

Die internationale Amtshilfe im Rahmen von Art. 38 Börsengesetz

Christian Linsi



Dr. iur.
Master in Economic Crime Investigation

Der Autor arbeitet als Jurist in der Rechtsabteilung im Stab des Bundesamtes für Polizei (fedpol) in Bern. Er beschäftigt sich dort vorwiegend mit Aufgaben im Bereich der Gesetzgebung. Vor seinem Wechsel zu fedpol im Jahr 2002 war er in verschiedenen Funktionen im Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) und im Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) im Bereich der internationalen Sicherheitspolitik tätig. Er schloss 1989 sein Studium an der Universität Fribourg mit dem Lizenziat ab und promovierte an der Universität Basel zum Thema der völker- und staatsrechtlichen Grundlagen des Embargos in der schweizerischen Aussenpolitik (1993).

Vorbemerkung zur aktuellen Rechtslage (Mai 2018): Als das neue Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG; SR 956.1) am 1. Januar 2009 in Kraft trat, bestand Art. 38 des Börsengesetzes (BEHG; SR 954.1) vorerst noch parallel dazu weiter. Inzwischen aber ist dieser mit dem Inkrafttreten des Finanzinfrastrukturgesetzes vom 19. Juni 2015 (FinfraG; SR 958.1) auf den 1. Januar 2016 aufgehoben worden. Die seither massgeblichen, neuen Normen in diesem Regelungsbereich sind die Art. 42 und 42a des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG; SR 956.1). Diese beiden Normen regeln die internationale Amtshilfe für alle (Spezial-) Gesetze im Finanzmarktbereich, einschliesslich also für den Bereich des BEHG. Bei ihrer Ausarbeitung orientierte man sich aber „insbesondere“ an Art. 38 BEHG (siehe Botschaft des Bundesrates vom 3. September 2014 zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz, BBl 2014 7610). Darin zeigt sich die besondere Bedeutung dieser Norm. Die Form der Amtshilferegelung ist somit heute eine andere als zum Zeitpunkt der Verfassung der Diplomarbeit. Deren Kerninhalte sind jedoch als generell relevante Fragestellungen der internationalen Amtshilfe im Finanzmarktbereich weiterhin aktuell.

In der Schweiz wird der Finanzmarktbereich mit dem neuen Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) voraussichtlich ab dem 1. Januar 2009 über eine harmonisierte Bestimmung zur internationalen Amtshilfe verfügen, welche mehrere spezialgesetzliche Bestimmungen ablösen wird – mit einer Ausnahme: Die entsprechende Bestimmung im Börsen- und Effektenhandelsgesetz (BEHG) vom 24. März 1995 – Art. 38 – wird als *lex specialis* erhalten bleiben. Die Sonderstellung der Amtshilfe im Bereich der Börsenaufsicht und damit des Art. 38 BEHG hat verschiedene Gründe. So umfasst die Aufsicht hier, im Unterschied vor allem zum Bereich der Banken und Kollektivanlagen, nicht nur die Tätigkeit der bewilligten Finanzintermediäre im Rahmen der Institutsaufsicht, sondern zusätzlich auch das *Marktgeschehen* - also das Handeln von Einzelpersonen, konkret: von Bankkunden. Hier werden also häufig auch Informationen, die durch das Bankgeheimnis geschützt sind, zum Gegenstand der internationalen Amtshilfe. Das Amtshilfeverfahren trägt diesem Umstand dadurch Rechnung, dass die Übermittlung solcher Informationen im förmlichen Verwaltungsverfahren erfolgen muss (sog. *Kundenverfahren*). Der durch die Amtshilfe betroffene Kontoinhaber geniesst damit einen zusätzlichen verfahrensrechtlichen Schutz. Es ist dies denn auch der Kernaspekt von Art. 38 BEHG. Im Unterschied zu kundenbezogenen Informationen können institutsbezogene Informationen formlos übermittelt werden.

Im Ausgangspunkt eines Amtshilfeverfahrens steht das Vorliegen einer auffälligen Börsentransaktion, die einen (häufig noch abstrakten) Verdacht auf Insiderhandel hervorruft. Die Abklärungen beginnen mit der *Untersuchung* der Handelsaktivität an der Börse *durch die Börse* selbst (in der Schweiz steht die SWX Swiss Exchange im Zentrum). Mittels der elektronischen Transaktionsüberwachung und dank den vorgeschriebenen Angaben der Börsenteilnehmer über die von ihnen abgeschlossenen Geschäfte ist die SWX in der Lage, über die Transaktion ein erstes Bild zu gewinnen. An die Schlüsselinformation - die Identität des Bankkunden - kommt sie aber nicht heran, weil diese durch das Bankgeheimnis geschützt ist. Ab hier kommt die EBK [heute: FINMA] zum Zug: Die Finanzintermediäre unterstehen ihr gegenüber einer umfassenden Auskunftspflicht (Art. 35 Abs. 2 BEHG), der auch das Bank- bzw. Börsenhändlergeheimnis nicht entgegengehalten werden kann. In diesem *Auskunftsverfahren* bei den Finanzintermediären beschafft sich die EBK die gemäss Amtshilfeersuchen gewünschten Hintergrundinformationen zur verdächtigen Börsentransaktion. Diese werden der ausländischen Aufsichtsbehörde im *Übermittlungsverfahren* nach den Voraussetzungen von Art. 38 BEHG zur Verfügung gestellt.

Im Jahre 2005 ist Art. 38 BEHG teilweise *revidiert* worden. Seither können die ausländischen Aufsichtsbehörden Informationen, welche sie von der EBK erhalten haben, frei, das heisst ohne vorgängige Zustimmung der EBK, an eine Strafbehörde weitergeben, sofern auch diese Strafbehörde mit der Durchsetzung der Regulierung im Börsenbereich beauftragt ist (Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG). Das Wegfallen des Zustimmungsvorbehalts innerhalb der Spezialität öffnete der EBK den Weg zu einer *kooperationsfreundlicheren Amtshilfepraxis*. Ebenso ist die schweizerische Amtshilferegelung im Börsenbereich nun kompatibel mit dem *Multilateral Memorandum of Understanding*, das im Rahmen der *International Organization of Securities Commissions (IOSCO)* ausgearbeitet wurde.

Kritisch ist zu dieser Neuregelung Folgendes zu vermerken:

Indem der Gesetzgeber mit der erwähnten neuen Regelung im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes die freie Zirkulation zwischen Aufsichts- und Strafbehörden ermöglicht, hat er genau das gebilligt, was unter der vorherigen Regelung noch ausgeschlossen sein sollte: Dass die Bedingungen der Amtshilfe auch gleich die Weiterleitung an die Strafbehörden zulassen. Mit anderen Worten: In dem Masse, wie nach der neuen Regelung die ausländische Börsenaufsichtsbehörde Informationen über Bankkunden frei an eine Finanzmarkt-

Strafbehörde weiterleiten kann, wird letztlich die *Rechtshilfe in Strafsachen umgangen*. Denn ein ausländisches Ersuchen um Aufhebung des Bankgeheimnisses in einem rein strafrechtlichen Verfahren muss nach schweizerischem Recht grundsätzlich auf den Rechtshilfeweg verwiesen werden. Von praktischer Bedeutung ist dies in erster Linie bei einem Verdacht auf *Insiderhandel*. Soweit der Geltungsbereich von Art. 161 StGB [heute: Art. 142 FinfraG] enger gefasst ist, als dies im Ausland vielfach der Fall ist, muss die Schweiz Rechtshilfe entsprechend gestützt auf Art. 64 IRSG verweigern. Der Amtshilfeweg hingegen steht mit der Revision vom 7. Oktober 2005 nun offen.

Auch ist mit der Revision von Art. 38 BEHG das *Vertraulichkeitsprinzip abgeschwächt* worden: Grundsätzlich muss die ersuchende Behörde auch künftig das Amtsgeheimnis gewährleisten – aber nur noch unter dem Vorbehalt allenfalls entgegenstehender Publizitätsvorschriften (Art. 38 Abs. 2 Bst. b zweiter Halbsatz). Diese Regelung wurde insbesondere eingeführt, um die Amtshilfe gegenüber der amerikanischen Börsenaufsichtsbehörde SEC zu deblockieren. Es können dadurch aber Personendaten bekannt werden, noch bevor das Untersuchungsverfahren abgeschlossen ist. Auch die Wirkung des *Spezialitätsprinzips* wird insoweit *untergraben*, als eigentlich vertrauliche Informationen vom Moment der Veröffentlichung an *de facto* allen interessierten Behörden

für eine Verwendung auch ausserhalb der Spezialität zur Verfügung stehen könnten.

Im Kern bietet jedoch Art. 38 BEHG den *erforderlichen Verfahrensschutz weiterhin* dadurch, dass das *Kundenverfahren* auch im Zuge der Revision vom 7. Oktober 2005 nicht angefasst worden. Dieses Verfahren ist zwar im Ausland von Anfang an auf Kritik gestossen, weil es in der Praxis zu Verfahrensverzögerung führe und Beweismittelbeseitigung sowie Kollusion ermögliche, da der Bankkunde ja dank der Akteneinsicht (Art. 26 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz) Kenntnis vom ausländischen Verfahren erhalte. Es wird aber im Rahmen dieser Arbeit *postuliert*, dass trotz dieser Kritik *am Kundenverfahren festzuhalten sei*. Denn es ist ja nicht selbstverständlich, dass die EBK als eine Verwaltungsbehörde das Bankgeheimnis aufheben und in der Folge Kundendaten auf dem Amtshilfeweg an das Ausland weiterleiten kann. Wenn also zugunsten der Börsenaufsicht eine Ausnahmeregelung getroffen wird, so ist diese Ausnahme mittels Gewährung eines entsprechenden Rechtsschutzes auszugleichen. Oder anders formuliert: Würde das Kundenverfahren aufgegeben, fielen der Kompromiss zwischen Verfahrenseffizienz und Rechtsschutz, der mit der Revision vom 7. Oktober 2005 bereits zugunsten der ersteren verschoben worden ist, allzu einseitig zu Lasten des Rechtsschutzes der betroffenen Person aus.