Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.12/2007 /ble

Urteil vom 17. April 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

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

Parteien
1. X._____,
2. Y._____,
3. Z._____,
Beschwerdeführer,
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Felix Fischer,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission, Amtshilfekammer, Postfach, 3001 Bern.

Gegenstand
Internationale Amtshilfe für die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) im Fall A._____ AG,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 14. Dezember 2006.

Sachverhalt:
A.
Am 29. November 2005 gab die A._____ AG öffentlich bekannt, dass sie mit der B._____ GmbH Pool- und Rahmenverträge abgeschlossen habe, wonach diese rund 4,7 % der Aktien der A._____ zu erwerben gedenke und deren Aktionären entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen auch ein Übernahmeangebot unterbreiten werde. Zudem sähen die Verträge vor, dass die B._____ GmbH für die nächsten zwei bis drei Jahre die Stimmrechte des Mehrheitsaktionärs ausüben könne. Die A._____-Aktie eröffnete am Tage der öffentlichen Mitteilung mit EUR 1.36 und schloss mit EUR 1.93. Die UBS AG, Zürich, kaufte am Tag der öffentlichen Mitteilung 7'000 Titel zu EUR 1.50 und 5000 Titel zu EUR 1.77 und am folgenden Tag 3000 Titel zu EUR 2.10.
B.
Am 4. Juli 2006 ersuchte die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Weiteren: BaFin oder Bundesanstalt) die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) im Zusammenhang mit der öffentlichen Mitteilung wegen eines allfälligen Insiderhandels um Amtshilfe. Die EBK entsprach dem Ersuchen der BaFin und forderte die UBS AG, Zürich, auf, die für die Amtshilfe nötigen Informationen und Unterlagen zu edieren. Mit Schreiben vom 25. und 27. Juli 2006 übermittelte die UBS AG die Börsenabrechnungen sowie die Depot- und Kontounterlagen samt Basisdokumenten und Vollmachten. Wirtschaftlich Berechtigte sei Y._____. X._____ besitze Verwaltungsvollmacht. Dieser habe die in Frage stehenden Transaktionen im Namen und auf Rechnung der Kontoinhaberin bei der Bank in Auftrag gegeben. Ausserdem teilte die Bank mit, dass Z._____ allgemeine Vollmacht für Depot und Konto von Y._____ besitze.
Am 14. Dezember 2006 verfügte die EBK, dass Amtshilfe in Bezug auf alle drei Personen geleistet werde und

die von der Bank gelieferten Informationen weitergeleitet würden.
C.
Mit rechtzeitiger Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 5. Januar 2007 beantragen X._____, Y._____ und Z._____, es sei die Amtshilfe auf die Personendaten von X._____ und auf die Bankunterlagen, die in einem direkten Zusammenhang mit den verdächtigen Aktientransaktionen stehen, zu beschränken. Eventuell seien die Unterlagen bezüglich Y._____ und Z._____ vollständig zu anonymisieren.
Die Eidg. Bankenkommission schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Am 1. Januar 2007 trat das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) in Kraft. Der angefochtene Entscheid erging vor diesem Datum, so dass in prozessualer Hinsicht noch das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG) anwendbar ist (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG).
Verfügungen der Eidg. Bankenkommission als Aufsichtsbehörde über die Börsen und Effektenhandel konnten bis zum 31. Dezember 2006 gemäss Art. 39 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Diese Vorschrift wurde auf den 1. Januar 2007 aufgehoben. Da die Aufhebung von Art. 39 BEHG auf den 1. Januar 2007 im Zusammenhang mit der gleichzeitig erfolgten Neuordnung der Bundesrechtspflege steht (Anhang Ziff. 146 zum Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, VGG, SR 173.32), rechtfertigt es sich, für Art. 39 BEHG die gleiche Übergangsregel (Art. 132 Abs. 1 BGG) anzuwenden. Die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist zulässig.
1.2 Die Beschwerdeführerin 2 ist als Inhaberin des Kontos, dessen Unterlagen herausgegeben werden sollen, zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ohne weiteres legitimiert (Art. 103 lit. a OG; BGE 125 II 65 E. 1 S. 69). Das gilt auch für den Beschwerdeführer 1, der sich als "autonomer Vermögensverwalter" bezeichnet und nach eigenen Angaben mit entsprechender Vermögensverwaltungsvollmacht über das fragliche Wertschriftendepot und Konto verfügte. Nach der Rechtsprechung steht ein selbständiger Vermögensverwalter der Streitsache näher als irgend ein anderer Bevollmächtigter am Konto. Soll dessen Identität amtshilfeweise ins Ausland preisgegeben werden, betrifft das sein Kundenverhältnis, weshalb seine Parteistellung und damit auch seine Legitimation zu bejahen ist (BGE 127 II 323 E. 3b/bb S. 329 f.; Urteil 2A.3/2004 vom 19. Mai 2004, E. 5.3.3, in: EBK-Bulletin 46/2004 S. 118).
Der Beschwerdeführer 3 steht als Vollmachtnehmer grundsätzlich nicht in einer hinreichend engen, berücksichtigungswürdigen Beziehung zum Streitgegenstand (Urteil 2A.213/1998 vom 29. Oktober 1998, E. 2 in fine, in: EBK-Bulletin 37/199 S. 21; s. auch BGE 127 II 323 E. 3b/bb S. 329). Zu beachten ist indes, dass er bereits am Verfahren vor der Eidg. Bankenkommission beteiligt war, was sich im Hinblick auf seine Stellung als Vorsitzender des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft und in Anbetracht der Tatsache, dass er mit der Kontoinhaberin verheiratet ist, rechtfertigte. Er ist deshalb mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ebenfalls zuzulassen.
2.
2.1 Die Amtshilfe gegenüber den ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden richtet sich nach Art. 38 BEHG. Nach der seit dem 1. Februar 2006 in Kraft stehenden neuen Fassung von Art. 38 BEHG (Fassung vom 7. Oktober 2005) 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 (Abs. 2 lit. a). Die ersuchenden Behörden müssen an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sein, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben (Abs. 2 lit. b).
2.2 Nach der Rechtsprechung unterscheidet sich die neue von der bisherigen Regelung im Wesentlichen dadurch, dass das Vertraulichkeitsprinzip nur noch abgeschwächt gilt; zudem entfallen im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes das Prinzip der langen Hand sowie das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden bzw. der in diesem Zusammenhang bisher nötige Zusatzverdacht und das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit (Urteil 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.1.2 f., in: EBK-Bulletin 49/2006 S. 105).
2.3 Im Übrigen gelten die bisherige Regelung und Rechtsprechung fort, insbesondere soweit Informationen un-

ter Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes weitergegeben werden sollen: In diesem Fall muss die Bankenkommission im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz die Zustellung an die Strafbehörden vorgängig genehmigen; dabei hat sie die Rechtshilfevoraussetzungen und insbesondere das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit zu beachten (Art. 38 Abs. 6 BEHG n.F.; Urteil 2A.170/2006, a.a.O., E. 2.1.3).
3.
3.1 Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, der die Bankenkommission im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (Urteil 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004, E. 1; Urteil 2A.519/2003 vom 5. Dezember 2003, E. 2.2). Sie sicherte zu, die übermittelten Angaben nur zur Überwachung des Effektenhandels bzw. im Zusammenhang mit der in der Anfrage genannten Zweckbestimmung zu gebrauchen und vor einer Weitergabe um die Zustimmung der Bankenkommission zu ersuchen. Der angefochtene Entscheid enthält die entsprechenden Vorbehalte (vgl. Ziff. 2 und 3 des Dispositivs). Bis zum Beweis des Gegenteils darf die EBK davon ausgehen, dass sich die Bundesanstalt im Interesse einer funktionierenden Zusammenarbeit hieran halten und falls nötig die in Aussicht gestellten "best efforts" zum Schutz des Spezialitätsprinzips und der Vertraulichkeit üben wird (Urteil 2A.519/2003 vom 5. Dezember 2003, E. 2.2.1 mit Hinweisen, und 2A.534/2001 vom 15. März 2002, E. 3.2; s. auch BGE 127 II 142 E. 6b S. 147 f.).
Die Beschwerdeführer wenden ein, im Lichte des Falles von Q._____ (vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 5. Dezember 2006) reiche der blosse Hinweis auf das Spezialitätsprinzip im angefochtenen Entscheid nicht aus und müsse die BaFin zu einer speziellen Zusicherung ("Declaration of best efforts") veranlasst werden. Der Fall Q._____, in welchem Deutschland angeblich den Spezialitätsvorbehalt nicht eingehalten haben soll, betrifft indes die BaFin nicht. Es ging zudem um einen Fall von Rechtshilfe, nicht von Amtshilfe. Es besteht somit kein Grund zur Annahme, die BaFin könnte das Spezialitätsprinzip nicht einhalten.
4.
4.1 Die Beschwerdeführer bestreiten die Zulässigkeit der Amtshilfe im vorliegenden Fall nicht grundsätzlich. Am 29. November 2005, um 11.46 Uhr und 16.28 Uhr, gingen bei der UBS zwei Aufträge ein für den Kauf von 7000 und 5000 A._____-Aktien mit einer Limite von EUR 1.50 und EUR 1.77, gültig bis 30. November 2005. Die UBS führte diese Aufträge noch am 29. November 2005, um 11.50 Uhr und 16.40 Uhr, aus. Gegen Abend des gleichen Tages, um 17.43 Uhr, erfolgte die kursrelevante Bekanntgabe der Übernahmeabsichten der B._____ GmbH, in deren Folge die A._____-Aktie bei EUR 1.93 schloss (Eröffnungskurs EUR 1.36). Die Aufträge wurden durch den Beschwerdeführer 1 erteilt und über das Depot der Beschwerdeführerin 2 bei der UBS abgewickelt. Das genügt nach der Rechtsprechung als "Anfangsverdacht" und bildet hinreichenden Anlass, dem Amtshilfeersuchen zu entsprechen (BGE 129 II 484 E. 4.2 S. 495; 126 II 126 E. 6a/bb S. 137, 409 E. 5b/aa S. 414). Ob die Beschwerdeführer tatsächlich von Insiderinformationen profitierten, bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Amtshilfeverfahrens (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419). Es liegt an der ersuchenden Behörde abzuklären, ob börsenrechtliche Bestimmungen verletzt worden sind.
4.2 Die Beschwerdeführer wenden ein, im Rahmen des Amtshilfeverfahrens dürften nur die von der BaFin im Amtshilfegesuch ausdrücklich verlangten Informationen bezüglich der verdächtigen Aktientransaktionen und die Personendaten des Auftraggebers (Beschwerdeführer 1) weitergeleitet werden. Auf keinen Fall könne es angehen, dass die Eidg. Bankenkommission die Beschwerdeführerin 2 als Kontoinhaberin und den Beschwerdeführer 3 als deren Bevollmächtigten bereits im jetzigen Zeitpunkt des Verfahrens melde.
Der Einwand ist unbegründet. Das Weiterleiten von Daten über Personen ist nach Art. 38 Abs. 4 BEHG (Fassung vom 7. Oktober 2005) nur unzulässig, wenn diese "offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind". Auf die Beschwerdeführerin 2 trifft das nicht zu. Der Bankkunde, über dessen Konten die verdächtigen Transaktionen liefen, kann allenfalls dann als "unbeteiligter Dritter" angesehen werden, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsauftrag vorliegt und keine anderen Umstände darauf hinweisen, dass er in irgendeiner Form dennoch an den verdächtigen Transaktionen beteiligt gewesen sein könnte (Urteil 2A.353/2000 vom 5.April 2001 E. 3c, nicht publ.; vgl. Annette Althaus, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Aufl., Bern 2001, S. 217). In allen anderen Fällen lässt die Tatsache, dass die umstrittenen Transaktionen über sein Konto getätigt wurden, ihn in den Anlageentscheid im Sinne von Art. 38 Abs. 4 BEHG als "verwickelt" erscheinen (BGE 126 II 126 E. 6a/bb S. 137, mit Hinweisen). So auch im Falle der Beschwerdeführerin 2.
Schliesslich kann auch der Beschwerdeführer 3 nicht als "unbeteiligter Dritter" im Sinne von Art. 38 Abs. 4 BEHG angesehen werden, nachdem er, wenn auch erst ab dem 10. Januar 2006, Präsident des Aufsichtsrates

der Zielgesellschaft war und zudem mit der Beschwerdeführerin 2 verheiratet ist und Vollmacht für deren Depot und Konto besass.
5.
Die Beschwerdeführer wenden sich auch dagegen, dass "spontan", ohne dass es verlangt worden sei, Unterlagen und Informationen übermittelt werden. Allenfalls seien diese Unterlagen und Informationen in vollständig anonymisierter Form herauszugeben.
5.1 Nach Art. 38 Abs. 4 BEHG (in der Fassung vom 7. Oktober 2005) hat die Aufsichtsbehörde bei ihrem Entscheid den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Mit dieser Regelung wurde die bestehende "differenzierte bundesgerichtliche Praxis" in das neue Recht übernommen (BBl 2004 S. 6766). Danach konnte die Bankenkommission bereits bisher ein Ersuchen spontan mit ihr aufsichtsrechtlich sinnvoll erscheinenden Auskünften ergänzen, soweit diese für das ausländische Verfahren dienlich erschienen und damit in einem sachlichen Zusammenhang standen (BGE 126 II 409 E. 6c/aa S. 421; 125 II 65 E. 7 S. 74; Urteile 2A.567/2001 vom 15. April 2002, E. 7; 2A.162/2001 vom 10. Juli 2001, E. 4c, in: EBK-Bulletin 42/2002 S. 97 ff.; 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004, E. 2.5).
5.2 Im vorliegenden Fall hat die Eidg. Bankenkommission in der angefochtenen Verfügung vorgesehen, auch über die weiteren, im Amtshilfegesuch nicht erwähnten Transaktionen in A._____-Aktien vom 30. November 2005 (Kauf) sowie vom 13. und 16. Januar 2006 (Verkäufe), welche über das Konto der Beschwerdeführerin 2 abgewickelt wurden, zu informieren. Ausserdem gibt sie der deutschen Aufsichtsbehörde bekannt, der Beschwerdeführer 3 sei über das Konto der Beschwerdeführerin 2 ebenfalls verfügungsberechtigt gewesen, obschon im Amtshilfegesuch die Frage nach einem allenfalls weiteren Bevollmächtigten nicht gestellt worden ist. Diese zusätzlichen Daten bzw. Informationen betreffen indessen ebenfalls ausschliesslich Transaktionen in Aktien der Zielgesellschaft und geben zudem Aufschluss über das Anlageverhalten der Beschwerdeführerin 2 und der weiteren involvierten Personen. Ein (zusätzlicher) Anfangsverdacht war hierfür nicht erforderlich. Die Daten und Informationen sind im Hinblick auf die Aufklärung von allfälligen Insidergeschäften ebenso "dienlich und erforderlich" (Verwaltungsgerichtsbeschwerde S. 8) wie die im Amtshilfegesuch ausdrücklich herausverlangten Informationen. Die Übermittlung dieser Informationen ist daher nicht zu
beanstanden. Auch können diese entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht in anonymisierter Form übermittelt werden, sollen sie ihren Zweck erfüllen.
6.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Die bundesgerichtlichen Kosten sind den Beschwerdeführern aufzuerlegen; sie haften hierfür solidarisch (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdeführern 1-3 unter solidarischer Haftung auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführern sowie der Eidgenössischen Bankenkommission schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. April 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: