

Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)¹

Von Philippe Jacquemoud

In einem ersten Schritt fasst der vorliegende Beitrag die bestehende Praxis zur internationalen Amtshilfe zusammen. Da die Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Lehre regelmässig besprochen wird, konzentriert sich der Artikel auf diejenigen Punkte, die nach der Gesetzesrevision noch gültig sein werden oder die der Kritik des Revisionsvorhabens dienen. In einem zweiten Schritt wird die Botschaft zur Revision des Art. 38 BEHG analysiert und kritisch beleuchtet. Von besonderem Interesse sind dabei die Beseitigung des Prinzips der langen Hand

innerhalb des Grundsatzes der Spezialität und die Abschaffung des Weiterleitungsverfahrens. Der Autor gelangt zum Schluss, dass eine Revision des Art. 38 BEHG unabhängig von einer Revision der Art. 161 und 161^{bis} StGB der Gesetzessystematik widerspricht und nicht unbedingt erforderlich war. Die vorgesehene neue Regelung der internationalen Amtshilfe erleichtert zwar die Zusammenarbeit zwischen ausländischen Behörden und der EBK, schwächt aber gleichzeitig die Rechtsstellung der Kunden schweizerischer Banken.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. De lege lata

1. Auskunftsverfahren

- 1.1 Informationen im Besitz der EBK
- 1.2 Informationen im Besitz der Bank oder eines Dritten

2. Übermittlungsverfahren

- 2.1 Spezialitätsprinzip
 - 2.1.1 Ausländische Aufsichtsbehörde
 - 2.1.2 Vertraulichkeitsprinzip
 - 2.1.3 Prinzip der langen Hand
- 2.2 Verhältnismässigkeit
 - 2.2.1 Allgemein
 - 2.2.2 Anfangsverdacht
 - 2.2.3 Unbeteiligter Dritter
- 2.3 Erfordernis einer Übermittlungsverfügung
 - 2.3.1 Institutsbezogene Informationen
 - 2.3.2 Kundenbezogene Informationen
 - 2.3.3 Auskunfts-, Übermittlungs- und Weiterleitungsverfügung

3. Weiterleitung

- 3.1 Einleitung
- 3.2 Doppelte Strafbarkeit
- 3.3 Hinreichender Anfangsverdacht

III. De lege ferenda

1. Vorbemerkungen

2. Auskunftsverfahren

3. Spezialitätsprinzip

4. Vertraulichkeit

5. Verhältnismässigkeit

6. Verfahren

7. Weiterleitung an Strafbehörden

8. Inkrafttreten

9. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die verschiedenen Schwierigkeiten, von der Schweiz auf dem Wege der Amtshilfe Informationen und Unterlagen zu erlangen, haben dem schweizerischen Finanzplatz den Ruf als Zufluchtsort für Täter von finanzmarktrechtlichen Widerhandlungen eingebracht. Die EBK und die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) erachten aus diesem Grund eine Revision des Börsengesetzes als erforderlich, um die Bedingungen für eine rasche und effiziente Amtshilfe herzustellen sowie den guten Ruf des Finanzplatzes zu wahren. Die SBVg hält die Gesetzesrevision sogar für zeitlich dringend.² Am 10. November 2004 hat der Bundesrat deshalb gestützt auf die Ergebnisse der Vernehmlassung eine Botschaft³ verabschiedet.⁴

¹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1, und Botschaft vom 10. November 2004 des zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, BBl 2004 6747 ff. über die Börsen und den Effektenhandel.

² Brief an Bundesrat Hans-Rudolf Merz vom 30. März 2004 von Urs Ph. Roth und Christophe Winzeler.

³ Botschaft vom 10. November 2004 (FN 1).

⁴ Die internationale Amtshilfe wird durch Art. 38 BEHG eingeschränkt, namentlich um den Schutz der Persönlichkeit der Kunden zu gewährleisten sowie die Umgehung der Bestimmungen über die Rechtshilfe in Strafsachen zu vermeiden. Ausserdem hat das Bundesgericht eine restriktive Praxis entwickelt, welche die internationale Amtshilfe mit gewissen Staaten, insbesondere mit den Vereinigten Staaten von Amerika (USA), verunmöglicht.

Im geltenden Recht wird die internationale Amtshilfe im Börsenrecht in Art. 38 BEHG geregelt. Diese Bestimmung sieht drei Verfahrensstufen vor, innerhalb welcher vier materielle Prinzipien Anwendung finden.⁵ Mit der Revision sollen diese Prinzipien und Verfahrensschritte ergänzt und teilweise aufgegeben werden.

Vor diesem Hintergrund soll im vorliegenden Beitrag versucht werden, das Revisionsvorhaben kritisch zu beleuchten. Dazu ist aber zunächst eine Darstellung der im Hinblick auf die Revision relevanten Grundsätze nach geltendem Recht und Praxis erforderlich.

II. De lege lata

1. Auskunftsverfahren

1.1 Informationen im Besitz der EBK

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit erhält die EBK von den Banken⁶ eine grosse Anzahl von öffentlichen und vertraulichen Informationen und Dokumenten,⁷ welche die Banken ihr ohne Auskunftsverfügung erteilen. Die in ihrem Besitz befindlichen Auskünfte können ohne besonderes Verfahren weitergeleitet werden, soweit sie keinen Kunden im Sinne von Art. 38 BEHG betreffen (s. nachfolgend II.2.1). Der Unterschied zwischen kunden- und bankbezogenen Informationen ist nur im Rahmen des Übermittlungsverfahrens massgebend und wird somit im betreffenden Kapitel näher erörtert (s. nachfolgend II.2.3).

1.2 Informationen im Besitz der Bank oder eines Dritten

Normalerweise erteilen die Banken freiwillig Auskünfte an die EBK. Weigert sich eine Bank, dies zu tun, muss die EBK eine formelle Auskunftsverfügung⁸ gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BEHG⁹ erlassen.

Diese sehr umfassende Auskunftsklausel sieht auch die Urkundenedition vor, wobei Personen, welche massgebend an einer Börse oder am Effektenhandel beteiligt sind, weder das Berufsgeheimnis gemäss Art. 47 BankG noch andere Geheimhaltungsansprüche dem Auskunftsbegehren der Aufsichtsbehörde entgegenhalten können.¹⁰ Banken unterstehen ohne Zweifel der Auskunftspflicht gemäss Art. 35 Abs. 2 BEHG und müssen der EBK sämtliche Dokumente (inklusive kundenbezogene Informationen) zur Verfügung stellen. In diesem Zusammenhang entschied z.B. das Bundesgericht, dass eine Bank der EBK über eine Geschäftsbeziehung, die eine ihrer ausländischen Filialen mit einem Kunden unterhält, Auskunft geben muss.¹¹ Wurde das widerrechtliche Geschäft, für welches um Amtshilfe ersucht wird, von der Bank selbst oder von einem ihrer Organe getätigt, so genügt der Erlass einer Auskunftsverfügung, um die Informationen an die ausländischen Behörden zu übermitteln und weiterzuleiten. In diesem letzten Fall muss die EBK für die Übermittlung der im Auskunftsverfahren erhaltenen Informationen an eine ausländische Behörde keine separate Übermittlungsverfügung erlassen, weil das Verwaltungsverfahren gemäss Art. 38 BEHG nicht anwendbar ist (s. nachfolgend II.2.3).

Die Auskunftsverfügung der EBK kann in gewissen Fällen auch gleichzeitig mit der Übermittlungsverfügung erlassen werden, was unter Umständen zu Härtefällen führen kann. Im Entscheid Eurobuilding S.A. hat das Bundesgericht dieses Vorgehen mit dem Grundsatz der Prozessökonomie begründet.¹² Diese Überlegungen wurden von *Althaus* begrüsst, mit der Begründung, dass die Amtshilfe nicht unnötig durch mehrere geschaltete Verwaltungsverfahren verzögert werden dürfe: Die Rechte des Kunden blieben gewahrt, da er die Möglichkeit habe, die Übermittlungsverfügung mittels Beschwerde an das Bundesgericht heranzutragen. Diese Ansicht überzeugt nicht ganz: Denn obschon das Argument der Prozessökonomie durchaus vertretbar ist, übersieht das Bundesgericht, dass dem Auskunfts- und dem Übermittlungsverfahren verschiedene Zwecke zugrunde liegen. Das Auskunftsverfahren dient der EBK zur Meinungsbildung, das Übermittlungsverfahren zur Prüfung der Prinzipien. Solange die EBK aber keine

⁵ Die Auskunfts-, Übermittlungs- und Weiterleitungsverfahren, die durch das Spezialitäts-, das Vertraulichkeits-, das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Prinzip der langen Hand eingeschränkt werden.

⁶ Als Banken werden nachfolgend der Einfachheit halber sämtliche dem BEHG unterstellten Personen bezeichnet.

⁷ *Amy*, S. 340.

⁸ EBK Bulletin 37 (1999) S. 24.

⁹ EBK Bulletin 37 (1999) S. 25.

¹⁰ *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Auflage, Bern, § 10 N 24.

¹¹ EBK Bulletin 38 (1999) S. 39.

¹² EBK Bulletin 37 (1999) S. 23; BGE 127 II 327.

Informationen über die betreffenden Kunden oder die Bank selbst hat (was im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung der Fall ist), kann sie naturgemäss nicht in der Lage sein, die Relevanz der noch einzutreffenden Auskünfte abzuschätzen. Sie kann demzufolge nicht wissen, ob sie die Auskünfte übermitteln darf.

Auch wenn der für die Auskunftübermittlung erforderliche Anfangsverdacht der EBK (s. nachfolgend 2.2.2) nicht von den erhaltenen Dokumenten, sondern vom Gesuch abhängt,¹³ können die Informationen durchaus einen Dritten betreffen, der nichts mit dem angeblich widerrechtlichen Geschäft zu tun hat. In einem solchen Fall wäre mit der Eurobuilding-Praxis die in Art. 38 Abs. 3 BEHG verankerte Einschränkung¹⁴ umgangen, weil die EBK (sozusagen auf Vorrat) der Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, zustimmen könnte. Dem Kunden werden zudem sämtliche Möglichkeiten, seine Rechte wahrzunehmen faktisch entzogen, weil er nicht weiss, welche Informationen im Besitz der EBK sein und demzufolge weitergeleitet werden. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen deshalb bei einem solchen Vorgehen dem Kunden Mitwirkungsrechte eingeräumt werden. Vor dem Erlass der Übermittlungsverfügung muss ein unbeteiligter Kunde der Übermittlung von ihm betreffenden Informationen zustimmen dürfen.¹⁵

¹³ *Annette Althaus*, Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren?, in: AJP/PJA 1999 S. 938; BGE 125 II 65: die EBK überprüft den Sachverhalt und die gewünschten Informationen nicht auf ihre Zweckmässigkeit.

¹⁴ Verbot der Übermittlung von Informationen über einen unbeteiligten Dritten.

¹⁵ Im Rahmen des Auskunftsverfahrens hat das Bundesgericht in BGE 125 II 65 die Parteistellung der Bank anerkannt, wenn es sich um kundenbezogene Informationen handelt: «Im Auskunftsverfahren ist die Bank ohne weiteres Partei, wird sie doch darum ersucht bzw. nötigenfalls durch Verfügung gezwungen, die einverlangten Informationen herauszugeben». Die Auskunftsverfügung ist gemäss Bundesgericht im Kundenverfahren als Zwischenverfügung (BGE 125 II 79; EBK Bulletin 38 (1999) S. 41) zu qualifizieren. Der Kunde ist demzufolge gemäss Art. 6 VwVG zur Beschwerde legitimiert, da er gegen den Endentscheid Beschwerde erheben kann. Zuerst ist die Erfüllung der Voraussetzung eines nicht wieder gutzumachenden Schaden fraglich. Zweitens führt die Qualifikation der Auskunftsverfügung als Zwischenverfügung zu einem unerwünschten Ergebnis, wenn die Bank selbst das fragliche Geschäft getätigt hat. In diesem Fall muss die EBK keine anfechtbare Übermittlungsverfügung (Endentscheid) erlassen, weil das Verwaltungsverfahren gemäss Art. 38

2. Übermittlungsverfahren

2.1 Spezialitätsprinzip

Das Spezialitätsprinzip begrenzt die Übermittlung von Informationen in zeitlicher, räumlicher und personeller Hinsicht.¹⁶ Dieses Prinzip hat zwei Auswirkungen: Die ausländische Behörde darf die Informationen in einem anderen Verfahren, für welches die Amtshilfe verweigert worden wäre, einerseits nicht verwenden und andererseits nicht an eine andere Behörde weiterleiten, ausser wenn die inländische Behörde, d.h. die EBK, im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz, einer Weiterleitung zugestimmt hat.¹⁷ Verletzt die ausländische Behörde den Grundsatz der Spezialität, kann die EBK die künftige Übermittlung von Informationen verweigern.¹⁸

Im Einzelnen gilt Folgendes:

2.1.1 Ausländische Aufsichtsbehörde

Gemäss Art. 38 Abs. 2 BEHG kann die EBK Amtshilfe an eine ausländische Behörde leisten, wenn Letztere einerseits Börsen und Effektenhändler beaufsichtigt und andererseits die erhaltenen Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet. Diese Regel dient der Trennung zwischen der Amtshilfe und der internationalen Rechtshilfe in Strafsa-

abs. 3 BEHG e contrario nicht auf bankbezogene Informationen anwendbar ist. Die Auskunftsverfügung ist dennoch keine anfechtbare Zwischenverfügung, da es keinen Endentscheid gibt. Diese Qualifikation würde die Bank daran hindern, ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid zu ergreifen, obschon der Entscheid (Auskunftsverfügung) gegen ihre Rechte verstossen würde. Nach der hier vertretenen Meinung ist in jedem Fall der Entscheid über die Erteilung von Auskünften als autonome anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zu qualifizieren. Ausserdem hat das Bundesgericht ohne ausführliche Begründung die Parteistellung der Bank im Auskunftsverfahren und die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes anerkannt, wenn es sich um bankbezogene Informationen handelt.¹⁵ In diesem Fall hat das Bundesgericht die Qualifikation der Auskunftsverfügung als Zwischenverfügung nicht übernommen.

¹⁶ *Amy*, S. 405.

¹⁷ Dieser Grundsatz ist vom Basler Ausschuss und der IOSCO anerkannt. Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im Rahmen der Amtshilfe ist in Europa jedoch beschränkt, weil die Behörden innerhalb jedes Mitgliedstaates der EU Informationen austauschen können, Ziff. 8–14 Verfügung 95/26/CEE.

¹⁸ *Amy*, S. 407; EBK Bulletin 42 (2002) S. 71; BGE 126 II 126.

chen¹⁹, welche auf keinen Fall umgangen werden darf.

Hingegen wird nicht verlangt, dass die ausländische Behörde über die gleichen Funktionen wie die EBK verfügt.²⁰ Die Behörde muss kein «Pendant» der EBK sein, sondern lediglich ähnliche Aufsichtsfunktionen haben.

Sie muss auch nicht die gleiche juristische Form wie die EBK aufweisen. So hat das Bundesgericht das als private Gesellschaft organisierte *Securities & Investment Board* (SIB) als Aufsichtsbehörde über die Börsen im Sinne des Art. 38 BEHG anerkannt,²¹ diese Eigenschaft den amerikanischen Zivilgerichten mit der Begründung aberkannt,²² die SEC und nicht die Zivilgerichte seien Börsenaufsichtsbehörde. Diese Begründung überzeugt kaum, weil die juristische Qualifikation der Behörde nur aus der Optik des Rechts des gesuchstellenden Staates erfolgen kann.²³ Ein ausländisches Zivilgericht kann ohne weiteres über die gleichen Funktionen wie die EBK verfügen und sollte in diesem Fall als eine Aufsichtsbehörde im Sinne des Art. 38 BEHG anerkannt werden.

2.1.2 Vertraulichkeitsprinzip

Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG sieht vor, dass die ausländische Behörde an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sein muss. Diese Voraussetzung ist die Konkretisierung des Vertraulichkeitsprinzips, welches während der Dauer des Verwaltungsverfahrens dem Persönlichkeitsschutz der Person dient, über welche die Informationen erhoben werden²⁴, und die sich nichts vorzuwerfen hat.²⁵ Grundsätzlich sollte der Umfang des gewährten Persönlichkeitsschutzes im ersuchenden Staat gleich sein wie in der Schweiz. Die EBK sollte deshalb sämtliche einschlägigen ausländischen Regeln, die das Berufs- oder Amtsgeheimnis betreffen, überprüfen, um den Grad des Geheimnisses einschätzen zu können.

Die Offenlegungspflichten gegenüber Straf- oder Steuerbehörden und eine allgemeine Veröffentlichungspflicht der ausländischen Behörde geraten

aber (oftmals) in Konflikt mit der Geheimhaltungspflicht, so dass die Schweiz in einigen Fällen die Amtshilfe verweigern musste (dazu unten). Diese Auskunfts- und Anzeigepflichten der ausländischen Behörden schliessen die Amtshilfe nicht von vornherein aus.²⁶ Die Behörde wird vielmehr Zusicherungen abgeben müssen, die geeignet sind, die Gewährleistung der Geheimhaltungspflicht zu sichern. Das Bundesgericht hat jedoch in der letzten Zeit eine praxisbezogene Rechtsprechung entwickelt, die Ausnahmen vom Vertraulichkeitsprinzip erlaubt. Diese Praxis kann in drei Fallgruppen aufgeteilt werden:

- Die ausländische Behörde (Entscheid des Bundesgerichts betraf die «Commission française des opérations de bourse») publiziert die Namen der vom Amtshilfeverfahren betroffenen Personen, nachdem sie einen definitiven Feststellungsentscheid über eine Verletzung von Börsenregeln infolge eines kontradiktorischen Verfahrens getroffen hat: In diesem Fall ist die Übermittlung von Informationen an die ausländische Behörde zulässig.²⁷ Das Bundesgericht hält es für nicht mehr angebracht, Personen, die eine Verletzung der Regeln des Finanzmarkts begangen haben, unbedingt zu schützen.²⁸ Zusammenfassend ist somit die Publizität des Verwaltungsverfahrens unzulässig, während eine Publizität der «Sanktion» zulässig ist.
- Die Behörde (Entscheid des Bundesgerichts betraf die «Ontario Securities Commission») veröffentlicht die Namen vor dem Endentscheid (während des Verfahrens): In diesem Fall ist eine Übermittlung zulässig, wenn die Voraussetzungen einer Weiterleitung an die Strafbehörden erfüllt sind.²⁹ Das Strafverfahren ist nämlich überall grundsätzlich öffentlich (Art. 30 Abs. 3 BV³⁰ und Art. 6 Ziff. 1 EMRK³¹), sodass das Prinzip der Vertraulichkeit weniger streng gehandhabt werden darf. Sind die materiellen Voraussetzungen einer Weiterleitung der Informationen an die aus-

¹⁹ *Althaus*, AJP/PJA 1999 S. 935.

²⁰ *Annette Althaus*, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Auflage, Bern 2001, S. 150.

²¹ BGer., 9. Januar 2003, 2A.276/2002; EBK Bulletin 36 (1998) S. 25–37.

²² BGer. 2A.349/2001 in: SZW 2002 S. 62; *Althaus*, S. 161.

²³ *Amy*, S. 151.

²⁴ *Althaus* (FN 20), S. 72.

²⁵ BGE 128 II 407.

²⁶ BGE 126 II 409; EBK Bulletin 42 (2002) S. 74; EBK Bulletin 41 (2000) S. 132; BGer. 2A.234/2000; 2A. 486/2001; Art. 35 Abs. 6 BEHG.

²⁷ BGE 129 II 484.

²⁸ BGE 129 II 484.

²⁹ BGE 128 II 407.

³⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³¹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

ländischen Strafbehörden, welche die Eröffnung eines öffentlichen Strafverfahrens gestatten, erfüllt, liegt kein Grund vor, die administrative Behörde an einer gleichzeitigen Veröffentlichung von Informationen zu hindern.³² Letztlich nimmt auch der Gesetzgeber eine Ausnahme vom Vertraulichkeitsprinzips in Kauf, wenn er in Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG ausdrücklich vorsieht, dass im Rahmen der Amtshilfe herausgegebene Informationen für das Strafverfahren freigegeben werden können.³³

- Die ausländische Behörde veröffentlicht vor dem Endentscheid die Namen der Parteien, ohne dass die Voraussetzungen einer Weiterleitung an die Strafbehörden erfüllt sind: In diesem Fall ist die Übermittlung von Informationen unzulässig. Das Bundesgericht hat aus diesem Grund bereits zweimal die Verweigerung von Amtshilfegesuche zugunsten der SEC geschützt. Die SEC kann nämlich die Namen der am Verfahren Beteiligten auf ihrer Website («litigation releases») publizieren, was gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit verstossen würde.³⁴ Die SEC hatte zwar versucht, gewisse Zusicherungen abzugeben. Diese wurden jedoch als ungenügend erachtet, um die Vertraulichkeit zu gewährleisten.

Die vorgenannte Praxis des Bundesgerichts zeigt, dass im Gegensatz zu weit verbreiteten Meinungen das Vertraulichkeitsprinzip von schweizerischen Behörden nicht restriktiv angewendet wird. Die SEC könnte gleichzeitig mit ihrem Gesuch auf Übermittlung von Informationen ein Gesuch auf Weiterleitung der Informationen an die Strafbehörden im Sinne des nachfolgenden Abschnittes II.3 des vorliegenden Beitrags stellen (Entscheid «Ontario Securities Commission»³⁵ Aufgrund der Ontario-Praxis müsste das Bundesgericht einem solchen Gesuch Folge leisten. Ein solches Vorgehen dürfte nur dann zulässig sein, wenn die Voraussetzungen der doppelten Strafbarkeit von Börsendelikten erfüllt sind (s. nachfolgend II.3.2) (weil technisch gesehen eine Weiterleitung vorliegt). Diese Voraussetzung stellt für eine in der Lehre vertretene Auffassung eine Hürde für eine

Weiterleitung (s. nachfolgend II.3.2) dar, aber dieses Argument muss relativiert werden, als das Bundesgericht im Rahmen einer Amtshilfe an die SEC noch nie eine Weiterleitung an die Strafbehörden aufgrund des Fehlens der doppelten Strafbarkeit verweigert hat (somit diese Bedingungen als relativ schnell erfüllt erachtet). Die Revision des Gesetzes wird die Problematik der doppelten Strafbarkeit regeln, aber sie hinterlässt den Eindruck, dass sich die Schweiz dem Druck der USA beugt. In diesem Zusammenhang stellte *Nobel* die Frage: «ob es wirklich unverzüglich einer Gesetzrevision bedarf, wie sie die EBK postuliert»³⁶.

In den meisten Fällen ist die Geheimhaltungspflicht der ausländischen Behörden sowie die Einhaltung des Prinzips der langen Hand (unten Ziff. 2.1.3) durch eine Zusicherung der ausländischen Aufsichtsbehörde gewährleistet. Diese Garantie wird «best efforts»-Erklärung³⁷ genannt. Es muss sich nicht um eine völkerrechtlich verbindliche Zusage der ausländischen Behörde handeln. Die Schweiz darf darauf vertrauen, solange keine gegenteiligen Indizien vorliegen, dass die ausländische Behörde diese Zusicherung respektieren wird³⁸. Mit anderen Worten ist die Zusicherung der ausländischen Behörde eine Tätigkeitsverpflichtung und nicht eine Ergebnisverpflichtung.³⁹

2.1.3 Prinzip der langen Hand

Das Prinzip der langen Hand hindert die ausländische Behörde daran, die erhaltenen Informationen ohne weiteres an die Straf- oder Zivilbehörden weiterzuleiten. Es ist in Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG geregelt, der vorsieht, dass eine Weiterleitung der Informationen ohne vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde unzulässig ist. Die ausländische Behörde muss die Kontrolle über die Informationen behalten und diese anderen Behörden vorenthalten können, wenn die EBK einer Weiterleitung an andere Behörden nicht zugestimmt hat. Die Anzeigepflicht der ausländischen Aufsichtsbehörde (was auch für die EBK gilt) hindert auch bei Berücksichtigung der Einhaltung des Prinzips der langen Hand die Amtshilfe nicht.⁴⁰ Die Aufsichtsbe-

³² BGE 128 II 407.

³³ BGE 128 II 407.

³⁴ EBK Bulletin 40 (2000) S. 116; BGer. 2A.349/2001.

³⁵ *Peter Nobel*, Zu restriktive Amtshilfe-Praxis des Bundesgerichts? BGer., 20. Dezember 2001, 2A.349/2001 (internationale Amtshilfe an die SEC) in: SZW 2002 S. 64.

³⁶ SZW 2002 S. 63.

³⁷ *Nobel*/FN 10), § 7 N 245.

³⁸ BGer. 2A.486/2001; BGE 128 II 407; 126 II 413; *Nobel* (FN 10), § 7 N 245; BGE 128 II 407; EBK Bulletin 42 (2002) S. 67; BGer. 2A.234/2000.

³⁹ SJZ 98 S. 39.

⁴⁰ BGer. 2A.434/2001; BGer. 2A.486/2001.

hörde muss nur ausdrücklich zusichern, vor der Weiterleitung der Informationen an eine richterliche Behörde die Zustimmung der EBK einzuholen.⁴¹ Die Zusage der ausländischen Behörde muss klar sein: «Le principe de la spécialité exige en effet que la Commission fédérale sache exactement quel usage sera fait des informations et documents transmis ultérieurement, à quels fins et à quelles conditions, s'agissant notamment de leur confidentialité et de la protection des tiers»⁴². Die Amtshilfe kann geleistet werden, selbst wenn für die Durchsetzung der Marktaufsicht teilweise eine richterliche Mitwirkung notwendig ist.⁴³

2.2 Verhältnismässigkeit

2.2.1 Allgemein

Die Verhältnismässigkeit wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Amtshilferecht einerseits durch das Verbot, Informationen über Personen zu übermitteln, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (unbeteiligter Dritter), und andererseits durch die Pflicht, nur sachbezogene Informationen zu übermitteln (Anfangsverdacht), konkretisiert.

2.2.2 Anfangsverdacht

Die EBK darf nur Informationen an die ausländische Aufsichtsbehörde übermitteln, wenn diese ihr einen Anfangsverdacht darlegen kann. «Fishing expeditions» ausländischer Behörden sollen nicht erlaubt werden. Eine «fishing expedition» liegt vor, wenn die ersuchende Behörde ein abstraktes Gesuch stellt: Es handelt sich um eine Beweisausforschung, «die zur Auffindung von Belastungsmaterial zwecks Begründung eines Verdachts dient, ohne dass zuvor bereits konkrete Anhaltspunkte hierfür nach Gegenstand und Person bestünden»⁴⁴. Die ausländische Behörde beschreibt den Sachverhalt nicht und sucht, versteckt unter dem Deckmantel der börsenrechtlichen Amtshilfe, in Wirklichkeit beispielsweise nach Steuerinformationen. In diesem Fall ist eine börsenrechtliche Amtshilfe ausgeschlossen.

Ein genügender Anfangsverdacht besteht z. B. dann, wenn eine Börsentransaktion während eines

Anstieges des Transaktionsvolumens und des Kurses vor der Bekanntgabe einer vertraulichen Information getätigt wurde.⁴⁵ Die EBK muss diese Tatsache nicht selbst prüfen, und ein abstrakter Verdacht auf Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften genügt.⁴⁶ Es besteht für die EBK keine Pflicht zur Vorprüfung der Unterlagen.⁴⁷

Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit darf gemäss Bundesgericht die EBK spontane Amtshilfe leisten und alle Informationen in Bezug auf das betreffende Geschäft übermitteln.⁴⁸ Auch wenn die ausländische Behörde den Namen des Kunden nicht verlangt hat, darf die EBK den Namen spontan übermitteln.

Die obigen Äusserungen zeigen, dass die Voraussetzungen für den verlangten Anfangsverdacht leicht zu erfüllen sind. Die ausländische Behörde stellt ein Gesuch, dann prüft die EBK dieses Gesuch und entscheidet aufgrund des dargestellten Sachverhalts, ob die Amtshilfe zu leisten ist.⁴⁹ Die EBK muss demnach die Amtshilfe nur verweigern, wenn der im Gesuch beschriebene Sachverhalt keinen Anfangsverdacht zu begründen vermag, nicht aber, wenn die von der Bank erhaltenen Informationen keinen Anfangsverdacht belegen.⁵⁰ Im Lichte des Gesetzestexts geht diese Praxis des Bundesgerichts zu weit. Art. 38 Abs. 2 BEHG erlaubt der EBK nämlich nur, sachbezogene Informationen zu übermitteln. Um zu wissen, ob die erhaltenen Informationen sachbezogen sind, sollte die EBK die Relevanz der Informationen zumindest ansatzweise überprüfen. Obschon die ausländische Behörde besser in der Lage ist, die Relevanz der Informationen zu beurteilen, sollte der EBK die Möglichkeit eingeräumt werden, die Relevanz der Informationen zu prüfen, um offensichtlich irrelevante Informationen ausschliessen zu können. Ein solches Vorgehen würde gestatten, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren und Missbräuche zu vermeiden.

2.2.3 Unbeteiligter Dritter

Art. 38 Abs. 3 BEHG enthält einen Vorbehalt bezüglich Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende

⁴¹ Nobel (FN 10), § 7 N 246; BGer. 2A.234/2000.

⁴² EBK Bulletin 40 (2000) S. 116; *Althaus*, (FN 20), S. 163.

⁴³ BGer. 2A.234/2000.

⁴⁴ BGE 125 II 65; «fishing expedition» verneint in BGE 128 II 407; 126 II 409; 125 II 65.

⁴⁵ BGE 125 II 65.

⁴⁶ Nobel (FN 10), § 7 253; BGE 125 II 450.

⁴⁷ BGE 125 II 65.

⁴⁸ BGE 125 II 65.

⁴⁹ BGE 128 II 407; 127 II 142.

⁵⁰ EBK Bulletin 41 (2000) S. 79.

Angelegenheit verwickelt sind (so genannter «unbeteiligter Dritter»). Im Gegensatz zur Rechtshilfe in Strafsachen ist in Bezug auf die Amtshilfe die Übermittlung von Informationen über eine solche Person gänzlich verboten.⁵¹ Um als unbeteiligter Dritter betrachtet zu werden, muss das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden klar sein. Deshalb muss z.B. ein klarer und unzweideutiger Vermögensverwaltungsauftrag für die Verwaltung seines Kontos vorliegen. Keine anderen Umstände dürfen darauf hinweisen, dass der Kunde Instruktionen an den Vermögensverwalter erteilt hat⁵², was u.a. dann nicht der Fall ist, wenn der Kunde von der Gesellschaft angestellt ist, deren Aktien manipuliert wurden.⁵³

Die vorstehend (s. vorne II 1.2) erwähnte Praxis zur Zulässigkeit einer gleichzeitigen Zustimmung zur Übermittlung der betreffenden Informationen mittels Auskunftsverfügung führt zur Frage, ob die EBK die Stellung des unbeteiligten Dritten tatsächlich noch prüfen kann. Vor dem Ergebnis des Auskunftsverfahrens ist die EBK nämlich nicht mehr in der Lage, den Inhalt der Informationen zu überprüfen. Sie kann also entscheiden, die Informationen zu übermitteln, obwohl diese nach dem Auskunftsverfahren einen unbeteiligten Dritten betreffen können.

2.3 Erfordernis einer Übermittlungsverfügung

2.3.1 Institutsbezogene Informationen

Das Problem der Erfordernis einer Übermittlungsverfügung stellt sich im Rahmen der Anwendbarkeit des VwVG. Art. 38 Abs. 3 BEHG sieht die Anwendbarkeit des VwVG betreffend kundenbezogene Informationen vor. E contrario ist die Anwendbarkeit des VwVG in Bezug auf die anderen Informationen ausgeschlossen.⁵⁴ Der Datenaustausch erfolgt in diesem Fall formlos⁵⁵. Art und Form des Übermittlungsverfahrens hängen somit von der Natur der betreffenden Information ab. Bei dieser Lösung handelt es sich um einen Kompromiss zwischen dem Interesse an einer funktionierenden Marktaufsicht einerseits und an einem zweckmässigen Kundenschutz andererseits.⁵⁶ Die EBK muss nur eine Auskunftsver-

fügung erlassen, welche sich nicht auf Art. 38 BEHG, sondern auf Art. 35 BEHG stützt (s. oben II.1.2).

Als nicht kundenbezogen gelten diejenigen Informationen, welche die Bank als Institut, den Effektenhandel als solchen oder die beaufsichtigten Händler in ihrer Rolle als Marktteilnehmer betreffen.⁵⁷ Die Informationen können statistischer Natur sein oder sich auf die Bewilligungsvoraussetzungen der Bank beziehen. Obschon das Herausverlangen von Informationen über die Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit die Bank in grossem Umfang schädigen kann, hat die Bank kein Mittel, ihre Rechte zu verteidigen, weil das VwVG nicht auf institutsbezogene Informationen anwendbar ist (Art. 38 Abs. 3 BEHG e contrario). Diese Rechtslage wurde von *Amy* und *Manfrini* zu Recht kritisiert. Beide sprechen sich für die Anwendbarkeit des VwVG auf den Austausch von organbezogenen Informationen aus.⁵⁸ Die Bank sollte eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 25 VwVG verlangen können.⁵⁹ Das Bundesgericht hat diese Meinung jedoch nicht übernommen. Da keine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG vorliegt, kann der Entscheid, institutsbezogene Informationen zu übermitteln, nicht angefochten werden.

Die Übermittlung von nicht kundenbezogenen Informationen erfolgt gemäss Börsenrecht formlos. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Anwendbarkeit des Börsengesetzes die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes nicht ausschliesst: «Soweit der Betroffene selbständige datenschutzrechtliche Ansprüche verfolgt, ist deren Geltendmachung bei der Datenschutzkommission insofern möglich, als – losgelöst von einem Amtshilfverfahren – das datenschutzgesetzliche Einsichtsrecht (Art. 8 DSGVO⁶⁰), der Anspruch auf Berichtigung oder Vernichtung bestimmter Personendaten (Art. 20 und 25 Abs. 3 DSGVO) tangiert ist.»⁶¹ Gemäss Art. 2 DSGVO ist das Gesetz auch auf Daten über juristische Personen anwendbar. Obschon die Bank im Übermittlungsverfahren keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde anstrengen kann, bleiben ihr gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts die Rechte des Datenschutzes gewährt. Bei einer Verletzung des DSGVO kann sie sich auf diese beru-

⁵¹ *Amy*, S. 277.

⁵² BGer. 2A. 351/2000; BGE 127 II 323.

⁵³ EBK Bulletin 42 (2002) S. 108.

⁵⁴ BBl 1993 I 1423.

⁵⁵ BGer. 2A. 352/2000, E. 2c/aa.

⁵⁶ BGE 127 II 323, E. 3.

⁵⁷ *Nobel* (FN 10), § 7 N 231; *Althaus* (FN 10), S. 182; BGE 127 II 323, E. 3.

⁵⁸ *Amy*, S. 374 und 274; *Hertig/Hertig-Pelli* (1991) 265.

⁵⁹ *Amy*, S. 274.

⁶⁰ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

⁶¹ BGE 126 II 126, E.5 bb).

fen und u.U. eine Verhinderung der Übermittlung erwirken.⁶² Gemäss Art. 25 Abs. 4 DSG ist das VwVG anwendbar und die Verfügungen des Bundesorgans können mit Beschwerde bei der Datenschutzkommission angefochten werden. Die Datenschutzkommission und die EBK müssten also die Erfüllung der Voraussetzungen für eine Bekanntgabe von Daten im Sinne des Art. 19 DSG überprüfen. Die Rechtsgrundlage für eine solche Bekanntgabe wäre Art. 38 BEHG. Die Anwendbarkeit des DSG hat den Vorteil, die EBK zu verpflichten, die materiellen Voraussetzungen einer Übermittlung von Informationen im Sinne des BEHG (nur sachbezogene Informationen, Spezialitätsprinzip, Verhältnismässigkeit, doppelte Strafbarkeit usw.) zu prüfen, auch wenn es sich um Informationen über eine Bank handelt.

2.3.2 Kundenbezogene Informationen

Wie bereits oben erwähnt, ist das VwVG anwendbar, wenn die EBK kundenbezogene Informationen übermitteln will. Sie muss dazu eine formelle Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erlassen, welche der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht unterliegt. Als kundenbezogene Informationen gelten Daten, die unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallen und sich auf eine andere als die beaufsichtigte natürliche oder juristische Person beziehen.⁶³ Bei Kunden kann es sich um natürliche oder juristische Personen handeln. In erster Linie ist der Kontoinhaber betroffen.⁶⁴ Voraussetzung ist, dass die Person in unmittelbarer Geschäftsbeziehung der zur Bank steht. Aus diesem Grund ist der wirtschaftlich Berechtigte nicht Kunde im Sinne des Börsengesetzes und hat demnach keine Parteistellung im Verfahren inne (s. oben II.2).

Wenn die EBK Zweifel an der Rechtmässigkeit der übermittelten Informationen hat, muss sie eine negative Feststellungsverfügung erlassen.⁶⁵ Die Ansicht des Bundesgerichts verdient Zustimmung, weil die Ablehnung der Kundeneigenschaft von vornherein schädigende Folgen haben kann. Diesfalls werden nämlich Informationen an eine ausländische Behörde übermittelt, was zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil führen kann. Dem Kunden bliebe lediglich die Staatshaftung gemäss dem Ver-

antwortlichkeitsgesetz, wobei eine Verantwortlichkeit des Bundes wiederum das Vorliegen eines Schadens voraussetzen würde, der in aller Regel schwer zu beziffern ist.

2.3.3 Auskunfts-, Übermittlungs- und Weiterleitungsverfügung

Wie festgestellt, darf die EBK gleichzeitig die Auskunfts-, Übermittlungs- und Weiterleitungsverfügung erlassen.⁶⁶ Die EBK kann somit im Rahmen der Übermittlungsverfügung die Zustimmung zur Weiterleitung erteilen, wenn die finanzmarktrechtlichen Ermittlungen im ersuchenden Staat bei Einreichung des Gesuches hinreichend fortgeschritten sind oder sich schon zu diesem Zeitpunkt die Notwendigkeit einer allfälligen Weiterleitung an die ausländischen Strafverfolgungsbehörden abzeichnet.⁶⁷ Die EBK im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz kann auch von sich aus, d.h. ohne Vorliegen eines Gesuches, eine Weiterleitung bewilligen.⁶⁸ Die gleichzeitige Behandlung des Auskunfts-, Übermittlungs- und Weiterleitungsverfahrens mittels Verfügung soll den effizienten Verkehr zwischen den Behörden erleichtern. Wenn die Weiterleitungsverfügung aufgrund mangelnder Indizien nicht gleichzeitig erfolgt, muss die EBK eine neue Verfügung erlassen, weil der Entscheid über die Weiterleitung der Informationen ein individuelles Rechtsverhältnis im Sinne von Art. 5 VwVG regelt.⁶⁹

3. Weiterleitung

3.1 Einleitung

Das Weiterleitungsverfahren untersteht ebenfalls dem Prinzip der langen Hand. Gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG darf die ausländische Aufsichtsbehörde nur mit Zustimmung der EBK, im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz, Informationen an Strafbehörden weiterleiten. Diese Zustimmung darf nur erteilt werden, wenn die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen wäre. Im Falle der Weiterleitung ist das Vertraulichkeitsprinzip weniger streng zu handhaben als im Übermittlungsverfahren.⁷⁰ Da aber

⁶² Amy, S. 466.

⁶³ BGE 127 II 323, E. 3 cc); BGer. 2A. 352/2000, E. 2c/bb.

⁶⁴ BGE 127 II 323, E. 3 cc).

⁶⁵ BGE 127 II 323, E.5; *Althaus* (FN 20), S. 215; BGer. 2A. 352/2000.

⁶⁶ EBK Bulletin 37 (1999) S. 21; BGE 127 II 327; BGer. 2A. 567/2001.

⁶⁷ BGE 127 II 142, E. 6; EBK Bulletin 41 (2000) S. 134.

⁶⁸ EBK Bulletin 42 (2002) S. 104.

⁶⁹ BGE 125 II 65, E. 10 a); BGer. 126 II 409.

⁷⁰ BGE 128 II 407, E. 4.3.2.

das ausländische Verfahren durchaus publik sein kann, muss die EBK die Zusicherung erhalten, dass die ausländische Aufsichtsbehörde die Zustimmung der EBK für eine «weitere» Weiterleitung einholen wird. Ausserdem muss die EBK die Kontrolle über die Verwendung der Dokumente nach ihrer Weiterleitung nicht verlieren. So darf die ausländische Strafbehörde die betreffenden, von der Schweiz erhaltenen Informationen und Unterlagen nicht an die Steuerbehörde übermitteln; sie darf die Informationen jedoch an einen Dritten übermitteln, der auch mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben über Börsen und Effekthändler betraut ist (*Verwendungszweck*⁷¹).⁷² Das Prinzip der langen Hand gilt also grundsätzlich auch für die Zustimmung der Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden.⁷³

Es müssen ferner die materiellen Voraussetzungen der Rechtshilfe (und nicht nur die Ausschlussgründe gemäss Art. 2 IRSG⁷⁴) erfüllt sein, nicht aber die formellen (wobei aber das *Erhältlichkeitsprinzip* respektiert werden sollte).⁷⁵ Eine formelle Voraussetzung der Rechtshilfe ist das Erfordernis eines Gesuches der ausländischen Behörden um Übermittlung von Informationen. Da die EBK die formellen Voraussetzungen der Rechtshilfe nicht respektieren muss, darf sie spontan Amtshilfe leisten. In diesem Zusammenhang ist die doppelte Strafbarkeit des im Ausland vorgeworfenen Delikts massgebend, welche in der Rechtshilfe in Strafsachen vorgesehen ist.

3.2 Doppelte Strafbarkeit

Um der Weiterleitung an Strafbehörden zuzustimmen, dürfen nicht nur keine Ausschlussgründe im Sinne von Art. 2 IRSG vorliegen, sondern es müssen auch die Voraussetzungen gemäss Art. 63 ff. IRSG erfüllt sein. Art. 64 IRSG verlangt die beidseitige Strafbarkeit. Der von der ausländischen Behörde beschriebene Sachverhalt muss einen strafrechtlichen Tatbestand in der Schweiz erfüllen. Die ausländischen Strafbestimmungen müssen nicht identisch mit

denen der Schweiz sein.⁷⁶ Eine schweizerische Strafbestimmung muss lediglich den geschilderten Sachverhalt umfassen. Die Erfüllung des subjektiven Tatbestands darf von der EBK nicht geprüft werden.⁷⁷ Aus diesem Grund kommt der tatsächliche oder geeignete Einfluss des widerrechtlichen Sachverhalts auf den Börsenkurs nicht in Betracht.⁷⁸

Fordert die ausländische Behörde Informationen im Rahmen des Weiterleitungsverfahrens an, um beispielsweise ein Insiderdelikt zu ahnden, so gilt es zu beachten, dass im Ausland einige Handlungen als Insiderdelikte gelten, welche in der Schweiz nicht vom Tatbestand des Insiderdeliktes (Art. 161 StGB⁷⁹) erfasst werden. In der Schweiz ist das Ausnutzen vertraulicher Tatsachen, deren Bekanntwerden den Kurs in voraussehbarer Weise erheblich beeinflussen wird, ein Tatbestandselement des Insiderdeliktes.⁸⁰ Es handelt sich um kurswirksame Tatsachen, welche Emissionen von Beteiligungen, Unternehmensverbindungen oder ähnliche Sachverhalte von vergleichbarer Tragweite umfassen. Aus Sicht des Bundesgerichts ist die Ankündigung eines auch starken Gewinnrückganges oder Jahresverlustes kein ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite.⁸¹ Einige Autoren sind der Meinung, dass alle nach dem Kotierungsreglement meldepflichtigen Tatsachen, welche den Kurs zu beeinflussen geeignet sind, unter den Begriff der kursrelevanten Tatsache zu subsumieren sind.⁸² Damit wäre die rechtliche Behandlung von Gewinnrückgängen und Jahresverlusten im Rahmen von Art. 161 StGB geregelt.

In vielen Staaten stellt dagegen die Ausnutzung der Kenntnis von Gewinnrückgängen oder Jahresverlusten ein Insiderdelikt dar. In einem solchen Fall darf die EBK aufgrund der fehlenden doppelten Strafbarkeit keine Zustimmung zur Weiterleitung der Informationen leisten. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass es eine Strafbarkeitslücke gibt, die

⁷¹ BGE 126 II 409, E. 6 a).

⁷² BGE 128 II 407, E. 4.3.1.

⁷³ *Amy*, S. 399; EBK Bulletin 40 (2000) S. 116; BGE 126 II 126.

⁷⁴ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG), SR 351.1.

⁷⁵ BGE 125 II 450.

⁷⁶ BGE 126 II 409, E. bb).

⁷⁷ BGE 128 II 409, E. 5.3.3.

⁷⁸ EBK Bulletin 41 (2000) S. 80; *Brigitte Hofstetter*, Die Insiderstrafnorm als Teil des Kapitalmarktrechts, 1999, S. 135.

⁷⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁸⁰ *Althaus* (FN 20), S. 168.

⁸¹ BGE 118 Ib 547.

⁸² *Althaus* (FN 20), S. 169 (die ausländische Strafbestimmung soll den gleichen Schutzzweck haben); *Hofstetter*, S. 137.

allerdings nicht auf dem Wege einer Auslegung des Insidertatbestandes behoben werden könnte.⁸³ Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Änderung des Insidertatbestandes nicht Vorrang vor der Änderung des Art. 38 BEHG haben sollte und ob dies aus Sicht der juristischen Systematik nicht richtiger gewesen wäre (s. nachfolgend III.1). Bedauerlicherweise ist anzumerken, dass die Expertenkommission *Zimmerli* diese Revision nicht behandelt hat⁸⁴ und dass das Vernehmlassungsverfahren über eine Revision von Art. 161 StGB erst am 12. Januar 2005 eröffnet wurde⁸⁵.

3.3 Hinreichender Anfangsverdacht

Wie oben festgestellt (s. oben II.2.2) genügt ein Anfangsverdacht, um Informationen an eine ausländische Verwaltungsbehörde zu übermitteln. Die Weiterleitung an Strafbehörden erfordert hingegen einen Zusatzverdacht. Dieser Verdacht kann schon während des Übermittlungsverfahrens vorliegen, wenn die finanzmarktrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat hinreichend fortgeschritten sind oder sich die Notwendigkeit einer Weitergabe schon zum Zeitpunkt des Ersuchens anderweitig genügend konkret abzeichnet.⁸⁶ Dies erlaubt es der EBK, gleichzeitig eine Weiterleitungs- und Übermittlungsverfügung zu erlassen.

Ein Zusatzverdacht liegt vor, wenn zusätzliche Elemente zum Anfangsverdacht mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit darauf hinweisen, dass eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise im Einzelfall gegeben ist.⁸⁷ Bedeutende Kursänderungen vor Ankündigung eines Unternehmenskaufs genügen aber nicht, um einen Zusatzverdacht zu begründen. Die EBK muss über zusätzliche ungewöhnliche Elemente in Kenntnis gesetzt worden sein, die es gestatten, den Betroffenen tatsächlich zu verdächtigen. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Voraussetzungen für die Annahme eines Zusatzverdachts nicht zu streng sein sollten, weil die EBK noch nicht mit Si-

cherheit weiss, ob die ausländische Behörde die Informationen tatsächlich an die Strafbehörde weiterleiten wird oder nicht⁸⁸.

III. De lege ferenda

1. Vorbemerkungen

Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass das geltende Amtshilferecht Anlass zu einer reichhaltigen Gerichtspraxis geboten hat. Eine grosse Anzahl dieser Verfahren war sehr langwierig, was nach vielfach geäussert Auffassung den Ruf des schweizerischen Finanzplatzes beeinträchtigen kann, da gewisse ausländische Behörden in der Praxis keine Amtshilfe erhalten.

Obschon die geplante Regelung eine effiziente und rasche Amtshilfe erlauben würde, bleiben dennoch verschiedenen Fragen offen, vor allem zur Gewährleistung der Kundenrechte oder zur Gefahr der Umgehung der Rechtshilfe, insbesondere auch betreffend Steuerdelikte. In den nachstehenden Ausführungen soll daher anhand der heute geltenden Grundsätze versucht werden, nach einer kurzen Vorstellung der wesentlichen Änderungen gemäss Botschaft⁸⁹ Lösungsvorschläge zu den anstehenden Fragen zu unterbreiten.

2. Auskunftsverfahren

Die neue Formulierung des Art. 38 BEHG wird im Bereich des Auskunftsverfahrens nichts ändern. Wenn die EBK schon im Besitz der relevanten Informationen ist, wird kein Auskunftsverfahren nötig sein. Die EBK wird in diesem Fall nur einen Übermittlungsentscheid treffen müssen. Befinden sich die

⁸³ Bger. 2A.567/2001.

⁸⁴ II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission vom August 2004, Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, <http://www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2004/08/finmag-sanktionen.pdf>, S. 17.

⁸⁵ <http://www.efd.admin.ch/d/dok/medien/medienmitteilungen/2005/01/gafi.htm>.

⁸⁶ BGE 128 II 109, E. 5.3.1.

⁸⁷ BGE 128 II 109, E. 5.3.1.

⁸⁸ EBK Bulletin 42 (2002) S. 92; Dieser Meinung kann nicht zugestimmt werden, weil es gerade Zweck des Weiterleitungsverfahrens ist, alle Voraussetzungen für die Gewährung der Rechtshilfe in Strafsachen (insbesondere die doppelte Strafbarkeit) zu prüfen. Wenn die EBK nicht hinreichend das Vorliegen eines Zusatzverdachts prüfen kann, kann sie auch nicht hinreichend beurteilen, ob die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit erfüllt ist. Das Bundesgericht kehrt die Argumentation um, indem es einer Weiterleitung zustimmt, obwohl es nicht in der Lage ist, die Erfüllung der Voraussetzungen zu prüfen. Wenn die EBK einer Weiterleitung zustimmt, muss sie vielmehr in Betracht ziehen, dass die ausländische Behörde die Informationen weiterleiten wird.

⁸⁹ Botschaft vom 10. November 2004 (FN 1).

Informationen im Besitz der Bank oder eines Dritten, wird die EBK vorgängig noch eine Auskunftsverfügung erlassen müssen. Um eine rasche und effiziente Amtshilfe zu leisten, wird die EBK mit hoher Wahrscheinlichkeit die Auskunftsverfügung gleichzeitig mit der Übermittlungsverfügung erlassen. Wie oben bereits festgestellt wurde, erschwert dieses Vorgehen die tatsächliche Gewährleistung der Rechte des nicht betroffenen Kunden. Die Bank oder der Dritte werden gegen diese Verfügung Beschwerde an das Bundesgericht erheben können. Art. 35 Abs. 2 BEHG, der dieses Verfahren in materieller Hinsicht regelt, bleibt ausserdem unverändert.

3. Spezialitätsprinzip

Das Spezialitätsprinzip bleibt im Art. 38 BEHG B verankert, wird aber ergänzt. Der neue Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG B sieht nämlich vor, dass die EBK Auskünfte und sachbezogene Unterlagen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden übermitteln darf, wenn diese Informationen ausschliesslich zur *Durchsetzung von Regulierungen* über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet werden. Diese Informationen dürfen zum Zweck der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen an andere Behörden ungeachtet ihrer juristischen Form (Gerichte oder Organe) weitergeleitet werden. Zwei Neuerungen und eine alte Voraussetzung ergeben sich aus diesem Absatz: Der Begriff «direkte Beaufsichtigung» wird ersetzt durch «zur Durchsetzung von Regulierungen» (nachfolgend a)), das Prinzip der «langen Hand» wird beseitigt (nachfolgend b)) und die Beachtung des Spezialitätsprinzips muss immer noch durch Zusicherungen der ausländischen Behörde bestätigt werden (nachfolgend c)).

a) Heute wird der Begriff der «direkten Beaufsichtigung» benutzt. Die ausländische Aufsichtsbehörde darf und muss jedoch oft Sanktionen auferlegen. Der neue Begriff, «Durchsetzung von Regulierungen», erfasst auch Sanktionen und deckt somit mehr Normen ab, für welche die Amtshilfe begehrt werden kann. Aufgrund der neuen Regelung soll irrelevant sein, ob es sich um zivilrechtliche, strafrechtliche oder öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt. Die ausländische Behörde soll ohne Zustimmung der EBK die Informationen an eine Strafbehörde weiterleiten dürfen (Beseitigung des Prinzips der langen Hand). Diese Behörde hat keine direkte Funktion der Beaufsichtigung, sondern sie setzt Re-

gulierungen über Börsen im Rahmen z. B. der Insiderdelikte durch.

b) Das Prinzip der langen Hand wird beseitigt. Damit verschwindet das zweistufige Verfahren der Amtshilfe (Übermittlungs- und Weiterleitungsverfahren) sowie das Prinzip der doppelten Strafbarkeit. Massgebend wird der Zweck des Gesuchs sein.⁹⁰ Wenn die ausländische Drittbehörde über Kompetenzen zur Durchsetzung von Regulierungen über die Börsen verfügt und der Zweck des Gesuchs die Durchsetzung solcher Regulierungen verfolgt, wird die ausländische Aufsichtsbehörde befugt sein, die Informationen ohne vorherige Zustimmung an Straf-, Zivil- oder andere Verwaltungsbehörden weiterzuleiten. Nur die ausländische Aufsichtsbehörde ist berechtigt, ein Gesuch um Amtshilfe zu stellen. Danach darf sie diese Informationen weiterleiten. Die EBK aber darf die Amtshilfe nicht direkt einer Strafbehörde gegenüber gewähren. Dieses Vorgehen dient der Gewährleistung der Rechte des Kunden oder der Bank selbst, weil die ausländische Aufsichtsbehörde die erhaltenen Informationen prüfen wird, bevor sie diese an eine andere Behörde weiterleitet. Da die ausländische Behörde die Informationen an eine strafrechtliche Behörde ohne grosse Erfordernisse weiterleiten darf, entfällt die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit. Ein Ziel der Neuerung des Art. 38 BEHG ist es, diese Voraussetzung zu beseitigen. Damit soll den verschiedenen nationalen Insiderhandelsstrafbestimmungen Rechnung getragen werden. Das Wegfallen der doppelten Strafbarkeit führt zum Problem der Umgehung der Rechtshilfe. Die Amtshilfe wird die Übermittlung von Informationen gestatten, die als Basis für eine strafrechtliche Untersuchung und Verurteilung benutzt werden können. Die Voraussetzungen der Amtshilfe sollen nicht zu streng sein, damit sie rasch und effizient erfolgen kann.

Das ist inkompatibel mit den Erfordernissen der Rechtshilfe in Strafsachen, welche umfangreiche Verteidigungsrechte einräumt. Das Insiderdelikt und die anderen Börsendelikte sind in erster Linie strafrechtliche Delikte, so dass die Übermittlung von Informationen betreffend einen solchen Sachverhalt auf dem Wege der Amtshilfe gegen die strafrechtlichen Verfah-

⁹⁰ Bericht zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, http://www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/01/boerseng_bericht.pdf, S. 15.

rensgarantien verstösst. Der Gesetzgeber hat aber entschieden, den Zweck der effizienten Durchsetzung von Börsenregulierungen dem Grundsatz der doppelten Strafbarkeit vorzuziehen. Eine Änderung der Strafbestimmungen über die Börsendelikte wäre, von der juristischen Systematik her gesehen, angebracht gewesen. Diesem Argument wird entgegnet, dass eine Änderung der Insiderstrafbestimmung das Problem der doppelten Strafbarkeit nicht zu lösen vermöge, weil es unmöglich sei, alle ausländischen Begriffe zu erfassen.

Diese Begründung ist aus zwei Gründen kaum überzeugend: Erstens verlangt das Bundesgericht keine deckungsgleiche Strafbestimmung. Der Gesetzgeber könnte einen extensiven Tatbestand im Rahmen der Grenzen von Art. 1 StGB (Legalitätsprinzip) erlassen, der die meisten ausländischen Börsenstrafbestimmungen erfassen würde. Zweitens liegt das Wesen der doppelten Strafbarkeit darin, zu verhindern, dass eine ausländische Strafbehörde eine Person wegen eines in der Schweiz nicht strafbaren Sachverhalts verurteilen kann. Das System der doppelten Strafbarkeit hat zum Ziel, die ethischen und moralischen Grundsätze, welche in der Gesellschaft verankert und akzeptiert sind, gegen ausländische, im eigenen Land nicht verpönte Grundsätze zu schützen. Dies ist zu begrüssen, denn ein gesellschaftlich und strafrechtlich nicht verpöntes Verhalten soll nicht der Gefahr ausgesetzt sein, dass es in einem anderen Land gegenteilig beurteilt wird und der Strafbarkeit unterliegt. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb eine Abtreibung anders behandelt werden sollte als ein Börsendelikt? Weshalb soll das Börsendelikt das einzige Delikt sein, bei welchem für die Gewährung der «Rechtshilfe» keine doppelte Strafbarkeit erforderlich ist?

c) Die Amtshilfe darf ausschliesslich der Durchsetzung von Regulierungen über die Börsen dienen. Die Garantie, dass der Zweck der Amtshilfe beachtet wird, muss von der ausländischen Behörde durch eine Zusicherung abgegeben werden. Diese Zusicherung sollte die Voraussetzungen der bisherigen Zusicherung («declaration of best efforts») erfüllen. Die ausländische Aufsichtsbehörde wird die Informationen nicht an Steuerbehörden übermitteln dürfen: «Sollte die dritte Behörde den Spezialitätsvorbehalt missachten, so sähe sich die Bankenkommission veranlasst zu prüfen, ob sie für den entsprechenden Staat noch Amtshilfe leisten kann»⁹¹.

⁹¹ Bericht zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und

4. Vertraulichkeit

Gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG B bleibt das Vertraulichkeitsprinzip vorbehalten. Die ausländische Behörde muss an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sein. Die Prüfung der Erfüllung dieses Prinzips durch die ausländische Behörde bleibt unverändert. Das Vertraulichkeitsprinzip bleibt zwar bestehen, jedoch wird dieses durch die Formulierung «wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben» abgeschwächt. Die Gefahr einer eventuellen Veröffentlichung von Parteinamen, z. B. durch die SEC, wird die Leistung der internationalen Amtshilfe nicht mehr verhindern. Das Spezialitätsprinzip verbietet der ausländischen Behörde, die Informationen z.B. an die Steuerbehörde weiterzuleiten. Es stellt sich aber die Frage des Verhaltens der ausländischen Behörde, wenn infolge einer Veröffentlichung der Parteinamen die Steuerbehörde von der Aufsichtsbehörde die Dokumente einfordert, welche als Beweise benutzt werden können. Die Pflicht, Informationen an die Steuerbehörde weiterzuleiten, besteht in der Schweiz nicht.⁹² Das Bank- und Effektenhändlergeheimnis gehen nämlich Art. 112 DBG⁹³ vor. Um das Spezialitäts- und Vertraulichkeitsprinzip zu gewährleisten, sollte die ausländische Behörde durch eine Erklärung («declaration of best efforts») zusichern, dass sie keine Pflicht zur Weiterleitung an Steuerbehörden hat. Ohne eine solche Zusicherung würde das neue Vorgehen gegen die Prinzipien der Spezialität und Vertraulichkeit verstossen.

Im Zusammenhang mit dem Vertraulichkeitsprinzip stellt sich die Frage der Geheimhaltungspflicht der Zweitbehörde. Im Bericht zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel fordert das Finanzdepartement keine Geheimhaltungspflicht der Zweitbehörde: «Ob das Vertraulichkeitsprinzip eingehalten wird, prüft die Bankenkommission nur bei den ersuchenden Behörden, nicht aber bei Behörden, an welche die Informa-

den Effektenhandel, http://www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/01/boerseng_bericht.pdf, S. 15.

⁹² *Althaus* (FN 20), S. 116.

⁹³ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11.

tionen weitergeleitet werden»⁹⁴. Diese Meinung ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext und widerspricht der Lehrmeinung und Rechtsprechung zu Art. 38 BEHG, die für eine Geheimhaltungspflicht der Zweitbehörde spricht.⁹⁵ Obschon das Prinzip der langen Hand mit der Revision abgeschafft wird, macht es Sinn, eine Geheimhaltungspflicht der Zweitbehörde zu prüfen. Ansonsten könnte die ausländische Behörde das Spezialitätsprinzip umgehen, indem sie die Informationen an andere Behörden weiterleitet, welche die erhaltenen Informationen nicht zur Durchsetzung von Regulierungen über die Börsen verwenden werden, sondern beispielsweise zur Durchsetzung von Steuerpflichten.

5. Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip soll im Gesetz ausdrücklich verankert werden. Die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, bleibt unzulässig. Das Erfordernis eines Anfangsverdachts oder Zusatzverdachts ist jedoch in der Revision nicht geregelt. Das Wegfallen der Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit und der Gleichbehandlung der ausländischen Zweitbehörde mit der Aufsichtsbehörde lassen darauf schliessen, dass ein Anfangsverdacht genügt, um die Informationen zu übermitteln. Der Zusatzverdacht musste nämlich Anhaltspunkte bringen, welche es der EBK (in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Justiz) gestattete, das Bestehen einer strafrechtlichen Zuwiderhandlung gemäss schweizerischem Recht zu prüfen.⁹⁶

6. Verfahren

Gemäss Art. 38 Abs. 5 BEHG B kann der Kunde oder die Kundin den Entscheid der EBK über die Übermittlung von Informationen an die ausländische

Aufsichtsbehörde innert 10 Tagen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechten. Die Bank oder der Effektenhändler sind nicht mehr beschwerdeberechtigt. Diese Regel ist zu begrüssen, weil sie Klarheit verschafft und der Praxis des Bundesgerichts zur Rechtshilfe in Strafsachen entspricht.⁹⁷ Die Frist wird verkürzt, damit das Verfahren beschleunigt wird. Bedauerlicherweise regelt die Botschaft das Problem der Zustellung nicht. In diesem Zusammenhang sollte die Praxis des Bundesgerichts geändert werden und die Zustellung im Bereich der Amtshilfe an die Regeln der Rechtshilfe angepasst werden.

7. Weiterleitung an Strafbehörden

Art. 38 Abs. 6 BEHG B sieht vor, dass Informationen im Einvernehmen mit der Rechtshilfebehörde des Bundes zu einem anderen Zweck als der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen an Strafbehörden weitergeleitet werden können, soweit die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist. Diese Regel entspricht dem aktuellen Art. 38 Abs. 2 BEHG. Die ausländische Strafbehörde, die einen Verdacht auf eine anderweitige strafbare Handlung hat (z.B. Betrug), muss gemäss Art. 38 Abs. 6 BEHG B ein entsprechendes Gesuch stellen, weil die strafrechtliche Durchsetzung des «Betrugs» keiner Durchsetzung von Regulierungen über die Börsen entspricht. Im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen darf die ausländische Strafbehörde gemäss Art. 67 Abs. 2 lit. a IRSG andere Täter als die im ursprünglichen Gesuch dargestellten verfolgen, soweit die Tat, auf die sich das Ersuchen bezieht, einen anderen Straftatbestand darstellt, für den eine Rechtshilfe zulässig wäre. Die Möglichkeit für die Strafbehörde, einen Sachverhalt zu untersuchen, der sich aufgrund der durch die Amtshilfe erhaltenen Informationen ergibt, ist im Gegensatz zur Rechtshilfe beschränkt. Dies ist aus zwei Gründen gerechtfertigt: Einerseits hat der Gesetzgeber der Verurteilung von Börsendelikten verwaltungsrechtlichen Charakter zugesprochen, so dass eine analoge Anwendung des Verfahrens der Rechtshilfe in Strafsachen nicht mehr sachgerecht ist; andererseits würde ohne eine solche Regel die Rechtshilfe in Strafsachen umgangen. Die

⁹⁴ Bericht zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, http://www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/01/boerseng_bericht.pdf, S. 16.

⁹⁵ BGE 126 II 126, S. 141; Amy, S. 399; Althaus, S. 171; Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 1976–1997, Art. 23^{sexies} LB N 14.

⁹⁶ EBK Bulletin 42 (2002) S. 91.

⁹⁷ BGer. 1A.114/2002, E. 2.4; Bericht zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, S. 17.

Verfolgung eines Betrugs könnte nämlich ohne Beachtung der Regeln über die Rechtshilfe erfolgen, was dem Zweck der Amtshilfe widersprechen würde.

8. Inkrafttreten

Falls der neue Artikel 38 BEHG in Kraft treten wird, ist er auf alle hängigen Verfahren anwendbar. Das Bundesgericht musste sich schon anlässlich des Inkrafttretens des aktuellen Art. 38 BEHG mit der Frage des Zeitpunkts der Anwendung von Art. 38 BEHG befassen und hat entschieden, dass dieser auf die hängigen Verfahren unverzüglich anwendbar sei.⁹⁸ Es handelt sich nämlich um verfahrensrechtliche Vorschriften, welche mit ihrem Inkrafttreten Anwendung finden.⁹⁹ Die neuen Vorschriften sind auch verfahrensrechtlicher Natur, so dass es keinen Grund gibt, von dieser Meinung abzuweichen.

9. Zusammenfassung

Die vorstehend erwähnten Voraussetzungen zeigen, dass gemäss dem Gesetzesänderungsvorschlag die Amtshilfe stark erleichtert werden soll. Das

Weiterleitungsverfahren soll praktisch aufgehoben werden und das Spezialitätsprinzip weiterhin gewährleistet sein, so dass eine Umgehung der Rechtshilfe in Steuersachen vermieden werden kann. Die Informationen dürfen nämlich nur an ausländische Behörden zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen weitergeleitet werden. Die ersuchende Behörde soll die Informationen ohne Verletzung des Spezialitätsprinzips nicht an die Steuerbehörde weiterleiten dürfen. Das IRSG bzw. etwaige Doppelbesteuerungsabkommen bleiben die gesetzlichen Grundlagen, um steuerrelevante Informationen aus der Schweiz zu erhalten. Wenn die ausländische Behörde das Spezialitätsprinzip nicht respektieren würde, könnte die EBK eine zukünftige Kooperation verweigern.

Nichtsdestoweniger enthält der Revisionsentwurf einige mit der Zweckverfolgung der Amtshilfe unvereinbare Änderungen. Es entsteht der Eindruck, dass die Revision auf vorschnelle Weise vorgenommen wurde und ein wichtiger Teil der verfolgten Ziele über eine Revision der Art. 161 ff. StGB hätte erreicht werden hätte können. Ein koordiniertes Vorgehen wäre wünschenswert gewesen.

⁹⁸ EBK Bulletin 37 (1999) S. 25.

⁹⁹ *Pierre Moor*, Droit administratif, Bd. I, 2. Auflage, Bern 1994, S. 171.