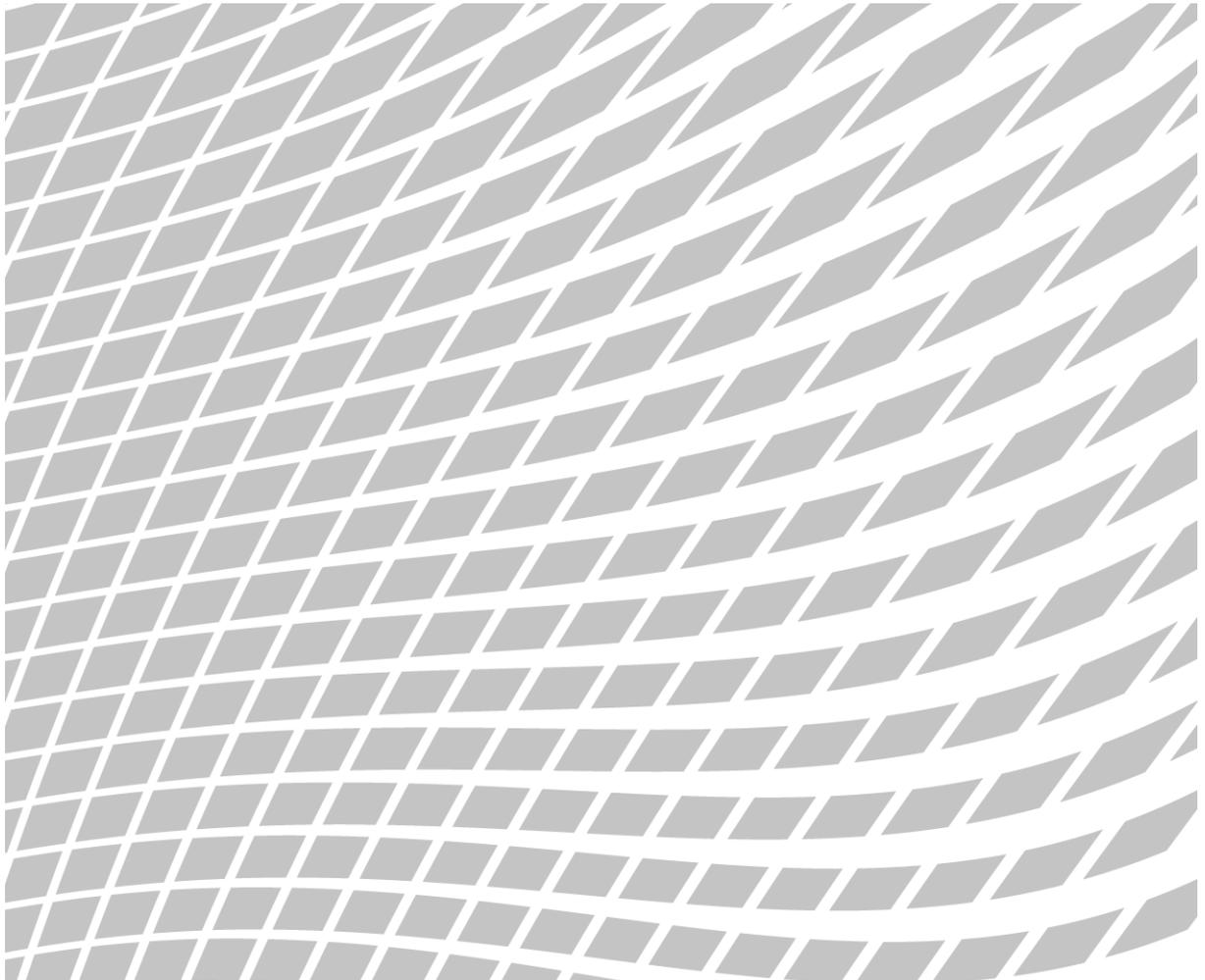


August 2009

Die internationale Amtshilfe im Börsenbereich



Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	6
1 Einleitung.....	7
2 Internationaler Kontext.....	8
3 Rechtlicher Rahmen der Schweizer Amtshilfe im Börsenbereich.....	10
3.1 Art. 38 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel	10
3.2 Schwierigkeiten bei der Anwendung des alten Rechts	11
4 Von der FINMA ersuchte aktive Amtshilfe	12
5 Beschreibung eines typischen Amtshilfefahrens für ausländische Aufsichtsbehörden	13
5.1 Grund für ein Amtshilfegesuch.....	13
5.2 Inhalt des Gesuchs.....	13
5.3 Kontrolle der formellen Voraussetzungen durch die FINMA.....	14
5.4 Auskunftspflicht gegenüber der FINMA	15
5.5 Institutsbezogene Informationen und Kundeninformationen.....	16
5.6 Das Kundenverfahren	16
5.7 Praxis des Bundesverwaltungsgerichts	17
6 Einige spezifische Probleme	18
6.1 Anfangsverdacht	18
6.2 Begriff des unverwickelten Dritten.....	19
6.3 Spontane Amtshilfe	21
6.4 Verteidigung des Kunden.....	21
7 Einige Zahlen.....	22

8	Art. 38 BEHG in der Praxis und im Hinblick auf das MMoU der IOSCO	23
9	Strategischer Ansatz der FINMA	24
10	Schlussfolgerungen.....	25

Ausgewählte neuere Literatur

Honegger Peter / Kolb Andreas, Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen, ASA online vom 5.3.2009, <http://www.nkf.ch/de/attorneys/peterc_honegger.php>

Lombardini Carlo, Droit bancaire suisse, 2. Auflage, Zürich 2008

Nobel Peter, Schweizerisches Finanzmarktrecht: Einführung und Überblick, 2. Auflage, Bern 2004

Schaad Hans-Peter in Basler Kommentar zum Börsengesetz (Watter / Vogt Hrsg.), Art. 38, Basel 2007

Tsimaratos Jean-Louis / Sutter Frédéric, Entraide administrative internationale en matière boursière: état de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral au 30 juin 2009, SZW/RSDA 4/2009, S. 294 ff.

Amtshilfe-Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts

BVGE B-3703/2009 vom 3. August 2009 auf Deutsch

BVGE B-994/2009 vom 13. Mai 2009 auf Deutsch

BVGE B-997/2009 vom 5. Mai 2009 auf Französisch

BVGE B-1023/2009 vom 5. Mai 2009 auf Französisch

BVGE B-7195/2008 vom 27. Januar 2009 auf Deutsch

BVGE B-6039/2008 vom 8. Dezember 2008 auf Deutsch

BVGE B-6040/2008 vom 8. Dezember 2008 auf Deutsch

Abkürzungen

BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz; SR 952.0)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung; SR 952.02)
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz; SR 954.1)
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung; SR 954.11)
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.1)
FINMA-GebV	Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, SR 956.122)
IOSCO	Internationale Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions; www.iosco.org)
MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding
Rz.	Randziffer
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission (www.sec.gov)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)

Kernpunkte

Der vorliegende, von der FINMA publizierte Bericht, wurde weitgehend noch von deren Rechtsvorgängerin EBK verfasst. Damit der Text die heutige Rechtslage wiedergibt, ist er durch die FINMA an die Änderungen des Bankengesetzes und des Börsengesetzes angepasst worden, welche mit dem Finanzmarktaufsichtsgesetz Anfang 2009 in Kraft traten.

Die internationale Amtshilfe im Börsenbereich bildet eine wesentliche Brücke zwischen der immer globaleren Tätigkeit der Finanzmarktakteure und der weiterhin nationalen Aufsicht. Die FINMA hat immer ihren eindeutigen Willen bekundet, mit den ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden wirksam zusammenzuarbeiten, um ihnen zu helfen, ihr nationales Aufsichtsrecht umzusetzen. Das Gleiche erwartet sie im Gegenzug von diesen Aufsichtsbehörden, wenn sie diese selbst um Informationen ersucht, was sie auch regelmässig tut.

Das globale und grenzüberschreitende Geschäftsmodell vieler Banken und Effektenhändler und die Notwendigkeit, die von ihnen verwalteten Vermögenswerte auf grossen ausländischen Kapitalmärkten anzulegen, führen zu zahlreichen Transaktionen dieser Intermediäre auf ausländischen Märkten, sei es auf eigene Rechnung oder (wichtiger) auf Rechnung ihrer Kunden. Diese Transaktionen können Gegenstand von Untersuchungen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden werden. Die FINMA ist deshalb ein wichtiger Ansprechpartner für diese Behörden. Artikel 38 des Börsengesetzes erlaubt eine wirksame Amtshilfe im Börsenbereich, welche sowohl die Interessen der ausländischen Aufsichtsbehörden wie auch diejenigen der Kunden berücksichtigt, die durch die Amtshilfe betroffen sind.

Art. 38 BEHG sieht eine gerichtliche Kontrolle vor, bevor Kundeninformationen an ausländische Behörden übermittelt werden können. Dies bedingt zwangsläufig die entsprechenden Verfahrensrechte. Diese Verfahren binden beträchtliche Ressourcen der FINMA. Nicht alle, aber doch eine imposante Zahl von Kunden beanspruchen den Verfahrensschutz, auch wenn die Gerichte in gleichartigen Fällen die Amtshilfe bewilligt haben. Dadurch verzögert sich zwangsläufig der Informationsaustausch. Trotzdem erfolgt die Amtshilfe der FINMA im Durchschnitt nicht langsamer als diejenige ausländischer Behörden.

Auf internationaler Ebene ist der Wille der FINMA zur Zusammenarbeit anerkannt. Gewisse mit dem Kundenverfahren zwangsläufig verbundene Eigenheiten des Schweizer Systems, wie die Information des Kunden über die Auskunftsbegehren und die sich daraus in Einzelfällen ergebende Kollusionsgefahr werden jedoch kritisiert. Die FINMA bemüht sich aktiv, im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts Lösungen zu suchen.

1 Einleitung

Investoren und Anlagen kennen heute (praktisch) keine Landesgrenzen mehr. Dagegen sind die Regulierung und Aufsicht der Finanzmärkte nach wie vor grundsätzlich national verankert und jeder Staat ist in dieser Hinsicht souverän. Obwohl die Finanzintermediäre auf Märkten ausserhalb ihres Sitzstaats heute immer aktiver werden, können die nationalen Aufsichtsbehörden meist nur den Markt und die Rechtseinheiten überwachen, die in ihren juristischen Zuständigkeitsbereich fallen. Anders als in der Schweiz beschränken zudem die Aufsichtsregulierungen vieler Staaten den ungehinderten Zugang der dort ansässigen Anleger zu ausländischen Banken, Effekthändlern und Finanzberatern sehr stark.

Die Amtshilfe zwischen Finanzmarktaufsichtsbehörden schlägt eine Brücke zwischen diesen zwei Welten, um die Umsetzung der nationalen Regulierungen und damit auch die Stabilität des Finanzsystems als Ganzes zu garantieren. Ohne eine solche Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Finanzmarktbehörden ist eine Aufsicht über die Finanzmärkte und die Einhaltung der Regeln durch die Finanzmarktakteure illusorisch, da es keine supranationale Aufsichtsbehörde gibt.

Dieser Bericht beschreibt, wie die Amtshilfe im Börsenbereich von der Schweiz aus funktioniert. Folgende Punkte werden erläutert:

- Der Kontext, in dem die internationale Zusammenarbeit im Börsenbereich erfolgt (Kapitel 2);
- Die auf die Amtshilfe durch die FINMA an ausländische Aufsichtsbehörden anwendbaren Regeln und die durch die Revision von Art. 38 BEHG ausgelösten Änderungen (Kapitel 3);
- Die Erfahrungen der FINMA / EBK mit Amtshilfegesuchen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden (Kapitel 4);
- Der praktischer Ablauf eines Amtshilfeverfahrens (Kapitel 5);
- Besondere Probleme und die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (Kapitel 6);
- Statistische Daten zur Amtshilfe im Börsenbereich (Kapitel 7);
- Probleme im internationalen Kontext (Kapitel 8);
- Strategie der FINMA bei der internationalen Zusammenarbeit (Kapitel 9).

2 Internationaler Kontext

Die Positionen der Aufsichtsbehörden im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit unterscheiden sich massgeblich von Land zu Land. So gibt es einmal die Aufsichtsbehörden, die in erster Linie um Informationen ersuchen (Gesuchsteller). Dazu gehören primär die Aufsichtsbehörden wichtiger Börsenplätze und grosser, liquider Kapitalmärkte, wie die USA oder die grossen europäischen Staaten. Ihnen gegenüber stehen die Staaten, die vor allem um Informationen ersucht werden, wie die Schweiz und Grossbritannien. Auf ihrem Hoheitsgebiet befinden sich in der Regel zahlreiche Finanzintermediäre sowie eine bedeutende ausländische Kundschaft. Deshalb sind sie auf den ausländischen Finanzmärkten sehr aktiv – entweder direkt oder über ihre Kunden.

Ein Staat muss im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Informationen liefern können, damit der Zugang der auf seinem Gebiet ansässigen Finanzintermediäre zu den ausländischen Kapitalmärkten langfristig erhalten bleibt. Einige Staaten verlangen, dass die auf ihren Märkten investierenden Finanzintermediäre auf Anfrage unverzüglich bekanntgeben, für wen sie Aktien von Unternehmen kaufen oder halten, die an ihren Börsen kotiert sind. Will ein Finanzintermediär an diesen Märkten tätig werden, so muss er die von der Aufsichtsbehörde verlangten Informationen unverzüglich übermitteln können, sonst droht ihm der Entzug der Zulassung. Kunden, die auf diesem Markt Transaktionen tätigen möchten, müssen deshalb den Finanzintermediär vertraglich ermächtigen, diese Auskünfte direkt zu leisten. Diese Staaten wollen auf diese Weise die von ihnen geforderte Transparenz für in- oder ausländische Teilnehmer sicherstellen.

Um eine minimale Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Ländern zu garantieren, wurden im Rahmen supranationaler Organe Regelungen über den Informationsaustausch zwischen Finanzplätzen verabschiedet. So hat die Europäische Union die Richtlinie 2003/6/EG über Insider-Geschäfte und Marktmanipulationen (Marktmissbrauch) vom 28. Januar 2003 erlassen, die eine Zusammenarbeit und einen unverzüglichen Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten vorsieht, es sei denn, dies könnte die Souveränität, die Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des ersuchten Mitgliedstaats beeinträchtigen¹.

Die International Organization of Securities Commissions (IOSCO), die mit der FINMA 121 Aufsichtsbehörden als Mitglieder zählt, hat ein multilaterales Verständigungsprotokoll über die Konsultation, die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen Wertpapieraufsichtsbehörden verfasst (Multilateral Memorandum of Understanding – MMoU)². Dieses MMoU ist ein wichtiger Grundpfeiler der Tätigkeit der IOSCO. Bis heute haben über 50 Aufsichtsbehörden das MMoU ohne Einschränkung unterzeichnet. Im Jahr 2010 sollten alle Mitglieder der IOSCO uneingeschränkte Unterzeichner sein (A-Mitglieder) oder sich zur Umsetzung der notwendigen Massnahmen verpflichtet haben, um das MMoU unterzeichnen zu können (B-Mitglieder). Das MMoU beinhaltet die Leitplanken für die Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden. Es definiert namentlich:

¹ Art. 16 der Richtlinie 2003/6/EG vom 28. Januar 2003.

² URL: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD126.pdf> [Stand 31.08.2009].

- die Regeln, zu deren Unterstützung Amtshilfe gewährt werden muss (Insiderhandel, Kursmanipulation, Anlagebetrug, Registrierung und Angebot von Wertpapieren, Aufsicht über Marktintermediäre, Aufsicht über Börsen, Märkte, clearing und settlement, Ziffern 4 und 7 MMoU);
- den Umfang der zu leistenden Unterstützung, die insbesondere die Übermittlung von Bankdokumenten beinhaltet (Ziffer 8 MMoU);
- die zulässige Verwendung der gelieferten Informationen und Dokumente (Ziffer 10 MMoU). Sie dürfen ausser zu dem im Amtshilfegesuch aufgeführten Zweck auch für Zivil- oder Verwaltungsverfahren, zur Unterstützung von Selbstregulierungsorganisationen, für Straf- oder andere Verfahren verwendet werden, solange diese dazu dienen, Marktaufsichtsrecht durchzusetzen. Auch wenn diese Verfahren öffentlich sind, bleibt die Verwendung der Informationen zulässig;
- die vertrauliche Behandlung der gestellten Gesuche und der im Rahmen der Amtshilfe übermittelten Informationen (Ziffer 11 MMoU). So darf eine ersuchte Behörde den Umstand eines Gesuchs erst bekannt geben, nachdem sie mit der ersuchenden Behörde Rücksprache genommen hat und sich eine Bekanntmachung für die Behandlung des Gesuchs als erforderlich erweist.

Die FINMA steht regelmässig mit vielen Bank- und Börsenaufsichtsbehörden in Kontakt. Dabei ist es mitunter zweckmässig, die technischen Modalitäten für den Informationsaustausch bilateral zu regeln³. Bei diesen Vereinbarungen handelt es sich allerdings nicht um internationale Verträge. Es sind vielmehr Absichtserklärungen, die für die beteiligten Behörden aus rein juristischer Sicht nicht verbindlich sind. Sie erlauben ihnen jedoch, im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgaben Informationen auszutauschen, und erleichtern damit die Amtshilfe. Diese Vereinbarungen können unterschiedliche Formen haben, z.B. gemeinsame Absichtserklärungen (Memorandum of Understanding – MoU), Briefwechsel oder einseitige Erklärungen.

Die juristische Tragweite der entsprechenden Erklärungen der ausländischen Behörden wurde vom Bundesgericht und kürzlich auch vom Bundesverwaltungsgericht (BVGer)⁴ geprüft. In ständiger Rechtsprechung haben beide Instanzen entschieden, es stehe grundsätzlich ausser Zweifel, dass die ersuchende Behörde sich zur Einhaltung der Bedingungen für die Gewährung der Amtshilfe durch die FINMA nach bestem Bemühen verpflichtet („Best Efforts“). „Auch im internationalen Verkehr darf ein Verhalten nach Treu und Glauben vermutet werden“⁵. Diese Verpflichtungen müssen auch nicht regelmässig erneuert werden⁶.

³ Die EBK hat bereits mit den Aufsichtsbehörden 17 verschiedener Staaten die Grundlagen für eine Zusammenarbeit festgelegt (URL: <http://www.finma.ch/D/FINMA/INTERNATIONALES/AMTSHILFE/Seiten/vereinbarungen-mit-auslaendischen-aufsichtsbehoerden.aspx>).

⁴ Seit dem 1. Januar 2007 ist das Bundesverwaltungsgericht die einzige Beschwerdeinstanz für Entscheide der Bankenkommission im Bereich der Amtshilfe (Art. 38 Abs. 5 BEHG, Art. 83 Bst. h BGG).

⁵ Bundesgerichtsentscheid (BGE) 2A.153/2003, Erw. 3.1 und die dort angeführte Rechtsprechung.

⁶ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE) B-652/2008, Erw. 3.

3 Rechtlicher Rahmen der Schweizer Amtshilfe im Börsenbereich

3.1 Art. 38 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel

Die Amtshilfe im Börsenbereich ist in der Schweiz in Art. 38 BEHG (SR 954.1) geregelt. Der Wortlaut dieses Artikels ist im Anhang wiedergegeben. Die wichtigsten Merkmale der Amtshilfe sind die Folgenden:

- Amtshilfe darf nur **Finanzmarktaufsichtsbehörden** gewährt werden (Art. 38 Abs. 2 BEHG).
- Die FINMA darf nicht öffentlich zugängliche **Auskünfte und/oder Unterlagen** im Rahmen der Ausführung eines Amtshilfesuchs übermitteln (Art. 38 Abs. 2 BEHG). Das wurde vom Bundes(-verwaltungs)gericht wiederholt bestätigt⁷.
- Die übermittelten Informationen werden ausschliesslich zur Durchsetzung von (ausländischen) Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet (**Spezialitätsprinzip**, Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG). Somit ist die Weitergabe an Strafbehörden zur Verfolgung von Verstössen gegen das Finanzmarktrecht (Insiderhandel, Kursmanipulation, Tätigkeit ohne Zulassung, Betreiben von betrügerischen (Schneeball-)Systemen (Ponzi scheme) usw.) ohne Bewilligung der FINMA möglich. Die Weitergabe von Informationen an eine Drittbehörde setzt keine doppelte Strafbarkeit voraus⁸. In Anwendung des Spezialitätsprinzips ist die Verwendung der übermittelten Informationen zu Steuerzwecken oder im Rahmen von Strafverfahren, die nicht mit der Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts zusammenhängen, ohne vorgängige Zustimmung der FINMA nicht möglich. Diese Zustimmung erfolgt im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Rechtshilfe müssen in diesem Fall erfüllt sein, so muss unter anderem die doppelte Strafbarkeit gegeben sein (Art. 38 Abs. 6 BEHG).
- Die ersuchende Behörde muss an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sein (**Vertraulichkeitsprinzip**). Dieses deckt die in gewissen Rechtsordnungen geltenden Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren (Art. 38 Abs. 2 Bst. b BEHG) jedoch nicht ab. Das Vertraulichkeitsprinzip wird nicht verletzt, wenn veröffentlicht wird, dass ein Verfahren eingeleitet wurde („Litigation Release“). Das Schweizer Parlament war sich bei der Verabschiedung von Art. 38 Abs. 2 Bst. b BEHG der Informationspolitik bestimmter Aufsichtsbehörden und der daraus resultierende Verlust der Kontrolle über die übermittelten Informationen durchaus bewusst⁹. Diese Vorschrift bedeutet ferner nicht, dass die FINMA prüfen soll, ob die Behörden, an die in Anwendung von Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG Informationen weitergegeben werden, das Vertraulichkeitsprinzip ebenfalls einhalten¹⁰.
- Art. 38 BEHG sieht eine Besonderheit gegenüber dem in den meisten anderen Staaten üblichen Verfahren vor, nämlich die Anwendung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), wenn die zu übermittelnden Informationen einzelne Kunden von Effektenhändlern betref-

⁷ Z.B. BGE 128 II 407, Erw. 6.2 oder BGE 2A.246/2006, Erw. 5.4.

⁸ BBI 2004 6764 und BGE 2A.170/2006, Erw. 2.1.2.

⁹ BGE 2A.13/2007, Erw. 8.

¹⁰ BBI 2004 6765 und BGE 2A.649/2006, Erw. 5.

fen (Art. 38 Abs. 3 BEHG). Das bedeutet für die FINMA, dass sie den betroffenen Kunden über das Amtshilfeverfahren sowie seine Möglichkeit, von der FINMA einen Entscheid über die Übermittlung von Informationen an die ausländische Finanzmarktaufsicht zu verlangen, orientieren muss. Dieser Entscheid kann beim Bundesverwaltungsgericht als einzige Instanz angefochten werden (Art. 38 Abs. 5 BEHG). Dieses sogenannte **Kundenverfahren** ist international umstritten, insbesondere weil es die Offenlegung des Ersuchens an die Betroffenen bedingt und damit ein Risiko der Kollusion und der Beweisvernichtung schaffen kann (siehe nachstehend Kapitel 8).

- Wenn die Informationen, die an die ersuchende Behörde übermittelt werden sollen, keine einzelne Kundinnen oder Kunden von Effekthändlern betreffen, ist das Verwaltungsverfahren nicht anwendbar (Art. 38 Abs. 3 BEHG a contrario). Unter diesen Umständen können die Informationen an die ersuchende Behörde ohne besonderes Verfahren weitergeleitet werden.
- Das Amtshilfeverfahren wird **zügig** durchgeführt (Art. 38 Abs. 4 BEHG). Das bedeutet unter anderem, dass die Beschwerdefrist mit zehn Tagen kurz ist und während Gerichtsferien nicht still steht (Art. 38 Abs. 5 BEHG).
- Beim Amtshilfeverfahren ist der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** zu berücksichtigen. Das Amtshilfegesuch muss also den Anfangsverdacht eines Verstosses gegen das Aufsichtsrecht erkennen lassen (siehe nachstehend Kapitel 5.1). Dieser Grundsatz schliesst zudem aus, Informationen über Personen zu übermitteln, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (Begriff des „unverwickelten Dritten“ im Sinne von Art. 38 Abs. 4 BEHG). Gemäss der von der FINMA entwickelten Praxis schliesst dies (nur) unter engen, genau festgelegten Bedingungen aus, die Identität von Kunden mit Verwaltungsmandat offenzulegen (siehe nachstehend Kapitel 6.2). Diese Ausnahme stellt eine weitere Besonderheit des Schweizer Amtshilfesystems im Börsenbereich dar (siehe nachstehend Kapitel 8).

3.2 Schwierigkeiten bei der Anwendung des alten Rechts

Der revidierte Art. 38 BEHG trat am 1. Februar 2006 in Kraft. Zur Erinnerung: Die alte Fassung dieser Vorschrift sah Bedingungen für die Gewährung der Amtshilfe vor, die eine effiziente Zusammenarbeit mit den ausländischen Marktaufsichtsbehörden erschwerten¹¹.

So stellte der alte Art. 38 BEHG einerseits unerfüllbare Anforderungen an die Vertraulichkeit, was die Zusammenarbeit mit den US-amerikanischen Aufsichtsbehörden, namentlich der U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), verunmöglichte. Diese wollten die übermittelten Informationen nämlich für öffentliche Klageverfahren vor den US-amerikanischen Gerichten verwenden können. Das Bundesgericht befand indes, dass unter diesen Umständen der SEC keine Amtshilfe gewährt werden kann, da dies das Erfordernis der Vertraulichkeit in der damaligen Umschreibung offensichtlich verletze¹².

Andererseits bedeutete das sogenannte Prinzip der langen Hand, dass die EBK jede Weitergabe von Informationen an andere Aufsichtsinstanzen oder an Strafbehörden eines Landes kontrollieren und dieser zustimmen musste. So war für jede Weitergabe ein spezifisches Gesuch nötig, das wiederum

¹¹ EBK-Jahresbericht 2002, Ziff. I/3, S. 19.

¹² BGE 2A.349/2001.

Gegenstand eines eigenen Kundenverfahrens war. Die Weitergabe zur strafrechtlichen Verfolgung bedingte ferner, dass das Bundesamt für Justiz prüfte, ob die Rechtshilfavorschriften eingehalten wurden und die doppelte Strafbarkeit gegeben war. Da der Insiderstatbestand nach dem alten Wortlaut von Art. 161 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB) eng ausgelegt wurde¹³, war sogar in klaren Fällen der Ausnutzung von Insiderwissen das Weiterleiten von Informationen an die ausländischen Strafbehörden manchmal unmöglich. Diese Regelung führte insbesondere zu Problemen, wenn ausländische Aufsichtsbehörden aufgrund ihres Rechts ihrerseits gezwungen waren, bei Anzeichen einer Straftat den zuständigen Strafbehörden ohne Rücksprache mit der EBK Anzeige zu erstatten.

Mit der Revision von Art. 38 BEHG sollte somit die Amtshilfe im Börsenbereich in diesen zwei wichtigen Punkten erleichtert werden¹⁴. Die ausländische Behörde, die von der FINMA Informationen erhält, darf diese im Sinne der Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung nun also an jede andere Behörde, auch Strafbehörden, weiterleiten. Ferner ist die ausländische Behörde berechtigt, die Informationen in „Enforcement“-Verfahren zu verwenden, selbst wenn das Vorgehen der Behörde weitgehend öffentlich gemacht wird.

Das Bundesgericht hat klargestellt, dass die Voraussetzungen für die Übermittlung von Informationen an zwei Behörden, mit denen nach altem Recht eine Zusammenarbeit nicht möglich war, nunmehr vollständig erfüllt sind: Die italienische Börsenaufsicht CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa)¹⁵ und die Securities and Exchange Commission (SEC) in den USA¹⁶. Damit kann die FINMA fortan allen ausländischen Partnerorganisationen Amtshilfe gewähren.

4 Von der FINMA ersuchte aktive Amtshilfe

Die FINMA ersucht ausländische Aufsichtsbehörden im Rahmen von Ermittlungen und Verfahren ebenfalls regelmässig um Zusammenarbeit. Seit 1999 hat sie rund 300 Amtshilfegesuche an ausländische Aufsichtsbehörden gestellt. Wie diejenigen der ausländischen Aufsichtsbehörde, erfolgen die Amtshilfegesuche der FINMA meist im Zusammenhang mit Verfahren wegen unerlaubter Bank- oder Effektenhändlerstätigkeit oder möglicher Verstösse gegen die Meldepflicht von Beteiligungen. Ermittlungen zu möglichen Insidergeschäften oder Kursmanipulationen führen grundsätzlich weniger häufig zu Gesuchen um internationale Zusammenarbeit als in anderen Rechtsordnungen. Grund dafür könnte der relativ geringe Anteil ausländischer Investoren an kleineren börsenkotierten Schweizer Unternehmen sein.

¹³ Die Revision der Insiderstrafnorm trat am 1. Oktober 2008 in Kraft. Die Norm bestraft nun die Ausnutzung vertraulicher Tatsachen, welche die Kurse beeinflussen können. Zuvor beschränkte sich der Begriff der vertraulichen kursrelevanten Tatsache auf die bevorstehende Emission neuer Beteiligungsrechte, auf eine Unternehmensverbindung oder auf ähnliche Sachverhalte von vergleichbarer Tragweite. Die Streichung von Ziff. 3 des Art. 161 StGB hebt diese Beschränkung auf.

¹⁴ BBI 2004 6754.

¹⁵ Vgl. EBK-Bulletin 50/2007 S. 104 ff. und BGE 2A.371/2006.

¹⁶ Vgl. EBK-Bulletin 50/2007 S. 91 ff. und BGE 2A.13/2007.

Die Antworten auf die Gesuche der FINMA sind in der Regel zufriedenstellend. Die Wartezeit beträgt gewöhnlich einige Wochen. Es kommt aber auch vor, dass die ersuchten Auskünfte erst nach mehreren Monaten erteilt werden. Vor Kurzem hatte die FINMA Probleme, bei einem Verfahren wegen Verstössen gegen die Meldepflicht von Beteiligungen Informationen zu erhalten, da die ersuchte Behörde nicht über die erforderlichen Rechtsgrundlagen verfügte, um für diese Art von Verstoss Amtshilfe zu gewähren.

5 Beschreibung eines typischen Amtshilfeverfahrens für ausländische Aufsichtsbehörden

5.1 Grund für ein Amtshilfegesuch

Damit ein Amtshilfegesuch gestellt wird, braucht es immer zwei Elemente:

Erstens muss **eine ausländische Behörde** wegen eines bestimmten Anfangsverdachts **Transaktionen** oder eine bestimmte zweifelhafte Tätigkeit in ihrem Hoheitsbereich **untersuchen**¹⁷. Oft begründet einzig der Zeitpunkt bestimmter Transaktionen den Anfangsverdacht¹⁸. Die Ermittlung der ausländischen Behörde betrifft im Allgemeinen alle Transaktionen, die während eines bestimmten Zeitraums mit dem betroffenen Titel ausgeführt wurden. Dabei ist unwichtig, ob die Transaktionen über einen in- oder ausländischen Effektenhändler getätigt wurden.

Zweitens muss während des untersuchten Zeitraums **ein Effektenhändler** (z.B. eine Schweizer Bank) **auf dem ausländischen Markt aktiv geworden sein**. Hat ein Finanzintermediär aus einem anderen Staat während des relevanten Zeitraums Transaktionen durchgeführt, so hat die Aufsichtsbehörde grundsätzlich keinen direkten Zugang zu den für ihre Untersuchung relevanten Informationen. So ist insbesondere der Auftraggeber der Transaktionen nicht ersichtlich. Sie muss sich daher an die Aufsichtsbehörde des Sitzstaats des betreffenden Finanzintermediärs wenden (z.B. die FINMA als Aufsichtsbehörde der Effektenhändler in der Schweiz).

5.2 Inhalt des Gesuchs

Die an die FINMA gerichteten Gesuche betreffen mehrheitlich Ermittlungen über mögliche Insidergeschäfte oder – weniger häufig – Kursmanipulationen. In den letzten Jahren nahm die Zahl der Gesuche an die FINMA wegen Verdachts auf Verstösse gegen Meldepflichten oder auf Anlegerbetrug zu, häufig im Zusammenhang mit unbewilligten Tätigkeiten.

¹⁷ Es ist nicht nötig, dass die FINMA unbedingt über die gleichen Kompetenzen wie die ersuchende ausländische Behörde verfügt, welche die Untersuchung eröffnet und das Gesuch gestellt hat (Lombardini, S. 1098).

¹⁸ Wurden beispielsweise vor der Ankündigung eines öffentlichen Kaufangebots Titel der Zielgesellschaft erworben, kontrolliert die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde häufig im Rahmen einer (Vor)untersuchung, ob die Vorschriften zur Verwendung privilegierter Informationen verletzt wurden.

Im Falle möglicher Insidergeschäfte oder Kursmanipulationen enthält das von der ausländischen Behörde an die FINMA gerichtete Gesuch in der Regel Fragen zu folgenden Punkten:

- Einzelheiten zu den während des untersuchten Zeitraums ausgeführten Transaktionen;
- Identität der Endbegünstigten der ausgeführten Transaktionen;
- Identität der Auftraggeber, d.h. der Personen, die den Anlageentscheid getroffen haben;
- Gründe für die Transaktion.

Unter Umständen werden noch weitere Fragen gestellt, wie zum Anteil der in die Untersuchung einbezogenen Titel am Gesamtportfolio eines Kunden oder zur Verwendung des aus den Transaktionen resultierenden Gewinns oder zur Finanzierung der Transaktionen.

Wenn die ausländische Behörde Zweifel hat, ob die gesetzlichen Bestimmungen der FINMA erlauben, Amtshilfe zu gewähren, nimmt sie oft Kontakt mit dieser auf, um nicht unnötige Gesuche zu stellen, die diese nicht bearbeiten kann. Es kommt ebenfalls vor, dass die FINMA Gesuche in Form von Entwürfen erhält, welche sie mit der ersuchenden Behörde bespricht. Im Verlaufe dieser Diskussionen werden nur die gesetzlichen und technischen Aspekte erörtert. Es werden keine Kundendaten ausgetauscht¹⁹.

5.3 Kontrolle der formellen Voraussetzungen durch die FINMA

Bei Eingang des Amtshilfegesuchs kontrolliert die FINMA die Einhaltung der formellen Voraussetzungen, namentlich in Bezug auf das Spezialitäts- und das Vertraulichkeitsprinzip, sowie das Bestehen eines Anfangsverdachts (siehe nachstehend Kapitel 6.1). Sind die formellen Voraussetzungen nicht erfüllt, gibt die FINMA das Gesuch zur Berichtigung an die ersuchende Behörde zurück. Besteht kein Anfangsverdacht, lehnt die FINMA das Gesuch ab und setzt die ersuchende Behörde davon in Kenntnis. Es ist jedoch äusserst selten, dass bei Einreichen eines Gesuchs ein Anfangsverdacht fehlt. Der Anfangsverdacht muss im Verhältnis zum möglichen Gesetzesverstoss untersucht werden. Im Rahmen der Untersuchung eines Insiderdeliktes genügt es z.B., dass die Transaktionen in einem Zeitraum getätigt wurden, die in Verbindung mit nicht-öffentlichen Informationen oder Ereignissen stehen, welche zu einer Kursbeeinflussung führten. Im Gegenzug ist es nicht nötig, dass die Transaktionen zu einem Gewinn geführt haben oder logisch erscheinen in Bezug zum fraglichen Ereignis. Beispielsweise können nicht nur Käufe, sondern auch Verkäufe vor einer Pressemitteilung, die zur Erhöhung des Kurses eines Titels geführt hat, Gegenstand einer Amtshilfeübermittlung sein²⁰. Nicht zu vergessen ist, dass die getätigten Transaktionen eines Schweizer Effekthändlers (für welchen die FINMA zuständig ist) oftmals nur einen Teil der getätigten Transaktionen in diesem Titel darstellen und dass die FINMA keinen Gesamtüberblick über einen besonderen Titel auf dem Markt hat.

¹⁹ Honegger / Kolb (Rz. 21) betrachten diese technische Hilfe als unzulässig. Zu Unrecht. Es ist gesetzliche Aufgabe der FINMA, Amtshilfe zu leisten, nicht sie zu verhindern. Diese informellen Absprachen erleichtern die Abwicklung und fördern das gegenseitige Verständnis. Kundendaten werden nicht ausgetauscht.

²⁰ BVGE B-6039/2008 vom 8. Dezember 2008.

Obwohl das Argument der sogenannten „fishing expedition“-Anfrage (d.h. einer ungezielten Informationssuche) oftmals vorgebracht wird, um die Amtshilfe zu verhindern, wurde es bisher nie von den Gerichten gestützt. Die FINMA geht einerseits auf solche „fishing expedition“-Anfragen nicht ein. Andererseits und hauptsächlich kennen die ausländischen Behörden die Voraussetzung des Anfangsverdachts. In der Regel übermitteln sie der FINMA daher keine „fishing expedition“-Anfragen.

Sind die formellen Voraussetzungen erfüllt und besteht ein Anfangsverdacht, leitet die FINMA das Amtshilfegesuch an den betroffenen Effekthändler weiter. Nach Absprache mit den ersuchenden Behörden übermittelt die FINMA nicht das Gesuch, sondern lediglich eine Zusammenfassung, welche die nötigen Elemente, aber keine vertraulichen Informationen zum ausländischen Verfahren enthält. Häufig ergänzt die FINMA das ausländische Gesuch mit eigenen Fragen, damit sie sich ein besseres Bild vom Zusammenhang machen kann, in dem die Transaktionen erfolgten. Seit einiger Zeit fordert die FINMA grundsätzlich auch den betroffenen Effekthändler auf, eine Tabelle auszufüllen, die für jeden Kunden sämtliche erforderlichen Informationen enthält (z.B. Menge der gehandelten Titel, Kurs, Prozentsatz der Anlage in einen Titel, Auftraggeber oder Begünstigter). Dies erleichtert die Prüfung.

5.4 Auskunftspflicht gegenüber der FINMA

Die von der FINMA beaufsichtigten Personen müssen dieser „alle Auskünfte erteilen und Informationen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt“ (Art. 29 FINMAG). Die Amtshilfe für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden ist eine Aufgabe der FINMA (Art. 42 Abs. 2 FINMAG). Die Übermittlung falscher Informationen an die FINMA ist strafbar (Art. 45 FINMAG) und wird von der FINMA auch verwaltungsrechtlich systematisch und streng verfolgt²¹.

Einrichtungen, die nicht der Aufsicht der FINMA unterstehen, wie unabhängige Vermögensverwalter oder die betroffenen Privatanleger, müssen der FINMA ebenfalls die Auskünfte erteilen, die zur Leistung der Amtshilfe an eine ersuchende ausländische Behörde erforderlich sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem seiner Entscheide kürzlich auch wieder darauf hingewiesen²²: *[In] der Schweiz verfügt die EBK [heute FINMA] über ein wirkliches Auskunftsrecht seitens aller natürlichen und juristischen Personen, die ihrer Aufsicht unterstehen (Art. 35 Abs. 2 BEHG). Sie kann auch von Rechtseinheiten, die keine Zulassung benötigen, Informationen verlangen (Sansone, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, S. 583; Annette Althaus, Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren, in AJP 1999, S. 943–944; vgl. auch BGE 2A.128/2001 vom 20. März 2001, veröffentlicht im EBK-Bulletin 42/2002, S. 56 ff.). Insofern die EBK Amtshilfe gewähren muss (Art. 38 BEHG), muss sie alle zur Ausführung dieser Aufgabe erforderlichen Informationen zusammentragen. Das BEHG bezweckt, dass nicht nur die Börsen und Effekthändler, sondern der Effektenhandel im Allgemeinen beaufsichtigt wird (vgl. Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, S. 715 ff. und Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG). Durch diese weiter gefasste Formulierung kann die Aufsicht auch die Märkte generell betreffen. Ferner untersteht jede Person, die auf dem Markt aktiv wird, in dieser Hinsicht der Aufsicht der EBK und folglich der Auskunftspflicht (vgl. Peter Nobel, in Journée 1999 de droit bancaire et financier, S. 133 ff.).*

²¹ Z.B. Entscheid der EBK vom 27. Mai 2004, erschienen im EBK-Bulletin 46/2004, S. 46.

²² BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008.

In dieser Phase der Informationsgewinnung untersagt die FINMA den betroffenen Effekthändlern, allfällige betroffene Kunden zu orientieren. Dieses Verbot ist im Interesse der Banken, die sich gegenüber ihren Klienten in einer juristisch klaren Situation befinden²³. Mit diesem Verbot soll die FINMA ebenfalls über das weitere Vorgehen entscheiden können, ohne die besagten Kunden zu beunruhigen. Damit kann die FINMA wenn nötig auch Massnahmen ergreifen, wenn sie zum Schluss käme, dass in einem Fall Kollusionsgefahr besteht, Beweise vernichtet oder Zeugen beeinflusst werden könnten.

5.5 Institutsbezogene Informationen und Kundeninformationen

Sobald die FINMA im Besitz der verlangten Informationen ist, unterscheidet sie zwischen institutsbezogenen Informationen und Informationen betreffend Kunden, für deren Übermittlung das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar ist (Art. 38 Abs. 3 BEHG).

Institutsbezogene Informationen betreffen nicht die Kunden sondern den beaufsichtigten Effekthändler selbst, seinen Eigenhandel mit Effekten, seine Organisation, seine Organe oder seine Mitarbeiter. Diese Informationen können ohne Formalitäten an die ersuchende Behörde übermittelt werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für die Amtshilfe erfüllt sind²⁴. Die FINMA betrachtet beispielsweise die Transaktionen, die für eigene Rechnung eines beaufsichtigten Instituts ausgeführt werden (Nostro), als institutsbezogene Informationen. Dazu gehören auch Informationen zu den Mitarbeitenden, die an den auf eigene Rechnung der Bank ausgeführten Transaktionen beteiligt waren²⁵. Ebenfalls als institutsbezogen gelten Auskünfte zu den Aktivitäten juristischer oder natürlicher Personen, die eine unerlaubte Tätigkeit ausüben, auch wenn diese Kunden einer Bank oder eines Effekthändlers sind.

Für Kundeninformationen fordert die FINMA die Bank oder den Effekthändler auf, mit jedem betroffenen Kunden Kontakt aufzunehmen, damit dieser Stellung zur Übermittlung der ihn betreffenden Informationen nimmt. Stimmt der Kunde der Übermittlung zu, leitet die FINMA die verlangten Informationen in der Regel zusammen mit der Einverständniserklärung des Kunden sowie Erläuterungen zu den ausgeführten Transaktionen an die ausländische Behörde weiter. Diese Erläuterungen nützen der ersuchenden Behörde, da sich diese dadurch bereits eine erste Meinung über die ausgeführten Transaktionen bilden kann.

5.6 Das Kundenverfahren

Lehnt der Kunde die Übermittlung ihm betreffender Informationen ab, so erhält er einen Entscheid der FINMA. Dafür kann diese Entscheidgebühren von bis zu CHF 15'000.- pro betroffene Person erhe-

²³ Einige Autoren sind hingegen der Meinung, dass ein solches Verbot die Banken in eine unangenehme Situation bringt (Honegger, Rz. 30). Dies entspricht nicht der Erfahrung der FINMA. Die Banken ziehen ein Verbot vor.

²⁴ Börsengesetzkommentar, S. 724, N 122.

²⁵ So hat die EBK zur Unterstützung einer Untersuchung der U.S.-SEC und des U.S.-DoJ (Department of Justice) wegen Verletzung des US-Wertschriftenrechts und des US-Strafrechts durch UBS-Mitarbeiter im Verlaufe des Jahres 2008 mit Zustimmung des Bundesamtes für Justiz (und der UBS) wiederholt umfangreiche Unterlagen auch zu Mitarbeitern den US-Behörden übermittelt (EBK Jahresbericht 2008, S. 38).

ben²⁶. Der Entscheid der FINMA kann innert zehn Tagen nach dessen Bekanntgabe beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) angefochten werden²⁷. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in letzter Instanz²⁸. Die Bank oder der Effekthändler ist am Verfahren nicht beteiligt. Bestätigt das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid der FINMA, übermittelt diese die verlangten Informationen unverzüglich an die ersuchende Behörde.

Wenn ein Klient mit ausländischem Wohnsitz im Zuge des Verfahrens kein Domizil in der Schweiz bezeichnet (hat), wird ihm die Verfügung betreffend das Weiterleiten der Informationen via seine Bank oder seinen Effekthändler notifiziert, die/der für ihn die Transaktionen getätigt hat²⁹. Diese sind gegenüber bestehenden Kunden vertraglich verpflichtet, diese über die Verfügung zu informieren. Diese Pflicht zur Information erlischt, wenn das Vertragsverhältnis aufgelöst ist. Die Bank ist dann nicht mehr gehalten, ihren ehemaligen Kunden ausfindig zu machen und über ein ihn betreffendes Verfahren zu informieren. Umgekehrt hat der ehemalige, im Ausland ansässige Kontoinhaber nach Schliessung des Kontos keinen Anspruch mehr, von seiner Ex-Bank notifiziert zu werden³⁰. Darüber hinaus haben die Banken auch keine aufsichts- oder rechtshilferechtliche Pflicht, als verlängerter Arm der Behörde für die Information der Kunden zu sorgen, weshalb eine solche unter gegebenen Umständen ganz unterbleibt³¹. Es ist besagtem Effekthändler überlassen, in welcher Form er seinen Klienten informiert, so dass dieser gegebenenfalls Beschwerde einreichen kann.

Das Bundesgericht bzw. das Bundesverwaltungsgericht haben seit Ende 2002 sämtliche gegen Amtshilfeentscheide der EBK bzw. FINMA erhobenen Beschwerden abgewiesen. Obwohl die Erfolgchancen von Beschwerden somit klein sind, werden immer wieder solche erhoben. Einer der Gründe dürfte auch das Bestreben sein, die Informationsübermittlung zu verzögern. Die FINMA erwägt deshalb, Beschwerden in klaren Fällen künftig die aufschiebende Wirkung zu entziehen und dem Bundesverwaltungsgericht zu beantragen, diesen Entscheid zu schützen³².

5.7 Praxis des Bundesverwaltungsgerichts

Seit der Aufnahme seiner Funktion als letztinstanzliches Appellationsgericht im Bereich der Amtshilfe am 1. Januar 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht zwanzig Entscheide gefällt. Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dauert etwa zwei bis drei Monate. Das Bundesverwaltungsgericht arbeitet sehr rasch und seine Entscheide sind äusserst detailliert.

²⁶ Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 8.2 des Anhangs FINMA-GebV.

²⁷ Art. 38 Abs. 5 BEHG. Bis zum 31. Dezember 2006 war das Bundesgericht für die Entscheide der EBK in Bezug auf die Amtshilfe im Börsenbereich zuständig.

²⁸ Art. 83 Bst. h BGG.

²⁹ Börsengesetzkommentar, S. 734, N 155. Die FINMA notifiziert direkt ins Ausland in diejenigen Länder, in die eine Zustellung der Verfügung per Post möglich ist (Art. 11b VwVG).

³⁰ Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2. A. Bern 2004, S. 302 mit weiteren Hinweisen; Urteil Bundesstrafgericht vom 8. Mai 2007, Ziff. 3.2; Urteil Bundesstrafgericht vom 20. November 2008, E. 2.2.

³¹ Maurice Harari, Dix ans de pratique de l'EIMP: un état des lieux, in: Journée 1994 de droit bancaire et financier / éd. par Luc Thévenoz, Bern 1994, S. 91.

³² Börsengesetzkommentar, S. 734, N 157.

In seiner Praxis nahm es die vom Bundesgericht entwickelten groben Richtlinien auf und ergänzte diese, namentlich in Bezug auf die Auslegung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit in Sachen Amtshilfe im Börsenbereich. Insbesondere den Begriff des unverwickelten Dritten (siehe nachstehend Kapitel 6.2) hat es vertieft analysiert.

6 Einige spezifische Probleme

6.1 Anfangsverdacht

Für Untersuchungen in Fällen von Marktmissbrauch müssen die betroffenen Behörden stets zahllose Informationen über alle Transaktionen zusammentragen, die während einer heiklen Periode ausgeführt wurden. Für ein Insidergeschäft kann dieser Zeitraum mehrere Wochen oder sogar Monate umfassen, die einer kursrelevanten Mitteilung vorausgingen. Bei Untersuchungen bei Verdacht auf eine Kursmanipulation kann der Zeitraum noch länger sein. Die Informationen über die Marktakteure werden in der Folge mit den Auskünften über die Personen, die vertrauliche Informationen (Insiderinformationen) besaßen, oder über die anderen, bereits bekannten Akteure verglichen. Eine Untersuchung kann nur erfolgreich abgeschlossen werden, wenn die untersuchende Behörde ausnahmslos und fehlerfrei ermitteln kann, wer auf dem Markt eines Titels intervenierte. Bereits eine kleine Transaktion kann manchmal zu interessanten Ergebnissen führen. Die FINMA geht bei ihren eigenen Untersuchungen in Fällen von Marktmissbrauch gleich vor.

Im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit muss die um Amtshilfe ersuchende Behörde einen Sachverhalt darlegen, der den Anfangsverdacht eines möglichen Verstosses gegen die Marktregeln erläutert. Die Parteien, die sich der Amtshilfe widersetzen, machen oft die Unzulänglichkeit der von der ersuchenden Behörde vorgebrachten Indizien geltend. Dabei verwenden sie sehr rasch den Begriff der „fishing expedition“. Das Bundesverwaltungsgericht ist sich jedoch bewusst, wie Ermittlungen in Fällen von Marktmissbrauch funktionieren. Es legt deshalb die Latte für den Anfangsverdacht nicht sehr hoch, da sich die ersuchende Behörde gewöhnlich ja noch am Anfang ihrer Ermittlungen befindet. In dieser Phase kann nicht verlangt werden, dass der Sachverhalt keine Lücken oder Widersprüche aufweist. Eine solche Forderung würde dem Zweck der Amtshilfe entgegenwirken. Diese dient gerade dazu, mithilfe von Informationen der ersuchten Behörden die noch unklaren Umstände zu klären, in denen die Transaktionen ausgeführt wurden³³.

Gemäss der Rechtsprechung muss die FINMA als ersuchte Behörde einzig prüfen, ob genügend Indizien für mögliche Marktverzerrungen zur Rechtfertigung des Amtshilfegesuchs vorliegen, namentlich ob die entsprechenden Transaktionen zeitlich mit einer verdächtigen Marktentwicklung übereinstimmen³⁴. Die tatsächliche Kursentwicklung oder die Höhe des Transaktionsvolumens sind dagegen nicht relevant. Die Tatsache, dass es bei einem Amtshilfegesuch nicht um ein bedeutendes Transaktionsvolumen oder einen hohen Gewinn geht, hat nicht zur Folge, dass das Bestehen eines Anfangsver-

³³ BVGE B-1589/2008 vom 2. Juni 2008.

³⁴ Unter Umständen kann sich die als heikel betrachtete Periode, die der Bekanntgabe einer vertraulichen Information vorausgeht, über mehr als ein Jahr erstrecken (BVGE B-1589/2008 vom 2. Juni 2008, Erw. 6.3 und 6.4).

dachts ausgeschlossen wird. Dieser Umstand verstösst auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit³⁵.

6.2 Begriff des unverwickelten Dritten

Gemäss dem zweiten Satz von Art. 38 Abs. 4 BEHG ist die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, unzulässig.

Der Begriff des unverwickelten Dritten ist Gegenstand einer reichhaltigen Rechtsprechung. Dieses Argument wird tatsächlich sehr oft von den Kunden vorgebracht, um sich der Amtshilfe zu widersetzen. Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch – wie vor ihm schon das Bundesgericht – die restriktive Praxis der FINMA stets bestätigt. Man sucht somit vergeblich nach einer Entscheidung, die in diesem Punkt der Forderung einer Partei stattgibt. Dafür gibt es primär zwei Gründe. Erstens erkennt die FINMA unverwickelte Dritte selbst und übermittelt keine Informationen über sie. Zweitens sind diese Fälle selten. Wird ein Kunde als unverwickelter Dritter anerkannt, kann letztlich keine Information an die ersuchende ausländische Behörde übermittelt werden, womit deren legitime Erwartungen enttäuscht werden. Bei den (häufigen) Ersuchen wegen Verdachts auf Insiderhandel ist die Identität der Auftraggeber von Transaktionen meist die einzige Möglichkeit, um eine Verbindung zwischen den verschiedenen Akteuren herzustellen und den Insiderhandel letztlich zu beweisen (oder auszuschliessen). Übermittelt die FINMA die Identität des Auftraggebers der von der Schweiz aus durchgeführten Transaktionen nicht, wird sie damit ein zentrales Element der ausländischen Ermittlung zurückhalten. Im Zweifelsfall übermittelt sie deshalb die Identität des Auftraggebers, sofern die anderen Voraussetzungen erfüllt sind.

Nach der Rechtsprechung genügt es im Allgemeinen bereits, dass ein Konto auch ohne das Wissen der Inhaber zur Begehung eines Regelverstosses gedient haben könnte, um den Inhaber als „verwickelt“ zu betrachten³⁶. Die pragmatische Praxis der FINMA, die in diesem Punkt auch von den Gerichten aufgenommen wurde, ermöglichte indes, dieses Prinzip etwas flexibler zu gestalten. So wird die Übermittlung von Daten von Kunden einer Bank beschränkt, wenn ein klares und eindeutiges (schriftliches) Vermögensverwaltungsmandat und kein anderer Anlass zur Annahme besteht, dass der Kunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen durchgeführt wurden, selbst in irgendeiner Art und Weise in die fraglichen Transaktionen involviert sein könnte³⁷. Für das Bundesgericht muss eine klare, schriftlich festgehaltene und eindeutige Vermögensverwaltungsbeziehung bestehen, um Schwierigkeiten und Missverständnisse bei der Feststellung des Verhältnisses zwischen den beteiligten Personen zu vermeiden³⁸. Zudem muss der betroffene Kunde plausibel darlegen, dass er in keiner Art und Weise an den untersuchten Transaktionen beteiligt war, und diese ohne sein Wissen im Rahmen des Verwaltungsmandats ausgeführt wurden³⁹.

³⁵ BVGE B-4675/2008 vom 29. August 2008.

³⁶ BGE 2A.701/2005 vom 9. August 2006, Erw. 4.2; BGE 126 II 126, Erw. 6a/bb.

³⁷ BVGE B-168/2008 vom 26. März 2008, Erw. 6.1; BGE 127 II 323, Erw. 6b/aa; BGE 2A.12/2007 vom 17. April 2007, Erw. 4.2 und erwähnte Referenzen.

³⁸ BGE 2A.3/2004 vom 19. Mai 2004, Erw. 5.3.2.

³⁹ BGE B-168/2008 vom 26. März 2008, Erw. 6.1; BVGE B-1589/2008 vom 2. Juni 2008, Erw. 7.1.

Damit einem Kunden die Eigenschaft des unverwickelten Dritten zuerkannt wird, müssen zusammengefasst drei Bedingungen erfüllt sein:

- Der Kunde hat mit seinem Vermögensverwalter lange vor Durchführung der fraglichen Transaktionen ein schriftliches Vermögensverwaltungsmandat abgeschlossen⁴⁰;
- Die Transaktionen wurden ohne Wissen des Kunden durchgeführt. Die FINMA verlangt dazu eine unzweideutige und glaubwürdige Erklärung des Vermögensverwalters⁴¹;
- Kein anderer Umstand deutet darauf hin, dass der Kunde, über dessen Konto die Transaktionen ausgeführt wurden, in irgendeiner Art und Weise an den Transaktionen beteiligt war.

Diese dritte und letzte Bedingung hat jüngst zu einer reichhaltigen Rechtsprechung geführt. Im Folgenden werden einige kürzlich vom Bundesverwaltungsgericht untersuchten Umstände aufgezeigt, aus denen auf die Verwicklung eines Kunden geschlossen wurde:

- Kunde mit hoher Verantwortung innerhalb der Vermögensverwaltungsgesellschaft, der er ein schriftliches Vermögensverwaltungsmandat erteilt hatte⁴²;
- Mehrere Gesuche, die zum gleichen Kunden führen⁴³;
- Ausbildung und Tätigkeit des Kunden im Finanzbereich⁴⁴;
- Umfang der zugunsten des Kunden ausgeführten Transaktionen⁴⁵;
- Vom Vermögensverwalter in Bezug auf die gewählten Anlageprodukte eingegangenen Risiken – in diesem Fall CFDs (Differenzkontrakte)⁴⁶;
- Vermögensverwalter hat nur für einen Kunden in die betreffenden Titel investiert⁴⁷.

Ausserdem erachtet es die FINMA allgemein als ungewöhnlich, wenn ein Kunde mehr als 10% seines Portfolios in einen einzigen Titel investiert. Sie überlässt es indes dem Vermögensverwalter und dessen Kunden, zu beweisen, dass das für ihn nicht ungewöhnlich ist.

Je nach Fall und den von den ersuchenden Behörden gelieferten Informationen lässt sich die FINMA auch von anderen Kriterien leiten, wie dem Namen, der Nationalität oder dem Beruf. Letztlich muss es für die FINMA offensichtlich sein, dass der Kunde nicht an den Transaktionen, welche die Aufmerk-

⁴⁰ Eine einfache Kontovollmacht wird von der FINMA nicht als Vermögensverwaltungsmandat betrachtet.

⁴¹ Die Übermittlung falscher Informationen an die FINMA stellt gemäss Art. 45 FINMAG eine strafbare Handlung dar.

⁴² BVGE B-2921/2008 vom 17. Juli 2008, Erw. 6.

⁴³ BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, Erw. 7.

⁴⁴ BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, Erw. 7.

⁴⁵ BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, Erw. 7.

⁴⁶ BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, Erw. 7.

⁴⁷ BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, Erw. 7.

samkeit der ersuchenden Behörde geweckt haben⁴⁸, beteiligt war. Die Beweislast (für die negative Tatsache) liegt also beim Kunden.

6.3 Spontane Amtshilfe

Es ist sehr selten, dass die FINMA spontan Informationen an seine ausländischen Amtskollegen übermittelt. Der Grund ist hauptsächlich, dass die FINMA vor Erhalt eines Amtshilfegesuches nicht weiss, welche Informationen für die ausländische Behörde von Interesse sind. Der Erhalt eines solchen Gesuchs ist jedoch keine Voraussetzung für die Gewährung von Amtshilfe⁴⁹.

Im Rahmen von Amtshilfegesuchen kommt es vor, dass die FINMA von den Effektenhändlern Informationen erhält, die für die Ermittlungen der ersuchenden Behörde von Nutzen sein könnten, von den gestellten Fragen aber nicht abgedeckt werden. In der Praxis dehnt die FINMA in diesen Fällen das Feld der von der ausländischen Behörde gestellten Fragen selbst aus, um einen besseren Überblick und Eindruck der Umstände zu gewinnen, in denen die Transaktionen erfolgten. Sind bestimmte auf diese Weise erhaltene Informationen in den Augen der FINMA für die ersuchende Behörde nützlich, übermittelt sie ihr auch diese.

Das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, dass die FINMA befugt ist, Informationen, die direkt mit einem Amtshilfegesuch im Zusammenhang stehen, spontan und sogar ohne konkrete Anfrage zu liefern⁵⁰.

6.4 Verteidigung des Kunden

Kunden, die sich der Übermittlung der sie betreffenden Informationen an eine ausländische Behörde widersetzen, tun das meist darum, weil sie ihres Erachtens keinen Verstoss begangen und die fraglichen Anlagen also beispielsweise einzig aufgrund öffentlicher Informationen getätigt haben. Obwohl die FINMA die Erklärungen der Kunden grundsätzlich nicht in Frage stellt, kann sie auf eine solche Argumentation nicht eingehen.

Die Untersuchung, die das Amtshilfegesuch ausgelöst hat, wird im Ausland durchgeführt und betrifft einen ausländischen Markt. Die FINMA verfügt in der Schweiz weder über die Mittel noch über den gesetzlichen Auftrag, um zu kontrollieren, ob die von der Amtshilfe betroffenen Personen tatsächlich gegen ausländische Vorschriften verstossen haben. Sie beschränkt sich darauf, zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Amtshilfe erfüllt sind. Sie stellt dabei ihre eigene Beurteilung nicht über jene der mit der Ermittlung betrauten ausländischen Behörde – ein Umstand, auf den die Rechtsprechung häufig hinweist⁵¹. Die FINMA erwartet im Rahmen der Gewährung der Amtshilfe dasselbe von ihren ausländischen Partnerbehörden.

⁴⁸ BVGE B-2537/2008 vom 10. Juli 2008, Erw. 7.5.

⁴⁹ Honegger, Rz. 42.

⁵⁰ BGE 126 II 409, Erw. 6c/aa; BGE 125 II 65, Erw. 7; BGE 2A. 162/2001 vom 10. Juli 2001, Erw. 4c.

⁵¹ BVGE B-1589/2008, Erw. 2.3.

Somit sind die zahlreichen Unterlagen (Fundamental- und grafische Analysen, Studien, Meinungen, Presseartikel), welche die FINMA oft erhält und welche die ausländische Untersuchung betreffen, der FINMA bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Gewährung der Amtshilfe nicht nützlich. Selbst wenn es vor der Bekanntgabe einer kursrelevanten Information öffentliche Informationen gab, ist ein Verstoß wie Insiderhandel dennoch nicht ausgeschlossen. Die FINMA übermittelt der ausländischen Behörde hingegen mit Zustimmung des Kunden gerne solche Informationen, damit die Umstände und Gründe für den Titelkauf geklärt werden können.

7 Einige Zahlen

	1997–2007	2006	2007	2008
Erhaltene Gesuche	653	102	93	121
Ersuchende Behörden	36	23	18	22
Gestellte Informationsgesuche	Nicht verfügbar	148	167	220
Involvierte Banken	116 (seit 2005)	64	64	63
Betroffene Bankbeziehungen	1600	329	510	580
Durchschnittliche Dauer zwischen Eingang des Amtshilfegesuchs und Übermittlung der Informationen	Durchschnitt 2005–2008 3,9 Monate	4,2 Monate	2,8 Monate	2,6 Monate
Anzahl der im Bereich der Amtshilfe getroffenen Verfügungen	201	22	3	12
Anzahl der Bundesgerichtsent-scheide	110			
Anzahl der Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts (seit 1.1.2007)			2	11

Die Revision von Art. 38 BEHG hatte eine starke Zunahme der an die FINMA gerichteten Amtshilfegesuche seit 2006 zur Folge⁵². 2007 blieb die Zahl der Gesuche gegenüber dem Vorjahr stabil (ca. 100). Dagegen ist die Zahl der Informationsgesuche und der Gesuche betroffener Kunden deutlich gestiegen. Diese Zunahme hängt mit der immer grösseren Komplexität der an die FINMA gerichteten Gesuche zusammen, namentlich wegen der Anzahl involvierter Finanzintermediäre bzw. ersuchender Be-

⁵² Zwischen 2002 und 2005 hatte sich die Zahl der an die EBK gerichteten Amtshilfegesuche bei rund 50 pro Jahr eingependelt.

hörden, der fraglichen Tatsachen oder der Art der verlangten Informationen. Die ersuchenden Behörden nehmen ferner immer häufiger die Hilfe der FINMA in Anspruch, wenn es darum geht, Anhörungen von Zeugen oder von in das Amtshilfeverfahren verwickelten Parteien zu organisieren oder Zugang zu Informationen wie Anruflisten oder zu allgemeinen Informationen über Privatpersonen zu erhalten. Das Jahr 2008 bestätigt die eben beschriebene, steigende Tendenz.

In den oben aufgeführten Zahlen sind die Informationsgesuche, für deren Erfüllung die FINMA keine Auskünfte bei Dritten einholen muss, nicht berücksichtigt. Dazu gehören beispielsweise Gesuche betreffend beaufsichtigte Institute, die Leistung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit von in der Schweiz domizilierten Personen, die bei einem ausländischen Finanzintermediär eine Organtätigkeit übernehmen möchten, oder die Weiterleitung von Post der ausländischen Behörden an in der Schweiz wohnhafte Personen. Die FINMA erhält jedes Jahr hunderte von Gesuchen dieser Art.

Die FINMA ist heute namentlich dank der Revision von Art. 38 BEHG in der Lage, Informationen innert nützlicher Frist zu liefern, d.h. innerhalb von etwas mehr als zwei Monaten. Deutlich mehr als diese Durchschnittszeit benötigt die FINMA, wenn der betroffene Kunde von der FINMA einen anfechtbaren Entscheid verlangt.

Die spürbare Zunahme der an die FINMA gerichteten Gesuche belastet die begrenzten Ressourcen, die dieser zur Durchführung von Amtshilfeverfahren zur Verfügung stehen (bisher ca. drei Personen). Für eine korrekte Anwendung von Art. 38 BEHG müssen die Kontakte mit hunderten von Amtshilfegesuchen betroffenen Kunden verwaltet werden. Dazu gehören zahlreiche Schreiben, Telefonanrufe und persönliche Gespräche. Die Kommunikation mit den ersuchenden Behörden, die mit den spezifischen Eigenschaften des Schweizer Amtshilfesystems nicht unbedingt vertraut sind, erfordert viel Zeit, zumal diese Behörden akzeptieren müssen, dass die betroffenen Kunden grundsätzlich orientiert werden müssen, bevor die Informationen übermittelt werden können.

8 Art. 38 BEHG in der Praxis und im Hinblick auf das MMOU der IOSCO

Nach Ansicht der FINMA stellt Art. 38 BEHG in seiner per 1. Februar 2006 in Kraft getretenen geänderten Fassung einen gangbaren Kompromiss zwischen einer effizienten Hilfeleistung an ausländische Behörden und der Orientierung des von der Informationsübermittlung betroffenen Kunden dar. Einerseits kann das Gesuch einer ausländischen Behörde dadurch rasch beantwortet werden (durchschnittlich innerhalb von zwei Monaten; siehe vorne Kapitel 7). Andererseits ermöglicht der Gesetzesartikel der betroffenen Person, die Konformität der Informationsübermittlung vom Richter prüfen zu lassen.

In der Praxis begegnet die FINMA jedoch einigen Schwierigkeiten. So widersetzen sich immer mehr Kunden – oft gedrängt von ihrem Anwalt – der Übermittlung der Informationen, obwohl die Erfolgchancen einer Beschwerde klein sind. Das verzögert die Informationsübermittlung und beansprucht Ressourcen der FINMA. Seit fünf Jahren war kein Rekurs erfolgreich, weder beim Bundesgericht noch seit dem 1. Januar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht. Die FINMA ist in ihrer Praxis, namentlich in Bezug auf unverwickelte Dritte (siehe vorne Kapitel 6.2), auf die Qualität und Richtigkeit der von den

Banken erhaltenen Informationen angewiesen. Trotz des kompromisslosen Vorgehens der FINMA (die gegen säumige Institute Verwaltungsverfahren eröffnet) kommt es – wenn auch sehr selten – vor, dass die ihr gelieferten Informationen falsch oder unvollständig sind. Diese fehlerhaften Informationen sollen anschliessend ins Ausland übermittelt werden, was sich verheerend auf die Glaubwürdigkeit der FINMA im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit auswirken kann⁵³.

Der aktuelle Wortlaut von Art. 38 BEHG ist für die ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden indes nicht zufriedenstellend, selbst wenn der Wille der FINMA zur Zusammenarbeit ausser Frage steht. Der Hauptkritikpunkt, der bisher verhinderte, dass die FINMA Unterzeichnerin des MMOU der IOSCO wurde (siehe vorne Kapitel 2), besteht in der mit dem Kundenverfahren grundsätzlich verbundenen Notwendigkeit, die vom Amtshilfeersuchen betroffenen Kunden vor der Übermittlung der Informationen zu informieren. Diese Orientierung des Kunden kann in Einzelfällen die Untersuchung der ersuchenden Behörde gefährden, wenn sie Tatverdächtige veranlasst, Beweise zu vernichten oder Zeugen zu beeinflussen. Immerhin besteht diese Gefahr insoweit nicht, als die Informationen des Effektenhändlers zu Börsen- oder Finanztransaktionen vom Kunden nicht manipuliert werden können. Zutreffend ist allerdings, dass der Überraschungseffekt verloren geht, wenn der Kunde über eine im Ausland geführte Ermittlung orientiert wird. Der Kunde kann seine Verteidigung somit sehr früh vorbereiten, noch bevor die ausländische Behörde überhaupt über die entsprechenden Informationen verfügt.

Um die Kollusionsgefahr zu begrenzen verbietet auch die FINMA bei ihren eigenen Untersuchungen bei Verdacht auf Insidergeschäfte den Banken, bei denen sie Auskünfte einholt, die betroffenen Kunden zu informieren. Auch im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit bittet die FINMA die ausländischen Behörden, die Kunden in dieser Ermittlungsphase nicht zu orientieren. Die FINMA kann im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 38 BEHG den ausländischen Behörden zurzeit also nicht das bieten, was sie selbst von ihnen verlangt.

Die FINMA prüft derzeit die vom anwendbaren Recht gebotenen Möglichkeiten, um die Orientierung des Kunden in klar definierten Ausnahmefällen hinauszuschieben, um das Risiko der Kollusion oder der Beweisvernichtung zu vermeiden.

9 Strategischer Ansatz der FINMA

Ohne Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden ist eine Aufsicht über die Finanzmärkte und deren Akteure illusorisch. Die FINMA hat daher stets grosse Bereitschaft zur Zusammenarbeit gezeigt. Dies ist für die Schweiz als Lieferantin von Informationen aufgrund der starken Präsenz von Schweizer Instituten im Ausland umso entscheidender. Eine effiziente Unterstützung der ausländischen Aufsichtsbehörden bei den von ihnen geführten Ermittlungen ist für die Glaubwürdigkeit des Finanzplatzes Schweiz zentral.

⁵³ Beispiele: Entscheid der EBK vom 27. Mai 2004 erschienen im EBK-Bulletin 46/2004, S. 46 oder BGE 2A.567/2001 vom 15. April 2002.

Die Finanzintermediäre (insbesondere die Banken und Effekthändler) spielen für das reibungslose Funktionieren der internationalen Zusammenarbeit eine wichtige Rolle. Sie nehmen dabei unterschiedliche Funktionen wahr. Einerseits sind sie gehalten, der FINMA vollständige, korrekte und eindeutige Informationen zu liefern. Wiederholt hat die FINMA wegen fehlerhaften an sie gelieferten Informationen eingreifende Verfahren gegen beaufsichtigte Finanzinstitute eingeleitet. Der Finanzintermediär hat aber auch die heikle und manchmal undankbare Aufgabe, zwischen dem von einem Amtshilfegesuch betroffenen Kunden und der FINMA als Kommunikationsglied zu fungieren. Hierbei sollte er sich neutral verhalten und dem Kunden die Situation, in der er sich befindet, erläutern – nicht mehr und nicht weniger. Der Finanzintermediär darf genauso wenig wie die FINMA über die Gründe für eine Transaktion urteilen. Es kann also problematisch sein, gegenüber der FINMA als Berater des von einem Amtshilfegesuch betroffenen Kunden zu erscheinen. Als vorsorgliche Massnahme sollten die Finanzintermediäre ihre Kunden über die Funktionsweise der Amtshilfe im Börsenbereich aufklären und sie darauf aufmerksam machen, dass sie für jede Aktivität auf einem ausländischen Markt der dort geltenden Regulierung unterstehen und somit jede Aktivität unter Umständen ein Amtshilfegesuch der zuständigen ausländischen Behörde zur Folge haben kann.

Bei der Unterstützung der von ausländischen Aufsichtsbehörden geführten Ermittlungen und Verfahren muss sich die FINMA an den von Art. 38 BEHG vorgegebenen gesetzlichen Rahmen halten. Dabei müssen insbesondere die Rechte der am Verfahren beteiligten Parteien berücksichtigt und die Informationen dennoch innert nützlicher Frist an die ersuchende Behörde weitergeleitet werden. Um das zu erreichen, ist die FINMA jederzeit bereit, mit den betroffenen Personen ohne Formalitäten und sehr offen pragmatische Lösungen zu diskutieren. Dazu braucht es keinen renommierten Finanzanwalt. Oft genügt ein einfacher Telefonanruf, um einen Amtshilfefall zur Zufriedenheit aller und ohne unnötige Kosten zu erläutern, zu diskutieren und zu regeln.

Die FINMA wird aber, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für eine internationale Zusammenarbeit erfüllt sind, die Informationen auch dann und möglichst rasch übermitteln, wenn die betroffenen Kunden damit nicht einverstanden sind. Die Schweiz ist kein Zufluchtsort für Missbrauch ausländischer Finanzmärkte.

10 Schlussfolgerungen

Das Schweizer System zur Zusammenarbeit in Marktaufsichtsfragen ist effizient, aber auch einzigartig. Die Pflicht der FINMA, von einem Amtshilfegesuch betroffene Personen als Kunden eines Finanzintermediärs entsprechend zu orientieren und ihnen die Möglichkeit einzuräumen, von ihr einen anfechtbaren Entscheid zu verlangen, stellt im Bereich der Marktaufsicht eine internationale Besonderheit dar. Nur wenige Staaten, so die USA, kennen für Bankunterlagen ein vergleichbares Verfahren. Die meisten Aufsichtsbehörden übermitteln die Informationen über die Personen, die für eine auf einem ausländischen Markt getätigte Transaktion verantwortlich sind, in den meisten Fällen ohne weiteres, zumindest wenn sie die verlangten Auskünfte bei den von ihnen beaufsichtigten Rechtseinheiten erhalten.

Auf internationaler Ebene gibt denn auch weniger die Fähigkeit und der Wille der FINMA zur Unterstützung der ausländischen Behörden bei Amtshilfeverfahren Anlass zur Diskussion – diese sind anerkannt –, sondern vielmehr das sogenannte Kundenverfahren (siehe vorne Kapitel 8). Dieses verzögert die Übermittlung von Informationen und birgt auch die Gefahr der Kollusion und der Beweisvernachtung, da der Kunde über die ausländischen Ermittlungen orientiert wird. Wer auf einem ausländischen Markt aktiv wird, unterstellt sich automatisch den dort geltenden Regeln sowie der für diesen Markt zuständigen Aufsichtsbehörde. Die den Kunden von Art. 38 BEHG gewährten Rechte können daher als intrusiv wahrgenommen werden, da sie den Rechtsunterworfenen die Möglichkeit einräumen, sehr früh in die von der ersuchenden Behörde geführten Ermittlungen involviert zu werden. All dies erschwert die Anerkennung der Schweizer Regulierung im Hinblick auf die internationalen Standards.

Die Schweizer Finanzintermediäre müssen sich bewusst sein, dass es für die Entwicklung ihrer grenzüberschreitenden Aktivitäten von zentraler Bedeutung ist, dass die Amtshilfe gut funktioniert. Momentan ist ihre umfassende Mitarbeit unerlässlich. Nur so wird die Schweiz im Bereich des Informationsaustauschs als kooperative und effiziente Jurisdiktion anerkannt. Aus diesem Grund greift die FINMA resolut ein, wenn sie feststellt, dass sie von Banken und Effekthändlern falsch oder irreführend informiert wird, wenn sie von diesen nach einem ausländischen Amtshilfeersuchen Informationen einverlangt.

Anhang

Art. 38 BEHG Amtshilfe

¹ Die FINMA kann zur Durchsetzung dieses Gesetzes ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Auskünfte und Unterlagen ersuchen.

² Sie darf ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen nur übermitteln, sofern:

a. diese Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effekthändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden;

b. die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben.

³ Betreffen die von der FINMA zu übermittelnden Informationen einzelne Kundinnen oder Kunden von Effekthändlern, so ist das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren unter Vorbehalt der Absätze 4 und 5 anwendbar.

⁴ Das Amtshilfeverfahren wird zügig durchgeführt. Die FINMA berücksichtigt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, ist unzulässig.

⁵ Der Entscheid der FINMA über die Übermittlung der Informationen an die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde kann von der Kundin oder dem Kunden innert zehn Tagen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Artikel 22a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren findet keine Anwendung.

⁶ Die FINMA kann im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz zustimmen, dass übermittelte Informationen zu einem anderen als dem in Absatz 2 Buchstabe a genannten Zweck an Strafbehörden weitergeleitet werden, sofern die Rechtshilfe in Strafsachen nicht ausgeschlossen ist. Das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren ist anwendbar.