



EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION  
COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES  
COMMISSIONE FEDERALE DELLE BANCHE  
CUMMISSIUN FEDERALA DA LAS BANCAS

# Bulletin

**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
**EBK CFB**  
**EBK CFB**

**Heft / Fascicule 38**

**1999**

Herausgeber Eidg. Bankenkommission  
Editeur Commission fédérale des banques

Marktgasse 37, Postfach, 3001 Bern  
Telefon 031 322 69 11  
Telefax 031 322 69 26

Vertrieb Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale  
Diffusion Office central fédéral des imprimés et du matériel

3000 Bern/3000 Berne

Telefon 031 / 322 39 08  
Téléphone 031 / 322 39 08

Telefax 031 / 322 39 75  
Téléfax 031 / 322 39 75

## **Inhaltsverzeichnis**

	Seite
Verzeichnis der Abkürzungen	6
Funktionentrennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung	15
Strafandrohung	18
Obligationenanleihe	21
Obligationenanleihe, Liquidation	25
Internationale Amtshilfe	30
Internationale Amtshilfe	33
Internationale Amtshilfe	36
Informationspflicht gegenüber der EBK, internationale Amtshilfe	39
Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften	50

## **Sommaire**

	Page
Tableau des abréviations	6
Séparation des fonctions entre le conseil d'administration et la direction	15
Menace des arrêts ou de l'amende	18
Emprunt obligataire	21
Emprunt obligataire, liquidation	25
Entraide administrative internationale	30
Entraide administrative internationale	33
Entraide administrative internationale	36
Obligation de renseigner la CFB, entraide administrative internationale	39
Défaut de vigilance en matière d'opérations financières	50

## **Sommario**

Pagina

Elenco delle abbreviature	6
Separazione delle funzioni tra il consiglio di amministrazione e la direzione	15
Comminatoria dell'arresto o della multa	18
Prestito in obbligazioni	21
Prestito in obbligazioni, liquidazione	25
Assistenza amministrativa internazionale	30
Assistenza amministrativa internazionale	33
Assistenza amministrativa internazionale	36
Obbligo di informare la CFB, assistenza amministrativa internazionale	40
Carente diligenza in materia di operazioni finanziarie	50

## **Verzeichnis der Abkürzungen**

### **Tableau des abréviations**

### **Elenco delle abbreviature**

### **English abbreviations**

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

BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, SR 952.02) OB/OBCR/BAO
BBI	Bundesblatt FF/FF/FF
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) LBVM/LBVM/SESTA
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung, SR 954.11) OBVM/OBVM/SESTO
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (Börsenverordnung-EBK, SR 954.193) OBVM-CFB/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF/ATF
BO	Ordinance to the Federal Banking Act of 17 May 1972 (Banking Ordinance 1972) BankV/OB/OBCR
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) PPF/PP
BtG	Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 (SR 172.221.10) StF/OF
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) PCF/PC
CFB	Commission fédérale des banques EBK/CFB/SFBC
CFB	Commissione federale delle banche EBK/CFB/SFBC
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) StGB/CP

CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB/CP
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF/ATF
EBK	Eidgenössische Bankenkommision CFB/CFB/SFBC
EBK-GebV	Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommision vom 2. Dezember 1996 (SR 611.014) Oém-CFB/Oem-CFB
FBO	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 Octo- ber 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 im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereige- setz, SR 955.0) LBA/LRD/MLA
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 27 October 1994 (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 fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier du 10 octobre 1997 (Loi sur le blanchiment d'argent, RS 955.0) GwG/LRD/MLA
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
LRD	Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro nel settore finanziario del 10 ottobre 1997 (Legge sul riciclaggio di denaro, RS 955.0) GwG/LBA/MLA
MLA	Federal Act on the prevention of money laundering in the financial sector of 10 October 1997 (Money laundering act 1997) GwG/LBA/LRD
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02) BankV/OBCR/BAO

OBCR	Ordinanza su le banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972 (Ordinanza sulle banche, RS 952.02) BankV/OB/BAO
OBE	Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (Ordinanza sulle banche estere, RS 952.111) ABV/OBE/FBO
OBE	Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111) ABV/OBE/FBO
OBVM	Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sulle borse, RS 954.11) BEHV/OBVM/SESTO
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11) BEHV/OBVM/SESTO
OBVM-CFB	Ordinanza della Commissione federale delle banche sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 25 giugno 1997 (Ordinanza sulle borse della CFB, RS 954.193) BEHV-EBK/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
OBVM-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (Ordonnance sur les bourses de la CFB, RS 954.193) BEHV-EBK/OBVM-CFB/SESTO-SFBC
Oem-CFB	Ordinanza sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche del 2 dicembre 1996 (RS 611.014) EBK-GebV/Oém-CFB
Oém-CFB	Ordonnance réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques du 2 décembre 1996 (RS 611.014) EBK-GebV/Oem-CFB

OF	Ordinamento dei funzionari del 30 giugno 1927 (RS 172.221.10) BtG/StF
OFI	Ordinanza sui fondi d'investimento del 19 ottobre 1994 (RS 951.311) AFV/OFP/IFO
OFI-CFB	Ordinanza della Commissione federale delle banche sui fondi d'investimento del 27 ottobre 1994 (RS 951.311.1) AFV-EBK/OFP-CFB/IFO-SFBC
OFP	Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311) AFV/OFI/IFO
OFP-CFB	Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 27 octobre 1994 (RS 951.311.1) AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110) OJ/OG
OG	Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (Organizzazione giudiziaria, RS 173.110) OG/OJ
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, RS 173.110) OG/OG
PA	Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021) VwVG/PA/APA
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021) VwVG/PA/APA
PC	Legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1947 (RS 273) BZP/PCF

PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273) BZP/PA
PP	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0) BStP/PPF
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
R-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommis- sion vom 20. November 1997 (SR 952.721) R-CFB/R-CFB
RO	Official chronological collection of the federal legislation AS/RO/RU
RO	Recueil officiel des lois fédérales AS/RU/RO
RS	Raccolta sistematica del diritto federale SR/RS/RS
RS	Recueil systématique du droit fédéral SR/RS/RS
RS	Systematic collection of the federal legislation SR/RS/RS
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO/RO
SESTA	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (Securities Act 1995) BEHG/LBVM/LBVM

SESTO	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (Securities Ordinance 1996) BEHV/OBVM/OBVM
SESTO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission to the 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
StF	Loi fédérale sur le statut des fonctionnaires du 30 juin 1927 (RS 172.221.10) BtG/OF
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP/CP
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
VwOG	Bundesgesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung vom 19. September 1978 (SR 172.010)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021) PA/PA/APA

*Décision de la CFB du 25 mars 1999 dans la cause société B*

**Art. 10 LBVM, séparation des fonctions entre le conseil d'administration et la direction**

*En partant du principe que les négociants en valeurs mobilières disposent généralement d'une organisation plus légère et d'une surface financière moins importante, le législateur a intentionnellement renoncé à insérer l'exigence d'une séparation des fonctions dans la LBVM. La condition générale d'une organisation adéquate impose cependant en principe une séparation des fonctions entre le conseil d'administration et la direction, à moins qu'il ne s'agisse d'une entreprise de taille réduite ou disposant d'une organisation très simple.*

**Art. 10 BEHG, Funktionentrennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung**

*Indem er davon ausging, dass die Effektenhändler grundsätzlich eine einfachere Organisation und weniger finanzielle Mittel haben, hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, die Bedingung der Funktionentrennung im BEHG festzuhalten. Die allgemeine Bedingung einer angemessenen Organisation verlangt allerdings grundsätzlich nach einer Funktionentrennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, es sei denn, es handle sich um ein sehr kleines Unternehmen mit einer sehr einfachen Organisation.*

**Art. 10 LBVM, separazione delle funzioni tra il consiglio di amministrazione e la direzione**

*Partendo dal principio che i commercianti di valori mobiliari hanno in genere un'organizzazione più leggera e una superficie finanziaria meno importante, il legislatore ha intenzionalmente rinunciato ad inserire l'esigenza di una separazione delle funzioni nella LBVM. La condizione generale di un'organizzazione adeguata impone tuttavia una separazione delle funzioni tra il consiglio di amministrazione e la direzione a meno che non si tratti di una impresa di ridotte dimensioni o di un'impresa con un'organizzazione molto semplice.*

Extrait des considérants:

Le directeur général de la requérante est aussi membre du conseil d'administration. Se pose dès lors la question de la compatibilité de ce cumul de fonctions avec l'exigence d'une organisation adéquate (art. 10 al. 2 let. a LBVM). Contrairement à la LBVM, la LB prévoit le principe d'un double organe (art. 3 al. 2 let. a LB). Dans ce cas, aucun membre de l'organe responsable de la direction supérieure, de la surveillance et du contrôle d'une banque ne peut faire partie de la direction (art. 8 al. 2 OB). Seule la Commission fédérale des banques peut accorder des exceptions (art. 8 al. 3 OB). L'autorité de surveillance a une approche restrictive dans la concession d'exceptions (Bull. CFB no 32 p. 61, Bull. CFB no 1 p. 13; Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zurich 1976/1997, no 24 ad art. 33<sup>quater</sup>). L'absence d'une réglementation parallèle dans la législation concernant les négociants en valeurs mobilières est une lacune volontaire. En partant du principe que les négociants en valeurs mobilières disposent généralement d'une organisation plus légère et d'une surface financière moins importante, le législateur a intentionnellement renoncé à insérer l'exigence d'une séparation de fonctions dans la LBVM. Les travaux préparatoires de la LBVM démontrent cette réalité. Ainsi, le commentaire du 22 septembre 1995 du Département des finances accompagnant le projet d'OBVM mis en consultation précise que, «Im Gegensatz zum Bankenrecht verlangt die Verordnung keine Auseinandersetzung zwischen den mit der Verwaltung und den mit der Geschäftsführung betrauten Organen. Eine solche Trennung ist im Börsengesetz nicht vorgesehen und wäre bei Effekthändlern mit kleinem Geschäftsvolumen auch nicht angemessen». Dans sa lettre du 11 novembre 1996 adressée au Conseil fédéral, le Département des finances tient exactement le même langage. Ces déclarations laissent toutefois apparaître l'exigence de faire une distinction entre les petits négociants et les négociants plus grands dont l'activité et l'organisation sont comparables à celles d'une banque. L'absence d'une obligation légale explicite de séparation de fonctions ne signifie pas que dans aucun cas une telle séparation ne peut être exigée. Bien au contraire, la condition générale d'une organisation adéquate impose une séparation de fonctions suivant la taille du négociant. Lorsque le volume des transactions est important, il convient d'exi-

ger une surveillance totalement indépendante de la direction et d'éviter une concentration de pouvoirs auprès d'une même personne (B. Müller, La pratique de la Commission fédérale des banques, Zurich 1987, p. 25). Dans ces cas, la séparation personnelle entre l'organe dirigeant et le conseil d'administration trouve son fondement non seulement dans la condition générale de l'organisation appropriée mais aussi dans l'exigence légale spécifique de disposer d'un système de contrôle interne efficace (art. 20 OBVM). Enfin, une partie de la doctrine prône une telle séparation sur la base de l'art. 19 OBVM (P. Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, p. 383). En considération de l'importance de l'activité exercée par la requérante et de l'ampleur de son organisation, la Commission fédérale des banques estime qu'une séparation de fonctions entre le conseil d'administration et la direction est en l'occurrence nécessaire.



### **Art. 292 StGB, Strafandrohung**

1. *Ein Institut, das nicht der Aufsicht der EBK unterstellt ist, aber dessen Tätigkeit von der Aufsichtsbehörde auf eine mögliche Unterstellungspflicht geprüft wurde, darf in seiner Werbung und im Geschäftsverkehr mit seinen Kunden nicht behaupten, von der EBK beaufsichtigt zu werden (Erw. 1).*
2. *Eine nicht dem Börsengesetz unterstellte Gesellschaft kann unter der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB dazu angehalten werden, auf irreführende Werbeäusserungen zu verzichten (Erw. 2).*

### **Art. 292 CPS, menace des arrêts ou de l'amende**

1. *Un établissement qui n'est pas assujetti à la surveillance de la CFB mais dont l'activité a été examinée par l'autorité de surveillance afin de vérifier ce non-assujettissement, n'est pas en droit d'affirmer dans sa publicité ou dans ses relations avec ses clients que la CFB exerce un contrôle sur lui (consid. 1).*
2. *Une société qui n'est pas assujettie à la loi sur les bourses peut être contrainte sous la menace des peines de l'art. 292 CPS de renoncer à faire de la publicité mensongère (consid. 2).*

### **Art. 292 CPS, comminatoria dell'arresto o della multa**

1. *Una ditta non assoggettata alla vigilanza della CFB la cui attività è però stata esaminata da questa allo scopo di verificare il non assoggettamento non può affermare nella sua pubblicità o nelle sue relazioni con i clienti di essere vigilata dalla CFB (consid. 1).*
2. *Una società non assoggettata alla legge sulle borse può essere costretta sotto la comminatoria dell'arresto o della multa dell'art. 292 CPS a rinunciare a fare della pubblicità ingannevole (consid. 2).*

Sachverhalt (Auszug):

A.– Die Tätigkeit der D GmbH wurde von der EBK im Hinblick auf eine allfällige Unterstellungspflicht unter das Banken-, das Börsen- und das Anlagengesetz untersucht. Die EBK kam zum Schluss, dass die D GmbH als Vermittler tätig ist und dass die Tätigkeit nicht bewilligungspflichtig ist. Mit abschliessendem Schreiben vom 28. Mai 1999 wurde die Gesellschaft ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die EBK keine Stellung nimmt zur Frage der Seriosität der Tätigkeit der Gesellschaft und dass Hinweise auf eine Prüfung der D GmbH durch die EBK in der Werbung und im Geschäftsverkehr mit Kunden zu unterlassen sind.

B.– Gemäss der EBK von dritter Seite zugegangenen und am 20. Juli 1999 von einem Kunden gezeichneten Unterlagen der D GmbH mit der Überschrift «Risiken von Termingeschäften im Überblick» wirbt diese damit, dass sie seit dem 1. Januar 1998 der Aufsicht durch die EBK unterliege und dass die EBK überwache, ob die Kapitalausstattung der D GmbH dem Geschäftsumfang und den Risiken der über sie durchgeführten Geschäfte angemessen ist.

Aus den Erwägungen:

1.– Gemäss Art. 35 Abs. 1 BEHG trifft die EBK die zum Vollzug des Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen. Erhält sie Kenntnis von Verletzungen des Gesetzes oder sonstigen Missständen, so sorgt sie für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und für die Beseitigung der Missstände und trifft die dazu notwendigen Verfügungen (Art. 35 Abs. 3 BEHG).

a) Die D GmbH ist als nicht der Aufsicht der EBK unterstelltes Institut nicht berechtigt, sich als solches auszugeben. Es ist ein schwerer Missstand, wenn beim Kunden eines Finanzdienstleisters der Eindruck erweckt wird, er habe es mit einem von der EBK überwachten Institut zu tun. Die D GmbH ist deshalb anzuweisen, jeden Hinweis auf eine überwachte Tätigkeit und die EBK aus ihren Unterlagen unverzüglich zu streichen und auch mündlich keine dahingehenden Äusserungen zu machen.

b) Es ist zudem ein Missstand, wenn die Empfänger dieser falschen Erklärung der D GmbH nicht über deren Unwahrheit aufgeklärt werden. Die D GmbH muss deshalb auch angewiesen werden, sämtliche Empfänger über die Unwahrheit ihrer Werbung in schriftlicher Form aufzuklären. Um sicherzustellen, dass die D GmbH die Empfänger ihrer irreführenden Angaben korrekt und vollständig angeschrieben hat, muss sie sich die Erledigung dieser Anweisung von einem gemäss Art. 727b OR besonders befähigten Revisor zuhanden der EBK bestätigen lassen. Eine Frist von sechs Wochen, um einen besonders befähigten Revisor zu mandatieren, die Empfänger anzuschreiben und den Revisor prüfen zu lassen, ob dieser Verfügung entsprochen wurde, ist als angemessen zu betrachten. Der D GmbH wird deshalb eine Frist von sechs Wochen ab Zustellung dieser Verfügung gesetzt, um die Ziffern 1.2 und 1.3 des Dispositivs zu erfüllen.

2.– Die D GmbH wurde bereits mit Schreiben der EBK vom 28. Mai 1999 angewiesen, jeden Hinweis auf eine Prüfung der D GmbH durch die EBK in der Werbung und im Geschäftsverkehr mit Kunden zu unterlassen. Es rechtfertigt sich deshalb, der D GmbH und ihren Organen Strafe gemäss Art. 292 StGB anzudrohen. Der D GmbH und ihren Organen wird somit im Widersetzungsfall gegen Ziffer 1 dieser Verfügung mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB gedroht.

Verfügung der EBK vom 1. Juli 1998 i.S. M AG

**Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV, Obligationenanleihe**

*Bedingungen, welche eine Obligationenanleihe erfüllen muss, um nicht als unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen qualifiziert zu werden.*

**Art. 3a al. 3 let. b OB, emprunt obligataire**

*Conditions qu'un emprunt obligataire doit remplir pour ne pas être qualifié d'acceptation illicite de dépôts du public.*

**Art. 3a cpv. 3 lett. b OBCR, prestito in obbligazioni**

*Condizioni che un prestito in obbligazioni deve rispettare per non essere qualificato di accettazione illecita di depositi del pubblico.*

Sachverhalt (Auszug):

Die M AG ist eine am 26. November 1984 in Zug errichtete Gesellschaft. Die Geschäftstätigkeit der M AG besteht in der Gründung und Übernahme von Unternehmen. Bis zum 31. Dezember 1996 hatte die M AG 12 Unternehmen gegründet oder übernommen. Dabei handelt es sich vor allem um polnische und deutsche (alte Bundesländer) Unternehmen, die im Lebensmittelbereich tätig sind.

Mindestens seit November 1995 gibt die M AG Wandelobligationen aus. Gemäss den Prospekten von November 1995, Mai 1996 und Januar 1997 kann die M AG zur Finanzierung ihrer geschäftlichen Aktivitäten Kapital in Form von Wandelobligationen bis zur Höhe von DEM 100 000 000.– aufnehmen, dies obwohl in ihren Statuten eine bedingte Kapitalerhöhung nicht vorgesehen ist. Die Mindest-Anlagesumme beträgt DEM 5000.– zuzüglich eines Agios als «Emissionspauschale» in Höhe von 6%. Zeichnet ein Anleger Anleihen in einem Betrag von mehr als DEM 25 000.–, reduziert sich diese «Emissionspauschale». Eine Umwandlung der Obligationen in börsennotierte Aktien ist in den Prospekten angekündigt, wobei jeder jüngere

Prospekt das relevante Datum hinausschiebt. Die Wandelobligationen werden zu 10% verzinst. Die Anlage kann jeweils zum Ende des Jahres mit einer Frist von sechs Monaten durch den Anleger gekündigt werden. Bei der Umwandlung der Obligationen in Aktien soll der Anleger einen Bonus erhalten, der umso höher ausfällt, je länger sich die Börseneinführung hinauszögert. Für den Fall, dass eine Börseneinführung nach 6 Jahren noch nicht erfolgt sein sollte, sehen die Prospekte vor, dass sich die Verzinsung der Wandelobligation danach auf jährlich 20% (Prospekte vom November 1995 und Mai 1996) bzw. 15% (Prospekt vom Januar 1997) erhöht. Aufgrund dieser Anleihen erhielt die M AG einen Betrag in der Höhe von ca. DEM 53 Mio. von mindestens 2248 Anlegern. Dabei handelt es sich um überwiegend deutsche Anleger.

Aus den Erwägungen:

1.– a) Gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 3a BankV dürfen natürliche und juristische Personen, die dem Bankengesetz nicht unterstellt sind, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 BankV). Nicht als Einlagen gelten jedoch Anleiheobligationen (Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV). In diesem Fall sollen die Interessen der Gläubiger durch die in Art. 1156 OR und Art. 652a OR verankerten Publizitätspflichten geschützt werden. Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV sieht jedoch vor, dass diese Ausnahme nur gilt, soweit die Gläubiger solcher Anleihen auch tatsächlich entsprechend den Bestimmungen des OR informiert werden. Entspricht die Information nicht diesen Mindestanforderungen, liegen demzufolge Publikumseinlagen vor. Gemäss Art. 1156 Abs. 2 OR muss der Prospekt nähere Angaben enthalten über das Anleihen, insbesondere die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen, die für die Obligationen bestellten besonderen Sicherheiten und gegebenenfalls die Vertretung der Anleihegläubiger. In analoger Anwendung von Art. 652a Abs. 1 OR hat der Prospekt zudem Aufschluss zu geben über den Inhalt der bestehenden Eintragung im Handelsregister, mit Ausnahme der Angaben über die zur Vertretung befugten Personen, über die letzte Jahresrechnung und Konzernrechnung mit dem Revisionsbericht und, wenn der Bilanzstichtag

mehr als sechs Monate zurückliegt, über die Zwischenabschlüsse. Diese Bestimmungen bezwecken den Schutz der Anleger mittels einer genügenden Information bezüglich des Schuldners und der Bedingungen der Anleihe.

Es ist zu prüfen, ob die von der M AG im November 1995, Mai 1996 und Januar 1997 aufgelegten Prospekte den gesetzlichen Anforderungen der Art. 1156 Abs. 2 OR und Art. 652a OR genügen:

b) Gemäss Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR muss der Prospekt Aufschluss geben über die letzte Jahresrechnung und Konzernrechnung mit dem Revisionsbericht und, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt, über die Zwischenabschlüsse. In den erwähnten Prospekten findet sich ein Hinweis, gemäss welchem die M AG oder die Vermittler jedem ernsthaft Interessierten die Jahresabschlüsse und Geschäftsberichte zur Verfügung stellen. Diese Hinweise genügen den gesetzlichen Anforderungen nicht. Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR will sicherstellen, dass die Investoren diejenigen Fakten über den Emittenten erhalten, die für einen fundierten Anlageentscheid notwendig sind (vgl. Rolf Watter, H. Honsell [Hrsg.], in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994, Art. 1156 Rz 6). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Die Interessierten erhalten die Fakten nicht direkt aus dem Prospekt, sondern müssen sich um diese Angaben bemühen. Die gesetzliche Mindestanforderung von Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR wird somit nicht eingehalten. Zudem hat eine Gesellschaft, welche Anleiheobligationen ausgibt oder ausstehend hat, einen Revisionsbericht von besonders befähigten Revisoren vorzulegen (Art. 727b Abs. 1 Ziff. 1 OR). Auch dieses Erfordernis wurde nicht eingehalten.

c) Gemäss 1156 Abs. 2 OR muss der Prospekt die näheren Angaben über die Vertretung der Anleihegläubiger enthalten. Gemäss Art. 1157 Abs. 1 OR bilden die Gläubiger von Gesetzes wegen eine Gläubigergemeinschaft, wenn Anleiheobligationen von einem Schuldner, der in der Schweiz seinen Wohnsitz oder eine geschäftliche Niederlassung hat, mit einheitlichen Anleihebedingungen unmittelbar oder mittelbar durch öffentliche Zeichnung ausgegeben werden (Rolf Watter, a. a. O., Art. 1157 Rz 1). Die Prospekte enthalten jedoch keine Angaben über die Vertretung der Anleihegläubiger, obwohl hier die Gläubiger von Gesetzes wegen eine Gläubiger-

gemeinschaft bilden. Dieser gesetzlichen Mindestanforderung entsprechen somit die Prospekte der M AG nicht.

d) Eine Anleiheobligation kann als ein in Teilbeträgen aufgeteiltes Grossdarlehen mit einheitlichen Bedingungen betreffend Zinssatz, Ausgabepreis, Laufzeit, Zeichnungsfrist und Liberierungsdatum definiert werden. Auch die Wandelanleihe fällt unter den Begriff der Anleiheobligation (vgl. Rolf Watter, a. a. O., Art. 1156 Rz 2). In den Prospekten der M AG finden sich jedoch unpräzise und zudem stets geänderte Angaben über die Laufzeit der Wandelobligation. Im Prospekt vom November 1995 wird von der Wandlung der Obligationen in Aktien zwischen 1999 und 2004 gesprochen, im Prospekt vom Mai 1996 von einer Wandlung zwischen 1999 und 2002 und im Prospekt vom Januar 1997 von einer Wandlung bis zum Jahre 2001, bei ungünstiger Wirtschafts- oder/und Börsensituation auch später. Es handelt sich demzufolge um eine nicht gesetzeskonforme Anleihe. Im Übrigen wurden die gesetzlichen Vorschriften über die bedingte Kapitalerhöhung (Art. 653 ff. OR) ausser Acht gelassen. Deshalb ist ungewiss, ob die Wandlung der Obligationen in Aktien überhaupt möglich gewesen wäre.

e) Obwohl das neue Aktienrecht nicht mehr ausdrücklich verlangt, dass Angaben zu bereits ausgegebenen Obligationenanleihen (vgl. Art. 651 Abs. 2 Ziff. 8 altOR) gemacht werden müssen, ist die Lehre der Meinung, dass es sich um ein Versehen des Gesetzgebers handelt, sind doch Angaben über ausstehende Obligationenanleihen in der Praxis sehr wichtig (Rolf Watter, a. a. O., Art. 1156 Rz 16). Folgt man dieser Meinung, so erfüllen die Prospekte der M AG auch diese Mindestanforderung nicht, da weder der Prospekt vom Mai 1996 noch derjenige vom Januar 1997 auf die vorherigen Prospekte verweisen.

f) Aufgrund dieser Prüfung muss festgestellt werden, dass die Prospekte der M AG den minimalen gesetzlichen Voraussetzungen des Obligationenrechts, auf welche Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV verweist, nicht genügen. Die Ausgabe dieser Anleiheobligation stellt somit eine Entgegennahme von Publikumseinlagen dar. Da die M AG weder eine bewilligte Bank noch eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts ist, erfolgt diese Entgegennahme von Publikumseinlagen unbefugterweise (Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 3a Abs. 1 BankV).

Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 17. Juni 1999 i.S. P AG c. EBK

**Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV, Obligationenanleihe; Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG, Liquidation**

1. *Bedingungen, welche eine Obligationenanleihe erfüllen muss, um nicht als unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen qualifiziert zu werden [Erw. 3.b)aa].*
2. *Amtliche Liquidation im Interesse der Gläubiger, nachdem die Gesellschaft weder die Ansprüche der Gläubiger sicherstellen noch die ausstehenden Anleihen zurückbezahlen konnte [Erw. 3.b)bb].*

**Art. 3a al. 3 let. b OB, emprunt obligataire; art. 23<sup>quinquies</sup> LB, liquidation**

1. *Conditions qu'un emprunt obligataire doit remplir pour ne pas être qualifié d'acceptation illicite de dépôts du public [consid. 3.b)aa].*
2. *Liquidation dans l'intérêt des créanciers lorsque la société n'a pas été en mesure de garantir les prétentions des créanciers ou de rembourser les emprunts en cours [consid. 3.b)bb].*

**Art. 3a cpv. 3 lett. b OBCR, prestito in obbligazioni; art. 23<sup>quinquies</sup> LB, liquidazione**

1. *Condizioni che un prestito in obbligazioni deve rispettare per non essere qualificato di accettazione illecita di depositi del pubblico [consid. 3b)aa].*
2. *Liquidazione nell'interesse dei creditori quando la società non è stata in grado di garantire le pretese dei creditori o di rimborsare i prestiti in corso [consid. 3b)bb].*

Sachverhalt (Auszug):

Die O AG ist eine am 5. August 1993 in Zug errichtete, 100-prozentige Tochtergesellschaft der P AG in Zug.



Spätestens seit Dezember 1994 gab die O AG eine Wandelanleihe, die sog. «Schweizer Industrieanleihe», aus. In deren Rahmen soll sie von rund 5747 vorab deutschen Anlegern einen Betrag von ca. DEM 85 Mio. erhalten haben. Am 27. Mai 1998 teilte die EBK der O AG mit, der von ihr ab Dezember 1994 verbreitete Emissionsprospekt sei in mehreren Punkten nicht gesetzeskonform gewesen, weshalb die O AG unbefugterweise gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen habe und ihre Liquidation in Betracht gezogen werden müsse. Verschiedene Versuche, eine andere Lösung zu finden, scheiterten in der Folge. Insbesondere zerschlug sich eine Einbringung gewisser Beteiligungen der O AG als Sacheinlage in die A AG und einer damit verbundenen Wandlung der Anleihen an der fehlenden Bankgarantie.

Am 25. Februar 1999 ordnete die EBK die Auflösung und sofortige Liquidation der O AG an. Diese Verfügung wurde von der P AG vor Bundesgericht angefochten.

Aus den Erwägungen:

3.– In der Sache selber ist die angefochtene Verfügung weder unverhältnismässig, noch verletzt sie Bundesrecht in anderer Weise:

a) Der EBK ist die Aufsicht über das Bankwesen, die Anlagefonds, das Börsenwesen, die Offenlegung bedeutender Beteiligungen und die öffentlichen Kaufangebote zur selbstständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BankG). Zu ihrem Aufsichtsbereich gehört auch die Abklärung der Unterstellungs- und Bewilligungspflicht einer Unternehmung (Art. 1 und Art. 3 BankG). Sie trifft in diesem Rahmen die zum Vollzug des Gesetzes erforderlichen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG). 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 (Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG). Da die Bankenkommission allgemein über die Einhaltung der «gesetzlichen Vorschriften» zu wachen hat, ist die ihr übertragene «Aufsicht über das Bankwesen» nicht auf Banken und diesen gleichgestellte Unternehmungen beschränkt. Soweit ihre Aufsichtspflicht reicht, ist

sie befugt, generell die im Gesetz vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung ihrer Aufsicht auch gegenüber nicht unterstellten Instituten (oder Personen) einzusetzen (BGE 121 II 147 E. 3a S. 149; 116 Ib 193 E. 3 S. 198). Dabei hat sie im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnis-mässigkeitsgebot, Treu und Glauben) in erster Linie dem Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger, Rechnung zu tragen (BGE 116 Ib 193 E. 2d S. 197). Einer Bank, welche die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, entzieht sie die Geschäftsbewilligung, was bei juristischen Personen deren Auflösung bewirkt (Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG). Das Gleiche gilt nach der Rechtsprechung für Unternehmen, die unerlaubt eine zum Vornherein nicht bewilligungsfähige Bankentätigkeit ausüben (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 1994 i.S. Kings Club c. EBK, E. 4).

b) aa) Die Beschwerdeführerin hat in grossem Masse Wandelanleihen aufgenommen, was nach der auf den 1. Februar 1995 in Kraft getretenen Änderung der Bankengesetzgebung nur so lange nicht als den Banken vorbehalten, bewilligungspflichtige gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen gilt, als «die Gläubiger in einem Art. 1156 OR entsprechenden Umfang informiert werden» (vgl. Art. 1 Abs. 2 BankG [Fassung vom 18. März 1994] in Verbindung mit Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV [SR 952.02; Fassung vom 12. Dezember 1994]). Dies ist vorliegend nicht geschehen: Entgegen Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR (in Verbindung mit Art. 1156 Abs. 2 OR) fehlte im Prospekt der O AG die letzte Jahres- und Konzernrechnung mit dem entsprechenden Revisionsbericht; er enthielt lediglich den Hinweis, dass jedem ernsthaft Interessierten die Jahresabschlüsse und Geschäftsberichte zur Verfügung gestellt würden. Dies genügte der gesetzlichen Informationspflicht jedoch nicht, weil dadurch bzw. durch das Fehlen des Revisionsberichts – dessen Urheber bei einer Gesellschaft, die Publikumsobligationen ausstehend hat, besondere fachliche Voraussetzungen erfüllen müssen (vgl. Art. 727b Abs. 1 Ziff. 1 OR) – ein fundierter Anlageentscheid nicht möglich war (vgl. Watter/Honsell/Vogt [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel 1994, Art. 1156, Rz. 6). Entgegen Art. 1156 Abs. 2 OR enthielt der Prospekt auch keine Angaben über die Vertretung der Anleihensgläubiger, obwohl diese von

Gesetzes wegen eine Gläubigergemeinschaft bildeten (vgl. Art. 1157 Abs. 1 OR). Schliesslich informierte der Prospekt auch nur vage über die Laufzeit der Anleihe; eine Wandlung in Partizipationsscheine war ohne Endzeitpunkt ab 1. Januar 1997 vorgesehen, ein entsprechendes bedingtes Kapital wurde aber erst mit der Statutenänderung vom 17. Juni 1998 geschaffen, wobei das Optionsrecht höchstens bis zum 31. Juli 1998 hätte ausgeübt werden können. Nachdem natürliche und juristische Personen, die bei Inkrafttreten der Änderungen des Bankengesetzes vom 18. März 1994 auf den 1. Februar 1995 unter das Verbot von Artikel 1 Absatz 2 fallende Publikumseinlagen hielten, diese innert zwei Jahren ab Inkrafttreten der Änderung zurückzahlen hatten (Abs. 1 der Schlussbestimmungen zur Gesetzesrevision vom 18. März 1994), die O AG dies nicht tat und ihre Anleiensobligationen nach dem Gesagten eine unbefugte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen bildeten, war die Bankenkommision gehalten, diese zu unterbinden und den gesetzeswidrigen Zustand unter grösstmöglichem Schutz der Gläubigerinteressen zu beseitigen.

bb) In diesem Rahmen hat sie die von der O AG als Alternative zur Liquidation vorgeschlagene Einbringung verschiedener Beteiligungen als Sacheinlage in die A AG und eine damit verbundene Wandlung der O-Obligationen in Wertrechte der A AG geprüft und diese davon abhängig gemacht, dass die Werthaltigkeit der Sacheinlage durch eine anerkannte Bewertungsgesellschaft belegt und eine Bankgarantie in der Höhe des Gesamtbetrags der Verbindlichkeiten (Kapital, Zinsen und Zinseszinsen) für jene rund 1320 Obligationäre beigebracht wird, die der Umwandlung nicht zustimmten und eine Barauszahlung wünschten (Umfang rund 30 Mio. DM). Diese Auflagen waren sachgerecht und dienten dem Schutz der Interessen aller Anleiensgläubiger. Trotz mehrfacher Fristverlängerungen vermochte die O AG die entsprechenden Sicherheiten indessen nicht zu stellen, obwohl dies angesichts des von ihr behaupteten angeblichen Werts der O-Beteiligungen von mindestens 400 Mio. DM ohne weiteres hätte möglich sein müssen. Wenn die EBK unter diesen Umständen die Sache selber in die Hand nahm und über eine Liquidation der O die Rückzahlung der Anleihen anordnete, war dies nicht unverhältnismässig. Sie hatte der O AG hinreichend Gelegenheit gegeben, die Werthaltigkeit ihrer Beteiligungen nachzuweisen, die

Ansprüche der Gläubiger sicherzustellen oder die ausstehenden Anleihen selbständig zurückzuzahlen. Nachdem die O AG dies innert angemessener Frist nicht tun konnte, bestand ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, den rechtswidrigen Zustand durch eine geeignete Massnahme zu beseitigen, unter Leitung eines amtlich eingesetzten Liquidators Klarheit über die (anscheinend prekäre) finanzielle Lage der O AG zu schaffen und die zu schützenden Ansprüche im Rahmen eines Liquidationsverfahrens unter quotenmässiger Gleichbehandlung aller Gläubiger, soweit wie möglich, zu befriedigen. Im Gegensatz zu dem in Deutschland offenbar noch hängigen Registerverfahren, welches unmittelbar nur die umwandlungswilligen Anleger zu schützen geeignet wäre, sicherte dieses Vorgehen die Gleichbehandlung aller Gläubiger, insbesondere auch derjenigen, die eine Kündigung ihrer Anlage vorzogen. Mit Blick auf die Situation der O AG und das Verhalten ihrer Organe waren deren Interessen, wie die Bankenkommission zu Recht ausführt, akut gefährdet, weshalb mit der umstrittenen Massnahme nicht weiter zugewartet werden konnte. Für den Fall, dass die Anleihegläubiger im Rahmen der Liquidation befriedigt oder sichergestellt werden sollten, was aufgrund des Zwischenberichts der Liquidatorin zurzeit wenig wahrscheinlich erscheint, hat die Bankenkommission ihr Sekretariat ausdrücklich ermächtigt, ihre Anordnung aufzuheben, womit sie dem Interesse der O AG und der Beschwerdeführerin hinreichend Rechnung trug.

*Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral du 25 janvier 1999 dans la cause J. contre CFB*

**Art. 38 al. 2 LBVM, entraide administrative internationale**

*Les dispositions de procédure en matière d'entraide administrative s'appliquent dès leur entrée en vigueur sans égard au moment où se sont produits les faits à la base de la demande d'entraide.*

**Art. 38 Abs. 2 BEHG, internationale Amtshilfe**

*Die Verfahrensregeln im Bereich der internationalen Amtshilfe sind ab ihrem Inkrafttreten anwendbar, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, zu dem sich der Sachverhalt zugetragen hat, der die Grundlage für das Amtshilfegesuch bildet.*

**Art. 38 cpv. 2 LBVM, assistenza amministrativa internazionale**

*Le disposizioni di procedura in materia di assistenza amministrativa si applicano dalla loro entrata in vigore senza riguardo al momento dello svolgimento dei fatti che sono all'origine della richiesta di assistenza.*

Résumé des faits:

Par décision du 28 mai 1998, la CFB a accordé l'entraide administrative au Department of Trade and Industry dans l'affaire Nylex et déclaré qu'il y avait lieu de lui transmettre les informations et documents demandés. Le client concerné a interjeté un recours de droit administratif contre cette décision.

Extrait des considérants:

3.– a) Le recourant reproche en premier lieu à la CFB d'avoir violé le principe de la non-rétroactivité des lois, en appliquant les dispositions de la loi sur les bourses à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. Ce grief n'est pas fondé, dès lors qu'il s'agit de disposi-

tions de procédure en matière d'entraide administrative, qui s'appliquent dès leur entrée en vigueur (cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. I, 2ème éd., Berne 1994, p. 171; Rhinow/Krähenmann, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Basel/Frankfurt 1990, n. 16 III et ss; André Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 155; ATF 113 la 412 consid. 6 p. 425; 79 I 84 consid. 1 p. 87), sans égard au moment où se sont produits les faits à la base de la demande d'entraide. Le Tribunal fédéral en a déjà décidé ainsi dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale (ATF 112 Ib 576 consid. 2 p. 583/584 et les arrêts cités). Seul l'état des règles de procédure au moment de l'octroi de la demande d'entraide est déterminant (arrêts non publiés du 29 octobre 1998 en la cause S. c. CFB consid. 5b et du 25 janvier 1999 en la cause B. et consorts c. CFB consid. 3).

b) L'opinion contraire du recourant n'emporte pas conviction. Reposant en partie sur un avis de droit du Professeur Blaise Knapp du 27 juin 1998, l'intéressé soutient que selon l'art. 35 al. 1 LBVM, l'autorité suisse de surveillance «prend les décisions nécessaires à l'application de la loi...», de sorte que le principe de la légalité s'oppose à ce que des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi sur les bourses puissent lui être soumis. Par ailleurs, la CFB peut, en vertu de l'art. 38 al. 1 LBVM, «demander aux autorités étrangères... de lui transmettre les documents nécessaires à l'application de la présente loi»; il serait donc contradictoire qu'elle puisse donner des informations à l'autorité de surveillance étrangère concernant des faits survenus avant le 1er février 1997, alors qu'elle-même ne pourrait pas obtenir une telle assistance. Cela consacrerait une violation du principe de la réciprocité.

A cet égard, il faut constater que la loi elle-même ne contient aucune exigence expresse quant à la réciprocité de l'entraide, même si, en pratique, la CFB pourrait à la longue ne plus accorder l'entraide à une autorité étrangère de surveillance qui n'aurait pas répondu à ses demandes (Annette Althaus, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, diss. Berne 1997, p. 97; Urs Zulauf, *Rechtshilfe – Amtshilfe*, in RSDA 2/1995, p. 56 n. 30; Riccardo Sansonetti, *L'entraide administrative dans la surveillance des marchés financiers*, in *Etudes suisses de droit bancaire*, vol. 50, p. 991). Ainsi, le principe de réciprocité n'est touché que si l'Etat étranger refuse l'entraide administrative en dépit

d'une demande expresse de la part de la Suisse et non pas si celle-ci renonce à présenter une telle requête pour des raisons propres à son droit interne. Ce principe ne peut donc pas servir d'argument pour refuser d'accorder l'entraide portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

Il va également de soi que la CFB ne doit pas rester inactive, si elle soupçonne que des délits d'initiés ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la loi sur les bourses. Depuis le 1er juillet 1988, le délit d'initié tombe en effet sous le coup de l'art. 161 CP. De plus, l'art. 35 al. 6 LBVM, comme l'art. 23<sup>ter</sup> al. 4 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0), imposent à la Commission fédérale de banques de dénoncer de tels délits lorsqu'elle en a connaissance (ATF 123 IV 157 consid. 5 p. 164). En tant que disposition de procédure, l'art. 35 al. 6 LBVM ne tombe donc pas sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité. Quant à l'obligation d'annoncer contenue à l'art. 23<sup>ter</sup> LB, elle existe depuis longtemps déjà.

*Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 25. Januar 1999 i.S. Bank E, X und Y c. EBK*

### **Art. 38 Abs. 2 BEHG, internationale Amtshilfe**

*Art. 38 Abs. 2 BEHG schliesst nicht aus, dass die EBK Amtshilfe an eine Behörde leistet, die neben Funktionen der Finanzmarktaufsicht auch noch andere Aufgaben erfüllt. Entscheidend ist, dass die ausländische Behörde überhaupt Funktionen wahrnimmt, für die nach schweizerischem Recht Amtshilfe geleistet werden kann.*

### **Art. 38 al. 2 LBVM, entraide administrative internationale**

*L'art. 38 al. 2 LBVM n'exclut pas que la CFB accorde l'entraide administrative à une autorité qui, en sus de ses fonctions de surveillance des marchés, remplit encore d'autres tâches. Ce qui est déterminant est de savoir que l'autorité étrangère remplit des fonctions pour lesquelles le droit suisse permet l'entraide administrative.*

### **Art. 38 cpv. 2 LBVM, assistenza amministrativa internazionale**

*L'art. 38 cpv. 2 LBVM non esclude che la CFB possa concedere l'assistenza amministrativa ad un'autorità che accanto alle sue funzioni di vigilanza dei mercati adempie altri compiti. È determinante il fatto che l'autorità straniera assolva funzioni per le quali il diritto svizzero autorizza l'assistenza amministrativa.*

Sachverhalt (Auszug):

Die EBK verfügte am 28. Mai 1998, dass dem Department of Trade and Industry Amtshilfe in Sachen Amey geleistet werde und ihm Name und Adresse der betroffenen Kunden übermittelt würden. Die betroffene Bank sowie deren Kunden haben diesen Entscheid mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht angefochten.



Aus den Erwägungen:

4.– a) Die Beschwerdeführer stellen zu Recht nicht in Frage, dass es sich beim Department of Trade and Industry um eine Finanzmarktaufsichtsbehörde handelt. Dem Department kommen unter dem Financial Services Act 1986 namentlich Untersuchungsbefugnisse im Bereich des verbotenen Insiderhandels und von Marktmanipulationen zu (Riccardo Sansonetti, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers*, Zürich 1998, S. 341 f.; Annette Althaus, *Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle*, Diss. Bern 1997, S. 44 f.); dabei handelt es sich um typische Funktionen der Finanzmarktaufsicht, für die Amtshilfe geleistet werden kann (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil vom 29. Oktober 1998 i.S. Y. Stiftung, E. 4, 5 u. 6b<sup>1</sup>). Die Beschwerdeführer wenden indessen ein, dem Department of Trade and Industry kämen auch Funktionen zu, die über die Finanzmarktaufsicht hinausgingen, weshalb ihm dennoch keine Amtshilfe geleistet werden dürfe.

b) aa) Nach Art. 38 Abs. 2 BEHG kann Amtshilfe an ausländische Aufsichtsbehörden über Börsen und Effekthändler gewährt werden, soweit sie die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwenden (lit. a). Diese Regelung schliesst nicht aus, dass die Bankenkommission Amtshilfe an eine Behörde leistet, die neben Funktionen der Finanzmarktaufsicht auch noch andere Aufgaben erfüllt. Entscheidend ist, dass die ausländische Behörde überhaupt Funktionen wahrnimmt, für die nach schweizerischem Recht Amtshilfe geleistet werden kann. Dass die erhaltenen Informationen ausschliesslich «zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels» zu verwenden sind, braucht nicht dadurch sichergestellt zu sein, dass der Aufsichtsbehörde keinerlei andere Aufgaben übertragen wären. 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.

bb) Das Department of Trade and Industry ist keine reine Finanzmarktaufsichtsbehörde; es erfüllt zusätzlich weit reichende Aufgaben unter dem Companies Act 1985 und 1989. In seinem Schreiben an den Präsidenten der EBK vom 18. März 1998 hat es aber nicht nur erklärt, dass ihm die Voraussetzungen bekannt sind, unter denen die Schweiz Amtshilfe zu leisten bereit ist, sondern auch ausdrücklich bestätigt, die erhaltenen Informationen nur zu Aufsichtszwecken zu verwenden und im Übrigen gestützt auf seine Befugnisse unter dem Companies Act lediglich im Zusammenhang mit kotierten Gesellschaften Amtshilfe zu verlangen. Die von ihm konkret geführte Untersuchung betrifft mögliche Insidervergehen und somit Vorgänge, für deren Untersuchung Amtshilfe geleistet werden kann. Der Klarheit halber rechtfertigt es sich jedoch, bei der Übermittlung der Informationen noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass diese ausschliesslich zu Aufsichtszwecken verwendet werden dürfen und deren Weiterleitung an Zweitbehörden sowie deren Verwendung zu Strafzwecken der vorgängigen Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde bedürften, die hierüber wiederum in Form einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden hätte (vgl. zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil vom 29. Oktober 1998 i.S. Y. Stiftung, E. 9 u. 10<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> BGE 125 II 65 ff.

*Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral du 10 mars 1999 dans la cause fondation A et B contre CFB*

**Art. 38 al. 2 LBVM, entraide administrative internationale**

- 1. Le fondateur et bénéficiaire d'une fondation n'a pas qualité pour recourir contre une décision qui concerne la fondation (c. 1).*
- 2. Le seul fait que la demande de renseignements ne porte pas en l'espèce sur un gain très élevé ne constitue pas une violation du principe de la proportionnalité (c. 2. b).*

**Art. 38 Abs. 2 BEHG, internationale Amtshilfe**

- 1. Der Gründer und Begünstigte einer Stiftung ist nicht beschwerdeberechtigt gegen eine Verfügung, welche die Stiftung betrifft (E. 1).*
- 2. Die Tatsache, dass das Auskunftsbegehren nicht einen sehr grossen Gewinn betrifft, begründet für sich alleine noch keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (E. 2.b).*

**Art. 38 cpv. 2 LBVM, assistenza amministrativa internazionale**

- 1. Il fondatore e beneficiario di una fondazione non ha la qualità per fare ricorso contro una decisione che concerne la fondazione.*
- 2. Il fatto che la richiesta di assistenza non verta su di un guadagno molto importante non costituisce in sé una violazione del principio della specialità.*

Résumé des faits:

Par décision du 28 octobre 1998, la CFB a accordé l'entraide administrative au Department of Trade and Industry dans l'affaire Scruttons et déclaré qu'il y avait lieu de lui transmettre les informations et documents demandés. Le client concerné a interjeté un recours de droit administratif contre cette décision.

Extrait des considérants:

1.– En application de l'art. 39 LBVM, la décision prise par la CFB peut faire l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral (art. 97 al. 1 OJ, en relation avec les art. 98 lettre f OJ et 5 al. 1 PA).

En sa qualité de cliente de la banque concernée par la demande d'entraide, la fondation A a qualité pour recourir (art. 103 lettre a OJ; ATF 125 II 65 consid. 1 p. 69). Il n'en va en revanche pas de même pour B qui a aussi attaqué la décision de la CFB. Selon la jurisprudence, l'actionnaire unique n'a en effet pas qualité pour attaquer une décision qui concerne la société du seul fait de sa position dominante et de l'intérêt économique qui le lie à cette société (ATF 116 Ib 331 consid. 1c p. 335). Or, la situation pour le fondateur et bénéficiaire d'une fondation du droit liechtensteinois n'est pas différente, même si son identité est rendue publique (ATF 125 II 65 consid. 1 i. f.; 122 II 130 consid. 2 p. 132). Elle n'est pas non plus modifiée par le fait que B prétend en l'espèce avoir donné l'ordre des transactions litigieuses (arrêt non publié du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts c. Crédit Suisse First Boston et CFB, consid. 2). Il s'ensuit que le présent recours n'est pas recevable en tant qu'il est formé par B.

2.– a) Selon l'art. 38 al. 2 LBVM, la CFB peut, à certaines conditions, transmettre aux autorités étrangères de surveillance des informations et des documents liés à l'affaire, non accessibles au public. Il doit s'agir des «autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières» qui utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (art. 38 al. 2 lettre a LBVM; principe de la spécialité) et qui sont liées «par le secret de fonction ou le secret professionnel» (art. 38 al. 2 lettre b LBVM). Les informations données ne peuvent être transmises «à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international» (art. 38 al. 1 lettre c 1ère phrase LBVM). La transmission à des autorités pénales est prohibée, lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. L'autorité de sur-

veillance décide en accord avec l'Office fédéral de la police (art. 38 al. 2 lettre c 2ème et 3ème phrase LBVM).

b) Le Tribunal fédéral a déjà constaté que le Department of Trade and Industry était une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 lettre a LBVM, à laquelle l'entraide peut être accordée (arrêts non publiés du 25 janvier 1999 en la cause Bank E et consorts et en la cause J. c. CFB<sup>1</sup>). La recourante ne le conteste pas, mais soutient qu'il était disproportionné d'ouvrir une procédure d'entraide pour un gain en bourse de 3800 £ seulement.

Ce grief n'est pas fondé, du moment que l'enquête ouverte par le Department of Trade and Industry porte sur l'ensemble des transactions qui ont eu lieu avant l'annonce de la reprise de S plc par C plc et que la demande d'entraide ne concerne qu'une partie de cette enquête. Il est donc possible que les autorités britanniques aient ainsi connaissance d'éléments qui pourraient être importants 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. Sur la base des indications données dans la demande d'entraide, il existe en effet un soupçon initial qui justifie la poursuite d'une enquête judiciaire et la délivrance de l'entraide par l'autorité suisse de surveillance des marchés financiers (ATF 125 II 65 consid. 6b/bb p. 74).

c) La recourante soutient également qu'il est disproportionné de communiquer au Department of Trade and Industry que B n'avait pas seulement donné l'ordre des transactions litigieuses, mais qu'il était aussi le constituant et l'ayant droit économique de la fondation. Ce grief n'est pas davantage fondé, car il appartient en premier lieu à l'autorité étrangère de surveillance d'indiquer quels éléments elle estime essentiels pour son enquête. A cela s'ajoute que le Tribunal fédéral a déjà constaté que la CFB était habilitée à fournir spontanément des informations sur l'ayant droit économique, même en l'absence d'une demande expresse (ATF 125 II 65 consid. 7 p. 74/75).

---

<sup>1</sup> Arrêts publiés ci-devant p. 33 et 30.

Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral du 30 août 1999 dans la cause banque B. contre CFB<sup>1</sup>

**Art. 35 al. 2 LBVM et art. 23<sup>bis</sup> LB, obligation de renseigner la CFB;  
art. 38 al. 2 LBVM, entraide administrative internationale**

1. Une banque est tenue de renseigner la CFB sur les relations de l'une de ses filiales à l'étranger avec ses clients à moins que la relation en question soit gérée exclusivement par la filiale et que ni la banque en Suisse ni certains de ses organes n'en aient connaissance (consid. 2).

2. Les restrictions légales à la transmission d'informations obligent la CFB à ne pas perdre le contrôle de l'utilisation des informations obtenues après leur transmission à l'autorité étrangère de surveillance (consid. 3).

3. La retransmission des informations aux autorités pénales implique que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire en matière pénale soient remplies, y compris l'exigence de la double incrimination (consid. 4).

**Art. 35 Abs. 2 BEHG und Art. 23<sup>bis</sup> BankG, Informationspflicht gegenüber der EBK; Art. 38 Abs. 2 LBVM, internationale Amtshilfe**

1. Eine Bank muss der EBK über eine Geschäftsbeziehung, die eine ihrer ausländischen Filialen mit Kunden unterhält, Auskunft geben, es sei denn, diese Kundenbeziehung wird ausschliesslich durch die Filiale betreut und weder die Bank in der Schweiz noch ihre Organe haben Kenntnis davon (Erw. 2).

2. Die gesetzlichen Beschränkungen der Informationsübermittlung zwingen die EBK die Kontrolle über den Gebrauch der erhaltenen Informationen auch nach ihrer Übermittlung an die ausländische Aufsichtsbehörde nicht zu verlieren (Erw. 3).

---

<sup>1</sup> Cet arrêt a été publié dans le recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF 125 II 450).

3. Die Weiterleitung der Informationen an die Strafverfolgungsbehörden bedingt, dass alle materiellen Bedingungen der Rechts-hilfe in Strafsachen erfüllt sind, namentlich die doppelte Strafbarkeit (Erw. 4).

**Art. 35 cpv. 2 LBVM et art. 23<sup>bis</sup> LB, obligation de informer la CFB; art. 38 cpv. 2 LBVM, assistance administrative internationale**

1. Una banca ha l'obbligo di informare la CFB sulle relazioni di una delle sue filiali all'estero con i suoi clienti a meno che la relazione di cui si tratta sia gestita esclusivamente dalla filiale e che né la banca in Svizzera né alcuni suoi organi ne abbiano conoscenza (consid. 2).

2. Le restrizioni legali alla trasmissione di informazioni costringono la CFB a non perdere il controllo dell'utilizzazione delle informazioni ottenute dopo la loro trasmissione all'autorità straniera di vigilanza (consid. 3).

3. La ritrasmissione di informazioni alle autorità penali implica che tutte le condizioni materiali dell'assistenza in materia penale siano realizzate, inclusa l'esigenza della doppia incriminazione (consid. 4).

Résumé des faits:

Par décision du 14 décembre 1998, la CFB a ordonné à la banque B. de lui fournir certaines informations relatives à un client de sa filiale sise aux îles Cayman, accordé l'entraide administrative au Bundesamt für den Wertpapierhandel dans l'affaire IG Farben, déclaré qu'il y avait lieu de lui transmettre les informations et documents demandés et autorisé la retransmission de ces informations aux autorités pénales compétentes. La banque B. a interjeté un recours de droit administratif contre cette décision.

Extrait des considérants:

2.– a) En vertu de l'art. 35 al. 2 LBVM, les personnes et les sociétés soumises à surveillance ont l'obligation de fournir à la CFB tous les renseignements et les documents qu'elle exige afin d'accomplir sa tâche. La même obligation figure à l'art. 23<sup>bis</sup> al. 2 de la loi fédérale

sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0). Dans la mesure où la Commission est chargée de l'assistance administrative (art. 38 LBVM), il lui appartient de recueillir toutes les informations utiles à l'exécution de sa tâche. En cas de refus, elle peut donc contraindre les intéressées à fournir les renseignements demandés par une décision formelle («Auskunftsverfahren»; voir Annette Althaus, op. cit. p. 173 et 204; Urs Zulauf, Rechtshilfe – Amtshilfe, RSDA 2/1995, p. 59 n. 44; Riccardo Sansonetti, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Zurich 1998, p. 587/588). Lorsque des clients sont concernés, la procédure de recherche d'informations et celle de leur transmission à l'autorité étrangère sont étroitement liées. 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 (ATF 125 II 79 consid. 3a p. 81 et les références citées). 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 (arrêt 2A.213/1998 du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts, consid. 3).

b) La recourante s'étant opposée à donner les informations requises, la CFB l'a contrainte formellement à s'exécuter. Sur ce point, la recourante prétend que son droit d'être entendue aurait été violé, car elle n'a pas eu la possibilité de présenter ses arguments dans un délai raisonnable avant la décision attaquée.

Il est vrai que le 23 novembre 1998, après avoir eu connaissance de la réponse incomplète de la recourante, la CFB a exigé que la banque lui fournisse les renseignements demandés dans un délai de 48 heures et qu'elle n'a ensuite pas non plus accepté de lui accorder le délai de 60 jours que l'intéressée a sollicité par lettre du 25 novembre 1998. Toutefois, entre le moment où la demande d'entraide administrative a été envoyée à la recourante, le 2 novembre 1998, et la date où la décision attaquée a été rendue, le 14 décembre 1998, la recourante a disposé de suffisamment de



temps pour faire valoir ses arguments. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait dans sa lettre du 25 novembre 1998, en déclarant qu'elle entendait préalablement contester la compétence de la Commission sous l'angle de la loi sur les bourses et de l'entraide judiciaire. Son droit d'être entendue n'a donc pas été violé. Au sujet des clients de la banque, la CFB avait déjà invité la recourante, dans sa lettre du 2 novembre 1998, à informer les clients concernés de la demande d'entraide administrative et à leur dire qu'ils pouvaient prendre position s'ils le désiraient. Ceux-ci n'ont cependant pas fait usage de cette possibilité et ont laissé à la recourante le soin de déclarer qu'ils n'étaient pas d'accord que leur identité soit communiquée. On ne saurait ainsi considérer qu'ils n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la demande d'entraide les concernant. Certes, la Commission aurait pu rendre d'abord une décision incidente pour contraindre la recourante à fournir les informations, ce qui aurait permis de fixer aux clients également un délai pour prendre position. Elle n'y était cependant pas obligée compte tenu de l'intérêt à pouvoir accélérer la procédure et du fait que l'on pouvait présumer que les clients en question avaient eu connaissance de la demande d'entraide, mais qu'ils avaient renoncé à prendre position, puisqu'ils s'étaient opposés par l'intermédiaire de la banque à ce que leur identité soit révélée (arrêt précité du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts).

c) Sur le plan matériel, la recourante estime que, dans le cadre d'une demande d'entraide administrative, elle n'est pas tenue de renseigner la CFB sur des relations de l'une de ses filiales à l'étranger avec des clients. Comme on l'a vu, cette obligation découle des art. 35 al. 2 LBVM et 23<sup>bis</sup> LB, dans la mesure où l'assistance administrative fait partie des tâches de la Commission (art. 38 LBVM). La recourante ne peut donc pas opposer le secret bancaire à l'autorité de surveillance, d'autant plus que l'art. 47 al. 4 LB réserve expressément les dispositions de la législation fédérale et cantonale instituant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice (ATF 125 II 83 consid. 5 p. 84; Sansonetti, op. cit. p. 529). 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 îles 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 banque sise aux îles 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 banque sise aux îles 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.

d) Au vu de ce qui précède, la CFB a exigé à juste titre que la recourante lui fournisse les informations demandées. Cette procédure se fonde au demeurant sur le droit de souveraineté de la Suisse qui lui permet de contrôler toutes les relations d'affaires se déroulant sur son territoire, sans pour autant violer la souveraineté d'un Etat étranger (ATF 108 Ib 513 consid. 2b p. 519).

3.– Selon l'art. 38 al. 2 LBVM, la CFB peut, à certaines conditions, transmettre aux autorités étrangères de surveillance des informations et des documents liés à l'affaire, non accessibles au public. Il doit s'agir des «autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières» qui utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (art. 38 al. 2 lettre a LBVM; principe de la spécialité) et qui sont liées «par le secret de fonction ou le secret professionnel» (art. 38 al. 2 lettre b LBVM). Les informations données ne peuvent être transmises «à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance citées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international» (art. 38 al. 1 lettre c 1ère phrase LBVM). La transmission à des autorités pénales est prohibée, lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. Sur ce point, l'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la police (art. 38 al. 2 lettre c 2ème et 3ème phrase LBVM).

a) L'Office fédéral allemand de surveillance pour le commerce des papiers-valeurs, soit le BAWe, est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM, à laquelle l'entraide administrative peut être accordé (ATF 125 II 65 consid. 4 p. 71). Sa demande d'entraide a pour but de transmettre les informations obtenues

nues à l'autorité de surveillance de la bourse de Francfort, la HÜST. La loi sur les bourses n'exclut pas une telle transmission, mais exige seulement qu'il s'agisse d'organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public et que la CFB ait donné son assentiment préalable (art. 38 al. 2 lettre c 1ère phrase LBVM). Selon le droit allemand, c'est au BAWe qu'il appartient de coopérer avec les autorités étrangères de surveillance de sorte que, s'il ne dirige pas lui-même l'enquête, il y a lieu de déterminer, déjà dans la décision accordant l'entraide, si les informations transmises peuvent être communiquées à l'autorité chargée de l'enquête en cause. Les conditions pour une éventuelle transmission à la HÜST des informations recueillies sont en l'espèce remplies, dès lors que cette autorité est chargée d'enquêter dans la présente affaire pour savoir s'il y a eu ou non manipulation des cours.

b) En l'espèce, la CFB a aussi autorisé l'éventuelle transmission des informations communiquées à la HÜST aux autorités allemandes compétentes pour la poursuite pénale, si les soupçons de manipulation des cours devaient être confirmés.

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de souligner les rapports de connexité étroits pouvant exister entre l'entraide administrative et l'entraide judiciaire en matière pénale, dans la mesure où la loi n'a pas seulement pour but de surveiller les bourses et les négociants, mais aussi le comportement du marché des valeurs mobilières. Ainsi, sur le plan interne, la Commission fédérale des bourses doit-elle ordonner les enquêtes nécessaires lorsque la bourse lui annonce qu'elle soupçonne une infraction à la loi ou une irrégularité (art. 6 al. 2 LBVM). Il s'agit là d'une simple mesure de surveillance, même si l'infraction soupçonnée donne lieu ensuite à une enquête pénale. Par ailleurs, en matière d'entraide, la globalisation et l'internationalisation des marchés financiers nécessitent une surveillance générale et, partant, une collaboration étroite entre autorités de surveillance (ATF 125 II 69 consid. 7 p. 75). Il n'y a donc pas lieu de se montrer trop strict sur l'énoncé de la demande d'entraide administrative, ni de déterminer si les soupçons sont ou non fondés; il suffit qu'un début de soupçon justifie l'ouverture d'une enquête (ATF 125 II 65 consid. 6b p. 74). Les renseignements requis doivent cependant s'inscrire dans le cadre de l'enquête et paraître utiles à son déroulement.

Il n'en demeure pas moins que le législateur n'a pas voulu que l'entraide administrative puisse servir à contourner les conditions de l'entraide judiciaire en matière pénale. La loi sur les bourses limite donc l'utilisation des informations à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières (art. 38 al. 2 lettre a LBVM; principe de la spécialité). En outre, ces informations ne peuvent pas être transmises à d'autres autorités sans l'assentiment de la CFB (ou sans une autorisation contenue dans un traité international), pas plus qu'elles ne peuvent être données à des autorités pénales étrangères si l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue (art. 38 al. 2 lettre c LBVM). Ces restrictions obligent donc la Commission à ne pas perdre le contrôle de l'utilisation des informations obtenues après leur transmission à l'autorité étrangère de surveillance («Prinzip der langen Hand»; voir Zulauf, op. cit. p. 57/58). De plus, l'accord donné pour la transmission des informations à une autre autorité, et notamment à l'autorité pénale, doit être donné sous forme d'une décision susceptible de recours (ATF 125 II 65 consid. 10 p. 77).

Dans une précédente affaire (ATF 125 II 65 ss), l'Office fédéral allemand de surveillance du commerce des papiers-valeurs avait expressément déclaré qu'il connaissait les conditions dans lesquelles la Suisse accorde l'entraide administrative et qu'il s'engageait à les respecter, en particulier qu'il demanderait l'accord de la CFB avant une éventuelle transmission des informations obtenues à une autre autorité. Sur la base de ces déclarations, le Tribunal fédéral avait alors jugé que les assurances données étaient suffisantes pour garantir le principe de la spécialité (ATF 125 II 65 consid. 8b p. 76). Par la suite, le Président du BAQe a confirmé les assurances données, mais en relevant que si la loi allemande sur les bourses (Wertpapierhandelsgesetz, soit l'art. 18 WpHG) l'obligeait à dénoncer les délits de manipulation des cours au Procureur général en cas de soupçons, la même obligation était prévue lorsque des faits semblables lui étaient transmis par une autorité étrangère de surveillance. C'est pourquoi, dans de tels cas, il sollicitait l'accord de la CFB pour une transmission éventuelle des informations au Procureur général, déjà dans la demande d'entraide administrative. Le BAWe a procédé de cette manière en l'espèce, de sorte qu'en accord avec l'Office fédéral de la police, la Commission a autorisé la HÜST à communi-

quer les informations délivrées aux autorités pénales allemandes (chiffre 6 du dispositif de la décision attaquée). Une telle pratique correspond, au demeurant, au principe généralement admis en droit européen (Althaus, op. cit. p. 77; Zulauf, op. cit. n. 26 p. 57; Sansonetti, op. cit. p. 338).

c) Le Tribunal fédéral admet que le droit suisse n'oblige pas les autorités étrangères de surveillance à faire une déclaration contraignante sur le plan international et qu'il suffit qu'elles s'engagent à mettre tout en œuvre pour respecter le principe de la spécialité. S'il devait s'avérer qu'une autorité étrangère ne puisse plus respecter ce principe en raison de sa législation interne ou d'une décision contraignante à laquelle elle n'a pas les moyens de s'opposer, il appartiendrait alors à la CFB de refuser l'entraide (arrêts non publiés du 25 janvier 1999 en la cause J. c. CFB et Department of Trade and Industry, consid. 4 et du 29 octobre 1998 en la cause S. et consorts c. CFB et Comisión Nacional del Mercado de Valores, consid. 7).

En l'espèce, les déclarations du Président du BAWe qui, d'une manière générale, affirme que les conditions d'entraide administrative posées par la Suisse seront respectées, tout en relevant que l'obligation de dénonciation pénale subsiste lorsque le soupçon d'infraction provient de faits révélés par l'autorité étrangère de surveillance, ne permettent pas de savoir comment le BAWe se comporterait si la CFB devait refuser de donner son accord pour la transmission des informations fournies à une autre autorité, accord obligatoire en vertu de l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM (ATF 125 II 65 consid. 9b p. 76). Cette incertitude n'entraîne toutefois pas le refus de l'entraide administrative, pour autant que la CFB (d'entente avec l'Office fédéral de la police) ait pu valablement consentir à la transmission des données aux autorités chargées de la poursuite pénale en l'état du dossier. Dans le cas contraire, l'entraide administrative doit être refusée jusqu'à l'obtention de toutes les assurances requises selon le droit suisse en la matière.

4.– a) L'art. 38 al. 2 lettre c LBVM interdit la transmission des informations aux autorités pénales lorsque l'entraide judiciaire en matière pénale est exclue. La même obligation est contenue à l'art. 23<sup>sexies</sup> al. 2 lettre c LB, introduit par la loi fédérale du 18 mars 1994, ainsi qu'à l'art. 63 al. 2 de la loi fédérale sur les fonds de placement du

18 mars 1994 (LFP; RS 951.31). Elle avait été vigoureusement débattue aux Chambres lors de son adoption à la suite de l'amendement Poncet (Sansonetti, op. cit. p. 494/495). Le Conseiller national Charles Poncet avait en effet proposé de refuser toute transmission d'informations à des autorités pénales lorsque l'entraide internationale n'a pas été accordée (BO CN 1993 II p. 2462/2463 et p. 2496/2497). Le législateur a finalement refusé cet amendement, tant pour l'art. 23<sup>sexies</sup> al. 2 lettre c LB que pour l'art. 63 al. 2 lettre c LFP, en démontrant qu'il entendait ne pas vider l'entraide administrative de sa substance et pour éviter d'accumuler les procédures d'entraide judiciaire en matière pénale (BO CE 1994 p. 10 et 26). Reste que la CFB et l'Office fédéral de la police sont tenus de se prononcer sur la base des éléments dont ils disposent et doivent demander, au besoin, des compléments d'information à l'autorité étrangère requérante; ils ne peuvent pas se désaisir en faveur du juge pénal (Sansonetti, op. cit. p. 601), de sorte qu'il importe de déterminer en quoi doit consister leur examen des conditions matérielles de l'entraide en matière pénale.

b) Selon Althaus, l'interdiction prescrite à l'art. 38 al. 2 lettre c LBVM correspond aux motifs d'exclusion des art. 2 ss de la loi fédérale sur l'entraide internationale matière pénale (EIMP; RS 351.1). En revanche, le principe de la double incrimination prévue à l'art. 64 EIMP ne serait pas applicable, car il s'agit d'une condition pour l'octroi de l'entraide pénale internationale, mais non d'un motif d'exclusion (Althaus, op. cit. p. 162 ss). D'autres auteurs admettent en revanche que la transmission des informations aux autorités pénales implique que toutes les conditions de l'entraide pénale internationale soient remplies (Sansonetti, op. cit. p. 600; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Berne 1997, n. 300 p. 209). Cette dernière opinion est convaincante. Bien que le Conseil fédéral, dans son Message du 27 mai 1998 sur la révision de la loi sur les banques et les caisses d'épargne, ait incidemment indiqué que la formulation proposée renvoyait aux motifs d'exclusion des art. 2 ss EIMP (FF 1998 p. 3399 ss), on ne peut en déduire que la transmission des données aux autorités pénales ne doit être refusée que si l'entraide judiciaire «est exclue» dans le sens étroit et technique du terme. Rien ne laisse en effet présumer que le législateur ait voulu consciemment étendre la possibilité d'utilisation des données fournies dans des procédures

pénales par rapport aux règles régissant l'entraide judiciaire en matière pénale en général. La question n'a d'ailleurs pas été débattue aux Chambres (séance du Conseil des Etats du 23 septembre 1998: BO CE 1998 p. 995 ss et séance du Conseil national du 9 mars 1999: BO CN 1999 p. 203 ss). Lors de la transmission de données aux autorités pénales, trois solutions sont envisageables: soit la transmission est permise sans autre, soit elle est possible, si l'entraide judiciaire en matière pénale peut être accordée, soit elle est interdite. Le législateur a en effet 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, comme le voulait l'amendement Poncet (BO CN 1993 II pp. 2462 et 2496). 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 (Zulauf, op. cit. n. 39 p. 58; ATF 125 II 65 consid. 5b in fine p. 74). Cela implique que toutes les conditions matérielles de l'entraide judiciaire en matière pénale soient réunies, y compris l'exigence de la double incrimination prévue à l'art. 64 EIMP.

A cet égard, il y a lieu d'exiger qu'avant de donner son accord, l'Office fédéral de la police confirme que ces conditions sont respectées, soit en se ralliant à une prise de position détaillée de la CFB, soit en motivant lui-même son approbation. Il paraît en effet exclu qu'il se contente, comme en l'espèce, d'une simple mention («*einverstanden*») au bas d'une lettre de la Commission, dont le contenu est des plus sommaire. Expressément voulue par le législateur dans plusieurs lois fédérales (art. 23<sup>sexies</sup> al. 2 lettre c LB, art. 63 al. 2 lettre c LFP et art. 38 al. 2 lettre c LBVM), son intervention ne saurait en effet être purement formelle, mais doit servir de garantie pour que les règles de l'entraide judiciaire en matière pénale ne soient pas éludées. En outre, s'il n'y a pas lieu d'être trop exigeant quant à l'exposé des faits, il faut toutefois que ces derniers puissent être qualifiés du point de vue juridique et que la demande contienne le texte des dispositions légales applicables pour que l'autorité puisse vérifier d'emblée s'il existe, de manière évidente, un motif d'exclusion (Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en

matière pénale, Berne 1999, n. 162 p. 120). Dans le cas particulier, la demande présentée par le BAWe ne permet pas de dire si la présomption de manipulation des cours constatée le 30 septembre 1998 à la bourse de Francfort par la HÜST tombe sous le coup de l'art. 161<sup>bis</sup> CP, introduit par l'art. 46 LBVM, qui punit d'emprisonnement ou de l'amende toute manipulation de cours. Par ailleurs, rien n'indique que les conditions pour l'ouverture d'une information pénale soient réunies.

c) Il s'ensuit que la décision attaquée doit être annulée en tant qu'elle autorise la transmission des informations recueillies auprès de la banque B. aux autorités pénales allemandes compétentes (ch. 6 du dispositif). Il va également de soi que, même si cela n'a aucune incidence sur le plan pratique, les références au ch. 6 du dispositif qui sont faites aux ch. 7 et 9 dudit dispositif doivent également être annulées. Vu qu'en l'état actuel du dossier, une transmission des données requises par le BAWe, respectivement la HÜST, aux autorités pénales doit être exclue, l'octroi de l'entraide administrative dépend de l'assurance que les autorités allemandes respecteront la décision de la CFB (voir consid. 3c in fine). Celle-ci ne pourra dès lors transmettre les informations demandées qu'après obtention d'une telle déclaration de la part du BAWe.



*Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 30. April 1999 i.S. L.B. c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich<sup>1</sup>*

### **Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB, mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften**

- 1. Aus dem allfälligen Verstoss einer Bank gegen die Identifikationspflichten der VSB kann ebenso wenig auf die Erfüllung des Tatbestands von Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB geschlossen werden, wie umgekehrt nicht ausgeschlossen ist, dass eine Verletzung der Strafbestimmung in einem Fall vorliegt, bei dem keine Verletzung der VSB festgestellt wird (Erw. 3.d).*
- 2. Anwendung von Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB auf den konkreten Fall (Erw. 4).*

### **Art. 305<sup>ter</sup> al. 1 CPS, défaut de vigilance en matière d'opérations financières**

- 1. La violation éventuelle, par une banque, des règles d'identification de la CDB ne permet pas de conclure que l'état de fait de l'art. 305<sup>ter</sup> al. 1 CPS est rempli; de même, il n'est pas exclu que l'on soit en présence d'une violation de la disposition pénale lorsqu'aucune violation de la CFB n'a été constatée (consid. 3.d).*
- 2. Application de l'art. 305<sup>ter</sup> al. 1 CPS au cas particulier (consid. 4).*

### **Art. 305<sup>ter</sup> cpv. 1 CPS, carente diligenza in materia di operazioni finanziarie**

- 1. L'eventuale violazione, da parte di una banca, delle regole di identificazione della CDB non permette di concludere che la fattispecie dell'art. 305<sup>ter</sup> cpv. 1 CPS sia realizzata, come non è escluso che vi sia una violazione della norma penale mentre nessuna violazione della CDB è stata costatata (consid. 3.d).*
- 2. Applicazione dell'art. 305<sup>ter</sup> cpv. 1 CPS alla fattispecie (consid. 4).*

---

<sup>1</sup> Dieser Entscheid wurde in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide (BGE 125 IV 139) veröffentlicht.

Sachverhalt (Auszug):

L. B. war bis Ende Januar 1993 für die Bank B als Mitglied der Geschäftsleitung tätig. In der Zeit um den 14. Mai 1991 eröffnete er zwei Konten lautend auf die in der ehemaligen DDR gegründeten und in Berlin domizilierten Novum GmbH und Transcarbon GmbH. Die für die Kontoeröffnung notwendigen Formulare A wurden von der Vertreterin der Gesellschaften R. S. unterzeichnet. L. B. nahm die Unterlagen ohne weitere Prüfung entgegen und eröffnete die Konten, obgleich in den Formularen als wirtschaftlich Berechtigte die Kontoinhaberinnen Novum GmbH und Transcarbon GmbH vermerkt waren, er selbst aber davon ausging, die wirtschaftlich Berechtigte sei in Wirklichkeit R. S. L. B. akzeptierte überdies in beiden Fällen ohne weitere Abklärungen Handelsregisterauszüge, die noch vor der Währungsunion DDR/BRD und vor der Wiedervereinigung erstellt worden waren.

Das Obergericht des Kantons Zürich erklärte L. B. mit Urteil vom 28. August 1997 der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften nach Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB schuldig. Gegen diesen Entscheid führt L. B. eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, welche das Bundesgericht abweist, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

3.– a) Nach Art. 305<sup>ter</sup> StGB macht sich der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften strafbar, wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen. Die Bestimmung wurde zusammen mit dem Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB) mit dem Bundesgesetz über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften vom 23. März 1990 eingefügt und ist seit 1. August 1990 in Kraft. Sie geht auf das in der Vernehmlassung zur Revision des Vermögensstrafrechts verschiedentlich formulierte Bedürfnis zurück, den Missbrauch des Finanzplatzes Schweiz durch kriminelle Organisationen strafrechtlich zu erfassen. In diesem Sinne sprach sich der Expertenentwurf vom 15. September 1986 zunächst für eine Verfolgung der Geldwäscherei im Rahmen der Rechtspflegedelikte aus. Neben den sogenannten schweren Fällen sollte auch die

grob-fahrlässige Begehung strafbar sein. Der Gesetzgeber entschied sich schliesslich aufgrund von strafrechtsdogmatischen wie kriminalpolitischen Überlegungen, die fahrlässige Begehung nicht unter Strafe zu stellen, sondern zusätzlich zum Grundtatbestand der Geldwäscherei eine eigene Strafnorm zu schaffen. Unter dem Randtitel der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften erfasst Art. 305<sup>ter</sup> StGB nunmehr Geschäfte, welche unter Verletzung der Identifikationspflicht abgeschlossen worden sind. Dieser Auffangtatbestand will wie derjenige der Geldwäscherei verhindern, dass Vermögenswerte dem Zugriff der Rechtspflege entzogen werden (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches [Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften] vom 12.6.1989, BBl. 1989 II S. 1080 f.; vgl. ferner Ursula Cassani, *Commentaire du droit pénal suisse, Partie spéciale*, vol. 9, Art. 305<sup>ter</sup> N 2; Christoph Graber, *Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtenvereinbarung der Banken zu Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB*, SZW 1995, 162; ferner Jürg Beat Ackermann, in: Niklaus Schmid (Hrsg.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Kommentar*, Band I Zürich 1998, Art. 305<sup>bis</sup> N 55). Schutzobjekt des Tatbestandes ist somit die Rechtspflege, da durch den Abschluss von Geschäften ohne Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten die staatlichen Einziehungsansprüche gefährdet werden (Treichsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 305<sup>ter</sup> N 1; ferner Arzt, *Zur Rechtsnatur des Art. 305<sup>ter</sup>*, SJZ 86/1990, S. 190).

Die Pflicht zur Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten bzw. die Pflicht, von der Vertragspartei eine schriftliche Erklärung über den wirtschaftlich Berechtigten einzuholen, wird auch in Art. 1 lit. a sowie Art. 3 Ziff. 18 ff. der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 1987 und 1992; bzw. Ziff. 22 ff. VSB 1998) erhoben. Die Zuwiderhandlung wird mit Konventionalstrafe an die Bankiervereinigung bedroht (Art. 11 VSB). Dieselbe Pflicht statuiert nunmehr auch Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG; s. auch Empfehlung 11 der FATF [Financial Action Task Force on Money Laundering] vom 7.2.1990; in: Berti/Graber, *Das Schweizerische Geldwäschereigesetz*; Anhang 10; Art. 3 Abs. 5 der Geldwäscherei-Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 10.6.1991, in: Berti/Graber, a. a. O., Anhang 9; sowie Ziff. 7 der Geld-

wäscherei-Richtlinie der Eidgenössischen Bankenkommission vom 18.12.1991, in: Pieth [Hrsg.], Bekämpfung der Geldwäscherei, Basel 1992, S. 213 ff.).

b) Der Tatbestand von Art. 305<sup>ter</sup> StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die verbotene Handlung liegt in der Vornahme von Geldgeschäften ohne Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten trotz besonderer Anhaltspunkte für die Nichtidentität zwischen Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigtem. Dabei genügt die Verletzung der Identifikationspflicht für sich allein. Ob die Vermögenswerte durch den wirtschaftlich Berechtigten allenfalls in strafrechtlich relevanter Weise erworben wurden, ist demnach ohne Bedeutung (Botschaft, BBl. 1989 II S. 1087; ferner statt vieler Cassani, a. a. O., Art. 305<sup>ter</sup> N2 mit Hinweisen; Arzt, a. a. O., S. 190/192). Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB ist ein Begehungsdelikt. Der Schwerpunkt des Tatbestandes liegt bei den Tätigkeiten des Geschäftsabschlusses, deren berufsmässige Vornahme den Handelnden als Täter qualifizieren, wenn er dabei unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen (so Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, bes. Teil II, 4. Aufl. Bern 1995, § 54 N 52; ebenso Trechsel, a. a. O., Art. 305<sup>ter</sup> N 6; Cassani, a. a. O., Art. 305<sup>ter</sup> N 11 mit weiteren Hinweisen; a. M. Botschaft, BBl. 1989 II S. 1089; Kistler, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Diss. Lausanne 1994, S. 168; Christoph Graber, Geldwäscherei, Diss. Bern 1990, S. 186). Durch Unterlassen wird der Tatbestand von Art. 305<sup>ter</sup> StGB erfüllt, wenn dem Täter eine Garantenstellung zukommt (vgl. hierzu Werner de Capitani, Zum Identifikationsverfahren bei Kontoeröffnungen aus dem Ausland, SJZ 89/1993 23/24).

c) Gegenstand der in Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB statuierten Sorgfaltspflicht ist die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten ist Art. 3 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) entnommen. Danach ist für die Zuordnung der Vermögenswerte auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen und sind formaljuristische Konstruktionen ohne Bedeutung; wirtschaftlich berechtigt ist somit derjenige, der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören (Cassani, a. a. O., Art. 305<sup>ter</sup> N 16; Trechsel, a. a. O., Art. 305<sup>ter</sup> N 9). Ist dem Sorgfaltspflichtigen die Identität des «wahren Geschäftspartners» (Botschaft,

BBl. 1989 II S. 1089) bekannt, so scheidet eine Strafbarkeit nach Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB aus, selbst wenn sich nachträglich etwa die deliktische Herkunft des Vermögens herausstellen sollte. Prüft der Pflichtige sie trotz entsprechender Anhaltspunkte nicht, so macht er sich auch dann nach Art. 305<sup>ter</sup> StGB strafbar, wenn sich kein Grund ergeben sollte, an der unverfänglichen Herkunft der Vermögenswerte zu zweifeln (so Stratenwerth, a. a. O., § 54 N 53; Graber, SZW 1995, S. 165).

Das Mass der gebotenen Sorgfalt bei der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten richtet sich nach den konkreten Umständen. Nach der Botschaft trägt diese Umschreibung den Besonderheiten der einzelnen Berufe Rechnung und liegt darin ganz allgemein eine gesetzliche Verweisung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip. Damit soll die Grenze der zumutbaren Abklärungen markiert werden. Nach den Worten der Botschaft lässt die gesetzliche Regelung Platz für die VSB und begünstigt die Ausarbeitung von Standesregeln für den Nicht-Bankensektor. Die Botschaft nimmt überdies an, es werde «der Rechtsprechung angesichts der praktischen Natur des Gebots nicht schwerfallen, entsprechende Prinzipien zu entwickeln» (Botschaft, BBl. 1989 II S. 1089 f.).

d) Die Pflicht zur Feststellung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten gilt nach der Sorgfaltspflichtenvereinbarung der Banken nur mit der Einschränkung, dass im Anschluss an die Identifikation des Vertragspartners Zweifel entstehen (Art. 1 lit. a, Art. 3 VSB 1987 und 1992). Grundsätzlich besteht die Vermutung, dass Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigter übereinstimmen. Diese Vermutung wird jedoch umgestossen, wenn ungewöhnliche Feststellungen gemacht werden (Art. 3 Ziff. 18 VSB 1987 und 1992; ebenso VSB 1998 Art. 3 Ziff. 22). Zwar verweist die Botschaft hinsichtlich der Anforderungen an die Überprüfung der Identität auf die Vorbildfunktion der VSB (Botschaft, BBl. 1989 II S. 1089) und sollen die nunmehr im Geldwäschereigesetz eingeführten Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre nach den Worten der Botschaft den Massstab für die nach Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB im Rahmen von Finanzgeschäften zu beachtende Sorgfalt bilden (Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17.6.1996, BBl. 1996 III S. 1116, vgl. auch S. 1125 und 1155 f.). Dies kann nun freilich nicht bedeuten, dass das von der Strafnorm geforderte Mass der Sorgfalt

bei der Entgegennahme von Vermögenswerten gleichsam in den diesbezüglichen Regeln der VSB aufgeht. Bei den VSB handelt es sich um Standesregeln, welche von der Schweizerischen Bankiervereinigung abgefasst werden und denen sich die unterzeichnenden Banken unterwerfen. Sie sind ein Instrument der ethischen Selbstregulierung (de Capitani, SJZ 89/1993, S. 21) und dienen in erster Linie der Wahrung des Ansehens des Berufsstandes (Art. 1 VSB) und somit den Interessen der Banken, schützen aber auch im Sinne eines Selbstschutzes vor unklaren Situationen, die Schadenersatzforderungen auslösen könnten (Werner de Capitani, Praktische Auswirkungen der neuen Vorschriften über die Geldwäscherei [Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup>] auf die Banken, in: Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Schriftenreihe SAV/8, Zürich 1991, S. 94). Dass sie überdies für sich in Anspruch nehmen, «den Begriff der ‹nach Umständen gebotenen Sorgfalt› bei der Entgegennahme von Vermögenswerten (Art. 305<sup>ter</sup> StGB) zu konkretisieren», bindet den Strafrichter – bei aller Anerkennung selbstregulierender Anstrengungen – nicht (vgl. auch BGE 111 Ib 126 zum Verhältnis von VSB und Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes). Aus dem allfälligen Verstoss einer Bank gegen die Identifikationspflichten der VSB kann daher ebenso wenig auf die Erfüllung des Tatbestands von Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB des einzelnen Mitarbeiters oder Organs geschlossen werden, wie umgekehrt nicht ausgeschlossen ist, dass eine Verletzung der Strafbestimmung in einem Fall vorliegt, bei dem die Aufsichtsbehörde keine Verletzung der VSB feststellt (Graber, SZW 1995, S. 163/164, insb. FN 27). Der Grund hierfür liegt im unterschiedlichen Anwendungsbereich beider Regelungen. Die Aufsichtskommission der Bankiervereinigung ahndet unabhängig vom Verschulden des Einzelnen vorwiegend formelle Verstösse der Bank gegen die betreffenden Anordnungen. Sie sanktioniert mithin nicht die mangelhafte Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten, sondern Mängel im Identifikationsverfahren (Graber, SZW 1995, S. 165; vgl. auch Arzt, a. a. O., S. 191 f.; Christine Egger Tanner, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Diss. Zürich 1999, S. 278). Die VSB rückt somit den standardisierten Ablauf im Tagesgeschäft der Bank in den Vordergrund. Bei Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB prüft der Strafrichter demgegenüber, ob die verantwortlichen Mitarbeiter oder Organe der Bank den Vertragspartner mit der nach den jeweiligen Umständen angebrachten Sorgfalt richtig identifiziert haben. Dazu kann, muss aber nicht zwingend die Einhaltung der VSB

gehören. Überdies werden nach Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB, unabhängig von der jeweiligen Bezeichnung, nur teilweise dieselben Geschäftsvorgänge beurteilt wie nach der VSB. So werden strafrechtlich ganz allgemein die Annahme, Aufbewahrung, Anlegung und Übertragung von Vermögenswerten erfasst. Aufsichtsrechtlich beurteilt werden demgegenüber konkrete Bankoperationen, welche zudem bei der Identifikation des Vertragspartners und der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten nicht dieselben sind. Zu beachten ist schliesslich, dass die Standesregeln recht kurzlebig sind (de Capitani, SJZ 89/1993, S. 21 f.) und es wohl kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, die Auslegung von Art. 305<sup>ter</sup> StGB an die periodischen Anpassungen der VSB zu binden. Den VSB kommt daher insgesamt lediglich die Funktion einer Auslegungshilfe zu (vgl. Egger Tanner, a. a. O., S. 278).

4.– Im zu beurteilenden Fall ging der Beschwerdeführer nach der damals gültigen Sorgfaltsvereinbarung des Jahres 1987 vor, indem er die Identität der Vertragspartner Novum und Transcarbon anhand der beigelegten Handelsregisterauszüge überprüfte (Art. 2 Ziff. 14 VSB 1987). Dabei stellte er fest, dass als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin jeweils R.S. aufgeführt und diese zur Konteneröffnung befugt war. Ob die beiden – ohnehin nicht besonders aussagekräftigen – ca. ein Jahr alten Handelsregisterauszüge geeignet waren, die Identität der Vertragspartner festzustellen, kann hier im Lichte der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben. Dem Beschwerdeführer standen im Weiteren in beiden Fällen die Formulare A zur Verfügung, aus welchen die Novum bzw. die Transcarbon als wirtschaftlich Berechtigte hervorgingen. Damit ist der Beschwerdeführer hier zumindest formell nach den Bestimmungen der damals für ihn verbindlichen VSB verfahren. Zusätzliche Abklärungen wären nach der Sorgfaltsvereinbarung nur bei ernsthaften Zweifeln an der Richtigkeit der schriftlichen Erklärung des Kunden erforderlich gewesen (Art. 3 Ziff. 20 VSB 1987, vgl. auch Art. 1 lit. a VSB 1987), was hier nicht weiter zu prüfen ist. Denn Art. 305<sup>ter</sup> StGB und die VSB unterscheiden sich unter anderem wesentlich dadurch, dass die Strafnorm eine Überprüfung des wirtschaftlich Berechtigten in jedem Fall verlangt und sich nicht grundsätzlich mit der Identifikation des Vertragspartners begnügt und bloss im Zweifelsfall das Formular A bzw. entsprechende Abklärungen verlangt.

Dem Beschwerdeführer war bekannt, dass R. S. eine langjährige Kundin der damaligen Bank O in Wien war. Die Geschäftsverbindung zur Bank B in Zürich kam durch die Vermittlung des Direktors der Bank O, P.F., zu Stande. Ein direkter Kontakt zu R. S. bestand zumindest im Zeitpunkt der Kontoeröffnungen nicht; der Beschwerdeführer erhielt sämtliche Unterlagen und Informationen von P.F. Er wusste auch, dass es sich bei den Handelsgesellschaften Novum und Transcarbon um Gesellschaften mit Sitz in der DDR handelte und dass der verstorbene Ehegatte von R. S. Mitglied der Kommunistischen Partei Österreichs gewesen war. In diesem Zusammenhang versicherte ihm P.F., dass R. S. über die Werte der beiden Gesellschaften verfügen dürfe. Der Beschwerdeführer nahm daher keine eigenen Nachforschungen vor, sondern verliess sich auf die aus Wien erhaltenen Informationen. Gestützt auf die Gesellschafterliste, auf welcher einzig der Name von R. S. aufgeführt war, nahm der Beschwerdeführer an, die beiden Gesellschaften Novum und Transcarbon gehörten der Geschäftsführerin und Gesellschafterin. Als wirtschaftlich Berechtigte waren auf den beiden Formularen A die Novum und Transcarbon aufgeführt. Der Beschwerdeführer vermutete indes nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz, dass die fraglichen Vermögenswerte in Wahrheit nicht den beiden Handelsgesellschaften gehörten, sondern dass wirtschaftlich Berechtigte daran R. S. war. Wer tatsächlich hinter den Gesellschaften stand, wusste er nicht. Trotz dieser Ungereimtheiten klärte der Beschwerdeführer diese Frage nicht weiter ab, sondern gab sich mit den von P.F. gelieferten Erklärungen zufrieden. Damit hat er die Identität der wirtschaftlich Berechtigten nicht festgestellt und seine Sorgfaltspflicht verletzt. Dass er R. S. als Berechtigte vermutete, genügt, wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, für eine Identifizierung jedenfalls nicht.

Nicht zu entlasten vermag den Beschwerdeführer, dass er – wenn auch nicht rechtlich abhängig – so doch wirtschaftlich auf das Mutterhaus in Wien angewiesen war. Es mag zutreffen, dass insbesondere bei Kontoeröffnungen auf dem Korrespondenzweg zuweilen eine Nachfrage durch kompetente Leute vor Ort unerlässlich ist, um den Prüfungspflichten zu genügen. Ein solches Vorgehen kann aber nicht zu einer eigentlichen Delegation der strafrechtlichen Verantwortung führen. Diese wäre mit Art. 305<sup>ter</sup> StGB nicht zu vereinbaren,



welcher nur diejenige Person, die den jeweiligen Geschäftsabschluss vornimmt, zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten verpflichtet (a. M. de Capitani, SJZ 89/1993, S. 22 ff.; Kistler, a. a. O., S. 211 ff., 216). Eine eigentliche Delegation der Prüfungspflicht ist im vorliegenden Fall im Übrigen gar nicht erfolgt. Der Beschwerdeführer hätte somit selbst die Informationen über die Novum und die Transcarbon prüfen und nötigenfalls mit aus eigenen Recherchen und allenfalls einer persönlichen Kontaktaufnahme gewonnenen Erkenntnissen ergänzen und zur Grundlage der Feststellung machen müssen, wer an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sei. Auf die informellen Angaben von P.F. durfte er sich nicht blindlings verlassen.

Mit dieser Vorgehensweise nahm der Beschwerdeführer trotz seiner Zweifel hinsichtlich der Identität des wirtschaftlich Berechtigten in Kauf, den ihm obliegenden Sorgfaltspflichten zuwiderzuhandeln. Trifft der Täter die Massnahmen zur Klärung der Identität, die ein sorgfältiger Bankier aufgrund der konkreten Umstände getroffen hätte, nicht, darf nach der Fassung des Tatbestandes auf Vorsatz geschlossen werden (Arzt, a. a. O., S. 192; Kistler, a. a. O., S. 221 f.; Egger Tanner, a. a. O., S. 285). Der Schuldspruch der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden. Im Übrigen betrifft die Frage, was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, sogenannte innere Tatsachen, die als Tatfrage nur im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde aufgeworfen werden können, im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsschwerde als tatsächliche Feststellung für das Bundesgericht hingegen verbindlich sind (Art. 273 Abs. 1 lit. b und Art. 277<sup>bis</sup> Abs. 1 BStP).