Urteilskopf

127 II 323

33. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 3. September 2001 i.S. X. gegen Eidgenössische Bankenkommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 38 Abs. 2 und 3 BEHG, Art. 6 und 25 VwVG; Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Amtshilfe; Parteistellung des unabhängigen Vermögensverwalters.

Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Amtshilfemassnahmen (E. 1).

Anforderungen an das Verfahren vor der Eidgenössischen Bankenkommission bei "instituts-" bzw. "kundenbezogenen" Informationen (E. 3a).

Angaben über unabhängige Vermögensverwalter sind "kundenbezogen" und dürfen ohne Zustimmung des Betroffenen nicht formlos ins Ausland weitergeleitet werden (E. 3b-6).

Bestätigung der Rechtsprechung, wonach die Bewilligung zur Weiterleitung von in Amtshilfe übermittelten Informationen an die Strafbehörden eines konkretisierbaren Verdachts im Einzelfall bedarf (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 38 al. 2 et 3 LBVM, art. 6 et 25 PA; application de la loi sur la procédure administrative à l'entraide administrative; qualité de partie du gérant de fortune indépendant.

Recevabilité du recours de droit administratif contre des mesures d'entraide administrative (consid. 1).

Exigences de la procédure devant la Commission fédérale des banques en ce qui concerne les informations relatives "aux instituts" respectivement "aux clients" (consid. 3a).

Des indications sur un gérant de fortune indépendant se rapportent "à un client" et ne peuvent pas être transmises informellement à l'étranger sans l'accord de l'intéressé (consid. 3b-6).

Confirmation de la jurisprudence d'après laquelle la transmission aux autorités pénales d'informations remises dans le cadre de l'entraide administrative ne peut être autorisée que sur la base d'un soupçon concret dans le cas particulier (consid. 7).

Regesto (it):
Art. 38 cpv. 2 e 3 LBVM, art. 6 e 25 PA; applicabilità della legge di procedura amministrativa in materia di assistenza amministrativa; qualità di parte del gestore di patrimoni indipendente.

Ammissibilità del ricorso di diritto amministrativo diretto contro delle misure in materia di assistenza amministrativa (consid. 1).

Esigenze poste alla procedura davanti alla Commissione federale delle banche per quanto concerne la trasmissione di informazioni relative "ad istituti", rispettivamente "a clienti" (consid. 3a).

Le informazioni su di un gestore di patrimoni indipendente si riferiscono "ad un cliente" e come tali non possono essere trasmesse all'estero in modo informale, senza l'accordo dell'interessato (consid. 3b-6).

Conferma della giurisprudenza giusta la quale la trasmissione alle autorità penali di informazioni ottenute nel

quadro di un procedimento di assistenza amministrativa può essere autorizzata soltanto se sussiste un sospetto concretizzabile nel singolo caso (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 324

BGE 127 II 323 S. 324

Die französische "Commission des Opérations de Bourse" (COB) führt gestützt auf auffällige Kursverläufe und Handelsvolumen im Vorfeld der Übernahme des Verlagshauses "Flammarion" durch die italienische "RCS International Books BV"-Gruppe (Gruppe "Rizzoli") eine Untersuchung mit Blick auf einen allfälligen Insiderhandel. Anfangs Januar 2001 bat sie die Eidgenössische Bankenkommission in diesem Zusammenhang hinsichtlich verschiedener über die Schweiz abgewickelter Transaktionen um Amtshilfe (Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG; SR 954.1]). Gestützt auf die hierauf eingeholten Informationen teilte die Eidgenössische Bankenkommission der COB am 18. April 2001 unter anderem mit: "Transactions auprès de Y. AG
Cet établissement a acquis en août 2000 et vendu dans la période visée 4'000 titres Flammarion. Ces achats ont été effectués pour le compte de quatre relations bancaires. Tous les titulaires des comptes en question ont conféré un mandat de gestion discrétionnaire à M. X., qui a pris la décision d'acquérir les titres sans en référer préalablement aux clients concernés. Transactions auprès de Z. AG
Cet établissement a acquis à partir de la moitié de juin 2000 et vendu dans la période visée 1'500 titres Flammarion. Ces achats ont été effectués pour le compte d'une relation bancaire dont le titulaire du compte a, lui aussi, conféré un mandat de gestion discrétionnaire à M. X. Ces clients avaient signé des mandats de gestion en bonne et due forme en faveur de M. X. Celui-ci est par ailleurs au bénéfice d'une autorisation de fiduciaire financier délivrée par le Conseil d'Etat de la République et Canton du Tessin." Die Bankenkommission erteilte der "Commission des Opérations de Bourse" gleichzeitig - im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz - die Bewilligung, die Informationen gegebenenfalls an die Straf(verfolgungs-)behörden weiterzuleiten. Jede andere

BGE 127 II 323 S. 325

Verwendung bedürfe hingegen ihrer erneuten vorgängigen Zustimmung. X. hat gegen das Vorgehen der Bankenkommission am 18. Mai 2001 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den Entscheid der Bankenkommission aufzuheben und sie anzuhalten, die "Commission des Opérations de Bourse" (COB) zu verpflichten, die erhaltenen Informationen in keiner Weise zu verwenden; eventuell sei die Beschwerde insofern gutzuheissen, als die "Commission des Opérations de Bourse" (COB) im Schreiben vom 18. April 2001 ermächtigt worden sei, die erhaltenen Angaben an die zuständigen Straf-(verfolgungs)behörden weiterzuleiten. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. In Anwendung des Börsengesetzes ergangene Amtshilfeverfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission unterliegen (unmittelbar) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 39 BEHG; vgl. BGE 126 II 126 E. 5c/bb S. 135). Das gleiche Rechtsmittel ist gegeben, wenn geltend gemacht wird, die Bankenkommission habe zu Unrecht keine Verfügung erlassen und damit eine formelle Rechtsverweigerung begangen (vgl. BGE 124 II 124 E. 1b S. 126; BGE 120 Ib 183 E. 1b S. 186): Nach Art. 97 Abs. 2 OG gilt auch das "unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung" als ein im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OG anfechtbarer Akt. Der Beschwerdeführer, dessen Personalien formlos weitergeleitet wurden, hat - unabhängig von der Berechtigung in der Sache selber - ein schutzwürdiges Interesse daran, überprüfen zu lassen, ob seine Parteistellung verneint und ob von der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens abgesehen werden durfte (Art. 103 lit. a OG; vgl. BGE 124 II 499 E. 1b S. 502; BGE 123 II 115 E. 2b/aa S. 118 u. E. 2c/bb S. 120). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

2. Nach Art. 38 Abs. 2 BEHG kann die Eidgenössische Bankenkommission ausländischen Aufsichtsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln. Dabei muss es sich 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 nur 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 Weiterreichung an Strafbehörden ist untersagt, soweit 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 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 6a der Änderung vom 28. Juni 2000 der Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement; AS 2000 S. 1850). Soweit die "zu übermittelnden Informationen einzelne Kunden von Effektenhändlern betreffen" ("lorsque les informations à transmettre par l'autorité de surveillance concernent des clients de négociants"; "se le informazioni che l'autorità di vigilanza deve trasmettere concernono singoli clienti di commercianti"), gilt das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG [SR 172.021]; Art. 38 Abs. 3 BEHG).

3. a/aa) Art und Form des "Übermittlungsverfahrens" hängen somit von der Natur der betroffenen Information ab. Bei dieser Lösung handelt es sich um einen Kompromiss zwischen dem Interesse an einer funktionierenden Marktaufsicht einerseits und an einem zweckmässigen Kundenschutz andererseits (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 2b/bb; GÉRARD HERTIG/MARINA HERTIG-PELLI, Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 1992, S. 260 ff.; ANNETTE ALTHAUS, Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, 2. Aufl., Bern 2001, S. 176; ROBERT ROTH, in: Hertig/Meier-Schatz/Roth/Roth/Zobl, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Rz. 75 zu Art. 38 BEHG; THIERRY AMY, Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière, Lausanne 1998, S. 272 ff.). Für eine effiziente Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden - so der Bundesrat in seiner Botschaft - müssten die Informationen rasch ausgetauscht werden können, weshalb es zu weit ginge, "die Anwendung des Verwaltungsverfahrens auch bei der rein institutsbezogenen Amtshilfe zu verlangen, welche lediglich die Börsen und die Effektenhändler" betreffe; soweit sich die Informationen auf einzelne Kunden bezögen, habe der Austausch jedoch im Verwaltungsverfahren zu erfolgen (BBl 1993 I 1423 f.).

bb) Als nicht kundenbezogene Auskünfte, die ohne Förmlichkeiten weitergeleitet werden dürfen, gelten Angaben, welche die Bank als Institut, den Effektenhandel als solchen oder die beaufsichtigten Händler in ihrer Rolle als Marktteilnehmer berühren (ALTHAUS, a.a.O., S. 182 f.). Zu denken ist an Informationen über die Betriebsorganisation, über die leitenden Organe oder über allfällige aufsichts- oder strafrechtliche Verfahren gegen diese (URS ZULAUF, Die Verwaltungsrechtshilfe in den neuen Erlassen zum Finanzmarktrecht, in: Peter Nobel, Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, 3/1994, Bern 1995, Rz. 35); auch statistische Angaben oder solche bezüglich der Bonität eines Unternehmens können hierunter fallen (HANS-PETER SCHAAD, in: Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999, Rz. 118 zu Art. 38 BEHG; ROTH, a.a.O., Rz. 24 zu Art. 38 BEHG). Solche Angaben darf die Bankenkommission regelmässig ohne Verfügung, d.h. ohne Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, an ausländische Aufsichtsbehörden weiterleiten, auch wenn sie nicht allgemein zugänglich sind oder vertraulichen Charakter haben (”données confidentielles de nature prudentielle”). Sie muss sich die entsprechenden Angaben zwar im Rahmen eines ”Auskunftsverfahrens”, in dem wiederum das Verwaltungsverfahrensgesetz gilt und der betroffenen Bank bzw. dem betroffenen Effektenhändler Parteistellung zukommt, allenfalls erst beschaffen (SCHAAD, a.a.O., Rz. 119 zu Art. 38 BEHG); der Datenaustausch erfolgt hernach indessen formlos (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 2c/aa; BBl 1993 I 1424). cc) Anders verhält es sich bei den ”kundenbezogenen” Daten (”informations de nature personnelle”): Neben dem allfälligen ”Auskunftsverfahren” sieht Art. 38 Abs. 3 BEHG hier ein sog. ”Übermittlungsverfahren” vor, das den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu folgen hat, unter Umständen aber mit dem ”Auskunftsverfahren” zusammengelegt werden kann (BGE 125 II 450 E. 2a S. 453 f.). Kundenbezogen sind alle Daten, die unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallen und sich auf eine andere als die beaufsichtigte natürliche oder juristische Person beziehen (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 2c/bb; vgl. AMY, a.a.O., S. 371). Als Kunde hat in erster Linie der Träger des Bank- oder Effektenhändlergeheimnisses zu gelten; ihm - und nicht den unmittelbar Beaufsichtigten - soll der zusätzliche verfahrensrechtliche Schutz zugute

kommen. Von Art. 38 Abs. 3 BEHG profitieren all jene Personen, die Vertragspartner der Bank bzw. des Effektenhändlers in einem konkreten Bank- oder Effektenhändlergeschäft sind (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 2c/bb). Dies gilt - unabhängig davon, ob es sich dabei um eine natürliche oder juristische Person handelt - in erster Linie für den durch die Amtshilfe betroffenen Kontoinhaber. Er steht zur Bank bzw. zum Effektenhändler in einer unmittelbaren Geschäftsbeziehung, ist Vertragspartner des beaufsichtigten Händlers und damit hauptsächlicher Träger des geschützten Geheimbereichs (BGE 125 II 65 E. 1 mit Hinweis). Keine Parteistellung kommt dagegen in der Regel dem wirtschaftlich Berechtigten an einer Bankbeziehung zu, auch wenn seine Identität offen gelegt wird (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 3a; BGE 125 II 65 E. 1 S. 6-9/70; BGE 116 Ib 331 E. 1c S. 336; BGE 114 Ib 156 E. 2a S. 159; AMY, a.a.O., S. 372, Fn. 224). ”Kundenbezogen” sind hingegen Informationen bezüglich Börsengeschäfte, welche Mitarbeiter einer Bank oder eines Effektenhändlers ausserhalb der beaufsichtigten beruflichen Aktivitäten in ihrem Privatbereich tätigen. Organe und Mitarbeiter von Effektenhändlern profitieren vom verfahrensrechtlichen Schutz, soweit sie in ihren eigenen Bankbeziehungen betroffen sind und nicht ausschliesslich in ihrer beruflich-institutionellen Tätigkeit im Börsenhandel (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 4). b) aa) Bisher nicht zu beantworten hatte das Bundesgericht die hier aufgeworfene Frage, welcher Natur die Angaben über einen selbständigen Vermögensverwalter sind, der im Namen des Bankkunden dessen Portefeuille frei bewirtschaftet (”mandat de gestion

discrétionnaire"). Die Doktrin nimmt - soweit sie die Frage thematisiert - an, entsprechende Informationen seien kundenbezogen (SCHAAD, a.a.O., Rz. 124 zu Art. 38 BEHG; wohl auch PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, S. 207, Rz. 292). Nach ALTHAUS sind externe Vermögensverwalter, wie beispielsweise Treuhandgesellschaften, Rechtsanwälte und Notare, welche Aufträge über eine Bank abwickeln, an sich ebenfalls Bank- oder Effektenhändlerkunden. Nur wenn sie ihre Transaktionen nicht selbständig und unabhängig, sondern in einer eher einem Organ oder Mitarbeiter ähnlichen Stellung tätigten, seien sie vom verfahrensrechtlichen Schutz von Art. 38 Abs. 3 BEHG ausgeschlossen (ALTHAUS, a.a.O., S. 213).

BGE 127 II 323 S. 329

bb) Dieser Auffassung ist beizupflichten: Der Gesetzgeber hat nicht weiter ausgeführt, wann "einzelne Kunden" als im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BEHG betroffen zu gelten haben. Der diesbezüglich bestehende Auslegungsspielraum ist unter Berücksichtigung der Schutzzwecke von Art. 6 und 48 VwVG sowie Art. 38 Abs. 3 BEHG wahrzunehmen (vgl. ROTH, a.a.O., Rz. 75 ff. zu Art. 38 BEHG). Nach Art. 6 VwVG gelten im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren Personen als Parteien, deren Rechte und Pflichten der Entscheid berühren soll, sowie all jene, denen gegen diesen ein Rechtsmittel offen steht, d.h. Personen, die durch die angefochtene Verfügung berührt werden und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben (Art. 48 lit. a VwVG, Art. 103 lit. a OG). Hierbei kann es sich auch um Dritte handeln, soweit diese in einer hinreichend engen, berücksichtigungswürdigen Beziehung zum Streitgegenstand stehen (BGE 124 II 499 E. 3b S. 504). Kundenbezogen sind - wie dargelegt - Daten, die unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallen und sich auf eine andere als die beaufsichtigte natürliche oder juristische Person beziehen (AMY, a.a.O., S. 371 ff.). Der Geheimhaltungspflicht unterliegen sämtliche Angaben, die sich aus der unmittelbaren geschäftlichen Beziehung zwischen Kunde und Bank ergeben, somit auch die Tatsache, ob und zugunsten von wem ein Vermögensverwaltungsauftrag besteht (vgl. BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Rz. 4 zu Art. 47; RICCARDO SANSONETTI, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Zürich 1998, S. 527). Der selbständige Vermögensverwalter handelt im Rahmen der ihm vom Kunden eingeräumten Befugnisse als dessen Hilfsperson bzw. Stellvertreter. Soll seine Identität amtshilfeweise ins Ausland preisgegeben werden, betrifft dies das einzelne Kundenverhältnis, es sei denn, er habe als Mitarbeiter oder Organ einer beaufsichtigten Bank oder eines Effektenhändlers bzw. des Kunden selber gehandelt. Im Gegensatz zum bloss Bevollmächtigten, der das Konto nicht autonom bewirtschaftet und nicht die Verantwortung für die einzelnen Investitionsentscheide trägt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Oktober 1998 i.S. S., E. 2, veröffentlicht in: EBKBull 37/1999 S. 21 ff.), hat der unabhängige Vermögensverwalter - wie der Kunde - ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines förmlichen "Übermittlungsverfahrens", zumal wenn damit - wie hier - die Bewilligung verbunden wird, die entsprechenden Angaben an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten.

BGE 127 II 323 S. 330

Die Amtshilfe ist geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen seinem Klienten und ihm derart zu erschüttern, dass er der Streitsache näher steht als irgendein anderer Dritter. Er hat ein eigenes aus der Kundenqualität am konkreten Geschäft fliessendes Recht auf verfahrensrechtlichen Schutz, auch wenn die Transaktion wirtschaftlich zugunsten eines Kontoinhabers erfolgt, dessen Identität gerade nicht preisgegeben wird. Die Amtshilfemassnahme richtet sich in diesem Fall direkt gegen ihn, wodurch er intensiver berührt wird als irgendein anderer Bevollmächtigter am Konto. Da er nicht unmittelbar der Aufsicht der Bankenkommission untersteht, haben die entsprechenden Auskünfte - wie beim eigentlichen Kontoinhaber - als kundenbezogen zu gelten. Es werden dabei zwar nicht Auskünfte über das Konto als solches weitergeleitet, jedoch über die Urheberschaft (eben den Auftraggeber bzw. Kunden) des konkreten Geschäftes, wobei der Kontoinhaber an diesem lediglich als wirtschaftlich berechtigt erscheint. cc) Die Situation des unabhängigen Vermögensverwalters kann umge-

kehrt selber nicht mit jener des wirtschaftlich Berechtigten verglichen werden: Diesem fehlt die Parteistellung, da er die von ihm gewählte Konstruktion (selbständige Kundenqualität eines Dritten) gegen sich gelten lassen und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen tragen muss (Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 3a). Dank seines wirtschaftlichen und rechtlichen Einflusses auf den direkten Vertragspartner des Effektenhändlers oder der Bank kann er seine Interessen in geeigneter Weise wahren. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, steht ihm - analog der Rechtsprechung im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen (vgl. Urteil vom 18. Mai 2000 i.S. L., E. 1e, veröffentlicht in: Pra 89/2000 Nr. 133 S. 790) - unter Umständen im Rahmen von Art. 38 Abs. 3 BEHG ebenfalls Parteistellung zu. Dies muss für den unabhängigen Vermögensverwalter immer gelten, hat er doch zum Vornherein keine Möglichkeit, seine Interessen anderweitig geeignet wahrzunehmen, da es sich bei seinem Kunden eben meist gerade um einen "unbeteiligten Dritten" handeln wird (Art. 38 Abs. 3 Satz 2 BEHG). Die Ungleichbehandlung mit dem als Organ oder Mitarbeiter einer Bank tätigen Vermögensverwalter rechtfertigt sich einerseits deshalb, weil dieser im unmittelbaren Aufsichtsbereich der Bankenkommission agiert und daher zu ihr in einem besonderen Rechtsverhältnis steht; andererseits kommt hier wiederum dem Arbeitgeber im "Auskunftsverfahren" Parteistellung zu, womit insofern ebenfalls ein minimaler Rechtsschutz besteht.

BGE 127 II 323 S. 331

4. Auch materiellrechtliche Überlegungen sprechen dafür, die Bankenkommission zu verpflichten, in Fällen wie dem vorliegenden ein "Übermittlungsverfahren" durchzuführen: Mit der Amtshilfe dürfen die Regeln über die Rechtshilfe in Strafsachen weder materiell noch hinsichtlich eines minimalen Rechtsschutzes in der Schweiz umgangen werden (nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 2A.162/2000 vom 10. Juli 2001 i.S. B., E. 5b; BGE 126 II 409 E. 6b/bb S. 417, 126 E. 6b/bb S. 139; BGE 125 II 450 E. 3b S. 457; vgl. SCHAAD, a.a.O., Rz. 80 ff. zu Art. 38 BEHG; ROTH, a.a.O., Rz. 67 zu Art. 38 BEHG). Die Bankenkommission hat die von den beaufsichtigten Instituten gelieferten, den Beschwerdeführer betreffenden Informationen nicht nur amtshilfeweise weitergegeben, sondern gleichzeitig auch deren Verwendung für ein allfälliges Strafverfahren bewilligt. Ohne Amtshilfe hätten die französischen Behörden die umstrittenen Angaben hierfür rechtshilfeweise beschaffen müssen, wobei zugunsten des Betroffenen ein minimaler Rechtsschutz bestanden hätte (vgl. Art. 78 ff. [Behandlung des Ersuchens]und Art. 80e [Beschwerde]des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen [SR 351.1]). Die Bankenkommission darf diesen nicht dadurch umgehen, dass sie entsprechende Angaben als institutsbezogen "entspezialisiert" ins Ausland liefert. Hätte der Gesetzgeber insofern die gestützt auf Art. 38 Abs. 3 BEHG bestehende Rechtsschutzmöglichkeit ausschliessen wollen, hätte er das klar zum Ausdruck bringen müssen. Da er dies nicht getan hat, ist die Bankenkommission nicht befugt, unter das Bank- oder Effektenhändlergeheimnis fallende, kundenrelevante Angaben der vorliegenden Art formfrei ins Ausland weiterzuleiten und gleichzeitig deren Verwendung für ein allfälliges Strafverfahren zu bewilligen.

5. Das Vorgehen der Bankenkommission überzeugt schliesslich auch mit Blick auf Art. 25 VwVG nicht: Danach kann, wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweist, den Erlass einer Feststellungsverfügung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten verlangen (BGE 114 V 201 ff.). Mit Blick auf den Interpretationsspielraum, den Art. 38 Abs. 3 BEHG der Bankenkommission einräumt, wird in der Doktrin die Meinung vertreten, in Zweifelsfällen stehe dem durch die Amtshilfemassnahme angeblich Berührten ein Anspruch auf Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung zu. Nach ALTHAUS hat die Bankenkommission in Grenzfällen zu prüfen, "ob der instituts- oder marktbezogene

BGE 127 II 323 S. 332

Charakter einer Information oder der kundenbezogene Aspekt im Vordergrund" steht. Sei strittig, ob einer Person Kundeneigenschaft zukomme oder nicht, und lehne die Bankenkommission die Berufung auf den Kundenschutz ab, werde sie darüber eine Feststellungsverfügung erlassen (ALTHAUS, a.a.O., S. 215). Nach SCHAAD liegt es an der Bankenkommission, im Einzelfall zu entscheiden, ob kundenbezogene Informationen vorliegen und dementsprechend eine Übermittlungsverfügung "oder eine negative Feststellungsverfügung" zu treffen sei (SCHAAD, a.a.O., Rz. 124 zu Art. 38 BEHG). Die Bankenkommission ist bisher offenbar dementsprechend vorgegangen (vgl. die negative Feststellungsverfügung vom 4. Juli 2000, welche Anlass zum Urteil 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb. gab). Vorliegend stellte sich erstmals die Frage, wie die Angaben bezüglich eines unabhängigen, nicht ihrer unmittelbaren Aufsicht unterstellten Vermögensverwalters zu werten sind. Indem die Bankenkommission hierüber formlos entschied, setzte sie sich - grundlos - in Widerspruch zu ihrer eigenen Praxis und den entsprechenden Auffassungen in der Doktrin.

6. Was die Bankenkommission für ihre Position weiter vorbringt, überzeugt nicht: a) Zwar hat das Bundesgericht festgestellt, dass die in Amtshilfe übermittelten Informationen generell der "Aufsicht über Börsen und den Effektenhandel" und nicht allein der Kontrolle der am Markt beteiligten Institute diene (BGE 125 II 65 E. 5b S. 72 f.), weshalb auch kundenbezogene Daten im Rahmen von Art. 38 BEHG Gegenstand von Amtshilfehandlungen bilden könnten. Es verwarf damit aber einzig den Einwand, die Amtshilfe sei bloss hinsichtlich "institutsbezogener" Informationen zulässig, also soweit die Beaufsichtigung der Effektenhändler auch die Mitteilung von Informationen über Kunden erforderlich mache, nicht aber sofern die ausländische Aufsichtsbehörde ausschliesslich ein direktes Interesse am Verhalten des Kunden habe (BGE 125 II 65 E. 5a S. 72). Daraus ergibt sich nicht, wie dies zu geschehen hat; die entsprechende Frage ist allein in Auslegung von Art. 38 Abs. 3 BEHG zu beantworten. b) aa) Das Bundesgericht hat am 5. April 2001 i.S. W. entschieden, dass eine Weiterleitung von Daten, die den Bankkunden betreffen, unzulässig sein könne, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsauftrag vorliege und keine anderen Umstände darauf hinweisen, dass der Kunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen abgewickelt wurden, in irgendeiner Form dennoch an den umstrittenen Geschäften selber

beteiligt gewesen sein könnte (E. 3c/aa). Beim dort involvierten Vermögensverwalter, dessen Identität ohne "Übermittlungsverfahren" weitergegeben werden durfte, handelte es sich indessen um einen Bankangestellten, der im Rahmen seiner beruflich-institutionellen Aufgaben im unmittelbaren Aufsichtsbereich der Bankenkommission die entsprechenden Transaktionen getätigt hatte. Soweit er für sich selber handelte, profitierte er ebenfalls vom verfahrensrechtlichen Kundenschutz (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 i.S. B. u. Mitb., E. 5). bb) Der Beschwerdeführer legte in den Monaten Juni und Juli des Jahres 2000 über die Z. AG insgesamt 1'500 "Flammarion"-Aktien in sein eigenes Portefeuille. Gestützt auf die ihm erteilten Vermögensverwaltungsaufträge erwarb er anschliessend im Namen und auf Rechnung verschiedener Kunden, ohne deren Wissen, 4'000 weitere Titel, bevor er am 7. November 2000 sämtliche Aktien verkaufte. Hinsichtlich der eigenen Transaktionen kam dem Beschwerdeführer Kundenqualität zu. Zwar teilte die Bankenkommission der "Commission des Opérations de Bourse" auch in Bezug auf diese Geschäfte lediglich mit, es habe sich um im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrags getätigte Käufe gehandelt; dies ändert jedoch - abgesehen davon, dass es nicht den Tatsachen entsprach - nichts daran, dass die den Beschwerdeführer betreffenden Informationen insofern im Zusammenhang mit Geschäften weitergeleitet wurden, die diesen als Kunden im engeren Sinne betrafen. Stünde es der Bankenkommission frei, den Kunden, wie sie dies hier bezüglich der über die Z. AG abgewickelten Geschäfte getan hat, jeweils als seinen eigenen unabhängigen Vermögensverwalter zu qualifizieren und seine Daten als instituts- bzw. marktbezogene Angaben ausser Landes zu geben, würde Art. 38 Abs. 3 BEHG seines Sinnes entleert. c) Der Einwand, der Beschwerdeführer sei zumindest als unabhängi-

ger Vermögensverwalter durch die Weitergabe nicht in einem rechtlich geschützten eigenen Interesse betroffen, verkennt dass ein solches nach Art. 48 VwVG nicht erforderlich ist. Es genügt, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Akt berührt erscheint und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat; dieses kann auch bloss tatsächlicher Natur sein (vgl. ROTH, a.a.O., Rz. 77 zu Art. 38 BEHG).

7. a) Es stellt sich damit die Frage, welche Folgen an die Missachtung von Art. 38 Abs. 3 BEHG durch die Bankenkommission zu knüpfen sind. Die umstrittenen Angaben befinden sich bereits im

Ausland. Der Beschwerdeführer hat sich vor der Bankenkommission zu den verschiedenen materiellen Fragen umfassend geäussert. In seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt er, es sei die Amtshilfe zu verweigern und die Bankenkommission zu verpflichten, die "Commission des Opérations de Bourse" entsprechend zu informieren. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, ausnahmsweise (vgl. BGE 124 II 499 E. 1c S. 502) direkt in der Sache selber zu entscheiden und diese nicht zuerst zur Durchführung des zu Unrecht verweigerten Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Art. 114 Abs. 2 OG). b/aa) Bei der "Commission des Opérations de Bourse" handelt es sich um eine börsenrechtliche Aufsichtsbehörde, welcher die Bankenkommission Amtshilfe leisten kann (BGE 127 II 142 E. 4 S. 145; BGE 126 II 86 E. 3 S. 88 f.). Im Vorfeld der Übernahme des Verlagshauses "Flammarion" durch die "Rizzoli"-Gruppe am 17. Oktober 2000 kam es zu unüblichen Handelsvolumen (3. Oktober: 1'834 Titel; 4. Oktober: 2'270 Titel; 9. Oktober: 1'463 Titel; 11. Oktober: 4'884 Titel; 12. Oktober: 3'376 Titel; bei einem sonstigen durchschnittlichen Volumen von 436 Titeln). Diese legten aufsichtsrechtliche Abklärungen mit Blick auf einen allfälligen Insiderhandel nahe und bildeten hinreichenden Anlass, die Bankenkommission um Amtshilfe zu ersuchen, zumal der von der "Rizzoli"-Gruppe gebotene Preis von 78.2 Euro pro Aktie deutlich über dem durchschnittlichen Preis von 33.7 Euro seit anfangs Jahr lag (vgl. BGE 127 II 142 E. 5c S. 146 mit Hinweis). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe die umstrittenen Titel gestützt auf allgemein zugängliche Informationen und eine eigene Marktanalyse erworben, verkennt er, dass die Bankenkommission diese Einwände in ihrem Verfahren nicht zu prüfen hatte (BGE 127 II 142 E. 5c S. 147). Auch wenn im Zeitpunkt, in dem die Abklärungen aufgenommen wurden, wegen auffälliger Kursverläufe erst in abstrakter Weise der Verdacht auf eine Verletzung börsenrechtlicher Bestimmungen bestand, blieb die Amtshilfe zulässig (vgl. BGE 125 II 65 E. 6b/bb S. 74, 450 E. 3b S. 457). Es ist an der ausländischen Aufsichtsbehörde, aufgrund eigener Untersuchungen und gestützt auf die eingeholten Auskünfte über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden; dessen Berechtigung bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens (BGE 127 II 142 E. 5a S. 145). bb) Unzulässig ist indessen zurzeit die von der Bankenkommission der "Commission des Opérations de Bourse" erteilte Bewilligung, die übermittelten Informationen gegebenenfalls an die

Straf(verfolgungs)behörden weiterzuleiten: Die Bankenkommission kann die Zustimmung im Amtshilfeentscheid selber nur geben, wenn die aufsichtsrechtlichen Ermittlungen im Empfängerstaat bei Einreichung des Ersuchens hinreichend fortgeschritten sind oder sich schon zu diesem Zeitpunkt die Notwendigkeit einer allfälligen Weiterleitung an einen Zweitempfänger genügend konkret abzeichnet (vgl. BGE 126 II 409 E. 6b/cc S. 419). Hierfür bedarf es neben auffälliger Kursverläufe zusätzlicher Elemente, welche eine strafrechtlich relevante Verhaltensweise mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit nahe legen. Es sind dabei zwar keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, doch müssen ausser Kursvariationen und Transaktionen in einem verdächti-

gen Zeitraum weitere Indizien vorliegen, die auf ein möglicherweise strafbares Verhalten im Einzelfall deuten. Entsprechende Bewilligungen sollen mit Blick auf das Verhältnismässigkeits- und Spezialitätsprinzip nicht aufs Geratewohl erteilt werden (BGE 127 II 142 E. 7; BGE 126 II 409 E. 6b/cc S. 420). Solche Hinweise sind vorliegend nicht dargetan. Es ist der französischen Aufsichtsbehörde deshalb zuzumuten, sollte sie die den Beschwerdeführer betreffenden Informationen an die Straf(verfolgungs)behörden weiterleiten wollen, vorgängig erneut um die entsprechende Bewilligung der Bankenkommission zu ersuchen (BGE 127 II 142 E. 7b S. 149).

8. a) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Eidgenössische Bankenkommission formell zu Unrecht kein "Übermittlungsverfahren" im Sinne von Art. 38 Abs. 3 Satz 1 BEHG bzw. kein negatives Feststellungsverfahren nach Art. 25 VwVG durchgeführt hat. Materiell war ihre Amtshilfe indessen - bis auf die Bewilligung, die Auskünfte für ein allfälliges Insiderstrafverfahren benützen zu dürfen - bundesrechtskonform. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und die Bankenkommission zu verpflichten, die "Commission des Opérations de Bourse" darüber zu informieren, dass die in ihrem Schreiben vom 18. April 2000 erteilte Zustimmung zu einer allfälligen Weiterleitung an die zuständigen Strafbehörden mit vorliegendem Urteil hinfällig geworden ist und für eine entsprechende Verwendung der Informationen erneut um eine Bewilligung nachzusuchen wäre.