



Urs Zulauf\*

## Kooperation oder Obstruktion? – 20 Jahre Amtshilfe im Finanzmarkt- recht vom Börsengesetz zum FINFRAG

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - II. Status Quo ante: Rechtshilfe statt Amtshilfe (bis 1997)
  - III. Vorläufer: Eurolex/Swisslex Ergänzung des Bankengesetzes (1993/1994)
  - IV. Zentral: Amtshilferegelung des Börsengesetzes (1995)
  - V. Selbsthilfe der Behörden statt Amtshilfe: Vor-Ort Prüfungen (1999)
  - VO. Kooperation und ihre Grenzen: Praxis der EBK/FINMA und der Gerichte (1997–2015)
    1. Amtshilfefreundliche Rechtsanwendung und ...
    2. ... ihre Grenzen
  - VII. Erste Nachbesserung auf Gesetzesstufe: Börsengesetzrevision (2005)
  - VIII. Zweite Nachbesserung auf Gesetzesstufe: FINFRAG (2016)
    1. Amtshilfewagen am Infrastrukturzug ins Parlament
    2. Das IOSCO – MMOU und das Financial Stability Board als Haupttreiber
    3. Steueramtshilfe auf der Überholspur – Verändertes Umfeld in der Amtshilfe
    4. Es bleibt (vorläufig?) beim Kundenverfahren
    5. Kein «Mitarbeiterverfahren»
    6. Ausdehnung der börsengesetzlichen Sonderregeln
    7. Keine Einsicht in den Wortlaut von Amtshilfeersuchen
    8. «Ausnahmsweise» kein rechtliches Gehör vor der Übermittlung der Information
    9. Konto verwickelt – Kunde verwickelt
    10. Erhebung von Informationen bei Nichtbeaufsichtigten
    11. Amtshilfe für internationale Organisationen
    12. Direkte Übermittlung an ausländische Behörden
    13. Supervisory Privilege
    14. Vor-Ort-Kontrollen im Herkunftsland
    15. Beschränkung des «private banking carve-out» bei Vor-Ort-Kontrollen
  - IX. Obstruktion oder Kooperation?: unterschiedliche Wahrnehmungen im In- und Ausland
- Literaturhinweise  
Materialien

*Es entsteht ein globalisiertes Finanzmarktrecht, das in den Prinzipien und Grundzügen sich im Gesetz findet, in der Weiterentwicklung aber dem Bundesrat überlassen ist. ... Wir reden von «global» und dies ist schon in der antiken Ausprägung ein knäuelartiges Gespinnst, schwer zu entwirren.<sup>1</sup>*

### Abstract

This paper reflects the development over the last 20 years of assistance from Swiss financial supervisory authorities (now known as FINMA) in foreign investigations of investor fraud and market abuse. It describes the interactions between international expectations, the practices of Swiss supervisory authorities, Swiss courts and Swiss legislature. It presents the three waves of Swiss legislation in this area adopted in the years 1995, 2005 and 2015. Special focus lies on the amendments of the legal framework included in the appendix of the new Swiss Act on Financial Infrastructure (FINFRAG). The importance of these amendments and, in particular, the provision of a statutory basis for direct transmission of information by FINMA supervised entities to foreign supervisors and the «supervisory privilege» is emphasized. The latter provision allows FINMA to require supervised financial institutions to ask for FINMA's consent before disclosing information on their interactions with FINMA to the public or third parties. The overall conclusion is that the framework for legal cooperation brings considerable challenges to implementation for FINMA. This is particularly true with regard to the procedural safeguards allowing bank clients to contest the transfer of information in court. This procedural right is unique compared to almost all other countries. The Swiss supervisory authorities have been using their legal discretion extensively to promote cooperation. The Swiss administrative courts have supported this approach in most instances. In some cases, however, they did not. These cases and developing international standards

\* Prof. Dr. iur. Urs Zulauf, Fürsprecher, Head Client Tax Policy, Credit Suisse.

<sup>1</sup> PETER NOBEL, Finanzmarktrecht – Neue Architektur – Neuer Wein, BJM 2015, 129 (153), dem dieser Aufsatz zu seinem 70. Geburtstag gewidmet sei. Ich danke Frau Vanessa Deschner sehr für ihre grosse Hilfe beim Zusammenstellen der Literatur und Rechtsprechung.

triggered the two major legislative amendments. In spite of this strong impetus in favor of cooperation, the Swiss legal framework as such has been perceived for a long time as obstructive because of the restrictions linked to the procedural rights of bank clients.

## I. Einleitung

Die hier zu erzählende Geschichte begann im Jahre 1992. Im Oktober dieses Jahres beschloss das Parlament die sogenannte Eurolex-Vorlage, welche der Schweiz den Beitritt zum europäischen Wirtschaftsraum EWR ermöglichen sollte. Teil dieses Gesetzespaketes war auch eine Anpassung des Bankengesetzes an das europäische Recht. Darin wurden erstmals die internationale Zusammenarbeit und die Amtshilfe der damaligen Eidg. Bankkommission EBK geregelt und zwar in ihrer Grundidee so, wie sie noch heute gelten. Nach dem Scheitern des EWR vor Volk und Ständen am 6. Dezember 1992 traten dieselben Bestimmungen im Februar 1995 im Rahmen der sogenannten Swisslex – Vorlage in Kraft. Zudem beschloss das Parlament im März 1995 das Börsengesetz, welches ebenfalls eine Amtshilfebestimmung enthielt.

Zwanzig Jahre später, im Juni 2015 verabschiedeten die Räte das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FINFRAG), welches voraussichtlich im Januar 2016 in Kraft treten wird. Dieses ändert das Recht der Amtshilfe im Finanzmarktrecht in wesentlichen Punkten. Wie vor 20 Jahren bei der Schaffung des Börsengesetzes stehen die Anpassungen in der Amtshilfe beim FINFRAG nicht im Vordergrund des Interesses, aber ihre Auswirkungen sollten nicht unterschätzt werden. Äusseres Zeichen für die Bedeutung der Amtshilfegesetzgebung und ihre aktive Umsetzung durch die EBK und die FINMA bilden die 164 Gerichtsentscheide, welche seit 1998 zur Amtshilfe im Finanzmarktrecht ergingen, also durchschnittlich rund 9 pro Jahr (Stand Juli 2015).

Dieser Aufsatz verfolgt drei Ziele:

Zum einen will er die Geschichte und Entwicklung der Schweizer Amtshilfe zur Unterstützung Verfahren ausländischer «Wertpapieraufsichtsbehörden» wegen Marktmissbrauch, Anlagebetrug oder ähnlicher Vergehen in diesen 20 Jahren erzählen. Dabei sollen die (tatsächlichen oder zumindest wahrgenommenen) internationalen Treiber dieser Entwicklung im Zeitablauf dargestellt werden. Zu zeigen ist auch das Wechselspiel zwischen diesen, der Praxis der EBK/FINMA, der Rechtsprechung der Schweizer Gerichte und der Schweizer Gesetzgebung.

Zweitens sollen die Änderungen in der Amtshilfegesetzgebung näher erläutert werden, welche das FINFRAG mit sich bringt. Dazu wird es nötig sein, etwas näher auch technische Detailfragen zu beleuchten.

Schliesslich soll diese Darstellung vor dem Hintergrund der Frage erfolgen, ob eigentlich Kooperation oder Obstruktion im Vordergrund und den Köpfen der Akteure standen oder noch stehen. Diese Frage mag überraschen. Sie ist jedoch relevant. So kann eine Regulierung zwar von Zusammenarbeit sprechen, aber im Ergebnis eine solche mehr behindern als erleichtern. Das kann durchaus gewollt sein: die Gesetzgebung zur Zusammenarbeit kann gegen aussen präsentiert werden, ohne dass diese tatsächlich mit brauchbaren Resultaten stattfindet und dadurch wichtige Stakeholder wie die Banken oder ihre Kunden irritiert.<sup>2</sup> Das Gleiche gilt fast noch mehr für die Umsetzung dieser Gesetzgebung. Je nach Grundhaltung und den daraus folgenden Umsetzungsentscheiden wird die Zusammenarbeit gefördert oder umgekehrt behindert.

Die Amtshilfe in der Finanzmarktaufsicht dient verschiedenen Zwecken und kennt verschiedene Formen.<sup>3</sup> Sie ist im Aufsichtsalltag allgegenwärtig und wichtig in der prudentiellen Institutsaufsicht über international tätige Finanzinstitute. Obschon dieser Aspekt in der Praxis eine grosse und zunehmende Bedeutung hat, soll er hier nur am Rande behandelt werden. Im Vordergrund steht vielmehr die Amtshilfe in der Marktaufsicht (bis Ende 2015), gestützt auf das Börsengesetz, wo eine viel stärkere Notwendigkeit besteht, auch Kundeninformationen auszutauschen. Neben der Amtshilfe in der Marktaufsicht werden die Entwicklung der Regulierung zur Vor-Ort-Kontrolle ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden<sup>4</sup> und die direkte Übermittlung von Informationen durch Schweizer Finanzinstitute an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden<sup>5</sup> dargestellt. Die Verwaltungsamtshilfe im Generellen oder in anderen Bereichen wie dem Steuerrecht werden nur behandelt, soweit zu diesem Thema ein enger Bezug besteht.

## II. Status Quo ante: Rechtshilfe statt Amtshilfe (bis 1997)

Blicken wir zuerst noch etwas weiter zurück.<sup>6</sup> Bis Mitte der 90er Jahre wurden keine sensiblen Kundendaten auf dem Weg der Amtshilfe unter Finanzmarktaufsichtsbehörden ausgetauscht. Jedenfalls nicht aus der Schweiz. Überhaupt war die internationale Amtshilfe weithin unbekannt. Kooperation fand, wenn überhaupt, auf dem Terrain der Rechtshilfe statt. Die Amtshilfe hingegen, sofern existent, stand unter dem Generalverdacht der «Umgehung der Rechtshilfe».

<sup>2</sup> Dieser Eindruck drängte sich bis vor Kurzem während langer Jahre beim Betrachten der Steueramtshilfe auf. Aber das wäre eine andere Geschichte.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. ARQUINT (2014), 135 ff.

<sup>4</sup> Hinten Kapitel V und VIII.14.

<sup>5</sup> Hinten Kapitel VIII.12.

<sup>6</sup> Nähere Hinweise bei ZULAUF (1995), worauf dieses Kapitel beruht.

Das führte im Wertschriftenhandel zu Problemen. Erinert sei an den Justizkonflikt zwischen den Vereinigten Staaten und der Schweiz in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts. Es ging im Wesentlichen um die Durchsetzung amerikanischer Kapitalmarktgesetze bei Wertpapierkäufen von Kunden schweizerischer Banken auf amerikanischen Märkten. Der Konflikt generierte in der öffentlichen und rechtlichen Diskussion auch heute noch vertraute Stichworte wie «Unilaterale Rechtsdurchsetzung versus Rechtshilfe», «extraterritoriale Rechtsanwendung», «amerikanischer Rechtsimperialismus» oder «Schweizerischer Insiderbestand als *lex americana*». Die Auseinandersetzung hat eine unübersehbare Menge juristischer Literatur inspiriert. Das Bundesgericht anerkannte im Jahre 1983 im Fall Santa Fe<sup>7</sup>, dass die amerikanische Securities and Exchange Commission (SEC) als Verwaltungsbehörde unter dem Rechtshilfevertrag zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von 1973<sup>8</sup> von der Schweiz Rechtshilfe in Strafsachen begehren kann. Die SEC führte nach Meinung des Gerichts zwar keine Strafverfahren, sie habe aber umfassende Untersuchungsbefugnisse und ihre Ermittlungsverfahren könnten zu einem Strafverfahren führen, was genüge. In der Praxis haben aber damals wie heute die wenigsten Ermittlungsverfahren der SEC ein Strafverfahren zur Folge, sondern werden anders, z.B. durch einen Vergleich oder durch Massnahmen eines Zivil- oder Administrativrichters erledigt.

Auch europäische Aufsichtsbehörden machten sich auf den beschwerlichen Weg der Rechtshilfe. Zum Teil mit Erfolg. So bejahte das Bundesgericht 1992 in einem französischen Insiderfall grundsätzlich die Rechtshilfe in Strafsachen für die damalige Commission des Operations de Bourse (COB).<sup>9</sup>

Durch diese Rechtshilfeverfahren unterstützte die Schweiz Verwaltungs- oder Zivilverfahren ausländischer Verwaltungsbehörden, welche möglicherweise (aber eher selten) zu einem ausländischen Strafverfahren führten. Es handelte sich, «faute de mieux», um einen Ersatz für eine Amtshilfe, welche nicht möglich war, auch weil eine einheitliche Börsen- und Effektenhändleraufsicht in der Schweiz fehlte. Dies änderte sich mit dem Börsengesetz von 1995, welches 1997 in Kraft trat.

### III. Vorläufer: Eurolex/Swisslex Ergänzung des Bankengesetzes (1993/1994)

Der konzeptionelle Grundstein für die Schweizer Amtshilfe im Finanzmarktbereich wurde jedoch nicht erst im Börsengesetz, sondern zuvor im Bankengesetz geschaf-

fen. Im Oktober 1992 verabschiedete das Parlament im Rahmen des «Eurolex»-Gesetzespakets mit Blick auf den geplanten Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum EWR auch eine Änderung des Bankengesetzes.<sup>10</sup> Diese enthielt in Art. 23<sup>sexies</sup> auch eine Regelung der Amtshilfe, welche konzeptionell in ihren Grundzügen bis heute gilt, in neue Finanzmarktgesetze übernommen<sup>11</sup> wurde, auch andere Gesetze beeinflusste<sup>12</sup>, wenn auch modifiziert und verwässert, und alle Revisionen überdauert hat.

Die Regelung der Übermittlung vertraulicher Informationen der damaligen EBK an ausländische Aufsichtsbehörden beruhte auf folgenden Grundelementen:

- *Spezialität*: die Informationen dürfen nur «zur direkten Beaufsichtigung von Banken ...» verwendet werden.
- *Vertraulichkeit*: die ausländischen Behörden müssen einem «Amts- oder Berufsgeheimnis» unterstehen.
- *Prinzip der langen Hand*: Die übermittelten Informationen dürfen nur mit Zustimmung der EBK an Dritte, einschliesslich anderer Behörden, weitergeleitet werden. Damit soll diese die Kontrolle über die Informationen behalten. Sollen Informationen an Strafbehörden weitergeleitet werden, muss die Zustimmung der EBK im Einvernehmen mit dem für die Rechtshilfe in Strafsachen zuständigen Bundesamt für Justiz (damals Bundesamt für Polizeiwesen) erfolgen.
- *Kundenverfahren*: Betrifft die zu übermittelnde Information Kunden, muss die EBK ein Verwaltungsverfahren durchführen, in denen der Kunde Partei- und Beschwerderecht hat. Man betrachtete diese Lösung als Kompromiss. Tatsächlich gab es Vorentwürfe, welche das Verwaltungsverfahren generell auf jede Amtshilfe hätten anwenden wollen, was die internationale Zusammenarbeit in der Institutsaufsicht hätte lähmen können.

Bekanntlich scheiterte der EWR im Dezember 1992 vor Volk und Ständen. Die Änderungen im Bankengesetz und mit ihnen die Amtshilferegel wurden aber in der Folge trotzdem mit der sogenannten Swisslexvorlage im März 1994 beschlossen und im Februar 1995 in Kraft gesetzt.<sup>13</sup> Die Bestimmung hat keine grosse Aufregung veranlasst. Der Grund dazu ist einfach: es mussten im Rahmen der Institutsaufsicht damals keine Kundeninformationen ausgetauscht werden. Dies änderte sich jedoch mit dem Börsengesetz.

<sup>7</sup> BGE 109 Ib 147.

<sup>8</sup> SR 0.351.933.6.

<sup>9</sup> BGE 118 Ib 457.

<sup>10</sup> Zusatzbotschaft II zur EWR Botschaft vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520. Vgl. ZULAUF (1993).

<sup>11</sup> So im Dezember 2004 in Art. 81 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (AS 2005 2197) oder im Dezember 2006 in Art. 142 des Kollektiv-anlagengesetzes (AS 2006 5379).

<sup>12</sup> So Art. 26 des Revisionsaufsichtsgesetzes (RAG) 2005, SR 221.302.

<sup>13</sup> AS 1995 246.

#### IV. Zentral: Amtshilferegulierung des Börsengesetzes (1995)

Im Februar 1993 unterbreitete der Bundesrat dem Parlament gleichzeitig mit der Swisslexvorlage auch eine Botschaft zum Börsengesetz und darin einen Vorschlag zur Amtshilfe in Börsensachen. Entscheidend war die Frage, ob über die Amtshilfe auch Kundeninformationen insbesondere in Marktmissbrauchsfällen ausgetauscht werden konnten. Diese Vorstellung löste bei den Banken damals noch einiges Stirnrnzeln aus. Der Bundesrat war aber klar dieser Auffassung und sah auch die Probleme der Regelung:

*«Für eine effiziente Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden zum Beispiel zur Bekämpfung von Insidervergehen, Kursmanipulation oder Geldwäscherei sollten die Informationen rasch ausgetauscht werden können. Es ist zu erwarten, dass sich die schweizerische Aufsichtsbehörde bei Auskunftsbegehren ausländischer Stellen einem gewissen Druck ausgesetzt sieht, die Informationen rasch zu liefern. Bei der Weitergabe von Kundeninformationen sollte das Verwaltungsverfahren möglichst rasch abgewickelt werden, indem zum Beispiel der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen oder die Beschwerdefrist verkürzt wird».*<sup>14</sup>

Der Vorschlag zur Amtshilfe war praktisch identisch mit demjenigen im Bankengesetz. Dabei übersah der Bundesrat einen wichtigen Punkt. Die in seiner Botschaft aus dem Vorschlag zum Bankengesetz übernommene Umschreibung der Spezialität (*«direkte Beaufsichtigung der Börsen und der Effektenhändler»*) hätte eine Amtshilfe etwa in Insiderfällen sehr erschwert oder gar verunmöglicht. Veranlasst durch die EBK wurde diese Formulierung in der parlamentarischen Beratung leicht geändert (*«direkte Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels»*)<sup>15</sup>, was sich in der Folge als wichtig erweisen sollte.

Die Amtshilfe war nun gesetzlich verankert. Eine andere Frage zeigte sich 1995 aber schon am Horizont: unter welchen Umständen sollten ausländische Aufsichtsbehörden Vor-Ort-Prüfungen in der Schweiz durchführen dürfen?

#### V. Selbsthilfe der Behörden statt Amtshilfe: Vor-Ort Prüfungen (1999)

Auch in dieser Frage standen internationale Mindeststandards am Ursprung einer Anpassung des Schweizer Finanzmarktrechts. Hier war es der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht. Nach den Skandalen um die Ban-

ken BCCI (1991) und Baring Brothers (1995) erliess er 1996 die Stockholmer Empfehlungen. Darin verlangte er für Herkunftslandbehörden die Möglichkeit von Vor-Ort-Kontrollen bei Tochterbanken in Gastländern einschliesslich (mit Zustimmung des Gastlandes) den Zugang zu Daten von Einlegern und (ohne Einschränkung) von Schuldnern.

Die Schweiz tat sich angesichts der (damals noch) grossen Zahl von Auslandsbanken schwer mit dieser Forderung. Diese befürchteten einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den Schweizer Vermögensverwaltungsbanken, wenn ihre Kunden damit rechnen mussten, dass ihre Namen den Herkunftslandbehörden offengelegt werden mussten.

Der Schweizer Gesetzgeber kam damals diesen Ängsten mit dem sogenannten «private banking carve out» entgegen. Im April 1999 beschloss er in Art. 23<sup>septies</sup> des Bankengesetzes, Vor-Ort-Kontrollen von Herkunftslandbehörden bei Auslandsbanken in der Schweiz mit Bewilligung der damaligen EBK grundsätzlich zu gestatten, aber dabei einen Zugang zu den Namen von Vermögensverwaltungskunden auszuschliessen («private banking carve out»). Für solche Angaben blieb die Amtshilfe vorbehalten. Dabei blieb es trotz wiederholter Kritik bis zum FINFRAG.

In der Folge gab es immer wieder Vor-Ort-Kontrollen<sup>16</sup>, aber die damaligen Befürchtungen erwiesen sich als übertrieben. Es gelang der FINMA offensichtlich, einen Weg zu finden, um die Interessen auszugleichen. Gerichtsfälle gab es soweit ersichtlich keine.

#### VI. Kooperation und ihre Grenzen: Praxis der EBK/FINMA und der Gerichte (1997–2015)

Die Gesetzgebung zur Amtshilfe trat im Februar 1997 in Kraft. Gesetzgebung ist schwierig und wichtig, Gesetzesanwendung noch schwieriger und zumindest ebenso wichtig. Die EBK und anschliessend die FINMA standen und stehen nun vor der Aufgabe, die Amtshilfebestimmung anzuwenden. Diese Aufgabe ist komplex, aufwendig und undankbar. Die Behörde befindet sich im Spannungsfeld von unzufriedenen Kunden schweizerischer Banken, deren Daten übermittelt werden sollen und unzufriedenen ausländischen Behörden, welche sich über Komplikationen und zu lange Verfahrensdauern beklagen. Bis Ende der 90er Jahre beklagten sich auch noch die Banken über eine zu ausufernde Amtshilfepraxis. In der Zwischenzeit haben sich diese Klagen gelegt, weil die Banken einen gewissen Abstand von den Inter-

<sup>14</sup> Botschaft Börsengesetz (1993), 1424.

<sup>15</sup> Nachweise und eine Analyse der Einzelheiten der Gesetzgebung bei ZULAUF (1995), 53 f.

<sup>16</sup> Der FINMA Enforcementbericht 2014, 62, erwähnt für 2014 20 Vor-Ort-Kontrollen gegenüber über 450 Amtshilfeersuchen.



essen der in ein Amtshilfeverfahren verwickelten Kunden genommen haben.

Die Amtshilfe im Finanzmarktrecht stiess in der juristischen Literatur auf ein erhebliches Interesse und gab allein in den Jahren 1997 und 1998 Anlass zu vier Dissertation an vier verschiedenen Universitäten<sup>17</sup> und in den letzten 20 Jahren rund zwei Dutzend Fachaufsätze, welche sich ausschliesslich diesem Thema widmen.<sup>18</sup>

### 1. Amtshilfefreundliche Rechtsanwendung und ...

Es wäre für die Schweizer Behörden (EBK und ab 2009 die FINMA) ein Leichtes gewesen, die Gesetze durchaus rechtskonform in einer Weise auszulegen, welche die Amtshilfe extrem eingeschränkt hätte. Sie hätten dazu bloss einige rechtliche Schrauben etwas weniger tief einschrauben müssen. Die EBK oder die FINMA hätten etwa

- Amtshilfe in Insiderfällen ablehnen können mit der Begründung, diese diene nicht der Aufsicht über Effektenhändler und sie selbst habe (was bis im Mai 2013 zutraf<sup>19</sup>) keine Aufsichtsbefugnis zur Verfolgung von Marktmissbräuchen von Nichtbeaufsichtigten;
- Amtshilfe ablehnen können, wenn eine ersuchende Behörde erheblich weitere Aufgaben gehabt hätte als sie;
- auf einer fundierten und substantiierten Schilderung des Anfangsverdachts in Amtshilfeersuchen beharren können;
- die Amtshilfe verweigern können, wenn sie den Anfangsverdacht der ersuchenden Behörde aufgrund der bei den Banken erhobenen Informationen nicht hätten plausibilisieren können;
- eine «de minimis Praxis» entwickeln und Amtshilfeersuchen etwa in Insiderfällen mit sehr kleinen potentiellen Deliktsumbeträgen zurückweisen können;
- Amtshilfeersuchen nicht behandeln können, wenn der untersuchte Sachverhalt schon Jahre zurück lag;
- die Amtshilfe ablehnen können mangels eines absoluten Nachweises, dass die ersuchende Behörde unter keinen Umständen rechtlich gezwungen werden kann, Informationen an andere Behörden weiterzuleiten;

- die Amtshilfe verweigern können, wenn die in Frage stehende Norm des ausländischen Rechts weiter geht als die schweizerische oder ein schweizerisches Pendant sogar ganz fehlt. Sie hätte damit eine Art doppelte Strafbarkeit gestützt auf *ordre public* Überlegungen einführen können;
- die Amtshilfe ablehnen können, wenn das Schweizer Recht keine Norm kennt, welche der Regel im ersuchenden Staat entspricht, deren Verletzung dem Anfangsverdacht zu Grunde liegt;
- getrennte Verfahren zur Erhebung und Übermittlung in Fällen führen können, wo eine Bank die Auskunft verweigerte, was die Verfahrensdauer verdoppelt hätte;
- die Amtshilfe in Fällen verweigern können, in denen die Rechtshilfe ebenfalls offen stand;
- Bankkunden mit externen Vermögensverwaltern ohne Vorbehalt als unverwickelte Dritte anerkennen und ihre Daten nicht übermitteln können;
- dem wirtschaftlich Berechtigten und der Bank Parteirechte zugestehen können;
- keine spontane Amtshilfe leisten können.

Haben die EBK und anschliessend die FINMA dies getan? Nun wir wissen die Antwort: nein sie haben es nicht getan und das Bundesgericht und ab 2010 das Bundesverwaltungsgericht sind ihnen in dieser amtshilfefreundlichen Auslegung gefolgt. Die Fragestellung mag verwirren. Weshalb hätten die Schweizer Aufsichtsbehörden die Amtshilfe im Ergebnis behindern sollen? So abwegig ist die Frage nicht. Es hätte in der Tat verschiedene denkbare Gründe dafür gegeben:

- Die Behörden hätten die Interessen anders abwägen und ihr Verständnis des «*Persönlichkeitsschutzes*» der Kunden oder «*rechtsstaatlicher Grundsätze*»<sup>20</sup> höher gewichten können als das Interesse an der Zusammenarbeit und der Bekämpfung von Marktmissbrauch.
- Sie hätten das Risiko vermindern können, aufwendige Gerichtsverfahren führen zu müssen mit drohenden Reputationsschäden im Falle von Niederlagen.
- Sie hätten durch eine im Ergebnis obstruktive Praxis höheren internationalen Druck gegen die Schweiz bewirken können, um den Gesetzgeber zu überzeugen, das ungeliebte und aufwendige Kundenverfahren loszuwerden.

Wie gesagt: das alles geschah (zu Recht) nicht.<sup>21</sup> Vielmehr wandten und wenden die Schweizer Aufsichtsbehörden die Amtshilfebestimmungen amtshilfefreundlich an. Im Jahr 2009 fasste die FINMA ihre Position wie folgt zusammen:

<sup>17</sup> ALTHAUS (1997/2001), GLASER-TOMASONE (1997), AMY (1998), SANSONETTI (1998); hinzu kommt für das Liechtensteiner Recht die jüngere Arbeit von GEY (2009).

<sup>18</sup> Vgl. insbesondere die Aufsätze von ROUILLER (1997), CHAPPUIS (1997), ALTHAUS (1999), NOBEL (1999), GROLMUND (2000), SCHWOB (2001), ZULAUF/BALLEYGUIER (2002), JACQUEMOUD (2005), DU PASQUIER (2006), FRANCHETTI/HAUDENSCHILD (2006), HONEGGER/KOLB (2009), HUSMANN (2011) und ZULAUF (1993, 1995, 2000).

<sup>19</sup> Im Mai 2013 traten die verschärften Marktmissbrauchsbestimmungen des Börsengesetzes in Kraft, AS 2013 1103.

<sup>20</sup> Vgl. den Titel des Aufsatzes von SCHWOB (2001).

<sup>21</sup> Vgl. die Nachweise im EBK Amtshilfebericht 2003, 28 ff., FINMA Amtshilfebericht 2009, 28 ff.

«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».<sup>22</sup>

Die Gerichte sind der EBK und der FINMA weitgehend gefolgt. Die amtshilfefreundliche Praxis hatte aber auch ...

## 2. ... ihre Grenzen

Die Gerichte haben der EBK und der FINMA auch Grenzen der Amtshilfe aufgezeigt. In zwei Fällen waren die dadurch bestätigten Erschwernisse in der Amtshilfe so gravierend, dass der Gesetzgeber tätig wurde, um sie aus dem Weg zu räumen:

- Im ersten Fall verlangte das Bundesgericht im August 1999<sup>23</sup> die strikte Anwendung des Kriteriums der doppelten Strafbarkeit auf jede Weiterleitung übermittelter Informationen an eine Strafbehörde. Dies brachte die ersuchende ausländische Behörde in eine schwierige Lage<sup>24</sup>: zum einen war sie gehalten, die Auflagen der EBK an die Amtshilfe einzuhalten und die Informationen mangels Zustimmung nicht weiterzuleiten. Umgekehrt war sie rechtlich gezwungen, Anzeige zu erstatten und konnte auch gezwungen werden, den Strafbehörden Informationen offen zulegen. Vergleichbaren Pflichten unterliegt auch die Schweizer Aufsichtsbehörde.<sup>25</sup> Dies führte vor allem deshalb zu Schwierigkeiten, weil die Marktmissbrauchsbestimmungen im Schweizer Strafrecht vor den beiden Revisionen vom März 2008<sup>26</sup> und September 2013<sup>27</sup> sehr viel enger waren, als in den meisten ausländischen Rechtsordnungen. Die für die Weiterleitung an Strafbehörden nach Ansicht des Bundesgerichts notwendige doppelte Strafbarkeit war damit nicht gegeben.
- Dem zweiten Fall lag ein Amtshilfeersuchen der US-SEC zu Grunde. Ausgangspunkt war ein Verdacht auf Insiderhandel im Fall Elsay/Bailey, der sich im

Übrigen durch die Erhebungen der EBK klar bestätigte. Das Bundesgericht hielt im Mai 2000<sup>28</sup> fest: die Möglichkeit, dass die übermittelten Informationen im Rahmen eines öffentlichen Verfahrens und einer öffentlichen Information darüber publik werden können, war mit der damals geltenden Formulierung des Vertraulichkeitserfordernisses nicht vereinbar. Die EBK verhandelte in der Folge mit der SEC. Diese versprach, in besonderen Fällen mit einer «protective order» beim Richter die Vertraulichkeit der von der EBK übermittelten Informationen zu beantragen. Das Bundesgericht liess sich davon nicht überzeugen und lehnte eine Amtshilfe in diesem Fall in einem zweiten Entscheid vom Dezember 2001 erneut ab.<sup>29</sup> Dies blockierte die Amtshilfe mit den US-Behörden während Jahren, bis die erste Nachbesserung des Börsengesetzes 2006 in Kraft trat.

## VII. Erste Nachbesserung auf Gesetzesstufe: Börsengesetzrevision (2005)<sup>30</sup>

Nach dem zweiten Urteil des Bundesgerichts in Sachen Elsay Baily vom Dezember 2001 tat die EBK etwas Ungewöhnliches. Sie forderte im Januar 2002 zeitgleich mit der Veröffentlichung des Urteils in einer Medienmitteilung eine Gesetzesrevision.<sup>31</sup> Dieser Schritt war nicht mit dem Finanzdepartement abgesprochen und sorgte dort für erhebliche Irritation. Er war aber insofern nicht überraschend, weil die EBK zuvor schon lange gewarnt hatte, eine solche Entwicklung könnte die Amtshilfe mit den USA blockieren und den Schweizer Finanzplatz in eine schwierige Lage bringen. Die Erklärung schaffte auch Goodwill für die EBK bei ausländischen Aufsichtsbehörden, die erkannten: die EBK tat im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe alles, um zu kooperieren. Die EBK begann, aus eigener Initiative einen Gesetzesvorschlag auszuarbeiten und mit den interessierten Wirtschaftskreisen abzusprechen. Diesen unterbreitete sie im April 2003 dem Finanzdepartement.<sup>32</sup> Dort tat man sich eher schwer damit und zögerte. Schliesslich eröffnete der Bundesrat aber dennoch im Januar 2004 ein Vernehmlassungsverfahren und unterbreitete dem Parlament im November 2004 eine Botschaft zu einer Änderung der Amtshilfebestimmung (nur) im Börsengesetz. Das Parlament nahm die Vorschläge im Oktober 2005 in der Form

<sup>22</sup> FINMA Amtshilfebericht 2009, 24.

<sup>23</sup> BGE vom 30. August 1999 i.S. IG Farben (2A.17/1999), E. 4; BGE 125 II 459.

<sup>24</sup> Vgl. EBK Amtshilfebericht (2003), 62; Botschaft Börsengesetz (2004), 6756 ff.

<sup>25</sup> Für die FINMA vgl. Art. 38 Abs. 3 (Strafanzeigespflicht der FINMA) und Art. 41 (Bundesverwaltungsgericht kann FINMA zur Herausgabe von Unterlagen an die Strafbehörden zwingen) FINMAG.

<sup>26</sup> AS 2008 4501, in Kraft seit 1. Oktober 2008.

<sup>27</sup> AS 2013 1103, in Kraft seit 1. Mai 2013.

<sup>28</sup> BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsay Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.c)aa), BGE 126 II 126 (in Bestätigung von BGE vom 24. November 1999 i.S. SEC / Equity Journal, 2A.51/1999, Erw. 4.a), EBK Bulletin 40, 116.

<sup>29</sup> BGE vom 20. Dezember 2001 i.S. SEC / Elsay Bailey, 2A.349/2001, Erw. 6.b)aa).

<sup>30</sup> Botschaft Börsengesetz 2004.

<sup>31</sup> Medienmitteilung vom 23. Januar 2002, <https://www.admin.ch/cp/d/3C4EC5AC.1CBFD38B@gs-efd.admin.ch.html>.

<sup>32</sup> Amtshilfebericht EBK (2003), 68 ff.

an, wie sie der Bundesrat vorgeschlagen hatte.<sup>33</sup> Die Änderungen betrafen insbesondere folgende Punkte:

- Das *Prinzip der langen Hand* wurde eingeschränkt: auch ohne Zustimmung der EBK/FINMA dürfen die ersuchenden Behörden die übermittelten Informationen an andere Behörden, Gerichte und Dritte weiterleiten, sofern dies «*ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler*» geschieht, d.h. die Spezialität gewahrt bleibt. Innerhalb dieser Zweckbestimmung ist auch eine Weiterleitung an Strafbehörden möglich, ohne dass das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit erfüllt sein muss. Sollen die Informationen zu einem anderen Zwecke an Strafbehörden weitergeleitet werden, bedarf es nach wie vor der Zustimmung der EBK/FINMA im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz. Diese dürfen nur zustimmen, wenn die Voraussetzungen für eine Rechtshilfe erfüllt wären.
- Die Anforderungen an die *Vertraulichkeit* wurden gelockert, indem «Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben». Dies erlaubt ausländischen Behörden die Information über Verfahren.
- Schliesslich wurde das *Verfahren beschleunigt*: Verfügungen der EBK/FINMA müssen innert 10 Tagen angefochten werden. Es gelten keine Gerichtsferien. Einzig die betroffenen Kunden können Beschwerde erheben.

### VIII. Zweite Nachbesserung auf Gesetzesstufe: FINFRAG (2016)

Bei dieser Regelung blieb es für 10 Jahre. Die Schweizer Amtshilferegeln waren aber trotz der ersten Nachbesserung Gegenstand internationaler Kritik. Das Problem wurde teilweise durch eine einschränkende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verschärft. Zudem entwickelten sich die internationalen Kooperationsbedürfnisse auf neue Bereiche. Die FINMA und das Finanzdepartement sammelten Reformpunkte während Jahren. Sie konnten den Bundesrat überzeugen, dem Parlament im Schlepptau des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes (FINFRAG) eine zweite Nachbesserung zu unterbreiten. Das Parlament folgte dem Vorschlag im Juni 2015. Die Änderungen werden anfangs oder im Verlauf des Jahres 2016 in Kraft treten. Die wichtigsten Aspekte dieser Novelle und ihre Ursachen sollen hier etwas eingehender behandelt werden.

### 1. Amtshilfewagen am Infrastrukturzug ins Parlament

Die erste Nachbesserung der Amtshilfegesetzgebung von 2005 (in Kraft seit 2006) erfolgte aufgrund einer auf dieses Thema beschränkten Botschaft des Bundesrates vom November 2004. Das anfängliche Zögern des Finanzdepartementes erklärte sich nicht nur durch den Umstand, dass mit Lockerungen bei der Amtshilfe innenpolitisch wenig Lorbeeren zu holen sind. Es fragte sich auch, ob diese Frage eine eigenständige Vorlage an das Parlament rechtfertigt.

Viel eleganter und politisch weniger riskant ist es, wenn eine solche Vorlage als unauffälliger zusätzlicher Wagen an einen Gesetzgebungszug angehängt werden kann, der ohnehin und mit anderen schweren Themen beladen ins Parlament rollt. Natürlich könnte das Parlament den Wagen auch wieder abhängen. Dies wird es jedoch nicht tun, wenn seine Fracht nicht total unverdaulich ist. Das Risiko liegt eher in einer Verzögerung, wenn die Behandlung der schweren Hauptfracht mehr Zeit erfordert.

Dieses geschickte Vorgehen wählte der Bundesrat mit den im Folgenden beschriebenen Änderungen der Amtshilfebestimmungen. Er hängte sie einem mit dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz schwer beladenen, aber zeitlich dringlichen Gesetzgebungszug an. Die Änderungen in der Amtshilfe blieben damit weitgehend unter dem Radar öffentlicher Kontroversen und es gab keine wesentliche Debatte dazu im Parlament und (mit Ausnahme der Verankerung des «*supervisory privilege*») auch keine wesentlichen Änderungen.

### 2. Das IOSCO – MMOU und das Financial Stability Board als Haupttreiber

Auch diese zweite gesetzliche Nachbesserung der Amtshilferegeln ist wesentlich international getrieben, verbunden mit einer einschränkenden Auslegung des Amtshilferechts durch das Bundesverwaltungsgericht:

Mit ihrem «Multilateral Memorandum of Understanding concerning consultation and cooperation and the exchange of information MMoU»<sup>34</sup> schuf die «International Organization of Securities Commissions IOSCO» im Jahre 2002 einen internationalen Mindeststandard zur Zusammenarbeit unter «Wertpapieraufsichtsbehörden».<sup>35</sup> Die FINMA erreichte im Jahr 2010 nach langen und schwierigen Verhandlungen, das Kundenverfahren als mit dem MMoU vereinbar zu verankern und das MMoU ohne Vorbehalte als «Signatar A – Staat» zu unterzeichnen.<sup>36</sup> Das MMoU verlangt nach der Auslegung von

<sup>33</sup> AS 2005 2006 197.

<sup>34</sup> Revidiert im Mai 2012, <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>.

<sup>35</sup> Dazu SANIO (2011).

<sup>36</sup> ARQUINT (2014), 137 f.

IOSCO kategorisch: Amtshilfeersuchen dürfen niemandem offengelegt werden. Das Bundesverwaltungsgericht verlangte umgekehrt wiederholt und ebenso kategorisch, dass betroffene Personen das Ersuchen einsehen können müssen. Eine Orientierung über die wesentlichen Inhalte sei nicht ausreichend.<sup>37</sup> Diese Spannung sturer unversöhnlicher Positionen konnte die FINMA nicht mehr abfedern. Hier bedurfte es der Gesetzgebung.<sup>38</sup>

Ein zweiter internationaler Treiber war der immer weitergehende Datenhunger nicht ausländischer Behörden, sondern internationaler Standardsetter wie des «Financial Stability Board FSB». Sie fordern im Prozess der Erarbeitung internationaler Standards immer mehr Daten von den Behörden der verschiedenen Länder einschliesslich Daten einzelner grosser Finanzinstitute. Mit den Änderungen im Zuge des FINFRAG soll nun dieser Datenhunger rechtlich sauber befriedigt werden können. Denn bis jetzt dürfen die FINMA und die Nationalbank nur ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden beziehungsweise Notenbanken Amtshilfe leisten.<sup>39</sup>

### 3. Steueramtshilfe auf der Überholspur – Verändertes Umfeld in der Amtshilfe

Seit der ersten Nachbesserung des Amtshilferechts im Börsenrecht von 2005 hatte sich das Umfeld in einem wichtigen Punkt dramatisch verändert. Die Regulierung und die Praxis des Informationsaustauschs unter Steuerbehörden haben sich seither in 10 Jahren in einer Weise und einem Tempo weiterentwickelt, welche sich 2005 kaum jemand vorstellte. Damals war die Steueramtshilfe in den Schweizer Doppelbesteuerungsabkommen auf eine Weise geregelt, dass sie de facto kaum stattfinden konnte. Es galt im Ergebnis: Obstruktion statt Kooperation. Als Stichworte seien genannt: Amtshilfe nur bei Steuerbetrug, nicht bei blosser Steuerhinterziehung, Ersuchen nur mit Angabe des Namens des Steuerpflichtigen, keine Gruppensuchen, kein klar geregeltes Verfahren, ein paar wenige Ersuchen pro Jahr.

Seither hat sich dies dramatisch geändert, was hier nicht nachgezeichnet werden kann.<sup>40</sup> In Stichworten: Amtshilfe auch bei blosser Steuerhinterziehung, Gruppensuchen zulässig und sogar (im Fall der USA) von Schweizer Banken de facto vorverfasst, Zwang ausländischer Bankkunden, sich anonym (Abgeltungssteuerabkommen mit

Grossbritannien und Österreich) oder durch Selbstanzeige zu regularisieren, Verfahrensregeln im Steueramtshilfegesetz, gesetzlicher Zwang der Banken nach Schweizer Recht zur direkten Informationsübermittlung unter FATCA, bevorstehender automatischer Informationsaustausch, Diskussion um Austausch oder sogar die Publikation von Steuerrulings.

Bisher war die Amtshilfe der Finanzmarktaufsicht immer latent oder explizit beargwöhnt worden, sie könnte zur Verfolgung von Steuerdelikten missbraucht werden. Die EBK und FINMA sahen sich sogar genötigt abzumahnern und zu versichern, dies sei unzulässig<sup>41</sup> und auch nie vorgekommen. Diese Angst bildete auch den Hintergrund von Gerichtsentscheiden.<sup>42</sup>

Vor diesem Hintergrund rasanter Entwicklungen in Richtung Steuertransparenz verursachte die Vorlage über eine Erleichterung der Amtshilfe im Finanzmarkt看bereich keine grosse Aufregung mehr. Die Frage war eigentlich einzig: bleibt das Kundenverfahren?

### 4. Es bleibt (vorläufig?) beim Kundenverfahren

In der Botschaft schildert der Bundesrat das Kundenverfahren in der Amtshilfe kritisch mit ähnlichen Argumenten wie 20 Jahre zuvor<sup>43</sup>:

*«Bezüglich des Kundenverfahrens gibt es zwei Hauptkritikpunkte: Erstens verzögert das im Schweizer Amtshilferecht vorgesehene Kundenverfahren die Informationsübermittlung um Monate und ist damit per se ein Hindernis für eine wirkungsvolle Marktaufsicht. Zweitens führen die spezifischen Schweizer Informationsverpflichtungen im Rahmen des Kundenverfahrens dazu, dass die betroffenen Kundinnen und Kunden bereits Kenntnis von der ausländischen Untersuchung erlangen, bevor die um Amtshilfe ersuchende Behörde überhaupt die Identität der Kundinnen und Kunden erfährt. Dies kann mitunter dazu führen, dass das schweizerische Kundenverfahren es allfälligen Finanzkriminellen ermöglicht, ausländische Verfahren zu behindern oder zu verzögern, vorhandene Beweismittel vor dem Zugriff der ausländischen Behörden zu vernichten und unrechtmässig erlangte Gewinne beiseite zu schaffen».*

Zusätzlich hätte der Bundesrat auch anführen können, dass ausser der Schweiz und Liechtenstein<sup>44</sup> kein anderes Land ein solches Verfahren kennt. Das Kundenverfahren ist also ein sonst verpönte «Swiss Finish». Es ist

<sup>37</sup> BVGE 2012/19, E. 6; Bundesverwaltungsgerichtsentscheide B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4.4.5, B-6062/2011 vom 22. März 2012 E. 5 und B-1258/2013 vom 24. Juli 2013 E. 2.3.1.

<sup>38</sup> Botschaft FINFRAG (2014), 7614. Danach soll das Verbot der Offenlegung eines Ersuchens sogar «eines der Grundprinzipien» MMOU sein.

<sup>39</sup> Botschaft FINFRAG (2014), 7618.

<sup>40</sup> Dazu zuletzt XAVIER OBERSON, International Exchange of Information in Tax Matters – towards transparency in tax matters, UK, Edward Elgar Publishing 2015; DERSELBE: Towards Automatic Exchange of Information, SZW 2015, 91 ff.

<sup>41</sup> Vgl. EBK Amtshilfebericht (2003), 69.

<sup>42</sup> BGE vom 1. Mai 2000 i.S. SEC / Elsag Bailey, 2A.355/1999, Erw. 6.c) bb), BGE 126 II 126. Zitiert im EBK Amtshilfebericht (2003), 56.

<sup>43</sup> Vgl. vorne Kapitel IV.

<sup>44</sup> Die Liechtensteinische Regierung scheiterte 2006 mit einem Vorschlag, das Beschwerderecht im Amtshilfeverfahren in bestimmten Fällen abzuschaffen, GEY (2009), 38 ff.



wohl auch keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Die Rechtsweggarantie in Art. 29a der Bundesverfassung verlangt wohl die gerichtliche Überprüfbarkeit behördlicher Entscheide. Sie definiert jedoch nicht, ob ein Entscheid einer Behörde, Informationen an eine andere weiterzuleiten, an sich eine (anfechtbare) Verfügung oder allenfalls einen (einer eingeschränkten Rechtskontrolle unterliegenden) Realakt darstellt.

Wie auch immer. Der Bundesrat steht zwar nach den zitierten Darlegungen in der Botschaft dem Kundenverfahren mit einer gewissen Distanz gegenüber, verlangte jedoch nicht dessen Abschaffung, ebenso wenig wie in der Steueramtshilfe. So wird die FINMA ihre schwierige, undankbare und aufwendige<sup>45</sup> Rolle als Abfederin im Spannungsfeld nicht erfüllbarer Erwartungen ausländischer Aufsichtsbehörden und Kunden inländischer Finanzinstitute weiter erfüllen müssen. Ob und wie lange damit dieses Kapitel geschlossen ist, bleibt abzuwarten.

## 5. Kein «Mitarbeiterverfahren»

Der Bundesrat schlug umgekehrt dem Parlament nicht vor, das Kundenverfahren neu auch auf Mitarbeiter von Beaufsichtigten auszudehnen. Dieser Punkt mag überraschen. Zu Unrecht. So ganz abwegig wäre ein solcher Vorschlag nicht gewesen angesichts der heftigen Diskussionen, welche die im Rahmen des «US Steuerprogramms» und zuvor durch einzelne Banken an die US Justizbehörden übermittelten (oder noch zu übermittelnden) Informationen auslösten.

Es bleibt also dabei: weder einzelne Mitarbeiter noch die Organe von Beaufsichtigten haben Parteistellung und ein Beschwerderecht, wenn die FINMA Informationen über sie ausländischen Finanzmarktbehörden übermittelt. Dies gilt auch, wenn diese die Informationen an Strafbehörden weiterleiten, sei es im Rahmen der Spezialität ohne Information der FINMA oder ausserhalb dieses Rahmens mit deren Zustimmung.

Die Frage hat an Brisanz verloren oder wird nun auf dem Terrain und mit den Rechtsbehelfen des Datenschutzrechts ausgetragen, weil der Bundesrat den Banken (nach einigen Umwegen) bekanntlich ausdrücklich erlaubt hat, Mitarbeiterdaten unter Beachtung der Anforderung des Datenschutzrechts direkt ausländischen Behörden zu übermitteln. In die gleiche Richtung («Direkte Information statt Amtshilfe») gehen auch die hinten<sup>46</sup> darzustellenden neuen Regeln zur direkten und bewilligungsfreien Informationsübermittlung an ausländische Behörden. Die Anforderungen des Datenschutzrechts sehen eine

vorgängige Information der betroffenen Mitarbeiter vor und die Möglichkeit, Auskunft über alle zu übermittelnden Dokumente zu erhalten.<sup>47</sup> Die Situation rund um den «Steuerstreit mit den USA» ist nicht zu verallgemeinern. Aber dennoch scheint ein Abstrahlen dieser datenschutzrechtlichen Garantien auf die Stellung von Mitarbeitern und Organen in der FINMA Amtshilfe nicht ausgeschlossen, sofern es einmal zu einem Beschwerdefall kommen sollte, jedenfalls wenn eine Weiterleitung an Strafbehörden in Frage steht.

## 6. Ausdehnung der börsengesetzlichen Sonderregeln

Mit der Schaffung der FINMA im Finanzmarktaufsichtsgesetz vom Juni 2007 (in Kraft seit Januar 2009) wurden auch einzelne Aufsichtsinstrumente der Vorgängerbehörden vereinheitlicht, darunter die Regeln zur internationalen Zusammenarbeit. Dabei stellte sich die Frage, ob die vom Parlament ein Jahr zuvor geänderten Amtshilfebestimmungen des Börsengesetzes<sup>48</sup> generell auch ausserhalb des Börsenrechts übernommen werden sollten. Man entschied sich damals für die Vorsicht und belies es bei den Sonderbestimmungen für die Börsenamtshilfe.<sup>49</sup>

Die Konsolidierung der Amtshilfebestimmungen wird nun (zu Recht) nachgeholt. Die in Kapitel VII dargestellten, im Oktober 2005 eingeführten Sonderbestimmungen zur Amtshilfe des Börsengesetzes werden ins FINMAG übernommen. Konkret bedeutet dies im Wesentlichen:

- Allgemeiner Verzicht auf das «Prinzip der langen Hand» im Rahmen der Spezialität: die ausländischen Behörden dürfen die von der FINMA erhaltenen Informationen an «andere Behörden, Gerichte oder Organe» weiterleiten, sofern diese die Informationen «ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts» verwenden.<sup>50</sup> Eine Zustimmung der FINMA bedarf es dazu nicht mehr, ausser wenn die Informationen zu einem anderen Zweck als dem Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet werden sollen.<sup>51</sup>
- Einschränkung des *Vertraulichkeitserfordernisses*: neu wird für die ganze Amtshilfe anerkannt, dass eine ausländische Behörde (wie in der Schweiz die

<sup>45</sup> Rund ein Fünftel der gut 70 Mitarbeiter des Geschäftsbereichs Enforcement der FINMA sind derzeit vorübergehend im Bereich Amtshilfe tätig, dauernd etwa ein Zehntel, vgl. auch hinten FN 57.

<sup>46</sup> Kapitel VIII.12.

<sup>47</sup> Eidg. Datenschutzbeauftragter, Merkblatt für Banken zur Übermittlung von Personendaten an US-Behörden vom 19. Juni 2013 (<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00755/01025/index.html?lang=de>). «Eckwerte für Kooperation» des Bundesrates vom 3. Juli 2013 (<https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilungen.msg-id-49574.html>).

<sup>48</sup> Vgl. vorne Kapitel VII.

<sup>49</sup> Botschaft zum FINMAG vom Februar 2006, BBl 2006 2848.

<sup>50</sup> Art. 42 Abs. 2 Bst. a FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>51</sup> Art. 42 Abs. 5 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

FINMA<sup>52</sup> und die Strafbehörden auch) gehalten sein kann, Informationen etwa in einem Strafprozess oder bei der Erhebung einer Klage der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.

- *Verfahrensstraffung*: Die Beschwerde steht nun allgemein nur noch gegen Übermittlungsverfügungen und nur noch «Kundinnen oder Kunden» offen, wobei eine auf 10 Tage verkürzte Beschwerdefrist und keine Gerichtsferien gelten. Ausgeschlossen ist damit generell die Beschwerde gegen Editionsverfügungen der FINMA zum Zwecke der Amtshilfe und Beschwerden von «Informationsinhaberinnen und Informationsinhabern» (z.B. Banken) gegen Übermittlungsverfügungen der FINMA.<sup>53</sup>

Die Tragweite dieser Konsolidierung der Amtshilfebestimmungen sollte nicht allzu gross sein, da die meisten kontroversen Amtshilfefälle von jeher Kundeninformationen betreffen, welche unter Anwendung der Bestimmungen des Börsengesetzes ausgetauscht werden.<sup>54</sup>

## 7. Keine Einsicht in den Wortlaut von Amtshilfeersuchen

Mit dem FINFRAG entfällt die Pflicht der FINMA, den von einem Amtshilfeersuchen betroffenen Personen das Amtshilfeersuchen der ausländischen Behörde offenzulegen. Die neue Bestimmung<sup>55</sup> erlaubt nach der Botschaft des Bundesrates «die standardmässige Beschränkung des Einsichtsrechts in die Korrespondenz mit ausländischen Behörden».<sup>56</sup> Die neue Norm behält aber Art. 28 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vor. Danach darf die FINMA eine Übermittlungsverfügung nur auf Elemente der Behördenkorrespondenz stützen, welche sie den Parteien in allgemeiner Form dargelegt hat. Diese Pflicht entfällt in den vielen Fällen, in denen die FINMA keine Verfügung erlässt, weil eine solche nicht verlangt wird.<sup>57</sup>

## 8. «Ausnahmsweise» kein rechtliches Gehör vor der Übermittlung der Information

Durch das Kundenverfahren erfährt ein durch ein Amtshilfeersuchen betroffener Kunde der Bank zwangsläufig, dass er Gegenstand von Ermittlungen dieser Behörde ist. Täter von Insider- und anderen Marktmissbrauchsdelikten können dadurch gewarnt werden und Spuren verwi-

schen. Entsprechend wurde dieser Aspekt des Kundenverfahrens kritisiert. Jedenfalls in Fällen mit plausibler Kollusionsgefahr müsse es möglich sein, die Kunden vor der Informationsübermittlung nicht zu informieren. Dies entspricht auch dem Vorgehen der FINMA in inländischen Enforcementverfahren, wo die FINMA den Informationsinhabern regelmässig untersagt, ihre Kunden ohne ihre Zustimmung darüber zu informieren, dass sie Gegenstand eines Auskunftsbegehrens der FINMA sind.

Nachdem das Parlament für die Steueramtshilfe die Möglichkeit der Informationsübermittlung ohne Kundeninformation geschaffen hat<sup>58</sup>, tat es nun für die Finanzmarktamtshilfe das Gleiche. So kann die FINMA von einer vorgängigen Information der Kunden «*ausnahmsweise*» absehen, «*wenn der Zweck der Amtshilfe und die wirksame Erfüllung der Aufgaben der ersuchenden Behörde durch die vorgängige Information vereitelt würden*».<sup>59</sup>

Wann trifft dies zu? Für den Bundesrat ist die Informationsübermittlung ohne vorgängige Information der Betroffenen «*namentlich*» dann berechtigt, «*wenn die ersuchende Behörde glaubhaft macht, dass das Gesuch von hoher Dringlichkeit ist oder der Erfolg ihrer Untersuchung durch die vorgängige Information der Betroffenen vereitelt würde (Vorliegen von Kollusionsgefahr)*».<sup>60</sup> Es wird interessant sein zu beobachten, was die Praxis der FINMA und des Bundesverwaltungsgerichts aus dieser Ausnahme machen und ob sie zur Regel wird. Tatsächlich ist die Umschreibung offener als die entsprechende Regel in der Steueramtshilfe und verlangt nicht ausdrücklich ein Glaubhaftmachen der Kollusionsgefahr. Es ist immerhin zu wünschen, dass die FINMA von den ersuchenden Behörden dazu Angaben verlangt. Die FINMA kann aber die Information weitergehender beschränken als die Steuerverwaltung. Dies macht aus Sicht der Wertordnung des Schweizer Rechts durchaus Sinn, welches etwa Marktmissbrauch<sup>61</sup> strenger bestraft als Steuerbetrug und Steuerhinterziehung.<sup>62</sup> So besteht in Marktmissbrauchsfällen immer Kollusionsgefahr, solange die untersuchten Personen noch nicht über die Untersuchung informiert sind. In solchen Fällen sollte ein Informationsaufschub immer zulässig sein.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 22 Abs. 2 FINMAG. Dazu (allerdings mit wenig zusätzlicher Substanz) die FINMA Leitlinien zur Kommunikation 2014, 9.

<sup>53</sup> Art. 42a Abs. 6 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).)

<sup>54</sup> FINMA Enforcementbericht 2014, 11.

<sup>55</sup> Art. 42a Abs. 3 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>56</sup> Botschaft FINFRAG (2014), 7616.

<sup>57</sup> Die 227 Amtshilfeersuchen zum Thema Marktaufsicht (z.B. wegen Insiderverhalten) im Jahre 2014 betrafen 2240 Kunden. 352 von diesen wurden von der FINMA informiert, weil sie Amtshilfe zu leisten beabsichtigte. Davon verlangten 25 eine Verfügung, welche 11 gerichtlich anfochten. FINMA Enforcementbericht 2014, 62 f.

<sup>58</sup> Art. 21a Steueramtshilfegesetz, SR 672.5, in Kraft seit dem 1. August 2014. Danach kann die Steuerverwaltung die Information der beschwerdeberechtigten Person ausnahmsweise erst nach der Übermittlung der Information ins Ausland informieren, «*wenn die ersuchende Behörde glaubhaft macht, dass der Zweck der Amtshilfe und der Erfolg ihrer Untersuchung durch die vorgängige Information vereitelt würden*».

<sup>59</sup> Art. 42a Abs. 4 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>60</sup> Botschaft FINFRAG, BBl 2014 7617.

<sup>61</sup> Heute Art. 40 f. BEHG bzw. Art. 154 f. FINFRAG: bis fünf Jahre Freiheitsstrafe.

<sup>62</sup> Art. 175 und 186 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer DBG, SR 642.11: Busse für Steuerhinterziehung und maximal 3 Jahre Gefängnis für Steuerbetrug.

Schiebt die FINMA die Information auf, muss sie vier Dinge tun<sup>63</sup>:

- Als erstes muss sie die (in der Regel) Banken über den Informationsaufschub ins Bild setzen. Damit dürfen diese den Kunden nicht informieren.
- Als zweites muss sie die ersuchende Behörde über den Informationsaufschub informieren. M.E. sollte sie ihr dabei auch eine Frist ansetzen, innert welcher sie ohne Abmahnung der ersuchenden Behörde die Kunden über das Ersuchen informieren wird.
- Drittens muss die FINMA die betroffenen Kunden «nachträglich» über das Ersuchen informieren. Wann ist das? Die Botschaft erwähnt nur den «Wegfall des Informationshindernisses».<sup>64</sup> M.E. darf das nicht länger als etwa ein Jahr nach der Informationsübermittlung sein, in Ausnahmefällen allenfalls länger. Die FINMA sollte dies den ersuchenden Behörden klar mitteilen. Sie kann ihnen auch eine Frist setzen, um ein kurz begründetes Ersuchen um eine Verlängerung des Informationsaufschubs zu stellen. Ohne ein solches würde die FINMA den Kunden über die Amtshilfe informieren. Das Bewirtschaften all der Fälle mit aufgeschobener Information der Kunden ist auf jeden Fall nicht so einfach und verlangt und verdient eine entsprechende Aufmerksamkeit. Die nachträgliche Information erlaubt den betroffenen Kunden, nachträglich mit einer Beschwerde zu beantragen, dass das Bundesverwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit der Amtshilfe feststellt.<sup>65</sup>
- Soweit lassen sich die Pflichten der FINMA direkt dem Gesetz entnehmen. Anders das letzte Erfordernis: M.E. sollte sich die FINMA mit Blick auf die (unvermeidbaren) Beschwerdefälle gut überlegen, ob sie nicht in jedem Fall einer aufgeschobenen Informationsübermittlung vor Übermittlung der Information eine kurze schriftliche Verfügung redigiert, welche sie den Kunden auf Verlangen eröffnen kann, nachdem sie diese über das Ersuchen nachträglich informiert hat. Damit könnten unerfreuliche gerichtliche Auseinandersetzungen über den Informationsstand der FINMA zum Zeitpunkt der Übermittlung der Information vermieden werden. Sollte die FINMA nämlich beim nachträglichen Verfassen einer Übermittlungsverfügung auf Begehren eines Kunden Informationen verwenden, welche sie zum Zeitpunkt der Übermittlung nicht hatte, werden die Beschwerdeführer verlangen, die Verfügung dürfe nicht darauf gestützt werden. Bestätigt sich der Anfangsverdacht durch die Ermittlungen der ausländischen Behörde nach der Übermittlung der Information nicht, werden sie dies umgekehrt zu ihren Gunsten anführen. Beides ist m.E. unzulässig; auch die nachträgliche Be-

urteilung durch das Gericht sollte auf dem Wissensstand der FINMA zum Zeitpunkt der Informationsübermittlung erfolgen. Dem zusätzlichen Aufwand einer «vorsorglichen» Verfügung vor der Übermittlung steht der geringere in den Beschwerdeverfahren entgegen.

Es ist zu erwarten, dass der Informationsaufschub über die Amtshilfe allen Betroffenen viel Arbeit und Ärger und wenig Freude bereiten wird. Dies gilt sogar, wenn man von Subtilitäten absieht. Davon gibt es einige, so die Frage, ob auch Kunden zu informieren sind, deren Geschäftsbeziehung mit der Bank während der Dauer des Informationsaufschubes geschlossen wurde.

## 9. Konto verwickelt – Kunde verwickelt

Eine Neuerung ergibt sich nicht, oder nur bei viel Phantasie des Lesers aus dem Gesetzestext. In der Botschaft wird man jedoch fündig. Der Gesetzgeber oder jedenfalls der Bundesrat oder die Autoren der Botschaft wünschen offenbar eine Änderung der Rechtsprechung zum «unverwickelten Dritten». Um was geht es? Es geht um zwei verbundene aber doch unterschiedliche Fragen, was aus der Botschaft nicht so klar ersichtlich ist:

- Zum einen hat die Rechtsprechung einem externen Vermögensverwalter mit Vollmacht über das Bankkonto seines Klienten eine Parteistellung und damit auch ein Beschwerderecht erteilt, wenn im Rahmen der Amtshilfe sein Name (aber nicht derjenige seines Kunden) übermittelt werden soll.<sup>66</sup>
- Zum anderen hat die Praxis die Kunden als «offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt»<sup>67</sup> betrachtet und nicht ihre Namen, sondern diejenigen ihres professionellen<sup>68</sup> Vermögensverwalters übermittelt, wenn unzweifelhaft nicht sie, sondern allein ihr Vermögensverwalter die fragliche Transaktion veranlasst hatte.<sup>69</sup> Darüber gab es immer wieder Auseinandersetzungen vor Gericht.<sup>70</sup> Zudem stiess diese Praxis wiederholt auf internationale Kritik.

Nach der Botschaft soll nun mit beidem Schluss sein: «Vor dem Hintergrund dieser praktischen Erfahrungen ist eine Rückkehr zur Rechtsprechung angezeigt, wonach Kundinnen und Kunden, über deren Konten Transaktionen abgewickelt werden, nie als unverwickelte Dritte gelten können.»<sup>71</sup> Es ist zu hoffen, dass die Gerichte die-

<sup>63</sup> Art. 42a Abs. 5 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>64</sup> Botschaft FINFRAG (2014), 7617.

<sup>65</sup> Art. 42a Abs. 6 FINMAG (Fassung vom Juni 2015), letzter Satz.

<sup>66</sup> BGE vom 3. September 2001 i.S. COB / Flammarion, 2A.237/2001, Erw. 3.b)bb), EBK Bulletin 42, 108 (=BGE 127 II 323); Dazu EBK Amtshilfebericht 2003, 53 f.

<sup>67</sup> So die Bestimmung in Art. 38 Abs. 4 BEHG, welche unverändert in Art. 42 FINMAG übernommen werden soll.

<sup>68</sup> Dazu zählt nicht der bevollmächtigte Ehemann der Kontoinhaberin, BVGer, 5. März 2014, B-307/2014.

<sup>69</sup> EBK Amtshilfebericht 2003, 39 ff. m.w.H. auf die Rechtsprechung.

<sup>70</sup> Vgl. die Hinweise im FINMA Amtshilfebericht 2009, 19 ff.

<sup>71</sup> Botschaft FINFRAG 2014, 7616.

sen Wunsch aufnehmen. Die bisherige Praxis führte tatsächlich zu unersprießlichen Argumentarien zwischen Kunden und ihren Vermögensverwaltern.<sup>72</sup> Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist zu bedauern, dass der Wunsch des Gesetzgebers nicht in ein paar Worten im Gesetz zum Ausdruck kommt. So schwer wäre das nicht gewesen, zum Beispiel: «Kunden, deren Konto für zu untersuchende Transaktionen benützt wurde, gelten als in die Untersuchung verwickelt. Bevollmächtigte über Konten betroffener Kunden sind im Kundenverfahren nicht Partei und nicht zur Beschwerde berechtigt.»

### 10. Erhebung von Informationen bei Nichtbeaufsichtigten

In vielen Fällen verfügt die FINMA bei Eingang eines Amtshilfeersuchens nicht über die gewünschten Informationen, sondern muss sie zuerst bei «Informationsinhabern» wie Banken einholen. Dies wird regelmässig zutreffen, wenn Informationen über Kunden von Beaufsichtigten ersucht werden. Die Informationsinhaber sind meist Beaufsichtigte wie Banken, welche gegenüber der FINMA auch zum Zwecke der Amtshilfe zur Auskunft verpflichtet sind. Nun ist das Bundesverwaltungsgericht bereits im Jahr 2008 PETER NOBEL gefolgt und hat darüber hinaus auch eine Mitwirkungspflicht von allen am Effektenmarkt tätigen Personen bejaht:

«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.).<sup>73</sup>

Vielleicht ist diese Begründung etwas kurz. Wie auch immer: mit dem FINFRAG wird nun ausdrücklich eine allgemeine Auskunftspflicht von jedermann gegenüber der FINMA zum Zwecke der Amtshilfe im Gesetz festgehalten:

«Befindet sich die FINMA noch nicht im Besitz der zu übermittelnden Informationen, so kann sie diese von den Informationsinhaberinnen und -inhabern verlangen».<sup>74</sup>

Dies ist wohl so zu lesen: «Jedermann ist verpflichtet, der FINMA die Informationen offenzulegen, welche diese zum Zwecke der internationalen Amtshilfe verlangt». Immerhin macht das Gesetz eine Einschränkung: Insbesondere Personen, welche sich durch eine Antwort der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen würden, dürfen als «Auskunftspersonen» die «Befragung» verweigern. Die Bestimmung ist gut gemeint, aber unnötig und in der Formulierung missglückt. Sie ist unnötig, weil auch ohne sie nach Verwaltungsverfahrensgesetz nichts anderes gelten würde. Dies bedarf keiner Wiederholung.

Sie ist missglückt, weil nicht die Befragung sondern die Antwort verweigert werden kann. Zudem kann nicht nur eine Auskunftsperson, sondern auch ein Zeuge bei Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts die Aussage verweigern.

Obwohl missglückt, hat die Bestimmung dennoch eine grössere Bedeutung. Sie setzt nämlich eine allgemeine Zeugnispflicht von jedermann gegenüber der FINMA zum Zwecke der Amtshilfe voraus. Die FINMA hat ihre langjährige Praxis bereits überdacht, für die Amtshilfe nur freiwillige Zeugnisse einzuholen. Sie beharrt nun auch auf Befragungen von Dritten als Auskunftspersonen oder, subsidiär, als Zeugen zum Zwecke der Amtshilfe.<sup>75</sup> Die neue Bestimmung geht in die gleiche Richtung und ermöglicht zudem auch eine Amtshilfe zur Unterstützung ausländischer Verfahren in Themen, wo die FINMA (noch) keine oder keine klaren Aufsichtsbefugnisse hat, wie hinsichtlich nur nach GwG durch Selbstregulierungsorganisation überwachten Vermögensverwaltern, Benchmarks oder «shadow banking». In die gleiche Richtung zielt auch die nächste Neuerung.

### 11. Amtshilfe für internationale Organisationen

Neu können die FINMA<sup>76</sup> und die Nationalbank<sup>77</sup> «zur Erfüllung ihrer Aufgaben an multilateralen Initiativen internationaler Organisationen und Gremien teilnehmen, in deren Rahmen Informationen ausgetauscht werden.»

Damit sollen die FINMA und die Nationalbank eine klare rechtliche Grundlage bekommen, um im Rahmen multilateraler Initiativen des Financial Stability Board und internationaler Standard Setters auch Daten von Beaufsichtigten austauschen zu können. Es geht also eher um Amtshilfe im Policy- und Regulierungs- als im Aufsichtsprozess. Die FINMA und Nationalbank müssen mit den internationalen Organisationen vorgängig den Verwendungszweck vereinbaren.<sup>78</sup> Dieser muss auf die «Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausarbeitung und Einhaltung von Regulierungsstandards oder zur Analyse von systemischen Risiken» beschränkt und die «Geheimhaltung» der Daten muss gewährleistet sein.<sup>79</sup>

<sup>72</sup> A.a.O. 7616.

<sup>73</sup> BVGE 2537/2008 vom 10. Juli 2008, zitiert nach FINMA Amtshilfebericht 2008, 15.

<sup>74</sup> Art. 42a Abs. 1 FINMAG (Fassung vom Juni 2015)..

<sup>75</sup> BVGer, Entscheid B-3201/2014 vom 28. April 2015. Darin schützt das BVGer die zwangsweise Vorladung einer Person zur Aussage als Auskunftsperson. Diesem Entscheid ist bis auf einen (Neben-)punkt zuzustimmen: zu Unrecht geht das BVGer davon aus, die empfangende Behörde dürfe die zu übermittelnden Aussagen nicht ohne Zustimmung der FINMA an Strafbehörden weiterleiten. Sie darf dies im Rahmen der Spezialität tun (Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG).

<sup>76</sup> Art. 42b FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>77</sup> Art. 50a Nationalbankgesetz (Fassung vom Juni 2015).

<sup>78</sup> Art. 42b Abs. 4 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>79</sup> Art. 42b Abs. 3 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).



Spannend ist die Frage der landesinternen Zuständigkeit. Die neuen Bestimmungen für die FINMA und die Nationalbank sind praktisch gleich. Sind die multilateralen Initiativen «von grosser Tragweite», müssen die FINMA und die Nationalbank vor der Teilnahme das «Einvernehmen» des Finanzdepartementes einholen.<sup>80</sup> Dieses selbst erhält keine Rechtsgrundlage zur Teilnahme und Datenaustausch bei solchen multilateralen Initiativen. Darüber dürfte es nicht unglücklich sein. Denn mit dem Recht zum Datenaustausch verbunden ist die Mühsal der Datensammlung und -aufbereitung, vor allem wenn es um Daten von Nichtbeaufsichtigten geht z.B. im Bereich «shadow banking». Solche Marktteilnehmer unterliegen zwar neu einer Auskunftspflicht gegenüber der FINMA als Informationsinhaber, was die Aufgabe der FINMA aber nur wenig erleichtert.<sup>81</sup>

## 12. Direkte Übermittlung an ausländische Behörden

Noch einfacher als die Amtshilfe ist (jedenfalls für die FINMA und die von ihr beaufsichtigten Institute) eine direkte Übermittlung von Informationen durch Unternehmen oder Private an ausländische Behörden. Eine solche steht aber nach Schweizer Recht unter dem Dammkesselschwert von Art. 271 Strafgesetzbuch, welcher Amtshandlungen für ausländische Behörden unter Strafe stellt, wenn sie nicht durch eine zuständige Schweizer Behörde bewilligt sind. Lange Zeit waren die Schweizer Fachbehörden sehr zurückhaltend mit solchen Bewilligungen. Auch bestanden erhebliche materielle und formelle Unsicherheiten.<sup>82</sup> Diese bleiben, aber die Zurückhaltung haben die Behörden in den letzten Jahren unter Druck des «Steuerstreits mit den USA» abgelegt. So bewilligte der Bundesrat am 4. April 2012, dass elf Banken direkt Mitarbeiterdaten an die US Justizbehörden übermitteln<sup>83</sup>, und wiederholte diesen Beschluss im Sommer 2013 für alle Banken, um die Umsetzung des US Steuerprogramms zu ermöglichen. Auch der Gesetzgeber wurde aktiv, indem er z.B. im FATCA-Abkommen mit den USA und im FATCA-Gesetz von Schweizer Finanzinstituten einer Registrierung bei den US Steuerbehörde und die direkte Übermittlung von Kundendaten an die US Steuerbehörden nicht nur gestattet, sondern verlangt.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> Art. 42b Abs. 2 FINMAG (Fassung vom Juni 2015)..

<sup>81</sup> Art. 42 Abs. 1 FINMAG (Fassung vom Juni 2015)..

<sup>82</sup> Zum Ganzen ZULAUF (2005).

<sup>83</sup> Dies nachdem er am 18. Januar 2012 die Übermittlung uncodierter Mitarbeiterinformationen auf dem Weg der Amts- und Rechtshilfe abgelehnt hatte. Vgl. die Mitteilungen der GPK des Nationalrates, welche diese Beschlüsse zuerst untersuchen (Medienmitteilung vom 6.9.2012, <http://www.parlament.ch/d/mm/2012/seiten/mm-gpk-n-2012-09-06.aspx>) und ein Jahr später (Medienmitteilung vom 5.9.2013 <http://www.parlament.ch/d/mm/2013/seiten/mm-gpk-n-2013-09-05.aspx>) nicht mehr untersuchen wollte.

<sup>84</sup> Art. 3 Ziff 1 Bst a FATCA-Abkommen vom 14. Februar 2013, SR 0.672.933.63.

In diese Richtung geht nun auch die neue Bestimmung zur «Informationsübermittlung durch Beaufsichtigte».<sup>85</sup> Diese sollen *ohne besondere Bewilligung* direkt Informationen an ausländische Aufsichtsbehörden übermitteln dürfen. Das Gesetz stellt aber Bedingungen:

- Die Beaufsichtigten dürfen gestützt auf die neue Bestimmung Informationen direkt nur an die «zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen» übermitteln. Es bleibt auch nach Lektüre der Ratsprotokolle unklar, ob auch ausländische Straf- oder Steuerbehörden als «mit der Aufsicht betraut» angesehen werden können. Das kann unter Umständen durchaus Sinn machen, da etwa US-Strafbehörden im Bereich ihres Verfahrens de facto Aufsichtsfunktionen wahrnehmen und etwa in Vergleichen umfassende Auflagen machen, deren Umsetzung sie durch Beauftragte kontrollieren.
- Wenn die Anwendbarkeit der Regel auf Straf- oder Steuerbehörden verneint wird, fragt sich, was diesen gegenüber gälte. Es bliebe bei der bestehenden Regelung mit den Beschränkungen insbesondere aus Art. 271 Strafgesetzbuch. Diese schliessen eine freiwillige direkte Übermittlung von Informationen nicht aus.<sup>86</sup> Die Praxis der Schweizer Behörden erfordert aber in gewissen Fällen eine Bewilligung der zuständigen Schweizer Behörde, wenn die Informationsübermittlung auf direkten Zwang einer ausländischen Behörde erfolgt. Dies trifft insbesondere zu, wenn die ausländische Behörde in einem Verfahren die Übermittlung der in der Schweiz gelegenen Information anordnet. Liegt kein solcher Zwang vor, und werden auch keine geschützten Rechtspositionen Dritter betroffen, können Schweizer Finanzinstitute auch ausserhalb der neuen Norm von Art. 42c FINMAG direkt mit ausländischen Behörden einschliesslich Strafbehörden kooperieren und ihnen direkt Informationen übermitteln. Die Norm bietet einzig den Schutz eines «safe harbor» für direkte Informationen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden». Sie beabsichtigt weder innerhalb noch ausserhalb ihres Anwendungsbereichs eine einschränkende Auslegung von Art. 271 Strafgesetzbuch.
- Betreffen die Informationen «Kunden und Dritte», müssen deren «Rechte gewahrt bleiben».<sup>87</sup> Kunde im Sinne dieser Beziehung ist m.E. nur, wer mit dem Beaufsichtigten ein Geschäft tätigt, welches eine Bewilligungspflicht auslösen würde oder als Kunde durch die Finanzmarktgesetze besonders geschützt<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Art. 42c FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>86</sup> ZULAUF (2005).

<sup>87</sup> Art. 42c Abs. 1 und 2 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>88</sup> Art. 5 FINMAG nennt «Gläubigerinnen und Gläubiger», «Anlegerinnen und Anleger» und «Versicherte».

wird.<sup>89</sup> Wer sind «Dritte»? Als Dritte gelten insbesondere Mitarbeiter. Fraglich scheint mir dagegen, Geschäftspartner aus beliebigen Geschäftsbeziehungen als zu schützende Dritte zu betrachten, wenn die Geschäftsbeziehung nicht das Kerngeschäft der Beaufsichtigten betrifft. Zu denken ist etwa an IT-Provider, Lieferanten von Büromaterial, Handwerker bei Umbauten usw. Ebenso sind Schweizer Behörden keine Dritte im Sinne dieser Bestimmung, sie können jedoch Kunden sein. Sogar wenn man beliebige Personen als Dritte betrachten sollte, fragt sich, wie das Finanzinstitut im Einzelfall ihre Rechte wahrt.

- Wie werden die Rechte der Kunden und Dritter gewahrt? M.E. ist erforderlich aber auch genügend, dass das Finanzinstitut prüft, ob a) wie bei Kunden nach Schweizer Recht ein besonderer Schutz besteht oder b) den Betroffenen aus der Informationsübermittlung ein konkreter Nachteil erwachsen könnte, indem sie z.B. konkret in ein ausländisches Verfahren einbezogen werden könnten. Ein bloss hypothetisches und sehr unwahrscheinliches Risiko dazu ist nicht ausreichend. Die Interessen sind nach Massgabe des Datenschutzrechts abzuwägen. Wenn diese Abwägung für eine Information spricht, müssen diese Personen vor der Informationsübermittlung informiert werden. Bei Kunden, welche «Geheimnisherren» besonders Informationen sind (z.B. aus dem Bankgeheimnis), ist eine rechtsgültige Zustimmung zur Informationsübermittlung («waiver») nötig, aber auch hinreichend.<sup>90</sup> Bei anderen Kunden oder Dritten ist sicher die Einhaltung der erwähnten Datenschutzregeln notwendig. Diese können eine vorgängige Information der Betroffenen, die Möglichkeit zur Einsicht in zu übermittelnde Dokumente, die Gewährung eines Einspruchsrechts und eine Aufklärung über ihre Verfahrensrechte erfordern.<sup>91</sup> Falls bei (nicht besonders geschützten) Dritten dagegen kein mehr als nur hypothetischer Nachteil aus der Informationsübermittlung ersichtlich ist, darf das Finanzinstitut die Informationen ohne vorgängige Information der Betroffenen und Abdeckung ihrer Namen direkt übermitteln.
- Das Gesetz erlaubt auch die direkte Übermittlung an Personen, welche im Auftrag der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden tätig sind («ausländischen Behörden und den von diesen beauftragten Stellen»)<sup>92</sup> Als Beauftragte kommen etwa die von

solchen Behörden beauftragten Prüfer oder Monitore in Frage. Sind diese jedoch auf Schweizer Territorium tätig, benötigen sie dazu nach wie vor eine Bewilligung unter Art. 271 Strafgesetzbuch.

- Sollen Informationen direkt ausländischen *Finanzmarktaufsichtsbehörden* («zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen») übermittelt werden, müssen neben der Wahrung der Rechte von Kunden und Dritten auch die Voraussetzungen für die Amtshilfe der FINMA (Spezialität und Vertraulichkeit) erfüllt sein.<sup>93</sup> Das kann nicht bedeuten, dass das kooperationswillige Schweizer Finanzinstitut die Amtshilfenvoraussetzungen selbständig abklären müsste oder könnte. So wird eine ausländische Aufsichtsbehörde einem untersuchten Unternehmen keine Zusicherungen zur Verwendung der Informationen (Spezialität, Vertraulichkeit) machen. Das kann nicht die Meinung des Gesetzgebers sein. Die Unternehmen dürfen vielmehr ohne weitere Prüfungen vom Vorliegen dieser Voraussetzungen ausgehen, wenn die FINMA gegenüber diesen Behörden bereits Amtshilfe geleistet hat. Es wäre deshalb zu wünschen, dass die FINMA nicht nur die amtshilfefähigen Länder, sondern auch die einzelnen Behörden publiziert.<sup>94</sup>
- Sind die zu übermittelnden Informationen von «wesentlicher Bedeutung» müssen die Beaufsichtigten die FINMA vorgängig informieren.<sup>95</sup> Die FINMA kann den Amtshilfeweg vorbehalten.<sup>96</sup> Es ist nicht davon auszugehen, dass sie grossen Appetit darauf entwickeln wird. Reagiert sie aber nicht auf eine Meldung, genehmigt sie de facto die direkte Informationsübermittlung. Sie wird sich deshalb mit Vorteil vom beaufsichtigten Finanzinstitut oder dessen Prüfgesellschaft bestätigen lassen, dass keine Kunden oder Dritte betroffen sind. Sind solche betroffen, sollte die FINMA wohl vorsichtigerweise plausibilisieren, dass deren Rechte richtig gewahrt wurden. Sie riskiert sonst nachträgliche Beschwerden oder Verantwortlichkeitsklagen der betroffenen Kunden oder Dritten.

Auch nach Konsultation der Materialien nicht einfach verständlich ist Absatz 2 der neuen Bestimmung von Art. 42c FINMAG: «Darüber hinaus dürfen sie nicht öffentliche Informationen, die im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen, ausländischen Behörden und den von diesen beauftragten Stellen übermitteln, wenn die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt bleiben.» Diese Bestimmung wurde offenbar auf Betreiben der Kantonalbanken durch einen

<sup>89</sup> Vgl. auch BGE 119 IV 175. Danach unterliegt die Geschäftsbeziehung zwischen einer Bank und Edelmetallhändlern, welche von der Bank en gros Edelmetalle kaufen, nicht dem Bankgeheimnis.

<sup>90</sup> Ebenso Botschaft FINFRAG (2014) 7620: «Die Rechte Dritter können dabei auch gewahrt bleiben, wenn diese rechtsgültig auf ihre Rechte verzichten ...»

<sup>91</sup> So der Eidg. Datenschutzbeauftragte und ihm folgend der Bundesrat für Mitarbeiter im Kontext des «Steuerstreits» mit den USA, vgl. vorne FN 47.

<sup>92</sup> Art. 42c Abs. 2 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>93</sup> Art. 42c Abs. 1 Bst. a FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>94</sup> So der FINMA Enforcementbericht 2014, 64. Die Behörden sind nicht angegeben.

<sup>95</sup> Art. 42c Abs. 3 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>96</sup> Art. 42c Abs. 4 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

Parlamentarier im Ständerat als Zweitrat eingefügt.<sup>97</sup> Sie soll der Sorge Rechnung tragen, dass Banken im Wertpapiergeschäft Informationen über Kundentransaktionen ausländischen Stellen offenlegen müssen, welche teilweise quasi staatliche Funktionen ausüben. Zu denken ist an Depotbanken (custodians), Börsen, Meldestellen, Zentralverwahrer (CCPs) oder Finanzdienstleister mit Sonderfunktionen. Werden die Rechte der Kunden oder Dritter gewahrt (z.B. durch einen waiver zur Befreiung vom Bankgeheimnis) soll auch Art. 271 StGB eine direkte Übermittlung von Informationen nicht behindern, wenn diese *«im Zusammenhang mit Geschäften von Kunden und Beaufsichtigten stehen»*. Die Amtshilfevoraussetzungen müssen dabei anders als bei der direkten Übermittlung von Informationen an *«Finanzmarktaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten Stellen»* nach Absatz 1 nicht erfüllt sein.<sup>98</sup> Nicht abgedeckt ist von dieser Bestimmung die direkte Übermittlung an Strafbehörden. Sie ist wie soeben ausgeführt nur (aber immerhin) nach Massgabe der bisherigen Praxis der Schweizer Behörden zu Art. 271 StGB möglich.

Insgesamt ist die neue Bestimmung Art. 42c FINMAG zu begrüssen. Sie reduziert die aus der sehr extensiven Lesart von Art. 271 Strafgesetzbuch im Sinne eines «blocking statute» folgenden Rechtsrisiken für international tätige Schweizer Unternehmen, wenn auch nur gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden. Die Regel ist jedoch nur auf Unternehmen anwendbar, welche durch die FINMA beaufsichtigt sind. So haben diese für einmal nicht nur eine Regierungslast zu tragen, sondern dürfen sich einer Regulierungslust erfreuen.

Trotz der positiven Würdigung dieser Bestimmung, bleibt ein kritischer Punkt zu erwähnen: Die neue Bestimmung sollte der FINMA und dem Bundesrat nicht als Vorwand dienen, die Amtshilfe insbesondere in politisch heiklen Fällen einzuschränken. Wie eingangs geschildert war eine solche Tendenz insbesondere in der Auseinandersetzung der Banken mit den US-Aufsichts- und Strafbehörden nach 2011 ersichtlich. Die Amtshilfe bietet allen Betroffenen mehr Rechtssicherheit als eine direkte Informationsübermittlung.

Eine solche Entwicklung könnte aber auch aus einem anderen Grund eintreten: Die Banken beginnen, von ihren Kunden generell die Ermächtigung einzufordern, Informationen im Zusammenhang mit Kundentransaktionen

auf einem ausländischem Markt allen Behörden dieses Marktes auf Ersuchen direkt offenzulegen. Die Ermächtigung könnte auch Verfahren wegen Marktmissbrauch umfassen. Setzt sich diese Entwicklung durch, wird die direkte Informationsübermittlung die Amtshilfe über die FINMA weitgehend ablösen. Mit dem Verzicht der Kunden auf den Geheimnisschutz gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden erübrigt sich auch das Amtshilfeverfahren zum Schutz der Kunden.

### 13. Supervisory Privilege

Erst der Nationalrat als Erstrat des Parlaments ergänzte die soeben erwähnte Bestimmung zur direkten Informationsübermittlung noch durch eine weitere Regel von grosser Bedeutung: dem «supervisory privilege».

Um was geht es? Als «supervisory privilege» bezeichnet das US-Recht die Befugnis eines beaufsichtigten Unternehmens, gewisse Dokumente aus der Interaktion mit Aufsichtsbehörden gegenüber Dritten nicht offenlegen zu müssen. Zu denken ist insbesondere Korrespondenz mit der Aufsichtsbehörde, Protokolle von Gesprächen, Prüfberichte oder Verfügungen.

Erstmals im Fall UBS im Jahre 2008 führte die EBK und danach die FINMA parallel zu den US Strafbehörden eine eigene aufsichtsrechtliche Untersuchung zum grenzüberschreitenden Geschäft mit US Privatkunden. Darin klärte sie insbesondere ab, ob die Bank die Anforderungen des Schweizer Aufsichtsrechts erfüllte. Sie kam bekanntlich zum Schluss, dass die Bank die mit dem grenzüberschreitenden Geschäft mit US-Privatkunden verbundenen Rechtsrisiken im Ergebnis ungenügend erfasste, begrenzte und überwachte.<sup>99</sup> Ähnliche Verfügungen erliess die FINMA gegen andere Banken. Auch zu anderen Themen führte die FINMA parallel zu ausländischen Behörden Untersuchungen, so gegen die UBS im Zusammenhang mit den «Adoboli-Handelsverlusten», und den Marktmanipulationen mit dem LIBOR und im Devisenhandel.

In einigen dieser Fälle verbot die FINMA den betroffenen Banken, Verfahrensakten ohne ihre Zustimmung Dritten offenzulegen. Als Dritte gelten nicht nur, aber insbesondere auch ausländische Behörden. Dies geschah insbesondere aus zwei Gründen. Zum einen wollte die FINMA verhindern, dass ihre eigene hoheitliche Aufsichtstätigkeit indirekt Gegenstand einer ausländischen Untersuchung und ihre Verfahrensstrategie offengelegt wird. Zum andern sollten die betroffenen Unternehmen nicht befürchten müssen, durch ihre Kooperation im

<sup>97</sup> Amtliches Bulletin, Ständerat, Sitzung vom 2. Juni 2015, Votum SR Germann.

<sup>98</sup> Das wirft die Frage auf, ob das Parlament mit diesem Absatz nicht ein Scheinproblem gelöst hat, um den Preis einer zusätzlichen Komplikation. Die Praxis der Gerichte ist nämlich entspannt in der Frage, was eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde ist. So darf eine Behörde neben Aufsichtsfunktionen noch andere Aufgaben wahrnehmen (BGE vom 25. Januar 1999 i.S. DTI/Amey, 2A.344/1998, Erw. 4.b), EBK Bulletin 38, 33). Die FINMA kann auch privaten Stellen mit Aufsichtsfunktionen Amtshilfe leisten.

<sup>99</sup> Vgl. die Medienmitteilung und den Kurzbericht der FINMA vom Februar 2009 zur Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS mit Privatkunden in den USA und die Verfügung der EBK vom 21. Dezember 2008, publiziert in FINMA Bulletin 1/2010, 76.



Verfahren der FINMA ihre Position im ausländischen Verfahren zu gefährden. Eine vollständige Kooperation wiederum liegt im Interesse der FINMA an einer umfassenden Abklärung des Sachverhalts. Die FINMA wollte sich vorbehalten, aufgrund eines allfälligen Gesuchs um eine Offenlegung die infrage stehenden öffentlichen und privaten Interessen abzuwägen.<sup>100</sup>

In einem Entscheid vom 14. Oktober 2014<sup>101</sup> erachtete das Bundesverwaltungsgericht eine solche Anordnung der FINMA als nicht recht- und verhältnismässig. Das Parlament reagierte rasch: In der Kommission des erstberatenden Nationalrates wurde ein Vorschlag zur formellen gesetzlichen Verankerung des «supervisory privilege» eingebracht und danach im Plenum angenommen.<sup>102</sup> Danach kann die FINMA «die Übermittlung, die Veröffentlichung oder die Weitergabe von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis von ihrer Zustimmung abhängig machen, wenn dies im Interesse der Erfüllung ihrer Aufgaben liegt und keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen.» Auch diese Norm ist zu begrüssen, auch wenn die Anwendung nicht ganz einfach sein wird:

- Nach dem Beschluss des Nationalrates als Erstrat wäre das «supervisory privilege» auf «Akten aus einem von ihr geführten Verwaltungsverfahren» beschränkt gewesen. Der schliesslich beschlossene Wortlaut geht weiter und erlaubt die Privilegierung jeglicher «Akten aus dem Aufsichtsverhältnis». Ein formelles Enforcementverfahren ist also nicht erforderlich.
- Umgekehrt ist aber zu fordern, dass die FINMA die Auflage im Voraus anordnet und auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt. Unverhältnismässig wäre es, sämtliche Aufsichtsinteraktionen zu beliebigen Themen oder über einen unbestimmten oder sehr langen Zeitraum zu erfassen.
- Auch eine zeitliche Beschränkung der Auflage ist notwendig z.B. mit einer «sun set clause». Danach würde die Beschränkung für eine bestimmte Dauer (z.B. einige Jahre) gelten und wegfallen, wenn die FINMA sie nicht erneuert. Andernfalls ist der Beaufsichtigte gezwungen, während Jahrzehnten interne Informationsbeschränkungen zu organisieren und aufrecht zu erhalten, was nicht verhältnismässig wäre. Auch die FINMA wird Mühe haben, nach Jahren oder Jahrzehnten zu entscheiden, ob eine vor langer angeordnete Auflage nun aufgehoben oder beibehalten werden soll.

- Auch sachlich ist die Beschränkung nicht unbeschränkt. Erfasst werden können mit Sicherheit alle physischen und elektronischen Informationen, welche Gegenstand der Interaktion zwischen Beaufsichtigten und der FINMA waren wie Briefe, Emails, Berichte und Sitzungsprotokolle. Grundsätzlich nicht beschränkt werden kann die Offenlegung von bereits vorbestehenden unternehmensinternen Unterlagen (z.B. Protokolle von internen Sitzungen), auch wenn sie Gegenstand eines Austauschs mit der FINMA waren. Nicht ausgeschlossen ist aber, dass die FINMA die Weitergabe einer Gesamtheit von unternehmensinternen Unterlagen beschränkt, welche mit Blick auf eine Interaktion mit ihr unternehmensintern z.B. in einer internen Untersuchung zusammengetragen wurden. Ebenso kann sie sich die Zustimmung über die Offenlegung interner Emails und Sitzungsprotokollen vorbehalten, soweit diese die interne Vorbereitung auf eine Interaktion mit der FINMA betreffen.
- Nicht sehr hilfreich und eher unscharf ist die gesetzliche Umschreibung der Voraussetzungen für eine Informationsbeschränkung. Wichtig ist, dass die FINMA sowohl öffentliche (einschliesslich ihrer eigenen) als auch private Interessen (einschliesslich derjenigen des betroffenen beaufsichtigten Unternehmens, seiner Organe, Mitarbeiter und Kunden) berücksichtigen muss. Diese Überlegungen haben nicht nur die Anordnung des «supervisory privilege» zu leiten, sondern auch den Entscheid über dessen Aufhebung.
- Das betroffene Unternehmen hat keinen Rechtsanspruch auf die Anordnung eines «supervisory privilege», da die FINMA dabei auch öffentliche Interessen zu wahren hat. Es hat jedoch einen Anspruch, dass die FINMA diese Frage und allenfalls auch die Aufhebung des «privilege» auf sein Ersuchen prüft.
- Wieweit das «supervisory privilege» durch eine ausländische Rechtsordnung anerkannt wird, ist eine Frage dieses ausländischen Rechts. Dabei dürften die Umstände und die Praxis der FINMA ein Faktor sein. Deshalb wäre zu wünschen, dass sich die FINMA gewisse Leitlinien zur Handhabung dieses Instruments gibt und danach lebt.
- Die Anerkennung des «supervisory privilege» im Ausland hängt auch von dessen Geltungsbereich ab. Systematisch ist das «supervisory privilege» Teil der Bestimmungen über die internationale Zusammenarbeit der FINMA. Danach würde es nur die direkte Weitergabe von Informationen an ausländische Stellen beschränken. Der Wortlaut der Bestimmung selbst ist aber offen. Die Beschränkung der *Veröffentlichung* umfasst notwendig auch das Inland. Jedenfalls sind die betroffenen Unternehmen gut beraten, vor jeder Weiterleitung und Offenlegung beschränkter Informationen auch an inländische Stellen

<sup>100</sup> Details zu den Überlegungen der FINMA finden sich im Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.

<sup>101</sup> B-5579/2013. Die FINMA erhob gegen den Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht, über welche im Juli 2015 noch nicht entschieden war.

<sup>102</sup> Art. 42c Abs. 5 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).



die Zustimmung der FINMA einzuholen. Dies gilt auch, wenn die der Beschränkung unterliegenden Informationen von einer Schweizer Strafbehörden verlangt werden. Diese ist gehalten, sich die Informationen auf dem Weg der landesinternen Rechtshilfe von der FINMA zu beschaffen.<sup>103</sup> Jedenfalls könnte es nicht angehen, dass die FINMA die Herausgabe von Unterlagen z.B. einer Verfügung verweigert<sup>104</sup>, und sich die Strafbehörde diese dann zwangsweise beim betroffenen Unternehmen direkt beschafft. Bei Auseinandersetzungen um die Zusammenarbeit zwischen der FINMA und anderen inländischen Behörden sieht das Gesetz ein einfaches Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht vor.<sup>105</sup> Es spricht für die Vernunft aller Beteiligten, dass dieses meines Wissens bisher nur einmal (erfolglos) von einem Zivilrichter<sup>106</sup> angerufen wurde.

#### 14. Vor-Ort-Kontrollen im Herkunftsland

Eine Neuerung betrifft die Vor-Ort-Kontrollen ausländischer Finanzmarktaufsichtsbehörden. Nach geltendem Recht müssen diese *«im Rahmen der Herkunftslandkontrolle für die konsolidierte Aufsicht der geprüften Institute verantwortlich»* sein.<sup>107</sup> Das erwies sich als zu einschränkend. Viele Staaten wie die USA und Deutschland machen Bewilligungen bzw. Registrierungen oder Erleichterungen (so die erleichterte Freistellung durch Deutschland) von der Möglichkeit abhängig, das ausländische Unternehmen selbst Vor-Ort prüfen zu können. Es geht also nicht um die Kontrolle durch die Herkunftslandbehörde der Tätigkeit eines Beaufsichtigten im Gastland, sondern um die Kontrolle der Gastlandbehörde im Herkunftsland.

Dies wird nun entsprechend der im Kollektivanlagengesetz bereits seit März 2013 geltenden Regel<sup>108</sup> mit Bewilligung der FINMA zulässig sein.<sup>109</sup> Die ausländische Behörde muss *«in ihrem Hoheitsgebiet für die Beaufsichtigung der Tätigkeit des geprüften Beaufsichtigten verantwortlich»* sein. Dieser Wortlaut geht sehr weit. Danach könnte die FINMA etwa der US – SEC eine Vor-Ort Kontrolle in der Schweiz bei einer (bei der SEC nicht broker oder investment advisor registrierten) Bank erlauben, wenn sie geltend macht, diese habe einen US-Kunden widerrechtlich bei der Anlage in Wertschriften beraten. Aber das gibt es heute bekanntlich zum Glück nicht mehr.

Das Gesetz gibt neu auch der FINMA entsprechende Befugnisse zu Kontrollen im Ausland, wenn sie dem *«Vollzug der Finanzmarktgesetze»* dienen.<sup>110</sup> Dieser Vollzug umfasst bekanntlich im Rahmen der Marktaufsicht nach dem heutigen Börsengesetz und dem künftigen 3. Titel des FINFRAG auch die Aufsicht über das Marktverhalten z.B. die Einhaltung der Pflichten zur Offenlegung von Beteiligungen oder das Verbot des Insiderhandels oder der Marktmanipulation. Diese Pflichten gelten auch für ausländische Teilnehmer am Schweizer Effektenmarkt, welche in diesem Umfang der Aufsicht der FINMA unterstehen und von ihr im Ausland kontrolliert werden könnten, sofern das ausländische Recht dies zulässt. Es ist wohl nicht davon auszugehen, dass die FINMA ihre Ressourcen in absehbarer Zeit so einsetzen wird, aber wer weiss.

#### 15. Beschränkung des «private banking carve-out» bei Vor-Ort-Kontrollen

Seit der Schaffung der Möglichkeit ausländischer Herkunftslandbehörden zu Vor-Ort-Kontrollen bei Tochterbanken bildete der «private banking carve-out» immer wieder einen Stein des Anstosses. Es wurde auch immer wieder geltend gemacht, er widerspreche internationalen Mindeststandards. Trotzdem konnte er sich halten, wohl auch, weil das Thema für ausländische Aufsichtsbehörden und ihre politischen Sponsoren nicht zuoberst auf der Agenda stand.

Angesichts der fundamental geänderten Rahmenbedingungen in der Steueramtshilfe mit dem bevorstehenden automatischen Informationsaustausch hat das Thema viel Brisanz verloren. Dennoch bringt das FINFRAG eine Änderung. Es behält den «private banking carve-out» bei, schränkt ihn aber ein. Die FINMA kann der ausländischen Aufsichtsbehörde erlauben, *«eine beschränkte Anzahl einzelner Kundendossiers einzusehen. Die Auswahl der Dossiers muss zufällig anhand von im Voraus festgelegten Kriterien erfolgen.»*

Die Botschaft des Bundesrates schränkt weiter ein:

*«Eine solche Einsichtnahme dient der ausländischen Behörde, um namentlich die Prozesse des geprüften Beaufsichtigten zu kontrollieren, und darf nicht zu einer Umgehung der Amtshilfe und des Kundenverfahrens führen. Die Mitnahme der geprüften Dossiers und der darin enthaltenen kundenidentifizierenden Informationen ist den ausländischen Behörden untersagt. Sind die ausländischen Behörden an kundenidentifizierenden Informationen für ihre Aufsichtstätigkeit interessiert, so werden sie nach wie vor auf den Amtshilfeweg verwiesen.»*

Es wird sich zeigen, wie relevant all dies noch ist, denn der Trend geht klar in Richtung Transparenz.

<sup>103</sup> Art. 38 f. FINMAG.

<sup>104</sup> Vgl. Art. 40 FINMAG.

<sup>105</sup> Art. 41 FINMAG.

<sup>106</sup> Entscheid vom 5. Juni 2014, BVGE 2014/19, B-104/2014.

<sup>107</sup> Art. 43 Abs. 2 Bst. a FINMAG.

<sup>108</sup> Art. 143 KAG.

<sup>109</sup> Art. 43 Abs. 2 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

<sup>110</sup> Art. 43 Abs. 1 FINMAG (Fassung vom Juni 2015).

## IX. Obstruktion oder Kooperation?: unterschiedliche Wahrnehmungen im In- und Ausland

Versuchen wir zum Schluss eine Antwort auf die Eingangsfrage «Obstruktion oder Kooperation»?

Der Gesetzgeber übertrug der EBK und überträgt der FINMA die schwierige und undankbare Aufgabe, das gesetzlich verankerte Kundenverfahren praxistauglich umzusetzen. Es bestanden und bestehen permanent hohe Erwartungen ausländischer Behörden und hoher internationaler Druck. Die EBK und seit 2009 die FINMA wenden die Schweizer Amtshilfavorschriften ausgesprochen amtshilfefreundlich an und sind bereit, auch rechtliche Risiken vor den Schweizer Gerichten zu tragen. Dies ist keineswegs selbstverständlich. Die Behörden hätten mit einer anderen Grundhaltung innerhalb des bestehenden rechtlichen Rahmens die Gewichte auch anders setzen können, was zu einem völlig anderen Bild geführt hätte.

Die Schweizer Verwaltungsgerichte haben die Praxis der EBK und der FINMA in den meisten Fällen geschützt. In einigen wichtigen Fragen waren Beschwerden aber erfolgreich, was letztlich zu Anpassungen des Gesetzes führte. Die erfolgreichen Beschwerden betrafen neben der Frage der Vertraulichkeit insbesondere Anforderungen an das Verfahren und die Parteirechte (wie Akteneinsicht, Verfügungscharakter von Entscheidungen). Trotz niedriger Erfolgsquote hält sich bis heute eine konstante Zahl von Beschwerden gegen Amtshilfeverfügungen der FINMA. Anfänglich führten auch Banken Beschwerde. Dies änderte sich jedoch bereits vor der Gesetzesänderung von 2005, welche den Banken die Beschwerdebefugnis in der Amtshilfe nach Börsengesetz entzog.

Die EBK und die FINMA erfüllen mit ihrer Amtshilfepraxis eine wichtige Aufgabe im Sinne eines gut regulierten und international vernetzten Finanzplatzes. Sie schaffen damit auch eine Voraussetzung für die Bereitschaft ausländischer Behörden, sie durch Amtshilfe bei der Erfüllung ihrer Aufsichtsaufgaben zu unterstützen. Ebenso ist eine funktionierende Amtshilfe ein wesentlicher Faktor bei Verhandlungen der Schweizer Behörden um einen erleichterten Marktzugang für Schweizer Finanzinstitute. Auch wenn wegen der internationalen Ausrichtung des Schweizer Finanzplatzes die Zahl der aktiven Amtshilfeersuchen der FINMA deutlich kleiner ist als die an sie gerichteten Ersuchen, ist sie doch beträchtlich.<sup>111</sup> Auch die FINMA ist zur Erfüllung ihrer Aufgaben stark auf die Amtshilfe ausländischer Behörden angewiesen.

Nicht nur die Schweizer Aufsichtsbehörden und Gerichte haben die Weichen der Amtshilfe (weitgehend) auf Kooperation und nicht auf Obstruktion gestellt, sondern auch die Banken. Diese begegneten einer auch Kundeninformationen umfassenden Amtshilfe der EBK und jeglicher direkten Kooperation mit ausländischen Behörden anfänglich mit äusserstem Misstrauen. Sie mauerten bei der Informationsübermittlung, ermunterten Kunden zum Widerstand und standen direkt oder indirekt hinter kooperationskritischen Aufsätzen und Kommentaren in der Literatur. Dies hat sich ausgehend von den Auseinandersetzungen mit US-Behörden der letzten 20 Jahre<sup>112</sup> fundamental geändert. Jedenfalls die international tätigen Banken unterstützen heute die Amtshilfe und kooperieren auch direkt mit ausländischen Behörden. Sie verstehen und schätzen die mit der Amtshilfe der FINMA verbundene Filterfunktion, welche ihre Risiken nach Schweizer Recht reduziert, die angesichts der immer noch nicht vollständig klaren Regeln der direkten Zusammenarbeit bestehen. Es wäre auch sehr zu begrüssen, wenn die FINMA diese Rolle in Zukunft wieder aktiver wahrnehmen würde, nachdem sie seit 2010 ihre sehr wichtige Ventilfunktion reduziert hat. Sie sollte die neue Norm zum direkten Informationsaustausch nicht zum Anlass nehmen, ihre «unterstützende Amtshilfe» noch mehr zu beschränken. Vielmehr sollte sie offen sein, ihre Amtshilfeinstrumente einzusetzen, wenn Schweizer Finanzinstitute und Finanzinstitute in Parallelverfahren ausländischer Aufsichts- und Strafbehörden Informationen übermitteln müssen. Sie kann dadurch wesentlich dazu beitragen, dass diese Fälle nicht zu einem Rechtskonflikt eskalieren.

**Gesamtfazit:** Die Amtshilfe der EBK und seit 2009 der FINMA wird gerade in Marktmissbrauchsfällen intensiv in Anspruch genommen und funktioniert. Im Zentrum des Interesses steht der Austausch von Daten von Bankkunden, welche auf ausländischen Märkten über Schweizer Banken gehandelt haben. Die vergleichsweise sehr hohe Zahl von Amtshilfeersuchen an die Schweiz erklärt sich durch die hohe Zahl ausländischer Kunden bei Schweizer Banken, welche wiederum auf ausländischen Märkten investieren. Der Kooperationswillen und Kooperationsbereitschaft der FINMA stehen ausser Zweifel.

Dennoch nahmen und nehmen ausländische Behörden zum Teil bis heute die Amtshilfe der Schweiz zur Unterstützung von Ermittlungen wegen Marktmissbrauch teilweise als obstruktiv wahr. Dies ist vor allem durch die

<sup>111</sup> Der FINMA Enforcementbericht 2014 nennt 34 aktive Amtshilfeersuchen der FINMA gegenüber ausländischen Aufsichtsbehörden (S. 64). Demgegenüber erledigte sie im gleichen Jahr 227 Amtshilfeersuchen im Bereich Marktaufsicht (a.a.O. S. 62).

<sup>112</sup> Einige Fälle können hier nur erwähnt werden: Die EBK und anschliessend die FINMA unterstützten verschiedene Banken mit Amtshilfe in der Auseinandersetzung um nachrichtenlose Vermögen von 1996 bis 2000, im UBS – Banknotenfall (2004), den Abklärungen der UN-Kommission wegen Umgehungen der Irak-Sanktionen (Oil for Food 2005), in US-Verfahren wegen Verletzung der Iran-Sanktionen durch zwei Schweizer Banken (2009 bis 2014) und im Steuerverfahren gegen die UBS nach 2008 und 2009.

Anforderungen bedingt, welche sich aus dem weltweit fast einmaligen Kundenverfahren ergeben. Offenbar betreffen eine Vielzahl der Beschwerden Fälle, in denen die FINMA in der Schweiz selbst ein Enforcementverfahren eröffnen würde. Das Kundenverfahren dient damit potentiellen Tätern die Übermittlung der Übermittlung zu verzögern (was ihr Recht ist), während «unschuldige» Investoren der Amtshilfe zustimmen.

Bundesrat und Parlament passten diese in den letzten 20 Jahren zweimal den internationalen Erfordernissen an, zufälligerweise in einem Rhythmus von 10 Jahren (1995, 2005 und 2015). Nur dadurch war es möglich, das international unbeliebte und unverständene Kundenverfahren aufrecht zu erhalten. Ob das auch in Zukunft gelingt, wird insbesondere von den Entwicklungen in der Steueramtshilfe abhängen. Dort ist ein geringerer Druck auf das Kundenverfahren zu erwarten, da der automatische Informationsaustausch viel Druck abfedern und (hoffentlich) viele Einzlersuche erübrigen wird.

Ob diese Prognose zutrifft, werden wir sehen, spätestens beim nächsten Regulierungsschritt vielleicht nach wiederum 10 Jahren. Nach der Regulierung ist vor der Regulierung. Das eingangs<sup>113</sup> von PETER NOBEL beschworene, schwer zu entwirrende knäuelartige Gespinnst zwischen nationaler und globaler Finanzmarktregulierung wird sich mit Sicherheit weiter ent- und verwickeln. Auch in Zukunft werden damit Lockenwickler von Glossatoren nötig sein.

## Literaturhinweise

- ALTHAUS ANNETTE, Amtshilfe und Vor Ort-Kontrolle – Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz, Bern 1997/2001.
- ALTHAUS ANNETTE, Principles of Cross-Border Supervision: The Swiss Approach to Enhanced Cooperation in International Financial Services Supervision, *International and Comparative Corporate Law Journal*, vol. 1 1999, issue 2, 125–168.
- ALTHAUS ANNETTE, Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderverfahren?, *AJP* 1999, 929–945.
- AMY THIERRY, *Entraide administrative internationale en matière bancaire, boursière et financière en droit Suisse, européen et international*, Zürich 1998.
- ARQUINT Nina, Internationalisierung der Finanzmarktaufsicht, *GesKR* 2014, 131–142.
- AUSTIN JANET, IOSCO's Multilateral Memorandum of Understanding concerning consultation, cooperation and the exchange of information, *Criminal Law Forum*, Vol. 23(4), 393–423.
- BERTSCHINGER URS, das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2013 bis Mitte 2014, *SZW* 2014, 545–563.
- CHAPPUIS JEAN PAUL, Quelques réflexions à propos de l'entraide administrative internationale de la loi fédérale sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières, in: Knapp Blaise/ Oberson Xavier (Hrsg.), *Problèmes actuels de droit économique – Mélanges en l'honneur du Prof. Charles-André Junod*, Genf 1997, 65 ff.
- DU PASQUIER SHELBY, Internationale Amtshilfe: Informationsaustausch und verfahrensrechtliche Aspekte, *AJP* 1/2006, 74–82.
- EGGEN MIRJAM/SCHAEFER RUPERT, Regulierung grenzüberschreitender Tätigkeiten im Finanzmarktrecht, *GesKR* 2013, 368–385.
- FRANCHETTI MARCO/ HAUDENSCHILD ROLF, Revision der internationalen Amtshilfebestimmungen im Börsenbereich, *Die Volkswirtschaft* 11-2006, 32 f.
- GEY KATJA, Internationale Amtshilfe im liechtensteinischen Finanzmarkt- und Steuerrecht, Zürich 2009.
- GLASER TOMASONE HELENA, Amtshilfe und Bankgeheimnis – insbesondere im Bereich der Banken-, Anlagefonds- und Börsenaufsicht, Zürich 1997.
- GROLIMUND PASCAL, Internationale Amtshilfe im Bereich der Börsen- und Wertpapierhandelsaufsicht: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zum Rechtsverkehr mit Deutschland, *IPrax* 20 (2000), 553–557.
- HONEGGER PETER/ KOLB ANDREAS, *Amts- und Rechtshilfe: 10 aktuelle Fragen*, NFK Schriftenreihe, Bd. 13, Zürich 2009.
- HORNUNG DOUGLAS, *Entraide administrative internationale. La mise en œuvre des dispositions légales et les apports de la jurisprudence*, *AJP* 2001, 548–556.
- HUSMANN SERGE, La coopération internationale sur les marchés financiers - entre secret bancaire et lutte contre la criminalité, in: Hurtado Pozo José/ Thormann Olivier, *Droit pénal économique*, Zürich 2011, 425–440.
- JACQUEMOUD PHILIPPE, Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und Effektenhandel (BEHG), *SZW* 5/2005, 1–14.
- MICHELI FRANÇOIS ROGER, Assistance internationale en matière administrative. La retransmission d'informations à l'autorité pénale étrangère, *SJZ* 2001, 33–40.
- NOBEL PETER, Les règles sur l'assistance administrative internationale en matière boursière et bancaire: premières expériences sur un texte difficile, in: Thevenoz Luc/ Bovet Christian (Hrsg.), *Journée 1999 de droit bancaire et financier*, Bern, 2000, 125–150.
- NOBEL PETER, Zu restriktive Amtshilfe-Praxis des Bundesgerichts?, *BGE* vom 20. Dezember 2001, 2A.349/2001 (Internationale Amtshilfe an die SEC), *SZW* 2002, 61 ff.
- ROUILLER CLAUDE, La coopération internationale en matière de surveillance des banques et des bourses, *RVJ* 1997, 223–239.
- SANIO JOCHEN, *Das IOSCO Multilateral Memorandum of Understanding – Fundament der internationalen Zusammenarbeit in der Wertpapieraufsicht*, Köln 2011, 1061–1084.

<sup>113</sup> Vgl. FN 1.

SANSONETTI RICARDO, L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Zürich 1998.

SCHWOB RENATE, Ausbau der Amts- und Rechtshilfe in der Schweiz – Sauberer Finanzplatz auf Kosten Einschränkung rechtsstaatlicher Grundsätze, SJZ 2001, 169–176.

ZULAUF URS, Kooperation mit dem Ausland : Verrat an der Schweiz ? : Gedanken zu den Schweizer Verbotsgesetzen («Blocking Statutes») von Art. 271 und 273 StGB und Art. 47 BankG, in: Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts : Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 1075–1094.

ZULAUF URS/FABIAN BURCKHARDT, Nachbesserung durch den Gesetzgeber nötig : internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommision für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter dem Börsengesetz, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2004, 365–420.

ZULAUF URS/DINA BALLEYGUIER, «Wer umgeht wen - höhere Anforderungen an die Amtshilfe als an die Rechtshilfe? : internationale Amtshilfe der Eidg. Bankenkommision für ausländische Wertpapieraufsichtsbehörden : eine Zwischenbilanz», in: Peter Nobel (Hrsg.), Internationales Gesellschaftsrecht Bern 2002, 125–163.

ZULAUF URS, Lange Hand oder verbrannte Finger? Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommision nach Börsengesetz - erste Erfahrungen. In: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 8/99, Bern 2000, 111–134.

ZULAUF URS, Rechtshilfe-Amtshilfe, Zur Zusammenarbeit der Eidg. Bankenkommision mit ausländischen Aufsichtsbehörden im Rahmen der neuen Banken-, Börsen- und Anlagefondsgesetzgebung des Bundes, SZW 67 (1995), 50–62.

ZULAUF URS, EWR, Bankengesetz und internationale Zusammenarbeit zwischen Bankaufsichtsbehörden, in: Nobel Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 1/92, Bern 1993, 26–50.

## Materialien

2014

FINMA – Enforcementbericht 2014, (Februar 2015), abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2015/02/mm-enforcementbericht-20150224/>>.

BOTSCHAFT zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FINFRAG) vom 3. September 2014, BBl 2014 7483 ff.

2009

FINMA-AMTSHILFEBERICHT «Die internationale Amtshilfe im Börsenbereich» vom August 2009 abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/durchsetzung/amtshilfe/internationale-amtshilfe/>>.

2004

BOTSCHAFT zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) vom 10. November 2004, BBl 2004, 6747–6770.

2003

EBK-AMTSHILFEBERICHT, Internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommision für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter dem Börsengesetz (Stand Juli 2003), abrufbar unter <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull45.pdf>

1993

BOTSCHAFT über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 805, 805–994.

BOTSCHAFT zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) vom 24. Februar 1993, BBl 1993, 1369–1462.

1992

ZUSATZBOTSCHAFT II ZUR EWR BOTSCHAFT vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 520.