

04.069

**Botschaft
zur Änderung der Bestimmung über
die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz
über die Börsen und den Effektenhandel**

vom 10. November 2004

Sehr geehrte Herren Präsidenten,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen hiermit Botschaft und Entwurf zu einer Änderung des Börsengesetzes mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir, folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2000 P 00.3272 Administrativer Beistand in Börsenangelegenheiten
(S 19.9.2000, Studer)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

10. November 2004

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Joseph Deiss

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Die geltende Bestimmung über die Amtshilfe im Börsengesetz ist revisionsbedürftig. Die Amtshilfe ist zurzeit gegenüber einzelnen Staaten vollständig blockiert, und massgebende internationale Richtlinien können nicht eingehalten werden. Die restriktive Amtshilfe nach dem Börsengesetz hat dem Finanzplatz Schweiz den Ruf eingetragen, Marktmissbrauch zu ermöglichen und keine Hand zur wirksamen Verfolgung von Börsendelikten zu bieten. Daraus erwachsen der Schweiz Wettbewerbsnachteile im internationalen Markt, wo die Bewilligung zu wirtschaftlicher Tätigkeit von einer befriedigenden Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Aufsichtsbehörden abhängt. Die Revision liegt deshalb im wirtschaftlichen Interesse des Schweizer Finanzplatzes.

Der vorliegende Revisionsentwurf will die bestehenden Mängel beheben. Neu steht der Grundsatz der Vertraulichkeit unter dem Vorbehalt von ausländischen Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren. Sodann dürfen die übermittelten Informationen neu ohne Zustimmung der Bankenkommision an Zweitinstanzen weitergeleitet werden, allerdings nur zum Zwecke der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effekthändler (Spezialitätsprinzip). Die Übermittlung an Strafbehörden zu einem anderen Zweck ist aber nach wie vor nur möglich, wenn alle Voraussetzungen für eine Rechtshilfe in Strafsachen erfüllt sind, einschliesslich der doppelten Strafbarkeit. Das Kundenverfahren wird beibehalten, aber gestrafft und beschleunigt, um eine Übermittlung der ersuchten Informationen innert sechs Monaten zu ermöglichen.

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

1.1 Geltende Ordnung

Nach der geltenden Amtshilferegelung in Artikel 38 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) kann die Eidgenössische Bankenkommission (Bankenkommission) ausländischen Aufsichtsbehörden unter folgenden Voraussetzungen nicht öffentlich zugängliche Auskünfte erteilen sowie sachbezogene Unterlagen übermitteln:

- Bei der um Amtshilfe ersuchenden Behörde muss es sich um eine Aufsichtsbehörde über Börsen und Effektenhändler handeln (Art. 38 Abs. 2 BEHG), welche die erhaltenen Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwenden darf («*Spezialitätsprinzip*», Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG).
- Die ersuchende Behörde muss an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sein. Entsprechend dürfen die übermittelten Informationen nicht öffentlich bekannt gemacht werden («*Vertraulichkeitsprinzip*», Art. 38 Abs. 2 Bst. b BEHG).
- Die ersuchende Behörde darf die erhaltenen Informationen nicht ohne die vorgängige Zustimmung der Bankenkommission an Dritte weiterleiten. Die Bankenkommission darf nur zustimmen, wenn es sich bei diesen Dritten um Behörden oder Organe handelt, welche mit Aufsichtsaufgaben betraut sind. Sollen die Informationen durch die ausländischen Aufsichtsbehörden an Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet werden, muss die Bankenkommission zudem prüfen, ob die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen wäre. Sie entscheidet darüber im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz («*Prinzip der langen Hand*», Art. 38 Abs. 2 Bst. c BEHG).
- Der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* gilt auch in der Amtshilfe. Das BEHG nennt nur einen Anwendungsfall ausdrücklich, indem es bestimmt, dass die Übermittlung von Informationen über Personen unzulässig ist, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (Art. 38 Abs. 3 BEHG).
- Betreffen die zu übermittelnden Informationen einzelne Kundinnen oder Kunden von Effektenhändlern, so führt die Bankenkommission vor Übermittlung der Informationen ein förmliches Verwaltungsverfahren durch («*Kundenverfahren*», Art. 38 Abs. 3 BEHG).

1.2 Amtshilfe der Bankenkommission für ausländische Behörden¹

1.2.1 Aufgaben und Verfahren der ausländischen Behörden

Die ausländischen Aufsichtsbehörden über die Börsen und den Effektenhandel haben zum Teil Aufgaben, welche über diejenigen der Bankenkommission im Rahmen des Börsengesetzes hinausgehen. Das Bundesgericht hat anerkannt, dass dies einer Amtshilfe nicht im Wege steht². Die Aufgaben umfassen im Wesentlichen folgende Bereiche³:

- Untersuchungen im Bereich des Marktmissbrauchs⁴ (Insiderdelikte, Kursmanipulationen, Verbreiten von irreführenden Informationen etc.);
- Überwachung von Registrierung, Emission, Kauf und Verkauf von Effekten und der damit verbundenen Publizitätspflichten sowie Überwachung der Finanzintermediäre⁵;
- Überwachung von kollektiven Anlageformen⁶;
- Überwachung der Märkte selbst, der Börsen sowie der Clearing- und Abrechnungssysteme⁷;
- Konsumentenschutzaufgaben⁸.

Die Verfahren zur Durchsetzung dieser Bestimmungen sind in den verschiedenen Staaten unterschiedlich. Die britische Financial Services Authority FSA etwa hat schon heute die Befugnis, selber Verwaltungssanktionen gegen beliebige Marktteilnehmer zu erlassen. In vielen anderen Staaten indessen spielen die Straf- und (vor allem in den angelsächsischen Ländern) die Zivilgerichte, an welche die Aufsichtsbehörden mit Anzeigen oder förmlichen Klagen gelangen, eine wesentliche Rolle. Die Tätigkeiten der Aufsichts- und der Strafbehörden überlappen sich, was durch die EU-Marktmissbrauchsrichtlinie noch verstärkt wird.

1 Einen breiteren Überblick über die Praxis der Bankenkommission vermittelt der Amtshilfebericht (Stand Juli 2003) im EBK-Bulletin 45, S. 15 ff.

2 BGE vom 29.10.1998 i. S. BAWE / Thyssen (1), 2A.118/1998, E. 5 b), BGE 125 II 65; BGE vom 10.5.2001 i. S. ASIC / Murrin Murrin, E. 4 c), 2A. 234/2000, EBK-Bulletin 42, S. 61.

3 Eine Übersicht über die Bereiche bietet auch Art. 4 des multilateralen MoU der IOSCO; vgl. Ziff. 1.5.

4 In der EU: Richtlinie 2003/6/EG über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), einsehbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2003/l_096/l_09620030412de00160025.pdf.

5 In der EU: Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente, einsehbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_145/l_14520040430de00010044.pdf, sowie Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, einsehbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2003/l_345/l_34520031231de00640089.pdf.

6 In der EU: Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) hinsichtlich der Anlagen der OGAW.

7 In der EU: Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente, einsehbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2004/l_145/l_14520040430de00010044.pdf.

8 In der EU u. a. geregelt in Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, einsehbar unter: http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2002/l_271/l_27120021009de00160024.pdf.

1.2.2

Hintergrund der Amtshilfesuche an die Bankenkommission

Tätigt ein Marktteilnehmer oder eine Marktteilnehmerin Transaktionen über eine Schweizer Bank oder einen anderen Schweizer Effekthändler an einem ausländischen Markt, so besteht die Möglichkeit, dass diese Transaktionen von der zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde untersucht werden. Scheint eine Transaktion gegen Marktaufsichtsregeln des ausländischen Rechts zu verstossen, stellt die Aufsichtsbehörde ein Amtshilfesuch an die Bankenkommission. Die nachgesuchten Informationen sollen sowohl die Rekonstruktion der verdächtigen Transaktion erlauben als auch die Identifikation der Auftraggeber und der wirtschaftlich Berechtigten ermöglichen.

Die Untersuchung einer Aufsichtsbehörde wird ausgelöst durch bestimmte Ereignisse, die bei der Behörde einen Anfangsverdacht auf Verletzung einer Finanzmarktregelung hervorrufen. Dabei kann es um Marktmanipulationen, Verletzung von Offenlegungsregeln, Insiderdelikte oder andere Verstösse gehen (vgl. Ziff. 1.2.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es für den Anfangsverdacht bei Insidergeschäften, dass Geschäfte unmittelbar vor der Bekanntgabe kursrelevanter Informationen abgeschlossen worden sind⁹. Es ist nicht erforderlich, dass sich der Kurs der betroffenen Aktie im Zeitpunkt des Kaufs oder unmittelbar danach in einer bestimmten Weise entwickelt hat. Ebenso wenig ist notwendig, dass im Zeitpunkt, in dem die Abklärungen aufgenommen werden, mehr als ein abstrakter Verdacht wegen auffälliger Kursverläufe besteht. Um diesen Anfangsverdacht erhärten zu können, braucht die Behörde Informationen über die Hintergründe einer verdächtigen Transaktion wie insbesondere die Namen der beteiligten Personen. Unter den Anfangsverdacht fällt daher grundsätzlich jede Person, welche in der kritischen Zeitperiode eine Transaktion in den besagten Titeln getätigt hat.

1.2.3

Amtshilfverfahren der Bankenkommission

Nach Eingang eines Amtshilfesuchs holt die Bankenkommission die gewünschten Informationen bei der betroffenen Bank oder dem Effekthändler bzw. (selten) bei anderen Dritten ein, nachdem sie sich vergewissert hat, dass die Voraussetzungen für die Amtshilfe erfüllt sind. Kommt die Bankenkommission nach Prüfung der erhaltenen Unterlagen zum Schluss, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für Amtshilfe erfüllt sind, so führt sie ein Übermittlungsverfahren durch und erlässt eine Verfügung, sofern die betroffenen Kundinnen und Kunden nicht auf eine solche verzichten. Durch das Verfahren erlangt die Kundin oder der Kunde Kenntnis von der Untersuchung der ausländischen Behörde. In der Verfügung wird festgelegt, welche Informationen übermittelt werden, in welchem Umfang diese gebraucht werden dürfen und welche Einschränkungen für eine allfällige Weiterleitung an andere Behörden bestehen. Die Informationen umfassen in der Regel den Namen und die Adresse der Kundin oder des Kunden, die Transaktionsdaten sowie Informationen über die Auftragsvergabe. Informationen, welche nicht direkt im Zusammenhang mit den Transaktionen stehen, für welche die Information verlangt wurde – z. B. weitere Guthaben oder Wertschriftenpositionen –, werden nicht übermittelt.

⁹ BGE vom 15. Februar 2002 i. S. HIM Furness (2A.434/2001), E. 4.3.

Die Bankenkommision übermittelt der ausländischen Behörde zudem regelmässig eine Stellungnahme der Kundin oder des Kunden, sofern Letztere oder Letzterer eine solche verfassen will.

Die Kundinnen und Kunden haben Parteirechte; sie können die Übermittlungsverfügung der Bankenkommision mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht anfechten. Die Beschwerden hatten bisher immer aufschiebende Wirkung. Die ersuchende ausländische Aufsichtsbehörde hat hingegen keine Parteistellung. Wird keine Beschwerde erhoben oder die Beschwerde abgewiesen, übermittelt die Bankenkommision die Informationen. Nach der Übermittlung führt die ausländische Behörde ein internes nichtöffentliches Verfahren durch, um jene Fälle auszusondern, welche zusätzliche Verdachtsmomente enthalten. Nur in diesen Fällen verwendet sie die Informationen überhaupt weiter und strengt allenfalls ein Verfahren gegen die betroffenen Personen an. Sofern sie der Auffassung ist, dass Verdachtsmomente vorhanden sind, welche eine Weitergabe an Straf- oder andere Behörden notwendig machen, ersucht sie die Bankenkommision um Zustimmung zur Weiterleitung der Informationen. Die Bankenkommision muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch diesen Entscheid in einem förmlichen Verfahren fällen, das den Betroffenen sämtliche Partei- und Beschwerderechte einräumt und somit insbesondere nochmals die Möglichkeit eröffnet, die Verfügung direkt beim Bundesgericht anzufechten¹⁰. Die betroffenen Kundinnen und Kunden können jedoch auch in diesem Weiterleitungsverfahren auf eine Verfügung verzichten.

1.2.4 Zahl der Amtshilfesuche ausländischer Behörden

Artikel 38 BEHG trat im Februar 1997 in Kraft. Bei der Bankenkommision sind seit diesem Zeitpunkt bis Juni 2004 373 Amtshilfesuche eingegangen¹¹. Die Zahl der jährlichen Gesuche ist steigend. Die Gesuche betrafen über 950 Bankverbindungen, hinter welchen zum Teil wiederum mehrere Kundinnen und Kunden standen. Bis Juni 2004 ordnete die Bankenkommision in 160 Fällen die Übermittlung von Informationen mittels förmlicher Verfügung an. 84 dieser Verfügungen wurden mit Beschwerde vor Bundesgericht angefochten. In 62 Fällen wies das Bundesgericht die Beschwerde ab, wobei es allerdings in einigen dieser Fälle den von der Bankenkommision vorgesehenen Umfang der Amtshilfe reduzierte. 20 Beschwerden wurden vom Bundesgericht gutgeheissen. Zum Teil wies das Bundesgericht die Bankenkommision an, von den ausländischen Behörden zusätzliche Zusicherungen einzuholen. Bislang haben 31 ausländische Aufsichtsbehörden aus 25 Staaten die Bankenkommision um Amtshilfe ersucht.

1.2.5 Durchschnittliche Verfahrensdauer

Muss die Bankenkommision im Kundenverfahren keine Verfügung erlassen (vgl. Ziff. 1.2.3), so kann sie die meisten Amtshilfesuche innert drei bis vier Monaten erledigen. Verlangt die Kundin oder der Kunde hingegen eine Verfügung, so dauern die Verfahren bis zu einem Entscheid des Bundesgerichts normalerweise zwischen

¹⁰ BGE vom 29. Oktober 1998 i.S. BAWe / Thyssen (1) (2A.118/1998), E. 10 b), BGE 125 II 65.

¹¹ Vgl. EBK-Bulletin 45, S. 24 f.

neun und zwölf Monate. In Einzelfällen können die Verfahren aber bis zu drei Jahre dauern, vor allem wenn ein Weiterleitungsverfahren durchgeführt werden muss.

1.3 Amtshilfe ausländischer Aufsichtsbehörden für die Bankenkommission

1.3.1 Untersuchungsverfahren der Bankenkommission

Im Rahmen der Marktaufsicht untersucht die Bankenkommission Transaktionen, welche auf dem schweizerischen Finanzmarkt durchgeführt werden¹². Die Überwachungsstellen der SWX Swiss Exchange und der Eurex AG melden der Bankenkommission gestützt auf Artikel 6 BEHG mögliche Marktmissbräuche an den beiden schweizerischen Börsen. Diese Meldungen werden neben der Bankenkommission teilweise auch den involvierten kantonalen Strafverfolgungsbehörden zugestellt. Die Bankenkommission koordiniert anschliessend die eröffneten Vorabklärungen und Verfahren mit den kantonalen Strafverfolgungsbehörden, vor allem mit dem Kanton Zürich. Beide Behörden sind gemäss Art. 35 Abs. 6 BEHG zu gegenseitiger Rechtshilfe verpflichtet. Weiter besteht für die Bankenkommission bei Kenntnis von strafbaren Handlungen eine Anzeigepflicht gegenüber den zuständigen Strafverfolgungsbehörden.

Die Bankenkommission kann nach geltendem Recht keine verwaltungsrechtlichen Massnahmen gegen Personen anordnen, die ihrer Aufsicht nicht unterstellt sind. Besteht der Verdacht, dass eine solche Person ein Börsendelikt begangen hat, so erstattet die Bankenkommission allenfalls nach Vorabklärungen bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Anzeige.

Hinter gewissen von der Bankenkommission untersuchten Transaktionen stehen wirtschaftlich Berechtigte aus dem Ausland. Schöpft die Bankenkommission in einem solchen Fall den Verdacht, dass ein Verstoß gegen die schweizerische Gesetzgebung vorliegen könnte, so stellt sie ein entsprechendes Amtshilfesuch an die Aufsichtsbehörde des Landes, von welchem aus das fragliche Geschäft getätigt wurde. Die von der ausländischen Aufsichtsbehörde übermittelten Angaben werden in der Regel unter der Bedingung offen gelegt, dass diese ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet werden.

1.3.2 Zahl der Amtshilfesuche der Bankenkommission

Von September 1999 bis Juni 2004 richtete die Bankenkommission in eigenen Marktaufsichtsverfahren 39 Amtshilfesuche an ausländische Aufsichtsbehörden¹³. Diese im Vergleich zur Anzahl ausländischer Aufsichtsgesuche (vgl. Ziff. 1.2.4) viel geringere Zahl erklärt sich aus dem relativ kleinen Anteil des Schweizer Wertschriftenmarktes am Weltmarkt. Dazu kommt, dass im Gegensatz zu den ausländischen Kunden, welche für ihre Investitionen auf anderen Märkten oftmals den Umweg über einen Schweizer Effektenhändler nehmen, die Marktteilnehmer des Schweizer

¹² Gestützt auf Art. 6, 10 und 35 Abs. 3 BEHG.

¹³ Vgl. auch EBK-Bulletin 45, S. 25.

Marktes zumeist über eine Schweizer Bank handeln. Die Schweizer Aufsichtsbehörde kann also direkt auf die Informationen in der Schweiz greifen.

1.4 Mängel der geltenden Ordnung

Bei Erlass des BEHG bestand das Bestreben, mit der Amtshilfe ein Instrument zum schnellen und effizienten Informationsaustausch zur Verfügung zu stellen¹⁴. Die Amtshilferegelung sollte die Probleme einer lokalen Aufsicht auf einem globalen Markt überwinden und die berechtigten Erwartungen der ausländischen Behörden an die Übermittlung von Informationen erfüllen. Die Marktüberwachung kann nicht an geografischen Grenzen Halt machen, welche die Märkte nicht kennen. Der Zugang der zuständigen Behörden zu den verfahrensrelevanten Informationen muss im Einklang sein mit demjenigen der Investoren zu den Märkten.

Die heutige Regelung der Amtshilfe ist sowohl für die Bankenkommission als auch für das Bundesgericht äusserst arbeitsintensiv, und sie kann die in sie gesetzten Erwartungen nicht erfüllen.

1.4.1 Vertraulichkeit und Grundsätze des ausländischen Verfahrens

Die heutigen gesetzlichen Anforderungen an die Vertraulichkeit haben insbesondere zur Blockierung der Amtshilfe für amerikanische Aufsichtsbehörden wie die Securities and Exchange Commission (SEC) geführt. In den USA setzen die Aufsichtsbehörden das Aufsichtsrecht in erster Linie mittels Klagen vor Zivil- oder Verwaltungsgerichten und seltener auch vor Strafgerichten durch. Sobald die Klage hängig ist, sind nach amerikanischem Verfahrensrecht alle zur Begründung der Klage eingereichten Dokumente öffentlich zugänglich. Zudem informieren die US-Aufsichtsbehörden die Öffentlichkeit regelmässig via Medien über die Klageeinreichung (so genannte «litigation release»). Dies alles geschieht aber erst, nachdem sich auf Grund der übermittelten Informationen in einem nichtöffentlichen internen Verfahren ein Verdacht erhärtet hat. Vorher werden die Informationen vertraulich behandelt. Diese Praxis der SEC wird von den anderen Mitgliedern der International Organization of Securities Commissions (IOSCO), der Internationalen Organisation der Aufsichtsbehörden über Effektenmärkte, akzeptiert.

Zwar hat die SEC gegenüber der Bankenkommission nach ausgedehnten Verhandlungen unter Beizug spezialisierter amerikanischer Anwälte eingewilligt, ihre Medienmitteilungen zurückhaltend zu formulieren, und sie hat auch ausdrücklich bestätigt, dass den beklagten Personen die Möglichkeit zusteht, beim Gericht den Ausschluss der Öffentlichkeit zu verlangen (sog. «protective order»). Sie war jedoch nicht bereit, grundsätzlich auf die von ihr in allen Fällen in gleicher Weise verfolgte Praxis des „litigation release“ zu verzichten, weil einem Fall eine via Amtshilfe übermittelte Information aus der Schweiz zugrunde liegt. Aus diesem Grund erachtet das Bundesgericht das Prinzip der Vertraulichkeit nach wie vor als nicht gewahrt. In

¹⁴ BBl 1993 I 1424.

zwei Entscheiden¹⁵ hielt es die amerikanischen Verfahrensgrundsätze denn auch für unvereinbar mit dem geltenden schweizerischen Recht. Als es in der Schweiz noch kein Amtshilfeverfahren gab und sämtliche Auskünfte auf dem Rechtshilfeweg eingeholt werden mussten, beanstandete das Bundesgericht dieses US-interne Verfahren aber weder wegen der öffentlichen Zugänglichkeit der Dokumente im Gerichtsverfahren noch wegen der bereits damals bestehenden Praxis, die Öffentlichkeit via Medien über die Klageeinreichung zu orientieren. Daraus ergibt sich die paradoxe Situation, dass die Übermittlung von Informationen an amerikanische Aufsichtsbehörden auf dem Wege der Rechtshilfe einfacher ist als unter dem jetzigen Regime der Amtshilfe, welches eigentlich zu einer Vereinfachung des Auskunftsverfahrens hätte führen sollen.

Diese bundesgerichtliche Auslegung des Vertraulichkeitsprinzips steht im Gegensatz zur weltweiten Tendenz, Sanktionsverfahren im Bereich der Wertschriftenaufsicht mit mehr Publizität zu führen. Diese Tendenz ist auch in der Schweiz wahrnehmbar. Beispielsweise informiert die Schweizer Börse SWX, anders als die SEC, vermehrt bereits über die Eröffnung von Untersuchungsverfahren und gibt auch die Identität der betroffenen Gesellschaften bekannt. Ausserdem sind in der Schweiz Gerichtsverfahren von Verfassungen wegen spätestens im Verhandlungsstadium grundsätzlich öffentlich¹⁶. Es kommt einem nicht erklärbaren Wertungswiderspruch gleich, wenn die Schweiz von einer ausländischen Aufsichtsbehörde mehr Vertraulichkeit fordert, als sie selbst zu gewähren in der Lage ist¹⁷.

Das multilaterale Memorandum of Understanding (MoU) der IOSCO (vgl. Ziff. 1.5) sieht in diesem Zusammenhang ausdrücklich vor, dass die Informationen von ausländischen Aufsichtsbehörden in einem öffentlichen Verfahren verwendet werden dürfen¹⁸.

1.4.2 Problematik des Prinzips der langen Hand

Das Prinzip der langen Hand beruht auf der Vorstellung, dass den ersuchenden ausländischen Aufsichtsbehörden die Kompetenz zusteht, gestützt auf die übermittelten Informationen selber (Verwaltungs-)Sanktionen zu verhängen, weshalb sie die Informationen nur in Ausnahmefällen an andere Instanzen weiterzuleiten haben. Diese Vorstellung entspricht allerdings in vielen Staaten nicht der Verfahrensausgestaltung (vgl. Ziff. 1.2.1). Auch in der Schweiz kann die Bankenkommission nach geltendem Recht gegen nicht von ihr beaufsichtigte Personen keine Massnahmen ergreifen, sondern nur allenfalls in Koordination mit den Strafbehörden Vorabklärungen treffen (vgl. Ziff. 1.3.1).

Nach Auffassung des Bundesgerichts schliesst das Prinzip der langen Hand – wie auch das Vertraulichkeitsprinzip – jegliche Weitergabe der Informationen von Zweitempfängern an Dritte aus¹⁹. Dies kann die Bankenkommission gegenüber den ausländischen Behörden nicht durchsetzen. Sie kann höchstens die sie ersuchenden

¹⁵ BGE 126 II 126 ff., E. 6 b) und c), und BGE vom 20. Dezember 2001 i.S. Elsag Bailey (2A.349/2001), E. 6.

¹⁶ Art. 30 Abs. 3 Bundesverfassung (BV; SR 101).

¹⁷ So auch das Bundesgericht in BGE 126 II 413 E. 4 b) aa).

¹⁸ Art. 10a (ii) MoU.

¹⁹ BGE vom 24. November 1999 i.S. Equity Journal (2A.51/1999), E. 4 a), veröffentlicht in EBK-Bulletin 40, S. 126 ff.; BGE 126 II 141 E. 6 c) aa).

Aufsichtsbehörden (also die Erstempfänger), mit denen sie regelmässige Kontakte pflegt, um eine Zusicherung anzufragen, dass diese die Informationen nur mit einem Spezialitätsvorbehalt an Zweitempfänger weitergeben. Hingegen kann sie keine direkten Garantien von den Zweitempfängern (z. B. einem Gericht) verlangen, mit denen sie nicht im dauernden Kontakt steht.

Das heutige gesetzliche Erfordernis, die Weiterleitung der Informationen an Gerichte oder andere Aufsichtsbehörden von einer formellen Zustimmung der Bankenkommmission abhängig zu machen, erschwert und verzögert die Amtshilfe in nicht mehr zu rechtfertigender Weise.

1.4.3 Besondere Schwierigkeiten bei der Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden. In der Überwachung der Finanzmärkte fällt die Trennung zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren schwer. Ziel einer Untersuchung ist es, festzustellen, ob ein marktregelwidriges Verhalten vorliegt, und Verstösse zu sanktionieren. Sanktionen können je nach System einen aufsichtsrechtlichen, strafrechtlichen oder auch zivilrechtlichen Charakter haben (vgl. Ziff. 1.2.1). Auch mehrere Sanktionen verschiedenen Charakters sind möglich. Für die Untersuchung können verschiedene Behörden zuständig sein, so insbesondere auch Strafverfolgungsbehörden, welche die anlässlich des Amtshilfeersuchens erhaltenen Informationen daher ebenfalls verwenden können müssen. Der Strafrichter kann seine Tätigkeit je nach System in verschiedenen Stadien der Untersuchung aufnehmen, so zu Beginn, während oder auch nach Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens. Je nach Zeitpunkt seines Tätigwerdens ist eine Trennung zwischen einer aufsichtsrechtlichen und einer strafrechtlichen Stufe des Amtshilfeverfahrens aber künstlich und unpraktikabel, da sich die verschiedenen Verfahren vermischen können. Überdies tauschen die zuständigen Behörden oftmals nicht nur Informationen aus, sondern arbeiten auch zusammen. Dies ist auch in der Schweiz der Fall (vgl. Ziff. 1.3.1).

Eine Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden ist gemäss der geltenden gesetzlichen Regelung nur zulässig, sofern neben der Amtshilfe auch die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies an die Voraussetzung geknüpft, dass die Tat nicht nur im Land der ersuchenden Behörde, sondern – wäre sie in der Schweiz begangen worden – auch nach schweizerischem Recht strafbar wäre (doppelte Strafbarkeit)²⁰. Die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit ist nicht einfach zu erfüllen, weil das schweizerische Börsenrecht weniger weit geht als vergleichbare ausländische Regelungen.

- So wirft z.B. die Insiderstrafnorm²¹ Probleme auf, da das Bundesgericht das Tatbestandselement der kursrelevanten Tatsache, deren Kenntnis bei einem Insiderdelikt zur Erlangung eines Vermögensvorteils ausgenützt wird, eng auslegt²². Unter anderem kann das Ausnutzen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen im Vorfeld einer Gewinnwarnung nach bundesgerichtlicher

²⁰ BGE vom 30. August 1999 i.S. IG Farben (2A.17/1999), E. 4; BGE 125 II 459.

²¹ Art. 161 Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.0).

²² BGE 2A.567/2001 i.S. Intelligent Microsystems Data AB und Information Highway, E. 6.5.2.

Rechtsprechung nicht unter Artikel 161 StGB fallen²³. Dies hat zur Folge, dass eine Strafbarkeit in der Schweiz selbst in klaren Fällen der Ausnützung von Insiderwissen oft nicht vorliegt, weil die vertrauliche Tatsache nicht kursrelevant im Sinne der bundesgerichtlichen Auslegung ist. In der EU²⁴ wird demgegenüber nur auf die Vertraulichkeit und Kursrelevanz der Tatsache abgestellt.

- Im Gegensatz zur EU²⁵ können in der Schweiz nur die in Art. 161 Ziff. 1 StGB aufgezählten Personen Primärinsider sein. Ein Terrorist beispielsweise, welcher einen kursrelevanten Anschlag plant und ausnutzt, ist in der Schweiz als Insider nicht strafbar.
- In der Schweiz fordert die herrschende Meinung ein bewusstes Zusammenarbeiten von Primärinsider und Tippnehmer. Das zufällige Erlangen einer Insidertatsache ist – anders als in der EU – nicht erfasst.
- Ähnlich beschränkt ist der schweizerische Tatbestand der Kursmanipulation²⁶. Er ist neben der Verbreitung von irreführenden Informationen im Rahmen der Transaktionen auf Scheingeschäfte beschränkt, während z. B. die EU-Marktmissbrauchsrichtlinie²⁷ die Manipulation des Marktes durch eine Generalklausel unabhängig von der Art der Begehung der Tat als strafwürdig betrachtet.

Das Prinzip der doppelten Strafbarkeit ist im Übrigen in Amtshilfebestimmungen neuerer Schweizer Gesetze nicht enthalten (vgl. Art. 7 Abs 3 Bst. c Embargogesetz²⁸ und Art. 27 Abs. 3 des Entwurfs zu einem Revisionsaufsichtsgesetz²⁹).

Das Bundesgericht verlangt zudem, dass die ersuchende Behörde einen Zusatzverdacht darlegt, der über den für die Amtshilfe nötigen Anfangsverdacht hinausgeht³⁰. Dieser Zusatzverdacht kann in den meisten Fällen erst begründet werden, nachdem die ausländischen Behörden die Identität der Kundin oder des Kunden in einem Amtshilfeverfahren in Erfahrung bringen konnten. Ohne diese Information ist es nahezu unmöglich, zu beurteilen, ob eine Transaktion mit Insiderwissen durchgeführt wurde. Die Aufsichtsbehörden verschiedener europäischer Staaten unterliegen nach eigenen Angaben bei jedem Verstoss gegen eine Finanzmarktregelung einer absoluten Strafanzeigespflicht. Sie ersuchen die Bankenkommission daher bereits im Amtshilfesuch um Zustimmung zu einer allfälligen Weiterleitung an die Strafbehörden. Ist die doppelte Strafbarkeit nicht gegeben oder kann kein Zusatzverdacht begründet werden, so darf die Bankenkommission in diesen Fällen Informationen nicht einmal im Rahmen der Amtshilfe an die Aufsichtsbehörde übermitteln.

Die heutige Regelung ist für Marktmissbrauchsdelikte untauglich, da deren Verfolgung voraussetzt, dass am Anfang eine grosse Zahl von Transaktionen (einschliesslich ihrer Auftraggeber) untersucht werden kann. Erst bei Kenntnis der Identität der

²³ EBK-Jahresbericht 2001, S. 17.

²⁴ Art. 1 der Richtlinie 2003/6/EG über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), einsehbar unter: http://europa.eu.int/eurlex/pri/de/oj/dat/2003/l_096/l_09620030412de00160025.pdf.

²⁵ Art. 2 der EU-Marktmissbrauchsrichtlinie (Fn. 24).

²⁶ Art. 161^{bis} StGB

²⁷ Fn. 24

²⁸ SR **946.23**

²⁹ BBl **2004** 3969

³⁰ BGE vom 10. Mai 2001 i.S. AXA/UAP (2A.317/2000), E. 5 b).

Auftraggeber von Transaktionen kann erhoben werden, ob eine Person einen verpönten Einfluss ausüben konnte oder über vertrauliche Informationen verfügte. Je nach Eigenschaft und Wissen des Auftraggebers einer Transaktion kann diese nämlich erlaubt sein oder aber einen Marktmissbrauch darstellen.

In der Vernehmlassung wurde verlangt, dass an Stelle des Verzichts auf die doppelte Strafbarkeit andere Optionen geprüft würden:

- So wurde der Vorschlag gemacht, zur Behebung der genannten Probleme in der Amtshilfe nicht oder nicht nur die Amtshilfebestimmung, sondern stattdessen oder zugleich die Insiderstrafnorm (Art. 161 StGB) zu revidieren. Tatsächlich ist im Rahmen der Umsetzung der geänderten Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF/GAFI) geplant, Art. 161 Ziff. 3 StGB zu streichen. Damit würden neu insbesondere auch Wertschriftenverkäufe erfasst, die im Vorfeld einer Gewinnwarnung getätigt werden. Eine Revision von Art. 161 StGB würde das Problem der doppelten Strafbarkeit für den Bereich der Insiderdelikte zwar entschärfen, aber nicht lösen. Selbst wenn die ganze Insidernorm revidiert würde, wäre dies aus mehreren Gründen nicht ausreichend. Zunächst ist die Insiderstrafnorm, wie erwähnt, nur einer aus einer ganzen Reihe von schweizerischen und ausländischen Marktmissbrauchstatbeständen. Damit die Probleme in der Amtshilfe gelöst werden könnten, müssten daher auch die anderen Marktmissbrauchstatbestände im StGB angepasst oder, sofern noch gar nicht vorhanden, neu geschaffen werden, was kurz- und mittelfristig nicht realistisch ist. Zudem kann das Problem, dass das Bundesgericht für die Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden einen über den Anfangsverdacht hinausreichenden Zusatzverdacht verlangt, mit einer Revision des Insiderartikels nicht gelöst werden. Schliesslich widerspricht jedes Erfordernis der doppelten Strafbarkeit den massgebenden IOSCO-Mindeststandards³¹. Aus all diesen Gründen können die Schwierigkeiten in der Amtshilfe durch eine Revision des Insiderartikels nicht beseitigt werden.
- Ein anderer Vorschlag war, die Umschreibung der doppelten Strafbarkeit zu lockern. Die Idee war, anders als in der Rechtshilfe nicht eine konkrete Strafbarkeit nach Schweizer Recht zu verlangen, sondern nur, dass das Schweizer Recht ein bestimmtes Rechtsgut durch eine ähnliche Norm wie das ausländische Recht schützt. Das Bundesgericht hat eine solche Auslegung für das geltende Recht jedoch ausgeschlossen³². Dieser Vorschlag wäre zudem mit internationalen Standards ebenfalls nicht vereinbar und würde nichts an den erwähnten Verfahrensproblemen ändern. Vor allem aber könnte dieser Vorschlag für andere Rechtsbereiche als Modell betrachtet werden, was unerwünscht wäre.
- Schliesslich wurde eine Beibehaltung der doppelten Strafbarkeit und deren Prüfung zu Beginn des Amtshilfeverfahrens, verbunden mit der Abschaffung des vom Bundesgericht verlangten Zusatzverdachts für die Weiterleitung an Strafbehörden, vorgeschlagen. Dies würde zwar das Problem bei Staaten mit absoluten Anzeigepflichten mildern, da die übermittelten Informationen an die Strafbehörden weitergeleitet werden dürften. Es bliebe aber die darge-

³¹ Art. 7c MoU; vgl. Ziff. 1.5.

³² BGE vom 15.4.2002 I. S. Finanzinspektionen / Intelligent Microsystems Data AB und Information Highway AB, 2A.567/2001, E. 6.5.2.

stellte, schwer zu beseitigende Regelungsdifferenz im Bereich der Börsendelikte und die Unvereinbarkeit mit internationalen Standards. Wenn die Bankenkommission die doppelte Strafbarkeit zudem gleich zu Beginn des Verfahrens prüfen müsste und sie nicht gegeben wäre, könnten Informationen auch dann nicht an die ausländische Aufsichtsbehörde übermittelt werden, wenn diese gar nicht die Absicht hätte, die Informationen in einem Strafverfahren zu verwenden. Dies würde scharfe Reaktionen der ausländischen Aufsichtsbehörden zur Folge haben.

1.4.4 Lange Verfahrensdauer durch zweistufiges Verfahren

Soweit die von der Bankenkommission zu übermittelnden Informationen Kundinnen und Kunden von Banken und Effektenhändlern betreffen, ist das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) anwendbar («Kundenverfahren», Art. 38 Abs. 3 BEHG). Das Amtshilfeverfahren ist nach heutiger Regelung in ein Übermittlungs- und ein Weiterleitungsverfahren unterteilt, was zu zwei Verfahren vor Bundesgericht führen kann. Ein Kunde, welcher tatsächlich gegen Marktverhaltensregeln verstossen hat, kann die Behandlung seines Falles im Ausland demnach gestützt auf das geltende schweizerische Verfahrensrecht durch zwei Verwaltungsgerichtsbeschwerden hinauszögern (vgl. Ziff. 1.2.3).

Das schweizerische Kundenverfahren ist in seiner Ausprägung weltweit nahezu einzigartig. Es wird von der Bankenkommission und vom Bundesgericht gemessen an der Arbeitslast jeweils zwar in höchst respektablem Geschwindigkeit abgewickelt. Dennoch kann eine Verfahrensdauer von neun bis zwölf Monaten (wenn der Übermittlungsentscheid angefochten wird) bzw. bis zu drei Jahren (bei Anfechtung eines Weiterleitungsentscheids; vgl. Ziff. 1.2.5) die Ermittlungen der ersuchenden Behörden ausserordentlich erschweren und verzögern. Je länger die Untersuchungen aber dauern, desto mehr verringern sich nach Erfahrung der Bankenkommission bei ihren eigenen Untersuchungen von Börsendelikten die Chancen, einen verdächtigen Vorfall aufzudecken.

1.5 Internationales Umfeld

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

Das schweizerische Kundenverfahren stösst auch auf Unverständnis, da nach dem VwVG die von einem Amtshilfegesuch betroffenen Personen Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht haben und die Amtshilfeverfügungen der Bankenkommission ihnen schriftlich zuzustellen sind (vgl. Ziff. 1.2.3). In Ausnahmefällen könnte die Bankenkommission diese Parteirechte zwar einschränken und ihre Ver-

fügung sofort, d.h. mit deren Eröffnung, vollstrecken³³. Die Bankenkommision hat von diesen Möglichkeiten bisher allerdings noch nie Gebrauch gemacht, da sie den gesetzlich vorgesehenen Kundenschutz nicht aushöhlen will. Der betroffene Bankkunde oder die betroffene Bankkundin erfährt daher im schweizerischen Amtshilfeverfahren in aller Regel von den Ermittlungen der ersuchenden ausländischen Behörde, was ihm oder ihr ermöglichen könnte, Beweismittel zu beseitigen und unrechtmässige Gewinne dem Zugriff der Justiz zu entziehen.

Die geltende gesetzliche Bestimmung ist auch mit den internationalen Richtlinien, insbesondere denjenigen der IOSCO³⁴, unvereinbar. Im Mai 2002 verabschiedete die IOSCO ein multilaterales Memorandum of Understanding (MoU), welches die Zusammenarbeit und den Austausch von Informationen zwischen den Börsenaufsichtsbehörden weltweit regelt. Das Abkommen ist rechtlich nicht bindend; seine Befolgung beruht auf Freiwilligkeit. Trotzdem handelt es sich um den offiziellen Standard der Aufsichtsbehörden, welcher auf allen wichtigen Finanzplätzen Anwendung findet. Das MoU sieht vor, dass die übermittelten Informationen in allen Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren frei verwendet werden können, solange sie der Durchsetzung der Finanzmarktgesetze dienen³⁵. Das Abkommen wahrt somit zwar das Spezialitätsprinzip, aber das in der Schweiz geltende Prinzip der langen Hand ist mit der freien Verwendbarkeit der Informationen nicht vereinbar. Ihr steht insbesondere auch das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit bei der Weiterleitung an Strafbehörden entgegen³⁶. Die Bankenkommision kann das MoU aus diesen Gründen nicht unterzeichnen. Das MoU ist jedoch der Massstab für die internationale Kompatibilität und Kooperationsbereitschaft.

Auf Grund des Prinzips der langen Hand ist die geltende schweizerische Regelung auch nicht EU-kompatibel. Die Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch) bestimmt nämlich, dass die Verweigerung der Amtshilfe innerhalb der Mitgliedstaaten nur in Ausnahmefällen möglich ist (zum Beispiel, wenn die Weitergabe der Informationen die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des ersuchten Mitgliedstaates beeinträchtigen könnte, wenn vor einem Gericht des ersuchten Mitgliedstaates bereits ein entsprechendes Verfahren anhängig ist oder in derselben Sache gegen die genannten Personen bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist)³⁷. Ansonsten sind die Mitgliedstaaten untereinander verpflichtet, innerhalb des Spezialitätsprinzips unverzüglich alle Informationen zu übermitteln, um die sie nachgefragt werden. Die ersuchende Behörde darf diese Informationen im Rahmen ihrer Aufgabe auch in miteinander verbundenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren verwenden. Sollen die Informationen für andere Zwecke gebraucht oder an andere Mitgliedstaaten weitergeleitet werden, so hat die ersuchende Behörde die vorgängige Zustimmung der ersuchten Behörde einzuholen.

³³ Art. 27, 30 VwVG; Art. 111 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG; SR 173.110).

³⁴ Vgl. Ziff. 1.4.1.

³⁵ Art. 10a (ii) MoU (der Text des MoU ist einsehbar unter <http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD126.pdf>).

³⁶ Art. 7c MoU.

³⁷ Vgl. Art. 16 der Richtlinie.

1.6

Interesse der Schweiz und des Schweizer Finanzplatzes an einer funktionierenden Amtshilfe

Der Finanzplatz Schweiz ist stark vom Ausland abhängig. Um ihre Stellung im internationalen Markt halten zu können, braucht die Schweiz eine effiziente, den internationalen Mindeststandards angepasste Amtshilfe. Sonst besteht das Risiko, dass ausländische Börsenaufsichtsbehörden schweizerischen Banken und Effekthändlern wegen mangelhafter Amtshilfe den Zugang zu ihren Börsenmärkten verwehren³⁸ oder wie nach 1980 unilaterale Zwangsmassnahmen³⁹ ergreifen. Auch können Schweizer Börsen im internationalen Börsenwesen Wettbewerbsnachteile erwachsen, wenn im Zuge einer allgemeinen Konzentration internationale Joint Ventures zwischen mehreren Börsen gebildet werden. Denn die Möglichkeit, sich an einem Joint Venture zu beteiligen, hängt nicht zuletzt von einer befriedigenden Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Aufsichtsbehörden ab. Angesichts des heute schon spürbaren und sich in Zukunft noch verstärkenden Wettbewerbsdrucks im Bank- und Börsenwesen ist eine Schwächung der Marktposition auf Grund unzulänglicher Amtshilfebestimmungen fatal. In aufsichtsrechtlicher Hinsicht kann die beschränkte Amtshilfefähigkeit dazu führen, dass ausländische Börsenaufsichtsbehörden der Bankenkommission auf Grund fehlender Gegenseitigkeit keine Amtshilfe mehr leisten können.

Eine mit internationalen Standards kompatible Amtshilfe kommt aber nicht nur den Geschäftsinteressen des Schweizer Finanzplatzes entgegen, sondern sie ist auch wichtig für dessen Ruf. Denn mit einer Revision des Amtshilfeverfahrens kann die Schweiz den Vorwurf entkräften, Marktmissbräuche zu ermöglichen.

1.7

Ergebnisse des Vorverfahrens

1.7.1

Vernehmlassungsverfahren

Einen ersten Gesetzes- und Berichtsentwurf hatte die Bankenkommission 2003 ausgearbeitet und dem Eidg. Finanzdepartement (EFD) im April 2003 übermittelt. Er basierte auf Gesprächen zwischen ihr und der Schweizerischen Bankiervereinigung sowie Vertretern einzelner Banken. Der vom EFD in Einzelpunkten überarbeitete Entwurf für ein Gesetz und eine Botschaft wurde im Januar 2004 den Kantonsregierungen, dem Bundesgericht, 13 politischen Parteien, zehn Spitzenverbänden der Wirtschaft sowie 27 weiteren Organisationen zur Vernehmlassung zugestellt. Die Ergebnisse der Vernehmlassung wurden im Juli 2004 publiziert.

Im Grundsatz zustimmend äussern sich alle an der Vernehmlassung teilnehmenden Kantone sowie SP, FDP, CVP, EDU als auch Economiesuisse, Bankiervereinigung, Verband der Auslandbanken der Schweiz, Schweizerischer Treuhänder-Verband, Schweizerischer Verband unabhängiger Effekthändler, Schweizerischer Versiche-

³⁸ Dasselbe wäre umgekehrt auch in der Schweiz der Fall, denn Art. 53 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11) sieht vor, dass die Bankenkommission einem ausländischen Effekthändler, der Mitglied einer Börse mit Sitz in der Schweiz werden will, eine Bewilligung nur dann erteilt, wenn die zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden in der Lage sind, der Bankenkommission Amtshilfe zu leisten.

³⁹ Vgl. PETER C. HONEGGER, Amerikanische Offenlegungspflichten im Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten, Zürich 1986, S. 61 ff.

rungsverband, RBA Holding, Verband Schweizerischer Kantonalbanken, Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers, SWX, Vereinigung Schweizerischer Handels- und Verwaltungsbanken, Schweizerischer Gewerbeverband, Arbeitsgemeinschaft Swissaid u. a.

Die Befürworter haben aber folgende Bemerkungen angebracht: Die Kantone Zürich und Zug betonen, im Hinblick auf das Bankgeheimnis sei das Spezialitätsprinzip keinesfalls weiter aufzuweichen. Die CVP stellt ihre Zustimmung unter den Vorbehalt, dass das Bankgeheimnis gewahrt wird. Der Kanton Nidwalden kritisiert, dass nach der vorgeschlagenen Gesetzesänderung die Weiterleitung von Informationen an Steuerbehörden in einem Drittland nicht vollständig ausgeschlossen werden kann. Economiesuisse ist in der Aussage unklar: Der Verband begrüsst zunächst die vorgeschlagene Revision des BEHG, will die Lockerungen aber nicht auf andere Gesetze ausgedehnt haben. Im Zusammenhang mit der bevorstehenden Revision des Geldwäschereigesetzes hält er dann fest, er lehne den Verzicht auf die doppelte Strafbarkeit grundsätzlich ab. Der Schweizerische Arbeitgeberverband schliesst sich der Stellungnahme von Economiesuisse an. Auch nach Auffassung des Kantons Aargau und des Verbandes Schweizerischer Kantonalbanken muss die Revision auf die börsliche Marktaufsicht beschränkt bleiben und darf später nicht auf das Banken- und das Geldwäschereigesetz ausgedehnt werden.

Die SVP und die Industrie-Holding lehnen den Verzicht auf die doppelte Strafbarkeit ab und fordern die sorgfältige Prüfung anderer Optionen zur Verbesserung der Amtshilfe⁴⁰. Die Chambre Vaudoise des Arts et Métiers, eine Mitgliedorganisation des Schweizerischen Gewerbeverbandes, lehnt den Verzicht auf den Grundsatz der Vertraulichkeit ab. Ein Anwaltsbüro führt aus, amtshilfeweise an die USA übermittelte Daten würden zwangsläufig im Internet publiziert. Dies sei überaus kritisch zu werten. Daher würden das Spezialitätsprinzip und das Prinzip der langen Hand nicht greifen, wenn sich weltweit jeder Internet-Benutzer durch Lektüre der *litigation releases* (Orientierung der Öffentlichkeit via Medien durch die US-Aufsichtsbehörden) detaillierte Kenntnisse von (behaupteten) Sachverhalten erwerben könne.

1.7.2 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse

Der vorliegende Gesetzesentwurf vereinfacht die Amtshilfe gegenüber ausländischen Aufsichtsbehörden und gestaltet sie wirksamer aus. Damit wird der in ein Postulat umgewandelten Motion Studer⁴¹ entsprochen.

1.8 Grundzüge des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Die vorgeschlagene Regelung enthält folgende zentrale Punkte:

- Am *Spezialitätsprinzip*, also dem Prinzip, dass Informationen nur zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet werden dürfen, wird vollumfänglich festgehalten. Informationen, die im Amtshilfverfahren an eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde übermittelt werden, dürfen daher nicht für andere

⁴⁰ Optionen erläutert unter Ziff. 1.4.3.

⁴¹ Postulat Jean Studer (00.3272), Administrativer Beistand in Börsenangelegenheiten.

Absatz 2 Buchstabe a: Spezialitätsprinzip; Beseitigung des Prinzips der langen Hand innerhalb des Spezialitätsprinzips

Buchstabe a enthält nach wie vor das Spezialitätsprinzip. Danach dürfen Informationen nur an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden übermittelt werden, wenn sie ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet werden. Der ungenaue Begriff der «direkten Beaufsichtigung» wurde durch den international verwendeten Begriff der «Durchsetzung» («enforcement») von Regulierungen ersetzt. Diese Anpassung ist notwendig, da die Übermittlung der Informationen den ersuchenden Behörden gerade ermöglichen soll, ihre landesinternen Regelungen, z.B. mit Sanktionen, durchsetzen zu können. Die Bankenkommision weist die ersuchenden Behörden bei der Übermittlung von Informationen wie bisher ausdrücklich auf den Umstand hin, dass die Informationen nur innerhalb des Spezialitätsprinzips verwendet werden dürfen. Wie bei der Rechtshilfe in Strafsachen gilt dieser Spezialitätsvorbehalt selbst dann, wenn ein ausländisches Verfahren, das gestützt auf die übermittelten Informationen durchgeführt wird, öffentlich ist. Erhalten also dritte Behörden auf Grund der Öffentlichkeit des Verfahrens Informationen über die betroffenen Kundinnen oder Kunden und brauchen sie diese für ihre ausserhalb der Spezialität liegenden Zwecke, so können sich die Kundinnen oder Kunden unter Berufung auf den Spezialitätsvorbehalt dagegen wehren. Sollte die dritte Behörde den Spezialitätsvorbehalt missachten, so sähe sich die Bankenkommision veranlasst zu prüfen, ob sie für den entsprechenden Staat noch Amtshilfe leisten kann.

Neu wird mit dem zweiten Satzteil von Buchstabe a im Rahmen des Spezialitätsprinzips das Prinzip der langen Hand beseitigt. Damit dürfen die ersuchenden Behörden die erhaltenen Informationen ohne Zustimmung der Bankenkommision an andere Stellen weiterleiten, solange diese Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler durchsetzen. Dies können Verwaltungs-, Zivil- und Strafbehörden sowie deren Hilfspersonen, wie zum Beispiel die Polizei, sein. Wie die ausländischen Verfahren oder Behörden organisiert sind, ist somit unerheblich; entscheidend ist allein der Zweck des Gesuchs.

Die Beseitigung des Prinzips der langen Hand im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes bewirkt eine Deblockierung der Amtshilfe bei Verdacht auf Börsendelikte, welche durch die schweizerischen Regelungen nicht abgedeckt werden. Denn im Gegensatz zur heutigen Regelung muss bei Weiterleitung von Informationen an ausländische Strafbehörden die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit und des Zusatzverdachts nicht mehr geprüft werden. Im Spezialbereich der Finanzmarktdelikte rechtfertigt sich dieser Verzicht auf das Prinzip der doppelten Strafbarkeit, da einzige Beziehung des Kunden zur Schweiz normalerweise die Bankverbindung ist und auf Grund der besonderen Struktur dieser Delikte eine Untersuchung ohne Kenntnis des Namens des Kunden nicht durchführbar ist. Es geht hier nicht um den Schutz vor Verfolgung im Ausland bei Delikten, welche nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht strafwürdig sind. Vielmehr wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass ein Kunde, welcher an einer ausländischen Börse handelt, auch die dort bestehenden gesetzlichen Grundlagen beachten muss, selbst wenn er die Transaktionen über einen Schweizer Finanzintermediär ausführt. Für die Weiterleitung von Informationen an die Strafbehörden unter Durchbrechung des Spezialitätsprinzips ist weiterhin die Zustimmung der Bankenkommision erforderlich. Diese muss dafür das Einverständnis der Rechtshilfebehörde des Bundes, des Bundesamtes

für Justiz, einholen. In diesem Weiterleitungsverfahren sind daher alle Erfordernisse der Rechtshilfe wie insbesondere auch das Prinzip der doppelten Strafbarkeit zu beachten.

2.3 **Absatz 2 Buchstabe b: Vertraulichkeitsprinzip**

Ebenfalls beibehalten wird in Buchstabe b das Vertraulichkeitsprinzip, das heisst die Voraussetzung, dass die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sein müssen. Neu bleiben aber im zweiten Satzteil ausländische Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten⁴².

Die ausländische Aufsichtsbehörde behandelt die übermittelten Informationen regelmässig so lange vertraulich, bis sich auf Grund der internen Abklärungen ein Anfangsverdacht erhärtet. Erst dann leitet sie gegen die verdächtige Person Verfahrensschritte ein, die allenfalls eine Publizität nach sich ziehen können.

Ob das Vertraulichkeitsprinzip eingehalten wird, prüft die Bankenkommission nur bei den ersuchenden Behörden, nicht aber bei Behörden, an welche die Informationen weitergeleitet werden (Zweitempfänger, vgl. Ziff. 1.4.2). Erklärt eine ersuchende Behörde, dass sie an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden ist und die übermittelten Informationen nur im Rahmen des Spezialitätsprinzips verwendet und weiterleitet, so soll die Bankenkommission auf diese Erklärung vertrauen dürfen, sofern ihr kein gegenteiliges Verhalten der ersuchenden Behörde bekannt ist.

Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte lehnt die vorgeschlagene Lockerung des Vertraulichkeitsprinzips ab. Er hält insbesondere fest, dass im Rahmen der Amtshilfe auf Grund der rechtlichen Situation in den USA wie auch auf Grund der Praxis der SEC der Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Bankkundinnen und Bankkunden (ohne besondere Vorkehrungen seitens der SEC) nicht gewährleistet ist. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) verbiete in Art. 6 die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland, wenn dadurch die Persönlichkeit der Betroffenen schwerwiegend gefährdet würde. Die Publikation von im Rahmen der Amtshilfe erlangten Personendaten auf Internet durch die SEC im Zusammenhang mit eingeleiteten Verfahren stelle eine solche schwerwiegende Gefährdung dar, denn die zur Frage stehenden Daten seien nach hiesiger Rechtslage als besonders schützenswerte Personendaten zu betrachten.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die amerikanischen Aufsichtsbehörden die übermittelten Informationen vertraulich behandeln, bis sich ein bestehender Verdacht in einem internen Verfahren erhärtet. Erst dann wird die Öffentlichkeit über die Klageeinreichung informiert (vgl. Ziff. 1.4.1). Daher kann nicht gesagt werden, die Persönlichkeit der Betroffenen sei durch diese Informationspraxis schwerwiegend gefährdet. Zudem ist der Bankenkommission kein Fall bekannt, in dem die SEC zusätzlich zum Kundennamen Informationen über Schweizer Bankkonten oder über die Tatsache, dass die Informationen aus der Schweiz stammten, veröffentlicht hätte. Insbesondere aber ist anzufügen, dass die Konsequenzen für die Schweizer Finanzintermediäre gravierend wären, wenn der Standpunkt des Datenschutzbeauftragten

⁴² Vgl. Ziff. 1.4.1.

umgesetzt werden müsste und die Bankenkommission somit nach wie vor nicht im Stande wäre, der SEC Amtshilfe zu leisten.

2.4 Absatz 3: Kundenverfahren

Absatz 3 statuiert wie bisher die Anwendbarkeit des VwVG, wenn Informationen von Kunden und Kundinnen übermittelt werden. Wie in der bundesgerichtlichen Praxis zum Rechtshilferecht⁴³ steht die Beschwerdebefugnis nur dem Kunden oder der Kundin zu, sofern dieser oder diese keine Vertretungsvollmacht erteilt hat. Das Verwaltungsverfahren findet Anwendung unter Vorbehalt der Absätze 4 und 5. Bei der Übermittlung von nichtkundenbezogenen Informationen gelangt das Verwaltungsverfahren wie bis anhin nicht zur Anwendung, womit auch kein Rechtsmittel gegeben ist⁴⁴.

2.5 Absatz 4: Beschleunigung des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens und Verankerung des Verhältnismässigkeitsprinzips

Alle an der Amtshilfe beteiligten Behörden und Parteien sind zu raschem Handeln angehalten. Darauf zielt der Wortlaut von Absatz 4 ab. Einerseits hat die Bankenkommission ihr Verfahren selbst zügig durchzuführen. Andererseits kann sie unter Hinweis auf das rasche Verfahren die verlangten Informationen innert kurzer Frist einholen und muss Fristverlängerungen zur Informationsvermittlung nur noch unter besonderen Umständen gewähren.

Neu wird das Verhältnismässigkeitsprinzip ausdrücklich im Gesetz verankert. Zu diesem allgemeinen Rechtssatz besteht eine differenzierte bundesgerichtliche Praxis, auf welche mit der gesetzlichen Verankerung ebenfalls Bezug genommen wird.

Nach der Praxis des Bundesgerichts verpflichtet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit die Bankenkommission nicht, ihrerseits Abklärungen zu treffen und Informationen nur zu übermitteln, wenn sich der Verdacht der um Amtshilfe ersuchenden Behörde bestätigt. Es ist allein Aufgabe der ersuchenden Behörde, über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden⁴⁵. In einem andern Entscheid kam das Bundesgericht zum Schluss, die Tatsache, dass ein Auskunftsbegehren nur einen kleinen Börsengewinn betreffe, begründe für sich allein keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips⁴⁶. Dieser Entscheid ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass manche ausländischen Behörden Auskünfte auch über Kleintransaktionen verlangen, um auf diesem Weg grössere sachliche und persönliche Zusammenhänge herstellen zu können. Die Bankenkommission wird wie bisher mit den ausländischen Behörden Gespräche führen, damit diese die Anzahl solcher Auskunftsbegehren in Grenzen halten.

⁴³ Vgl. BGE 1A.114/2002, E. 2.4.

⁴⁴ Vgl. BGE vom 9. März 2001 i.S. COB / SBVMB / SITA und Tractebel (2A.352/2000), E. 2 c).

⁴⁵ Entscheid vom 29. Oktober 1998 i.S. Thyssen (2A.101/1998), E. 4, veröffentlicht in EBK-Bulletin 37, S. 19.

⁴⁶ BGE vom 10. März 1999 i.S. Scruttons (2A.595/1998), E. 2 b), veröffentlicht in EBK-Bulletin 38, S. 36.

Der schon in der geltenden Bestimmung enthaltene Grundsatz, dass die Übermittlung von Daten über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, ausgeschlossen ist, wird beibehalten. Zu diesem Grundsatz hat die Bankenkommission die Praxis entwickelt, einen Kundennamen nicht zu übermitteln, wenn nach Darstellung des Kunden nicht er selber, sondern sein Vermögensverwalter ohne sein Wissen und seine Mitwirkung die zu untersuchende Transaktion veranlasst hat, sofern keine Zweifel an dieser Darstellung bestehen⁴⁷.

2.6 Absatz 5: Ausdrückliche Beschränkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf den Kunden; Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens

Werden Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler (d.h. innerhalb des Spezialitätsprinzips) übermittelt, so ist nach Absatz 5 nur die Kundin oder der Kunde zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt. Ihr oder ihm soll es möglich sein, sich gegen die Erstübermittlung ihrer oder seiner Daten an ausländische Behörden zu wehren. Die Bank oder ein anderer Effektenhändler haben keine Beschwerdebefugnis für ihre Kundinnen und Kunden, wenn sie nicht ausdrücklich dazu ermächtigt worden sind. Dies entspricht auch der neuen bundesgerichtlichen Praxis zur Rechtshilfe in Strafsachen⁴⁸.

Das Beschwerdeverfahren soll durch kürzere Fristen beschleunigt werden. Neu gilt eine Beschwerdefrist von zehn Tagen (heute 30 Tage), innert deren der betroffene Kunde oder die betroffene Kundin die Amtshilfeverfügung der Bankenkommission anfechten kann. Da er oder sie im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs bereits vor Erhalt der Verfügung über das laufende Verfahren in Kenntnis gesetzt wird (vgl. Ziff. 1.2.3), ist diese Frist nicht zu kurz bemessen. Die 10-Tage-Frist ist eine absolute Frist. Gesetzliche Bestimmungen über den Stillstand der Fristen sind auf sie nicht anwendbar.

2.7 Absatz 6: Weiterleitung an Strafbehörden unter Durchbrechung des Spezialitätsprinzips

Absatz 6 hält am Prinzip der langen Hand fest, soweit übermittelte Informationen zu anderen Zwecken als zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler – d.h. unter Durchbrechung der in Absatz 2 Buchstabe a geregelten Spezialität, z.B. in Betrugsfällen – an Strafbehörden weitergeleitet werden.

In diesem Fall muss die ausländische Behörde ein neues Gesuch stellen, welches dann von der Bankenkommission im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz behandelt wird. Eine Zustimmung zur Weiterleitung ist nach wie vor nur möglich, wenn die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist. Diese ist an die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit (vgl. Ziff. 1.4.3) geknüpft. Einem Gesuch um

⁴⁷ BGE vom 5. April 2001 i.S. SITA und Tractebel, 2A.350/2000, E. 3c)aa).

⁴⁸ BGE 1A.114/2002, E. 2.4. Vgl. auch Ziff. 2.1.4.

Rechtshilfe in Strafsachen wird nach den dafür geltenden Grundsätzen ferner nicht entsprochen, wenn Gegenstand des Verfahrens eine Tat ist, die auf eine Verkürzung fiskalischer Abgaben gerichtet erscheint oder Vorschriften über währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Massnahmen verletzt⁴⁹. Bei der Weiterleitung an Strafbehörden unter Durchbrechung des Spezialitätsprinzips findet das normale Verwaltungsverfahren Anwendung.

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, da die Bankenkommision vollständig durch Gebühren und Aufsichtsabgaben finanziert wird. Auch verfügt die Bankenkommision schon heute über das zur Durchführung der Amtshilfeverfahren nötige Personal. Zusätzliche Ressourcen wären in geringem Umfang nur dann nötig, falls die Zahl der Amtshilfesuche und der durch sie ausgelösten Verfahren auf Grund der erleichterten Bestimmungen stark ansteigen sollte, was wenig wahrscheinlich ist.

3.2 Auswirkungen auf die Informatik

Die Änderung der Amtshilfebestimmungen hat keine Auswirkungen auf die Informatikstrategie des Bundes.

3.3 Volkswirtschaftliche Auswirkungen

Durch die Änderung der Amtshilfebestimmungen sind keine messbaren volkswirtschaftlichen Auswirkungen zu erwarten.

4 Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht des Bundesrates vom 25. Februar 2004 über die Legislaturplanung 2003–2007 angekündigt (BBl 2004 1149, Beilage 1 Ziff. 1.2). Sie ist auf Grund des internationalen Drucks dringlich.

⁴⁹ Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Mai 1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1).

5

Verhältnis zum europäischen Recht

Mit der vorgeschlagenen Revision wird die schweizerische Amtshilferegelung so ausgestaltet, dass sie internationalen und insbesondere europäischen Mindeststandards entspricht. Das Kundenverfahren (vgl. Ziff. 1.4.4) unterscheidet die schweizerische Amtshilfe aber immer noch von den europäischen Regelungen.

6

Verfassungsmässigkeit

Die vorgeschlagene Änderung des BEHG stützt sich wie das Gesetz selbst auf Artikel 98 BV.

