Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.152/2003/sch

Urteil vom 26. August 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Müller, Merkli,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
X._____ Ltd.,
Y._____ Ltd.,
Beschwerdeführerinnen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Philipp Känzig, Staiger Schwald & Roesle, Genferstrasse 24, Postfach 677, 8027 Zürich,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission, Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern.

Gegenstand
Internationale Amtshilfe an die Ḧellenic Capital
Market Commission (HCMC)ïm Fall Z̈._____ S.A.,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 20. Februar 2003.

Sachverhalt:

A.
Die Ḧellenic Capital Market Commission (HCMC)ërmittelt im Zusammenhang mit allfälligen Kursmanipulationen betreffend die Aktie der Z̈._____ S.A.,. Am 11. Februar 2002 ersuchte sie die Eidgenössische Bankenkommission hinsichtlich mehrerer über die Schweiz abgewickelter Transaktionen in diesem Titel um Amtshilfe (Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, BEHG; SR 954.1).

B.
Die Bankenkommission verfügte am 20. Februar 2003, dass dem Gesuch entsprochen und der Ḧellenic Capital Market Commissionm̈itgeteilt werde, dass folgende Transaktionen je parallel für die Ÿ._____ Ltd.ünd für die Ẍ._____ Ltd.ġetätigt worden seien, welche ihr Domizil an der gleichen Adresse hätten:
Datum
Transaktionen
Anzahl
Preis
29.06.01
K
16’500
15.4172

2.07.01
V
16’500
14.5624
5.07.01
K
17’500
17.80
6.07.01
V
15’800
16.94139
An beiden Gesellschaften seien A._____, B._____, C._____ und D._____ wirtschaftlich berechtigt. Die Aufträge seien jeweils von A._____ auf Grund eines Securities Orders Agreemententweder direkt an die V._____ S.A.oder über den bei der Bank zuständigen Kundenbetreuer erteilt worden. Die Bankenkommission wies die Hellenic Capital Market Commissiondarauf hin, dass diese Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet werden dürften (Ziff. 2 des Dispositivs) und jegliche Weiterleitung an andere Behörden - inklusive Strafbehörden und das Ministerium öf National Economy- ihre erneute vorgängige Zustimmung voraussetze (Ziff. 3 des Dispositivs).

C.
Die X._____ Ltd.und die Y._____ Ltd.haben hiergegen am 7. April 2003 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, die Verfügung der Bankenkommission aufzuheben und die Gewährung der Amtshilfe an die Hellenic Capital Market Commissionzu verweigern. Sie machen geltend, die griechischen Behörden würden sich nicht an das Amtsgeheimnis halten. Bei ihrem ungenügend begründeten Ersuchen handle es sich um eine fishing expedition; im Übrigen finde die angerufene Norm des griechischen Rechts auf den geschilderten Sachverhalt keine Anwendung. Die Eidgenössische Bankenkommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Beschwerdeführerinnen haben zur Vernehmlassung der Eidgenössischen Bankenkommission am 14. August 2003 unaufgefordert Stellung genommen und ein weiteres Parteigutachten eingereicht. Nach Art. 110 Abs. 4 OG findet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein zweiter Schriftenwechsel indessen nur ausnahmsweise statt. Ob die entsprechenden Eingaben dennoch zu berücksichtigen sind, da sie sich - wie die Beschwerdeführerinnen einwenden - auf in der Vernehmlassung enthaltene neue Vorbringen der Bankenkommission beziehen, kann dahin gestellt bleiben, da sich die Beschwerde so oder anders als unbegründet erweist.

2.
Nach Art. 38 Abs. 2 BEHG kann die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) ausländischen Aufsichtsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln. Dabei muss es sich um Äufsichtsbehörden über Börsen- und Effektenhändlerhandeln, die solche Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwenden (Art. 38 Abs. 2 lit. a BEHG; Spezialitätsprinzip) und an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind (Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG; Vertraulichkeit). Die Informationen dürfen nicht ohne vorgängige Zustimmung der schweizerischen Aufsichtsbehörde oder nur aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag an zuständige Behörden und Organe, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind, weitergegeben werden (Art. 38 Abs. 2 lit. c Satz 1 BEHG; Prinzip der langen Hand). Die Weiterleitung an Strafbehörden ist untersagt, wenn die Rechtshilfe in Strafsachen ausgeschlossen wäre. Die Aufsichtsbehörde entscheidet hierüber im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz (Art. 38 Abs. 2 lit. c Sätze 2 und 3 BEHG).

3.

3.1 Bei der Ḧellenic Capital Market Commissionḧandelt es sich um eine börsenrechtliche Aufsichtsbehörde, welcher die Bankenkommission im Rahmen von Art. 38 BEHG Amtshilfe leisten kann (Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2). Hieran ändert nichts, dass sie nach ihrem nationalen Recht allenfalls verpflichtet ist, die übermittelten Informationen an die Straf(verfolgungs)behörden weiterzuleiten (vgl. BGE 126 II 409 E. 4b/aa S. 412 f.; Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.3). Die Ḧellenic Capital Market Commissionḧat im Zusammenhang mit dem vorliegenden Ersuchen am 11. Februar 2002 zugesichert, die ihr zur Verfügung gestellten Angaben ausschliesslich zur direkten Überwachung des Effektenhandels und zu dem in ihrem Gesuch genannten Zweck zu verwenden, an das Amts- und Berufsgeheimnis gebunden zu sein und die erhaltenen Informationen weder öffentlich zugänglich zu machen, noch ohne Zustimmung der Bankenkommission an andere Behörden - inklusive Aufsichts- oder Straf(verfolgungs)behörden - weiterzuleiten. Sie hat sich damit verpflichtet, die Angaben nur für ihre aufsichtsrechtlichen Vorabklärungen zu benutzen und - in Abweichung vom entsprechenden EU-Recht (vgl. BGE 125 II 65 E. 9b/bb S. 76 f.) - vor einer
Weitergabe an eine andere Instanz immer um die Zustimmung der EBK nachzusuchen. Die Bankenkommission hat ihrerseits einen entsprechenden Vorbehalt in die angefochtene Verfügung aufgenommen (Ziff. 3 des Dispositivs). Es besteht keine Veranlassung, an der Ernsthaftigkeit der Erklärung der HCMC bzw. ihrer damit verbundenen Zusicherung von b̈est efforts(̈Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.3) zu zweifeln und die ausschliessliche und vertrauliche Verwendung der aufsichtsrechtlich einverlangten Informationen zu dem im Ersuchen genannten Zweck in Frage zu stellen (vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2 S. 411 f.). Auch im internationalen Verkehr darf ein Verhalten nach Treu und Glauben vermutet werden (BGE 128 II 407 E. 4.3.1 S. 414; Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.2).
3.2
3.2.1 Zu Unrecht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, diese Vermutung sei hinsichtlich der Ḧellenic Capital Market Commissionẅiderlegt, da gestützt auf einen nach dem Urteil 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003 in der griechischen Wirtschaftspresse erschienen Artikel konkrete Anzeichen dafür bestünden, dass sie die von ihr zugesicherte Spezialität und Vertraulichkeit nicht einzuhalten beabsichtige. Zwar kann dem entsprechenden Bericht vom 19. März 2003 entnommen werden, dass die Marktaufsichtsbehörde g̈edenke [...]den Namen des Geschäftsmannes anderen Behörden wie zum Beispiel dem Finanzministerium [...]für weitere Untersuchungen weiterzuleiten¨; es bestehen aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dies in Missachtung der im entsprechenden Verfahren abgegebenen Zusicherungen geplant wäre. Der Berichterstattung selber sind keine konkreten Angaben vertraulicher Natur zum damaligen Verfahren zu entnehmen. Es erscheint im Übrigen fraglich, ob die zitierte Erklärung tatsächlich von der Ḧellenic Capital Market Commissionstammt. Die Bankenkommission hat die damals einverlangten Angaben erst am 17. März 2003 nach Athen gesandt, so dass die griechische Aufsichtsbehörde kaum bereits tags darauf über den Ausgang des Verfahrens
informiert gewesen sein konnte. Zudem ist nicht ersichtlich, welches Interesse sie daran hätte, durch eine entsprechende Erklärung die Einstellung der eben erst angelaufenen Amtshilfe mit der Bankenkommission zu riskieren. Diese ist ihr - in Umsetzung des bundesgerichtlichen Urteils vom 18. Februar 2003 - im Übermittlungsschreiben der EBK unzweideutig für den Fall in Aussicht gestellt worden, dass sie die nach schweizerischem Recht bestehenden und von ihr akzeptierten Bedingungen für die amtshilfeweise Überlassung der Informationen nicht beachten sollte. Es ist unter diesen Umständen trotz des entsprechenden Artikels nach wie vor zu vermuten, dass sich die Ḧellenic Capital Market Commissionän die von ihr gegebenen Zusicherungen halten und im zwischenstaatlichen Verkehr mit der erforderlichen Zurückhaltung operieren wird (BGE 128 II 407 E. 3.2 u. 4.3.3).
3.2.2 An der Sache vorbei geht auch der Einwand, dass der Ḧellenic Capital Market Commissionn̈icht getraut werden könne, da es sich dabei um die Behörde eines Landes handle, ẅelches gemäss dem anerkannten Korruptionsindex von 'Transparency International' den Rang 44 einnimmtünd damit als korrupter einzustufen sei als Ẅeissrussland, Litauen, Mauritius oder Südkorea. Die Ḧellenic Capital Market Commissionïst Mitglied der Ïnternational Organization of Securities Commissions (IOSCO)ünd hat deren multilaterales Memorandum of Understanding mit den entsprechenden Kontrollen durch ein Ṽerification Teamünterzeichnet. Die Tatsache, dass es theoretisch immer zu Indiskretionen und damit verbundenen Amtsgeheimnisverletzungen kommen kann, lässt die Amtshilfe nicht als unzulässig erscheinen, solange entsprechende Pflichtverletzungen nicht sanktionslos als Regel hingenommen werden, wofür vorliegend keine Anhaltspunkte bestehen. Art. 38 Abs. 2 lit. b BEHG spricht davon, dass die ersuchende Behörde an das Amtsgeheimnis gebunden sein muss, nicht

davon, dass dieses so ausgestaltet zu sein hat, dass es überhaupt nicht verletzt werden kann (Urteil 2A.486/2001 vom 15.März 2002, E.3.3).
3.2.3 Die Vertraulichkeit des Verfahrens ist schliesslich auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Ḧellenic Capital Market Commissionëine von ihr verhängte Administrativsanktion allenfalls publiziert. Art.38 BEHG will die Amtshilfe ermöglichen. Der darin vorgesehene Kundenschutz soll sicherstellen, dass dem - nach vertiefter Prüfung - zu Unrecht in ein aufsichtsrechtliches Verfahren einbezogenen Anleger aus diesem kein (weiterer) Nachteil erwächst. Die Tatsache, dass nach Abschluss eines nach rechtsstaatlichen Grundsätzen durchgeführten Verfahrens bei einer erstellten Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften die angeordnete Sanktion allenfalls veröffentlicht wird, berührt diesen Schutzzweck nicht und vermag deshalb die Amtshilfe nicht auszuschliessen, zumal die Bindung an den Spezialitätsvorbehalt und das Verbot, die übermittelten Informationen zu anderen als aufsichtsrechtlichen - insbesondere zu nicht rechtshilfefähigen steuerrechtlichen - Zwecken zu benutzen, bestehen bleibt (vgl. zur Publikation bestimmtes Urteil 2A.136/2003 vom 26. August 2003, E. 3; BGE 128 II 407 E. 4.3.1 u. 4.3.3).

4.
4.1 Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Amtshilfe verhältnismässig zu sein (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417; 125 II 65 E. 6a S. 73). Verboten sind reine Beweisausforschungen (f̈ishing expeditions)̈. Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte und Unterlagen konkrekt 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 ein hinreichender Anlass für die Gewährung der Amtshilfe besteht (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417; 126 II 409 E. 5a S.413f.; 125 II 65 E. 6b S. 73f.). Die Amtshilfe kennt - anders als die Rechtshilfe (Art. 28 und 76 IRSG; SR 351.1) - keine Formvorschriften, denen das Gesuch zu genügen hätte; dieses muss einzig so abgefasst sein, dass das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Amtshilfe geprüft werden kann (Urteil 2A.584/1999 vom 30. Juni 2000, E. 3b/bb, veröffentlicht in EBK-Bulletin 41/2000 S.106 ff.). Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, in diesem Rahmen den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie dies lückenlos
und völlig widerspruchsfrei tun, sollen doch aufgrund der einverlangten Informationen und Unterlagen bisher im Dunkeln gebliebene Punkte erst noch geklärt werden (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 S. 417; Urteil 2A.55/2003 vom 17.März 2003, E. 4.1).
4.2
4.2.1 Das Ersuchen der griechischen Aufsichtsbehörde ist vorliegend zwar nur summarisch begründet, doch ergibt sich daraus dennoch mit hinreichender Deutlichkeit, in welchem (aufsichtsrechtlichen) Zusammenhang um die erbetenen Auskünfte ersucht wird: Abklärungen der Ḧellenic Capital Market Commissionḧaben ergeben, dass eine Investorengruppe und ein griechischer Finanzintermediär bezüglich dem Z̈._____ und einem anderen Titel (Ẅ._____ S.A.)̈ durch abgesprochene Transaktionen manipulativ am Markt aufgetreten sein könnten. Das Amtshilfeersuchen dient dazu, dem Verdacht auf entsprechende Scheingeschäfte nachzugehen. Die Beschwerdeführerinnen haben in den umstrittenen Titeln gehandelt, wobei sie die Z̈._____Aktien jeweils innert weniger Tage mit Verlust veräusserten, ohne dass hierfür eine nachvollziehbare Begründung ersichtlich wäre. Beide Gesellschaften stehen zudem im wirtschaftlichen Eigentum ein und derselben Investorengruppe, wobei wiederum nicht erklärbar ist, weshalb die genau gleichen Transaktionen zum gleichen Zeitpunkt jeweils je getrennt über sie abgewickelt wurden. Dies genügt, um die Amtshilfe zu gewähren, und lässt diese nicht als unverhältnismässig erscheinen. Der Gesetzgeber hat die Amtshilfe
geschaffen, um den börsenrechtlichen Aufsichtsbehörden zu ermöglichen, zum Schutz der zusehends vernetzten Märkte adäquat und zeitgerecht kooperieren zu können (vgl. BGE 125 II 450 E. 3b S. 457). Auch wenn im Zeitpunkt, in dem die Vorabklärungen aufgenommen werden, aufgrund einer Marktanomalie oder der glaubwürdig begründeten Vermutung einer solchen (BGE 127 II 142 E. 5a) erst abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften bestehen, bleibt die Amtshilfe zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6b/bb S. 74, 450 E. 3b S. 457; Urteil 2A.55/2003 vom 17. März 2003, E. 4.2.1). Es schadet der griechischen Aufsichtsbehörde deshalb nicht, wenn sie in ihrem Ersuchen nicht weiter dargelegt hat, gegen wen sie konkret ermittelt und welche Beweismittel sie bereits beschaffen konnte, zumal die entsprechenden Angaben gegebenenfalls geeignet wären, ihre weiteren Untersuchungen zu gefährden. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen kann nicht gesagt werden, es handle sich deswegen um eine unzulässige f̈ishing expedition.̈ Einzig für

eine Weiterleitung der Angaben an die Straf(verfolgungs)behörden bedürfte es Anhaltspunkte, die eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise im Einzelfall mit einer gewissen minimalen
Wahrscheinlichkeit nahe legten (BGE 128 II 407 E. 5.3.1 S. 419 f. mit Hinweisen). Da eine solche Weitergabe zurzeit nicht zur Diskussion steht und die Bankenkommission darüber erst noch zu verfügen hätte (BGE 125 II 69 E. 10 S. 77 ff.), erübrigt es sich, hierauf weiter einzugehen. Unter diesen Umständen spielt es auch keine Rolle, ob die Mitteilung der entsprechenden Informationen - wie die Bankenkommission in ihrer Vernehmlassung behauptet - gegen Art. 9 und 10 des Presidential Decree 53/1992 verstossen würde, was die Beschwerdeführerinnen gestützt auf das von ihnen am 14. August 2003 eingereichte Gutachten bestreiten.
4.2.2 Nach der Rechtsprechung ist es Aufgabe der ausländischen Behörde über die Begründetheit ihres Verdachts zu entscheiden; dessen Berechtigung bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens, verfügt die Bankenkommission in der Regel doch nicht über die zu einer umfassenden Beurteilung nötigen Informationen (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419; 127 II 142 E. 5a S. 145). Dies gilt auch in Bezug auf die möglicherweise verletzten ausländischen börsenrechtlichen Vorschriften. Weder die Bankenkommission noch das Bundesgericht haben sich im Rahmen des Amtshilfeverfahrens auf juristische Diskussionen zu Streitfragen hinsichtlich der Auslegung des ausländischen Rechts einzulassen (Urteile 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E.2.2.4, und 2A.234/2000 vom 25. April 2001, E. 2a, veröffentlicht in: EBK-Bulletin 42/2002 S. 61 ff.). Missbräuchliche Ersuchen vorbehalten, ist weder gemäss den amts- noch den rechtshilferechtlichen Regeln die Strafbarkeit im ersuchenden Staat im Detail abzuklären (BGE 128 II 407 E. 5.3.2 S. 420; BGE 126 II 409 E. 6c/bb S. 422). Dementsprechend ist im vorliegenden Verfahren weder zu prüfen, ob das Amtshilfeersuchen in der vorliegenden Form gegen das griechische Datenschutzgesetz (Gesetz Nr. 2742/1997) verstösst, noch, ob
die vermuteten Kursmanipulationen tatsächlich unter den von der Ḧellenic Capital Market Commissionïn ihrem Ersuchen angerufenen Art.72 Abs. 2 des Law 1969/1991 fallen, der sich nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen (und dem von ihnen eingeholten Gutachten) nur auf die Veröffentlichung und Verbreitung von falschen Informationen bezieht. Kursmanipulationen der von der HCMC geschilderten Art (p̈rearranged trades)̈ sind unabhängig davon, ob sie strafrechtlich verfolgt werden können, aufsichtsrechtlich von Interesse, zumal wenn sich die entsprechenden Ermittlungen nicht nur gegen Kunden, sondern - wie hier - offenbar auch gegen einen Intermediär richten. Sie rechtfertigen die amtshilfeweise Übermittlung von aufsichtsrelevanten Informationen, die den weiteren Abklärungen im Ausland dienlich sein können (vgl. BGE 125 II 65 E.5b S. 73 mit Hinweis). Art. 38 BEHG verlangt keine Parallelität der Sanktionen bzw. der diesen zugrundeliegenden börsenrechtlichen Regulierungen. Die Amtshilfe als Rechtshilfe in Verwaltungssachen ist nicht - im Sinne einer Äquivalenz zum Grundsatz der doppelten Strafbarkeit - an die Voraussetzungen einer analogen aufsichtsrechtlichen Erfassung der Tatbestände gebunden (BGE 126 II 409 E. 6c/bb S. 422). Ob
hinsichtlich der ẗrade-based÷Manipulationen im griechischen Recht - wie die Beschwerdeführerinnen behaupten - eine Lücke besteht (vgl. aber immerhin Art. 34 lit. a des Law 3632 of 17/26 July 1928 ön stock exchangesẅowie nunmehr auch Art. 1 Ziff. 2 lit. a und b der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation [Marktmissbrauch], in Kraft seit dem 12.April 2003), ist nicht im schweizerischen Amtshilfeverfahren, sondern gegebenenfalls im griechischen Aufsichtsverfahren zu prüfen. Die Beschwerdeführerinnen werden den entsprechenden Einwand dort erheben müssen, sollte es zu Sanktionen ihnen oder ihren wirtschaftlich Berechtigten gegenüber kommen.

5.
5.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde somit unbegründet und deshalb abzuweisen.

5.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend haben die unterliegenden Beschwerdeführerinnen die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1, Art. 153 und Art. 153a OG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführerinnen und der Eidgenössischen Bankenkommission schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. August 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: