändern. Die nachträglich unternommenen Anstrengungen, welche durchaus positiv zu bewerten sind, machen den enormen Gewinn aus der gruppeninternen Zuteilung von 17.86% nicht ungeschehen; er bleibt überrissen. Auch das Argument einer angeblich drohenden Ungleichbehandlung der involvierten Personen ist unbehelflich; die Beurteilung des Falls ist unabhängig von der heutigen Situation resp. Funktion derselben vorzunehmen. Die Emission Think Tools AG war in der Tat in jeglicher Hinsicht kein normaler Börsengang; er ist deshalb auch isoliert zu betrachten. Dass das Verhalten der Bank bei anderen Projekten und Börseneinführungen kein Anlass zu Beanstandungen gab, vermag die begangenen Fehler beim IPO TTO weder zu heilen noch sonst wie positiv zu beeinflussen. Es kam zwar wohl zu keinen direkten Schädigungen von Anlegern, dennoch hätten bei massvollem Verhalten in der Zuteilung von TTO weitere Anleger berücksichtigt werden können.

d) (...)

e) Daraus ergibt sich, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt. Das Verhalten der Bank Vontobel AG und ihrer Exponenten ist

damit mit den Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und mit den Treue- und Sorgfaltspflichten nicht zu vereinbaren.

3.

a) Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank oder eines Effektenhändlers betrauten Personen bieten. Damit ist die oberste Führungsschicht gemeint. Dazu gehören bei einem grösseren Institut neben dem Verwaltungsrat die Generaldirektoren bzw. Mitglieder der Konzernleitung und auch die Leiter wichtiger Organisationseinheiten und Niederlassungen. Je einflussreicher die Stellung und je grösser der Entscheidungsspielraum, desto eher werden die betreffenden Personen als so genannte Gewährsträger erfasst.

b) Es ist daher für die bei der Bank Vontobel AG in die Angelegenheit Think Tools AG involvierten Personen einerseits zu klären, ob sie als Gewährsträger gelten, d.h. in den Anwendungskreis von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG bzw. Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG fallen. Andererseits ist für diejenigen, die Gewährsträger sind, zu beurteilen, inwieweit sie für die Zuteilung der Aktien beim Börsengang der Think Tools AG allenfalls Verantwortung zu übernehmen haben und deshalb für den Verstoss der Bank Vontobel AG gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit mitverantwortlich sind (Ausführungen zu den (mit-)verantwortlichen Organen).

4.

a) Die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit als Bank oder als Effektenhändler gemäss Art. 3 BankG bzw. Art. 10 BEHG wird einem Unternehmen als juristische Person erteilt. Bewilligungsträgerin ist mit andern Worten das Unternehmen und es hat als solches die Bewilligungsvoraussetzungen zu erfüllen. Wird das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit verletzt, ergeben sich in diesem Lichte verschiedene Möglichkeiten, Massnahmen anzuordnen. Zu beachten ist auch, wel-

cher Art der Verstoss ist und welche aus dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit abgeleitete Regel verletzt wurde. Mit Blick auf die dauernde Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen ist bei der Anordnung von Massnahmen einzubeziehen, ob diese genügen, um die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in Zukunft sicherzustellen. Bieten die mit der Verwaltung und der Geschäftsführung betrauten Personen aufgrund der begangenen Fehler nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, kann mit deren Entfernung die Bewilligungsvoraussetzung wieder hergestellt werden, wenn der Weiterbestand der Bank oder des Effektenhändlers als Unternehmen insgesamt verantwortet werden kann. Allenfalls kann es genügen, das Verhalten der für die begangenen Fehler allein- oder hauptverantwortlichen Personen zu beanstanden. Dabei wird festgestellt, dass deren Verhalten dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht entsprach. Diese Feststellung kann ferner mit der Androhung der Entfernung eines Gewährsträgers für den Wiederholungsfall verbunden werden.

b) (...)

c) Obschon sich die Bewilligungsvoraussetzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit direkt an natürliche Personen richtet, hat nach ständiger Praxis der Eidg. Bankenkommission, bestätigt durch das Bundesgericht, auch die Bank als Unternehmen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten (z.B. EBK Bulletin 15 (1985), S. 5 und BGE 111 Ib 126; ferner EBK Bulletin 15 (1985), S. 11 und 14; 16 (1986), S. 30; 20 (1990), S. 23; 22 (1992), S. 25 und 31; vgl. auch Urs Zulauf, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, Basel 1994, S. 423 mit weiteren Hinweisen). Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit wird dadurch gewissermassen «entpersonifiziert». Wie festgestellt, sind mehrere – vor allem auch inzwischen aus der Bank ausgeschiedene – Personen kollektiv und zusätzlich ebenfalls



Schwächen in der Organisation der Bank Vontobel AG, namentlich im Bereich Corporate Finance, für die gravierenden Verstösse gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit verantwortlich. Damit hat auch die Bank als Gesamtunternehmen für das Vorgefallene Verantwortung zu übernehmen. (...) Sie hat ebenfalls durch die Erarbeitung eines «Compliance-Manual Investment Banking» und einer neuen Weisung bezüglich «Aktienplacierungen bei Erstemissionen» auf die Missstände bei der Abwicklung von Aktienplacierungen angemessen reagiert. Mit diesen internen Regeln wird die Transparenz innerhalb der Bank Vontobel AG bei Aktienplacierungen erhöht; den Geschäftsleitungsmitgliedern sichert es die Möglichkeit zu, auch in diesem Bereich bei allen wichtigen Entscheiden mitzuwirken.

Trotz dieser Anstrengungen bleibt aber der Vorwurf gegenüber der Bank bestehen, bei der Börseneinführung Think Tools AG das Publikum getäuscht und gegen Treu und Glauben verstossen zu haben. Schwer wiegt dabei auch der aus den Eigenzuteilungen anstelle interessierter Anleger erzielte Handelsgewinn von rund CHF 54.6 Mio. Das Verhalten der Bank ist deshalb ihnen gegenüber als mit den Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftsführung nicht vereinbar zu be-  
standen.

5.

a) Gemäss Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 und Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG und Art. 35 Abs. 1 und 3 BEHG trifft die Eidg. Bankenkommision die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen, überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und sorgt bei Gesetzesverletzungen oder sonstigen Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und die Beseitigung der Missstände. Es handelt sich dabei um Generalklauseln, die der Eidg. Bankenkommision weit reichende Kompetenzen einräumen. Bei deren Anwendung kommt ihr im Rahmen des vom Bundesgericht zugestandenen technischen Ermessens ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (z.B. BGE 108 Ib 275).

b) Die überrissene Höhe der gruppeninternen Zuteilungen von 100 000 TTO-Aktien beim IPO der Think Tools AG vom 24. März 2000 ist aufsichtsrechtlich zu beanstanden. Die Bank Vontobel AG hat durch dieses gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit und gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten verstossende Verhalten auf fragwürdige Weise zulasten Dritter insgesamt einen Handelsgewinn in der Höhe von CHF 54 638 560.90 erzielt. Allein durch den Verkauf von 45 000 TTO am ersten Handelstag, dem 24. März 2000, fiel ein risikoloser Kursgewinn von CHF 21 263 393.– an. Auch wenn die Höhe und die Art und Weise des Zustandekommens des gesamten Handelsgewinns aus den TTO- Transaktionen von CHF 54.6 Mio. zu beanstanden sind, gilt insbesondere für diesen risikolosen Kursgewinn, dass die Bank Vontobel AG auf unrechtmässigem Weg CHF 21 263 393.– erwirtschaftet hat. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht genügt es, wenn diese rechtswidrige Bereicherung beseitigt wird. Da aber eine gesetzliche Grundlage für eine aufsichtsrechtliche Einziehung fehlt (siehe EBK Bulletin 40, S. 37 ff.), fordert die Eidg. Bankenkommission die Bank Vontobel AG auf, sie über eine allfällige Realisierung betreffend die Erstattung des durch den Verkauf von 45 000 TTO am ersten Handelstag erzielten risikolosen Kursgewinns umgehend zu informieren. Dabei steht im Vordergrund, dass die Bank Vontobel AG ihre Bereicherung aus diesem Kursgewinn im Umfang von CHF 21 263 393.– beseitigt und diesen Betrag – auf welche Art und Weise auch immer – Dritten zur Verfügung stellt.