Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.246/2006 /leb

Urteil vom 14. Dezember 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Müller,
Gerichtsschreiber Wyssmann.

Parteien
A._____,
B._____ Inc. (BVI),
C._____ S.A.,
Beschwerdeführer,
alle vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Thomas Ehrensperger,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission, Amtshilfekammer, Postfach, 3001 Bern.

Gegenstand
Internationale Amtshilfe für die U.S. Commodity Futures Trading Commission (CFTC),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die
Verfügung des Eidgenössischen Bankenkommission
vom 25. April 2006.

Sachverhalt:
A.
Am 23. März 2005 übermittelte die U.S. Commodity Futures Trading Commission (CFTC), Chicago, Illinois, der Eidgenössischen Bankenkommission ein Gesuch um Amtshilfe. Das Amtshilfegesuch richtet sich gegen A._____, die B._____ Group Inc. sowie die B._____ Inc. Vorgeworfen werden A._____ Widerhandlungen gegen den U.S. Commodity Exchange Act insbesondere durch Betrug zum Nachteil von Kunden (ċheating, defrauding and deceiving customers), Tätigwerden als nicht registrierter Terminhandelsberater (Commodity Trading Advisor, CTA), falsche Angaben über den Bewilligungsstatus, die Performance usw. Die CFTC beruft sich auf die gerichtliche Klage, die sie deswegen am 8. September 2004 beim U.S. District Court for the Northern District of Illinois gegen A._____ und verschiedene von ihm kontrollierte oder beherrschte Gesellschaften, u.a. die B._____ Inc. und die B._____ Group Inc. eingereicht hatte. Als Zweck der Klage wird die Rückerstattung der unrechtmässig entgegengenommenen Kundengelder und Herausgabe der unter Verletzung der amerikanischen Anlagevorschriften gemachten Gewinne genannt. Die CFTC weist auf ein bei der H._____ AG in Zürich geführtes Konto hin, auf welchem Kundengelder einbezahlt worden sein sollen, und ersucht die Eidgenössische Bankenkommission um Übermittlung der Unterlagen zu allen eröffneten und geführten Kontoverbindungen seit dem 1. Januar 2001, insbesondere Konto- und Depotauszüge, Überweisungsaufträge, Kontoeingänge, Unterlagen zu allfälligen Wertpapiertransaktionen und Titeltransfers. Sie verlangt ferner Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten und allenfalls weitere sachdienliche Informationen und Unterlagen.
Die Eidgenössische Bankenkommission entsprach dem Ersuchen und forderte die H._____ AG auf, ihr die

von der CFTC verlangten Informationen zu übermitteln. Mit Schreiben vom 21. April 2005 teilte die Bank der Eidgenössischen Bankenkommission mit, sie habe zwei Beziehungen festgestellt, die erste lautend auf A._____, die zweite lautend auf B._____ Inc. (BVI), wobei es sich bei dieser um eine auf den British Virgin Islands (BVI) domizilierte Gesellschaft mit A._____ als Direktor handle. Zu beiden Konten befinden sich in den Unterlagen Vollmachten, lautend auf die B._____ Management (heute D._____ AG) in Zürich.

Die B._____ Inc. (BVI), welche zur Stellungnahme eingeladen worden war, liess der Eidgenössischen Bankenkommission durch ihren Anwalt mitteilen, sie sei eine karibische Gesellschaft ohne Bezug zu den USA. Sowohl die B._____ Inc. (BVI) wie auch A._____ bestreiten die Zuständigkeit der CFTC und widersetzen sich dem Amtshilfegesuch.

Ein weiteres Gesuch der CFTC um Zusatzinformationen vom 29. Dezember 2005 betrifft zwei Bankkonten der B._____ Inc. bei der F._____ Bank sowie bei der E._____& Cie. in Zürich. Gleichzeitig präzisiert die CFTC, dass unter dem Namen B._____ Inc. zwei Gesellschaften bestünden, nämlich die im März 2002 in Illinois/USA gegründete B._____ Inc. (IL) sowie die im Juli 2002 auf den British Virgin Islands gegründete B._____ Inc. (BVI).

Die Eidgenössische Bankenkommission entsprach dem Ersuchen und richtete entsprechende Anfragen an die Banken. Deren Nachforschungen ergaben drei Konten bei der E._____ & Cie., lautend auf die B._____ Inc. (BVI), A._____ sowie die C._____ SA, Panama, deren wirtschaftlich Berechtigter A._____ ist. Bei der Sparkasse G._____, auf welche die Konten von der F._____ Bank überführt worden waren, befanden sich sieben Konten und ein (leeres) Wertschriftendepot der B._____ Inc. (BVI).
B.
Am 25. April 2006 verfügte die Eidgenössische Bankenkommission, dass der CFTC Amtshilfe geleistet und die Informationen einschliesslich Kontoeröffnungsunterlagen und Basisdokumente, Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten, Konto- und Depotauszüge sowie Überweisungsaufträge übermittelt werden.
C.
Mit rechtzeitiger Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen A._____, die B._____ Inc. (BVI) sowie die C._____ S.A., die Verfügung der EBK vom 25. April 2006 sei aufzuheben; eventualiter sei der CFTC mitzuteilen, dass auf den von der Amtshilfe betroffenen Konten weder Commodity Futures noch andere derivative Produkte mit Bezug zu Commodities gehandelt werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangen die Beschwerdeführer, dass die Verfügung an die EBK zur inhaltlichen Ergänzung zurückgewiesen werde.
Die zur Vernehmlassung eingeladene EBK schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nicht ersichtlich ist, weshalb die angefochtene Verfügung zur inhaltlichen Ergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Der verfahrensrechtliche Antrag der Beschwerdeführer ist nicht begründet worden. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten. Im Übrigen ist die Beschwerde zulässig und darauf einzutreten.
2.
Die Amtshilfe gegenüber den ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden richtet sich nach Art. 38 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1). Die Vorschrift wurde am 7. Oktober 2005 geändert und trat am 1. Februar 2006 in Kraft. Als Verfahrensvorschrift findet die geänderte Bestimmung mit ihrem Inkrafttreten sofort Anwendung (Urteil 2A.213/1998 vom 29. Oktober 1998, E. 5b, in: EBK-Bulletin 37/1999 S. 21 ff.; Urteil 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.1). Für die hier angefochtene Verfügung vom 25. April 2006 gilt daher bereits das neue Recht.
3.
Gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. a n.F. BEHG darf die Eidgenössische Bankenkommission ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln, sofern die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (sog. Spezialitätsprinzip); gemäss Abs. 2 lit. b daselbst müssen die ersuchenden Behörden an ein Amts-

und Berufsgeheimnis gebunden sein, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten bleiben.
3.1 Die CFTC hat bereits in einem Schreiben vom 11. April 2003 an die Eidgenössische Bankenkommission betreffend die Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden bei der Amtshilfe nach Art. 38 BEHG ihre Aufsichtsfunktionen beschrieben und zugesichert, die schweizerischen Amtshilfebedingungen erfüllen zu können. Sie ist zuständig für die Überwachung und Durchsetzung von Regulierungen im Bereich von Futures und Commodities. Es handelt sich bei ihr um die US-amerikanische Aufsichtsbehörde für den Warenterminhandel, welche als Finanzmarktaufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 Abs. 2 BEHG zu betrachten ist. Sie hat zugesichert, die übermittelten Angaben nur zur Überwachung des Warenterminhandels und von Warenterminhändlern zu verwenden und somit das Spezialitätsprinzip zu beachten. Der angefochtene Entscheid enthält die zur Durchsetzung des Spezialitätsprinzips nach Art. 38 Abs. 2 lit. a n.F. BEHG erforderlichen Vorbehalte. Diesbezüglich hat das neue Recht keine Änderung gebracht. Bis zum Beweis des Gegenteils ist davon auszugehen, dass sich die CFTC - im Interesse einer funktionierenden Amtshilfe - daran halten wird (BGE 127 II 142 E. 6b S. 147 f.).
3.2 Die CFTC hat im erwähnten Schreiben ferner dargelegt, dass ihr gemäss Section 8 (a) (1) des Commodity Exchange Act (CEA), 7 U.S.C. § 12 (a) (1) (2000) untersagt ist, Daten oder Informationen zu publizieren, welche Geschäftstransaktionen, Marktpositionen, Geschäftsgeheimnisse oder Kundennamen enthalten. Zudem bestimmt § 140.735-5 der Commission's regulations, dass Angestellten und ehemaligen Angestellten der CFTC untersagt ist, vertrauliche oder nichtöffentliche geschäftliche, wirtschaftliche oder offizielle Informationen weiter zu geben. In den vorliegenden Amtshilfeersuchen hat die CFTC für den vorliegenden Fall zudem zugesichert, dass sie in einem allfälligen Verfahren Ausschluss der Öffentlichkeit für vertrauliche Informationen beantragen wird und solche Informationen auch nicht in Medienmitteilungen verwenden werde. Das Amts- oder Berufsgeheimnis in dem durch Art. 38 Abs. 2 lit. b n.F. BEHG geforderten Umfang ist damit gewahrt.
4.
4.1 Gemäss Artikel 38 Abs. 2 lit. a n.F. BEHG ist das Spezialitätsprinzip zu beachten. Es besagt, dass die Eidgenössische Bankenkommission als Aufsichtsbehörde nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen nur übermitteln darf, wenn diese Informationen äusschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden. Hingegen ist nicht mehr erforderlich, dass die ersuchende Behörde, sofern sie die nicht öffentlich zugänglichen Informationen zum ausschliesslichen Zweck der Durchsetzungen von Regulierungen über Börsen usw. an eine andere Behörde weiterleiten will oder muss, vorgängig die Eidgenössische Bankenkommission um Genehmigung ersucht (sog. Prinzip der langen Hand). Gleiches gilt auch im speziellen Bereich der Finanzmarktdelikte. Hier entfallen das Prinzip der langen Hand und das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden bzw. der in diesem Zusammenhang bisher nötige Zusatzverdacht und das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 10. November 2004, BBl 2004 S. 6764; Philippe Jacquemoud, Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG], in: SZW 2005 S. 231; Bovet/Richa, Règles de conduite, audit, entraide et autres développements de la surveillance bancaire et financière, in: Thévenoz/Bovet [Hrsg.], Journée 2005 de droit bancaire et financier, Zürich/Basel 2006, S.148 f.; Urteil 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.1). Das bisherige gesetzliche Erfordernis einer formellen Zustimmung erschwerte und verzögerte das Amtshilfeverfahren, weshalb es fallen gelassen wurde (Botschaft, a.a.O., S. 6756 Ziff. 1.4.2 in fine). Nach wie vor gilt aber das Spezialitätsprinzip, wonach eine allfällige ausländische Zweitbehörde, an welche vertrauliche Informationen weiter gegeben werden, diese nur zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen ...üsw. verwendet. Auf die Bezeichnung der Zweitbehörde oder die Umschreibung ihrer Zuständigkeit kommt es nicht an. Das sind lediglich Indizien, welche auf die Kompetenzen der Behörde schliessen lassen. Entscheidend ist, ob das Verfahren vor dieser Zweitbehörde der Durchsetzung der Finanzmarktaufsicht im umschriebenen Sinn dient.
4.2 Die Beschwerdeführer bestreiten, dass vorliegend das Spezialitätsprinzip eingehalten wird. Sie machen geltend, bei dem von der CFTC beim US District Court for the Northern District of Illinois eingeleiteten Verfahren handle es sich nicht um ein aufsichtsrechtliches Verfahren im Bereich der Finanzmarktaufsicht, sondern um ein Zivilverfahren. Es gehe nicht in erster Linie um das Tätigwerden des Beschwerdeführers 1 als nichtregistrierter Commodity Trading Advisor (Terminhandelsberater), sondern den Beklagten würden andere Verfehlungen vorgeworfen. Zweck der Klage sei auch kein aufsichtsrechtlicher, sondern die Rückführung der durch die Be-

schwerdeführer unter Verletzung des Commodity Exchange Act gemachten Gewinne und der Anlagegelder an die Anleger.

Die Einwände treffen nicht zu. Die CFTC führt eine Untersuchung gegen den Beschwerdeführer 1 und verschiedene von ihm kontrollierte oder beherrschte Gesellschaften. Vorgeworfen wird dem Beschwerdeführer 1 insbesondere Betrug zum Nachteil von Kunden (¨cheating, defrauding and deceiving customers¨) durch das Tätigwerden als nicht bei der CFTC registrierter Commodity Trading Advisor, durch falsche Angabe seines Bewilligungsstatuts, durch falsche Darstellung der Gewinnmöglichkeiten und Verlustrisiken, Fälschung der bisherigen Performance usw. Es handelt sich um Widerhandlungen gegen den U.S. Commodity Exchange Act. Als Zweck der gerichtlichen Klage nennt die CFTC die Rückerstattung der unrechtmässig entgegengenommenen Kundengelder sowie die Rückerstattung der unter Verletzung der amerikanischen Anlagevorschriften gemachten Gewinne an die Anleger. Mit dem Amtshilfegesuch geht es dem CFTC somit darum, Kundengelder aufzuspüren, um sie den Berechtigten zurückzuerstatten. Es handelt sich um ein aufsichtsrechtliches Anliegen, für welches Amtshilfe erteilt werden kann. Dass die gerichtliche Beschwerde als zivilrechtliche bezeichnet und bei einem Zivilgericht anhängig gemacht wird, ändert an dieser Qualifikation nichts. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung zu Recht darlegt, ist auch sie im Rahmen ihrer aufsichtsrechtlichen Tätigkeit befugt und verpflichtet, gegen illegale Finanzintermediäre vorzugehen und die nötigen Anordnungen zu treffen (BGE 126 II 111 E. 3). Solche Massnahmen können bis zur Auflösung der betroffenen Unternehmung reichen (Art. 36 BEHG), wobei es auch Aufgabe der EBK ist, unrechtmässig entgegengenommene Kundengelder zurückzuerstatten. Die Tätigkeit der CFTC im Rahmen der gegen die Beschwerdeführer eröffneten Verfahren ist in keinem anderen Licht zu sehen.

5.

5.1 Der neue Art. 38 Abs. 4 BEHG erwähnt nunmehr ausdrücklich das Verhältnismässigkeitsprinzip, das im Amtshilfeverkehr im Rahmen der Börsenaufsicht zu beachten ist. Es besteht hierzu bereits eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung. Danach dürfen Informationen nur übermittelt werden, die mit dem Gegenstand, für welchen Amtshilfe gewährt werden soll, verbunden sind. Dass heisst, die Informationen müssen geeignet sein den relevanten Sachverhalt aufzudecken. Verboten sind reine Beweisausforschungen (¨fishing expeditions¨). Dabei ist zu beachten, dass der ersuchenden Behörde die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem Auftrag zu messen ist, ob ein hinreichender Anlass für die Gewährung von Amtshilfe besteht. Die Vorinstanz hat sich auch nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen aufgeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. Sie ist an die Darstellung des Amtshilfegesuchs gebunden, sofern diese nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden kann (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417 mit Hinweisen, ferner 129 II 484 E. 4.1 S. 493 f., 127 II 142 E. 5a).

5.2 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Amtshilfe an die CFTC sei nicht zu gewähren, weil das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt sei. Die vorliegend von der CFTC herausverlangten Informationen und Bankunterlagen seien für die amerikanische Untersuchung und das gerichtliche Verfahren völlig unerheblich. Die CFTC sei nur für den Handel mit Commodity Futures und damit im Zusammenhang stehenden derivativen Produkten zuständig. Die Durchsicht der von der Amtshilfe betroffenen Konten ergäbe indes, dass auf diesen Konten Anlagen in Aktien, Obligationen oder in anderen Produkten (insbesondere Zinsprodukten) getätigt worden seien, welche keinen Bezug zu Commodities aufweisen würden. Für den Bereich ausserhalb von Commodities sei bei standardisierten Produkten in den Vereinigten Staaten die Securities Exchange Commission (SEC) zuständig als die eigentliche, umfassende Aufsichtsbehörde über die Finanzmärkte.

Dazu ist Folgendes zu bemerken: In der ersten Klage an den US District Court for the Northern District of Illinois vom 8. September 2004, welche die CFTC gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 und weitere Firmen des Beschwerdeführers 1 eingereicht hatte, hielt die CFTC fest, dass die Beschwerdeführer mindestens USD 2,4 Mio. von mindestens 43 Kunden erhalten hätten, die sie in Commodity Futures investiert hätten. In der zweiten, ergänzten Klageschrift an das US-Bezirksgericht vom 19. Januar 2005 führte die CFTC aufgrund neuer Erkenntnisse aus, dass der Beschwerdeführer 1 und seine Firmen mindestens USD 5,4 Mio. von mindestens 72 Kunden bekommen hätten, wobei sie mindestens USD 3,2 Mio. in Commodities angelegt hätten. Ein Anfangsverdacht in Bezug auf den Handel mit Terminkontrakten hat sich somit erhärtet. Diesen hat die Vorinstanz nicht zu überprüfen, sondern sich an die Darstellung im Amtshilfegesuch zu halten. Wenn daher die B._____-Firmen über Konten schweizerischer Banken ebenfalls Kundengelder aquirierten, besteht zumin-

dest die Möglichkeit, dass Gelder davon in Commodities flossen.

Dass in den gesammelten Bankunterlagen nicht ausdrücklich auf Warentermingeschäfte oder andere Commodities hingewiesen wird, vermag diesen Verdacht nicht zu entkräften. Die investierten Gelder können dennoch in Terminkontrakte geflossen sein. Dies erst recht, nachdem gemäss den vorläufigen Erkenntnissen der CFTC in den beiden gerichtlichen Eingaben die B._____-Firmen sowohl mit Commodities wie auch mit anderen Anlagen Handel betrieben. Zudem könnten Erlöse aus solchen Geschäften oder dabei erwirtschaftete Kommissionen auf schweizerische Konten transferiert worden sein. Die Abklärungen hierüber obliegen indessen der ausländischen Behörde, nicht der Vorinstanz.

6.
Die Beschwerdeführer machen geltend, dass es sich bei der Beschwerdeführerin 2 um eine auf den British Virgin Islands (BVI) domizilierte Gesellschaft handle. Diese sei in den Vereinigten Staaten nie tätig geworden. Sie habe dort weder Handel mit irgendwelchen Produkten betrieben, noch Anleger mit Wohnsitz in den Vereinigten Staaten angeworben. Die CFTC sei daher als fremdländische Behörde für die Beschwerdeführerin 2 nicht zuständig.

Der Einwand überzeugt nicht. Unbegründet ist vorab der Vorwurf, die CFTC habe die Vorinstanz hinsichtlich des Domizils der Beschwerdeführerin 2 auf den British Virgin Islands zu täuschen versucht. In der gerichtlichen Klage vom 8. September 2004 wies die CFTC darauf hin, dass die Beschwerdeführerin 2 im Juli 2002 auf den British Virgin Islands gegründet worden sei. Ein Doppel dieser Klage lag auch dem ersten Amtshilfegesuch vom 23. März 2005 bei. In der Klage (S. 4) legte die CFTC zudem dar, dass die Beschwerdeführerin 2 Kunden via Internet, mit Drucksachen und an öffentlichen Seminaren (m̈oney shows)̈ auffordere, in Fixed-Income-Produkte zu investieren, wobei Website und Prospekte der Beschwerdeführerin 2 aufzeigen würden, dass mindestens einige der von ihr angepriesenen Fonds in Warentermingeschäften Handel betreiben würden. Der Beschwerdeführer 1 als alleiniger Eigentümer der Beschwerdeführerin 2 leite diese von seinem Wohnsitz in Chicago/Illinois aus.

Richtig ist aber, dass die CFTC offenbar erst in einem späteren Zeitpunkt Kenntnis von der Existenz oder Tätigkeit der im März 2002 in Illinois (IL) gegründeten gleichnamigen B._____ Inc. Kenntnis erhielt. Jedenfalls wird dieses Unternehmen erst in der zweiten gerichtlichen Klage vom 19. Januar 2005 erwähnt, die der Vorinstanz mit dem Amtshilfegesuch vom 29. Dezember 2005 übermittelt wurde. Dieser Beschwerdeeingabe ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer 1 und die B._____-Unternehmen die Namen B._____ Inc., B._____ (BVI) und B._____ (IL) wechselweise benutzen. Damit besteht aber in Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 der Verdacht, dass auch sie auf dem amerikanischen Markt mit Terminkontrakten tätig war. Die Ausführungen der Beschwerdeführer oder die von der EBK erhaltenen und zur Übermittlung vorgesehenen Informationen vermögen diesen Verdacht jedenfalls nicht zu entkräften. Daher ist auch in Bezug auf die Beschwerdeführerin 2 Amtshilfe in dem durch die angefochtene Verfügung vorgesehenen Umfang zu gewähren.

7.
Die Beschwerde ist klarerweise unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens sind den Beschwerdeführern gemeinsam aufzuerlegen; sie haften hierfür solidarisch (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.– wird den Beschwerdeführern unter Solidarhaft auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern sowie der Eidgenössischen Bankenkommission schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 14. Dezember 2006

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: