Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.434/2001/sch

Urteil vom 15. Februar 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Häberli.

A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Gregor Marcolli, Bahnhofplatz 5, Postfach 6233, 3001 Bern,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission.

Internationale Amtshilfe für die niederländische "Stichting Toezicht Effectenverkeer" betreffend die Übernahme der "X._____"

(Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 28. August 2001)

Sachverhalt:
A.
Die "X._____" und deren Mehrheitsaktionärin, die "Y._____", informierten am 30. November 1999, dass Letztere ein öffentliches Angebot für Aktien der "X._____" in Betracht ziehe; am 20. Januar 2000 publizierte die "Y._____" alsdann ihre Offerte von 60 Euro pro Aktie.

Im Vorfeld dieser Bekanntmachungen stieg der Preis der "X._____"-Aktie von ??43.90 am 20. Oktober auf ??53.50 am 29. November 1999. Deshalb hat die niederländische Aufsichtsbehörde über die Börsen und den Effektenhandel, die "Stichting Toezicht Effectenverkeer" (STE), eine Untersuchung angehoben. Sie will insbesondere abklären, ob bei den Transaktionen, welche vor dem 30. November 1999 getätigt worden sind, gegen das Verbot von Insidergeschäften verstossen worden ist. Zu diesem Zweck ist sie unter anderem an die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) gelangt; mit Schreiben vom 14. Mai 2001 hat sie um Amtshilfe bezüglich der "Bank B._____" in Zürich ersucht, welche zwischen dem 20. Oktober und dem 15. Dezember 1999 13'800 Aktien der "X._____" gekauft und 2'814 verkauft habe.
B.
Der Aufforderung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 18. Mai 2001 entsprechend, lieferte die Bank B._____ die von der STE gewünschten Informationen und lud A._____ - den Kunden, in dessen Auftrag sie den Grossteil der fraglichen Transaktionen getätigt hatte - ein, sich zum Amtshilfegesuch vernehmen zu lassen. In seiner Stellungnahme vom 20. Juni 2001 bestritt A._____, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Amtshilfe vorliegend erfüllt seien (vgl. Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG; SR 954.1]).

Die Bankenkommission verfügte am 28. August 2001, der STE werde Amtshilfe gewährt. Ihr seien Name und Anschrift von A._____ sowie die Tatsache mitzuteilen, dass die Bank B._____ für diesen im Zeitraum von 25. Oktober bis zum 9. November 1999 insgesamt 9'500 Aktien der "X._____" gekauft und am 6. März 2000 wieder verkauft habe; weiter seien ihr Kopien der sieben Belege für die entsprechenden Online-Transaktionen zu übermitteln (Ziff. 1). Gleichzeitig wies sie die STE darauf hin, dass diese Informationen

ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwertet (Ziff. 2) und nicht ohne Zustimmung der EBK an Zweitbehörden weitergeleitet werden dürften (Ziff. 3).
C.
Hiergegen hat A._____ am 2. Oktober 2001 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht eingereicht mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung

aufzuheben und das Amtshilfegesuch der STE abzuweisen. Eventuell sei das Gesuch - infolge formeller Mängel - zur Zeit abzuweisen.

Die Eidgenössische Bankenkommission schliesst auf Abweisung der Beschwerde.
D.
Der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat der Beschwerde mit Verfügung vom 24. Oktober 2001 die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
In Anwendung des Börsengesetzes ergangene Amtshilfeverfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission unterliegen (unmittelbar) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 39 BEHG; BGE 127 II 323 E. 1 S. 325). Als durch die Amtshilfe betroffener Bankkunde ist der Beschwerdeführer hierzu legitimiert (Art. 103 lit. a OG; vgl. BGE 125 II 65 E. 1 S. 69, mit Hinweis). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Eingabe ist somit einzutreten.
2.
Nach Art. 38 Abs. 2 BEHG kann die Eidgenössische Bankenkommission ausländischen Aufsichtsbehörden unter gewissen Voraussetzungen nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln. Es muss sich dabei um "Aufsichtsbehörden über Börsen- und Effektenhändler" handeln, die solche Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwenden (Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG; "Spezialitätsprinzip") und zudem "an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden" sind (Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG). Die Informationen dürfen "nicht ohne vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde oder aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag an zuständige Behörden und Organe, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind", weitergeleitet werden (Art. 38 Abs. 2 lit. c Satz 1 BEHG; "Prinzip der langen Hand"). Die Weiterleitung an Strafbehörden ist untersagt, soweit die Rechtshilfe in Strafsachen ausgeschlossen wäre. Die Aufsichtsbehörde entscheidet hierüber im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Polizeiwesen (Art. 38 Abs. 2 lit. c Sätze 2 und 3 BEHG). Soweit die zu übermittelnden Informationen einzelne Kunden von Effektenhändlern betreffen ("kundenbezogene Informationen"), ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren anwendbar. Die Bekanntgabe von
Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, ist unzulässig (Art. 38 Abs. 3 BEHG; "unbeteiligte Dritte").
3.
3.1 Bei der STE handelt es sich um die Aufsichtsbehörde der Niederlande für den börslichen und ausserbörslichen Effektenhandel; sie überwacht diesen insbesondere auch im Hinblick auf allfällige Insiderverstösse. Wie sie versichert, unterliegen ihre Organe, gleich wie sie selbst, der Geheimhaltungspflicht. Mithin kann ihr die EBK grundsätzlich Amtshilfe nach Art. 38 BEHG leisten.
3.2 In der angefochtenen Verfügung wird der STE die Verwendung der "Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels" bewilligt (Ziff. 2 des Dispositivs). Die STE hat sich - sowohl im für die Amtshilfe zwischen ihr und der EBK grundlegenden Briefwechsel (vgl. das Schreiben vom 9.Januar 2001) als auch im Amtshilfegesuch selbst - unzweideutig verpflichtet, diese Beschränkung zu respektieren. Damit ist dem in Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG statuierten Grundsatz der Spezialität Genüge getan, woran die Tatsache nichts zu ändern vermag, dass es zum Aufgabenbereich der STE gehört, die Strafverfolgungsbehörden zu informieren, wenn sie im Rahmen ihrer Abklärungen auf strafrechtlich relevante Vorkommnisse stösst. Die Bankenkommission unterliegt nach schweizerischem Recht einer ähnlichen Regelung: Erhält sie Kenntnis von strafbaren Handlungen, so ist sie zur unverzüglichen Benachrichtigung der zuständigen Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, denen sie alsdann auch Rechtshilfe zu leisten hat (vgl. Art. 35 Abs. 6

BEHG). Es käme einem unerklärlichen Wertungswiderspruch gleich, eine entsprechende Anzeigepflicht - mit der damit verbundenen Befreiung vom Amtsgeheimnis - zwar für die Bankenkommission
landesintern vorzusehen, die Gewährung der Amtshilfe jedoch davon abhängig machen zu wollen, dass die nachsuchende ausländische Aufsichtsbehörde ihrerseits gerade keiner solchen Pflicht unterliegt (BGE 126 II 409 E. 4b/aa S. 412 f., mit Hinweisen). Demnach kann offen bleiben, ob die STE zur Weitergabe von Informationen an die Strafverfolgungsbehörden gesetzlich verpflichtet ist, wie es sich nach Auffassung des Beschwerdeführers aus dem Briefwechsel zwischen ihr und der EBK ergibt (vgl. das Schreiben vom 9. Januar 2001), oder ob ihr ein entsprechendes Vorgehen freisteht, wie sie im Amtshilfegesuch vom 14. Mai 2001 ausdrücklich geltend macht. Die fragliche "Pflicht" zur Weiterleitung vermag die Gewährung von Amtshilfe so oder anders nicht generell auszuschliessen.
3.3 Die STE wird in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine "Weiterleitung [der übermittelten Informationen]an Zweitbehörden gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. c BEHG der Zustimmung durch die Eidgenössische Bankenkommission bedarf" und dass deren "Zustimmung vor der Weiterleitung... einzuholen" sei (Ziff.3 des Dispositivs).
3.3.1 Im Briefwechsel zwischen ihr und der EBK hat die STE deutlich gemacht, dass sie um Zustimmung nachsuchen wird, bevor sie ihr übermittelte Informationen weiterleitet (Schreiben vom 9. Januar 2001). Im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden hat sie diese Zusage ohne Einschränkung abgegeben. Dabei ist unerheblich, wenn sie grundsätzlich beabsichtigt, eine entsprechende Zustimmung der EBK jeweilen bereits im Gesuch um Amtshilfe zu verlangen; es wird Sache der EBK sein, gegebenenfalls zu verhindern, dass durch ein solches Vorgehen die Regeln der Rechtshilfe unterlaufen werden, wie es der Beschwerdeführer befürchtet. Hinsichtlich der (offenbar selten vorkommenden) Situation, dass die Mitglieder der STE in einem Zivil- oder Strafprozess als Zeugen oder Experten geladen werden und verfahrensrechtlich zur Aussage verpflichtet sind, hat die STE zugesagt, sie werde sich im Sinne von "best efforts" - insbesondere auch mit rechtlichen Mitteln - einer Offenlegung von Informationen widersetzen, wenn die EBK deren Weiterleitung nicht zugestimmt habe.
3.3.2 Gestützt auf die dargestellten Versicherungen kann an sich darauf vertraut werden, dass die STE den Spezialitätsgrundsatz und das "Prinzip der langen Hand" einhalten wird. Das Börsengesetz verlangt diesbezüglich keine völkerrechtlich verbindliche Zusage. Solange sich der gesuchstellende Staat effektiv an den Spezialitätsvorbehalt hält und keine Anhaltspunkte bestehen, dass er dies im konkreten Fall nicht tun würde, steht der Amtshilfe insoweit nichts entgegen. Nur wenn die ausländische Aufsichtsbehörde im Rahmen der von ihr zugesagten "best efforts" tatsächlich nicht in der Lage ist, dem Spezialitätsvorbehalt bzw. dem "Prinzip der langen Hand" angemessen Nachachtung zu verschaffen, hat die Bankenkommission ihr gegenüber allenfalls ihre Praxis zu überdenken (BGE 127 II 142 E. 6b S. 147 f.; 126 II 409 E. 4b/bb S. 413, 126 E. 6b/bb S. 139).
3.3.3 Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, stellen sich jedoch vorliegend gewisse Fragen bezüglich der Zusagen der STE: Im Amtshilfegesuch erklärt diese nicht gleich klar wie im Schreiben vom 9. Januar 2001, dass sie die EBK um die erforderliche Zustimmung angehen werde, bevor sie ihr übermittelte Informationen weiterleite. Sie führt vielmehr Folgendes aus: "the STE will neither make public nor transmit the obtained information to other authorities... without the prior consent of the SFBC [d.h. der EBK], except where disclosure is necessary for the purpose of performing its duties or implementing the Act 1995 [Act on the Supervision of Securities Trade]". Für sich allein genommen, könnte diese Aussage so verstanden werden, dass die STE in jenen Fällen, in denen es für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist, ihr übermittelte Informationen weiterleiten würde, ohne vorgängig die Zustimmung der EBK einzuholen. Eine derartige Zusage würde den Anforderungen der Rechtsprechung nicht genügen (vgl. BGE 126 II 126 E. 6b/cc S. 140 bezüglich einer ähnlich formulierten Zusicherung der amerikanischen "Securities and Exchange Commission"). Eingangs nimmt die STE jedoch ausdrücklich Bezug auf ihr Schreiben vom 9. Januar 2001, in
welchem sie sich - im Rahmen von ausführlicheren Erläuterungen - klar zur Frage der Weitergabe von Informationen geäussert hat (vgl. E. 3.3.1). Die Ausführungen im Amtshilfegesuch sind deshalb im Zusammenhang mit den Zusagen zu lesen, welche die STE im Rahmen des Briefwechsels mit der EBK gemacht hat. Im Licht des Verweises auf das Schreiben vom 9. Januar 2001 kann davon ausgegangen werden, dass die abweichende Formulierung im Amtshilfeersuchen keine Änderung der Haltung der STE zum Ausdruck bringen soll. Soweit sich die späteren Zusagen in ihrem Sinngehalt von den früheren unterscheiden, ist dies aller Wahrscheinlichkeit nach darauf zurückzuführen, dass die im Briefwechsel mit der EBK gemachten Erläuterungen im Amtshilfegesuch verkürzt dargestellt wurden.

3.3.4 Dennoch kann dieser Umstand nicht einfach übergangen werden: Angesichts der Bedeutung des "Prinzips der langen Hand" ist noch einmal klarzustellen, dass die Bankenkommission aufgrund des geltenden Rechts nicht mehr befugt wäre, der STE Amtshilfe zu leisten, falls diese der fraglichen Beschränkung nicht ausreichend Rechnung tragen würde. Es ist deshalb angezeigt, mit der Übermittlung der Informationen im konkreten Fall ausdrücklich auf den diesbezüglichen (latenten) Widerspruch zwischen der Zusage gemäss Briefwechsel und jener gemäss Amtshilfegesuch hinzuweisen. Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist, unter Hinweis auf die problematische Passage des Amtshilfegesuchs, unmissverständlich als Vorbehalt und nicht als blosser Hinweis zu formulieren. So wird deutlich gemacht, dass die fraglichen Angaben nur unter der Bedingung gemacht werden können, dass die STE vor einer Weiterleitung an andere Behörden die Zustimmung der Bankenkommission einholt, welche hierüber erneut zu verfügen hat (vgl. BGE 125 II 65 E. 10 S. 77 f.).
4.
4.1 Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Amtshilfe verhältnismässig zu sein. Verboten sind reine Beweisausforschungen ("fishing expeditions"), wobei indessen nicht die gleich strengen Regeln gelten können wie bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Dabei ist zu beachten, dass ihr in der Regel die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob hinreichende Verdachtsmomente bestehen, welche die Gewährung der Amtshilfe rechtfertigen. Ausgeschlossen ist jedoch die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (Art. 38 Abs. 3 letzter Satz BEHG; BGE 126 II 409 E. 5a S. 413 f., mit Hinweisen).
4.2 Bekanntlich ersuchte die STE um Amtshilfe wegen des Verdachts, dass es anlässlich der (vollständigen) Übernahme der "X._____" durch die "Y._____" zu Insidergeschäften gekommen sei. Sie bezog sich dabei auf konkrete, durch die "Bank B._____" abgewickelte Geschäfte (13'800 gekaufte und 2'814 verkaufte Aktien), welche in der Zeitspanne vom 20. Oktober bis zum 15. Dezember 1999 getätigt worden waren, also in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Bekanntgabe des öffentlichen Übernahmeangebots am 30. November 1999 bzw. 20. Januar 2000. Ob der Zeitraum, für welchen die STE über Transaktionen informiert zu werden wünscht (März 1999 bis März 2000), allenfalls zu weit gefasst ist, kann dahingestellt bleiben. Der Beschwerdeführer hat seine Käufe allesamt zwischen dem 25. Oktober und dem 9. November 1999 getätigt, weshalb sie Teil jener Geschäfte bilden, von welchen die STE bereits Kenntnis hatte und bezüglich welcher sie ausdrücklich um zusätzliche Informationen ersuchte.
4.3 Im Rahmen einer Abklärung, ob Insiderinformationen ausgenutzt worden sind, kann die (blosse) Tatsache, dass Geschäfte unmittelbar vor der Bekanntgabe kursrelevanter Informationen abgeschlossen worden sind, zulässigerweise Anlass zu Amtshilfehandlungen geben (vgl. BGE 126 II 409 E. 5b/aa S. 414; 126 E. 6a/ bb S. 137; 86 E. 5b S. 91). Es ist nicht erforderlich, dass sich der Kurs der betroffenen Aktie im Zeitpunkt des Kaufs oder unmittelbar danach in einer bestimmten Weise entwickelt hätte. Ebensowenig ist notwendig, dass im Zeitpunkt, in dem die Abklärungen aufgenommen werden, mehr als ein abstrakter Verdacht wegen auffälliger Kursverläufe besteht. Die Frage, ob der Betroffene tatsächlich von Insiderinformationen profitiert hat oder sich eine andere Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften zu Schulden kommen liess, bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens. Die Transaktionen, welche in einer gewissen zeitlichen Nähe zur Bekanntgabe von kursbeeinflussenden Informationen getätigt werden, lassen sich äusserlich nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen. Ziel und Zweck der Amtshilfe ist es gerade, der ausländischen Aufsichtsbehörde zu ermöglichen, die entsprechende Ausscheidung zu treffen (gestützt auf die eingeholten
Informationen einerseits und auf eigene Untersuchungen andererseits). Der Gesetzgeber hat die Amtshilfe geschaffen, um den Aufsichtsbehörden zu ermöglichen, adäquat und zeitgerecht zum Schutz der zusehends vernetzten Märkte reagieren zu können (vgl. BGE 126 II 409 E.5b/aa S. 414; 126 E. 6a/bb S. 137; 125 II 65 E. 6b/bb S. 74).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer in den Wochen vor Bekanntwerden des Übernahmeangebots der "Y._____" eine grosse Zahl von "X._____"-Aktien gekauft. Mithin besteht unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten genügend Anlass für die schweizerischen Behörden, der STE Amtshilfe nach Börsengesetz zu gewähren, und der Beschwerdeführer kann nicht ernsthaft als unbeteiligter Dritter gelten, nachdem die zu untersuchenden Transaktionen sowohl über sein Konto als auch in seinem Auftrag abgewickelt wurden (BGE 126 II 409 E. 5b/bb S.415, mit Hinweis). Im Übrigen sind die Angaben, welche die STE der EBK übermittelt hat, genügend

detailliert und auch ausreichend belegt, um - ungeachtet der vom Beschwerdeführer diesbezüglich erhobenen Einwände - die Amtshilfe zu ermöglichen.
5.
Der Beschwerdeführer beanstandet schliesslich, dass nicht alle in den Akten befindlichen Dokumente in einer Amtssprache abgefasst seien. Zutreffend ist, dass die STE sowohl das Amtshilfeersuchen als auch das Schreiben vom 9. Januar 2001 in englischer Sprache abgefasst und die EBK die beide Schriftstücke nicht übersetzt hat. Die Eingabe einer ausländischen Behörde kann dann in deren - bzw. in einer im internationalen Verkehr gebräuchlichen anderen - Sprache entgegengenommen werden, wenn und soweit dem Betroffenen dadurch kein Nachteil entsteht; diesfalls wird sein Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Vorbehalten bleiben abweichende gesetzliche oder staatsvertragliche Regelungen, wie sie etwa im Bereich der Internationalen Rechtshilfe bestehen (vgl. Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, Bern 1999, Rz. 161). Der Beschwerdeführer behauptet nicht, durch den Umstand, dass die fraglichen Dokumente in Englisch verfasst worden sind, bei der Wahrung seiner Gehörsrechte in irgendeiner Weise behindert gewesen zu sein: Weder er selbst noch sein Rechtsvertreter machen geltend, des Englischen nicht mächtig zu sein. Der Beschwerdeführer hat denn auch im vorinstanzlichen Verfahren detailliert zum
Amtshilfegesuch der STE Stellung genommen, ohne eine übersetzte Fassung zu verlangen. Sein Vertreter hat sich selbst auf die beiden englischen Schriftstücke berufen, welche er in der Beschwerdeschrift einer akribischen Auslegung bezüglich Wortlaut und Sinngehalt unterzog. Unter diesen Umständen verstösst der Einwand, die EBK habe Art. 70 BV verletzt, gegen Treu und Glauben, zumal er erstmals vor dem Bundesgericht erhoben wird.
6.
Nach dem Gesagten erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet und ist im Sinne der Erwägungen abzuweisen.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer auferlegt (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Parteientschädigung ist keine auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer und der Eidgenössische Bankenkommission schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 15. Februar 2002
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: