

**33**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II  
i. S. T. gegen Eidgenössische Bankenkommission  
B-852/2008 vom 29. Mai 2008

**Internationale Amtshilfe. « Declaration of Best Efforts » des BAWe, übernommen durch die BaFin, hält Art. 38 BEHG stand.**

**Art. 38 BEHG.**

1. Die im Jahr 1998 durch das Bundesaufsichtsamt für Wertpapierhandel (BAWe) gegenüber der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) abgegebene « Declaration of Best Efforts » bleibt verbindlich, obwohl das BAWe in der Zwischenzeit aufgrund einer Reorganisation in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) aufgegangen ist. Soweit die unter der alten Rechtslage gemachten Zusicherungen in der « Declaration of Best Efforts » weiter gehen sollten, als Art. 38 BEHG in seiner heutigen Fassung verlangt, ist die Amtshilfe zwischen der Schweiz und Deutschland davon nicht betroffen. Die Schweiz kann nur die Einhaltung jener Zusicherungen von Deutschland verlangen, die in Art. 38 BEHG vorgesehen sind. Die bestehende « Declaration of Best Efforts » hat somit nach wie vor Gültigkeit und muss nicht ersetzt werden (E. 3 und 3.1).
2. Die BaFin hat bis anhin in Amtshilfverfahren nie Anlass zum Zweifel an der Einhaltung der zugesicherten « Best Efforts » gegeben. Bis zum Beweis des Gegenteils muss die EBK daher ihre Praxis bzgl. Übermittlung von Daten an die BaFin nicht ändern. Die vom Beschwerdeführer angeführten Fälle von angeblicher Missachtung des Spezialitätsvorbehalts durch deutsche Behörden beziehen sich nicht auf die BaFin und betreffen zudem Rechts- und nicht Amtshilfverfahren (E. 3.2).

**Entraide administrative internationale. La « Declaration of Best Efforts » du BAWe, reprise par le BaFin, satisfait aux exigences de l'art. 38 LBVM.**

**Art. 38 LBVM.**

1. La « Declaration of Best Efforts » émise en 1998 par le Bundesaufsichtsamt für Wertpapierhandel (BAWe) à l'adresse de la Commission fédérale des banques (CFB) demeure contraignante, même si, dans le cadre d'une réorganisation, le BAWe

est devenu entre-temps le Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin). Les engagements pris sous l'ancienne loi dans la « Declaration of Best Efforts » qui dépasseraient ce qu'exige l'art. 38 LBVM dans sa nouvelle version sont sans effet sur l'entraide administrative entre la Suisse et l'Allemagne. La Suisse peut uniquement exiger de l'Allemagne le respect des engagements prévus par l'art. 38 LBVM. Par conséquent, la « Declaration of Best Efforts » existante est encore valable et ne doit pas être remplacée (consid. 3 et 3.1).

2. Jusqu'à présent, le BaFin n'a jamais donné de motifs de doute quant au respect de ses engagements de « Best Efforts » dans les procédures d'entraide administrative. Par conséquent, jusqu'à preuve du contraire, la CFB n'a pas à modifier sa pratique relative à la transmission de données au BaFin. Les cas invoqués par le recourant de prétendues violations du principe de spécialité par les autorités allemandes ne se rapportent pas au BaFin; ils concernent d'ailleurs des procédures d'entraide judiciaire et non d'entraide administrative (consid. 3.2).

Assistenza amministrativa internazionale. La « Declaration of Best Efforts » del BAWe, ripresa dal BaFin, soddisfa le condizioni dell'art. 38 LBVM.

Art. 38 LBVM.

1. La « Declaration of Best Efforts » emanata nel 1998 dal Bundesaufsichtsamt für Wertpapierhandel (BAWe) nei confronti della Commissione federale delle banche (CFB), permane vincolante anche se il BAWe è nel frattempo diventato, in seguito a una riorganizzazione, la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin). Anche qualora le garanzie indicate nella « Declaration of Best Efforts » in base alla situazione giuridica precedente fossero più ampie di quelle stabilite dal vigente art. 38 LBVM, ciò non avrebbe ripercussioni sull'assistenza amministrativa tra la Svizzera e la Germania. La Svizzera può esigere dalla Germania solo il rispetto delle garanzie previste dall'art. 38 LBVM. L'attuale « Declaration of Best Efforts » permane quindi valida e non deve essere sostituita (consid. 3 e 3.1).
2. Nella procedura di assistenza amministrativa il BaFin non ha mai dato adito a dubbi sul rispetto dei « Best Efforts » da esso garantiti. Fino a prova contraria, la CFB non deve pertanto

**modificare la prassi inerente alla trasmissione di dati al BaFin. Gli invocati casi di violazioni del principio della specialità da parte delle autorità tedesche non si riferiscono al BaFin e non concernono inoltre la procedura di assistenza amministrativa, bensì quella di assistenza giudiziaria (consid. 3.2).**

Die Eidgenössische Bankenkommision (Vorinstanz) wurde mit Schreiben der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) vom 17. August 2007 darauf hingewiesen, dass letztere aufgrund eines Verdachts auf Insiderhandel mit Aktien der L. AG Untersuchungen bzgl. der Verletzung von § 14 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) durchführe. In diesem Zusammenhang habe sie festgestellt, dass eine verdächtige Transaktion von der Bank S. (Bank) in Auftrag gegeben worden sei. Auf dem Amtshilfeweg werde die Vorinstanz daher ersucht, ihr die Identität der Personen, welche die Transaktion getätigt hätten, sowie die Identität allfälliger wirtschaftlich Berechtigter bzw. der Auftraggeber zu übermitteln. Die vertrauliche Behandlung sowie die Zweckgebundenheit der Informationen werde zugesichert.

Mit Verfügung vom 27. Januar 2008 hiess die Vorinstanz das Gesuch der BaFin um Amtshilfe gut und eröffnete dem Beschwerdeführer, dass der BaFin folgendes mitzuteilen sei:

« T., geboren am (...), A.strasse, B., Deutschland, hat am 13. Juli 2006 um 17:45 Uhr, der Bank S. die tagesgültige Order erteilt, 2'500 Aktien der L. AG mit einer gesetzten Limite von EUR 12.75 zu kaufen. Am 14. Juli 2006 hat er die Aktien zum Kurs von EUR 15.622 wieder verkauft. Diese Transaktionen in Aktien der L. sind die Einzigen, welche die Bank S. in der Zeit vom 1. Mai 2006 bis zum 30. August 2006 für T. ausgeführt hat. T. war an den Aktien der L. AG wirtschaftlich berechtigt. »

Die Vorinstanz machte die BaFin dabei ausdrücklich darauf aufmerksam, dass die übermittelten Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet bzw. an andere Behörden weitergeleitet werden dürften, und dass eine Weiterleitung durch die BaFin an andere Behörden, Gerichte oder Organe der Zustimmung der Vorinstanz bedürfe.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 11. Februar 2008 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Er beantragte, der Entscheid vom 27. Januar 2008 sei aufzuheben und das Amtshilfegesuch der BaFin vom 17. August 2007 im Fall L. AG sei, soweit dieses Gesuch den Beschwerdeführer betreffe, zurzeit abzuweisen.

Allgemein könne festgehalten werden, dass das Verhalten deutscher Behörden zweifelhaft sei. So sei keinesfalls gewährleistet, dass die deutschen Behörden vertrauliche Informationen nicht weiterleiten würden. Weiter sei die Zusicherung der BaFin, wonach erhaltene Informationen ausschliesslich für finanzmarktrechtliche Abklärungen verwendet und nicht an andere Behörden weitergeleitet würden, nicht mehr aktuell.

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

*Aus den Erwägungen:*

3. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Zusicherung (« Declaration of Best Efforts ») worauf sich die Vorinstanz und die BaFin im Rahmen des Amtshilfegesuches beriefen, sei nicht mehr aktuell, weshalb gestützt darauf keine Amtshilfe geleistet werden dürfe. Insbesondere sei die Zusicherung von einer Vorgängerorganisation der BaFin, namentlich dem Bundesaufsichtsamt für Wertpapierhandel (BAWe), ausgestellt worden. Hinzu komme, dass sich die Zusicherung auf die alte Rechtslage in der Schweiz bzw. in Deutschland beziehe, und somit weiter gehe, als die heutigen, revidierten Vorschriften vorschrieben. Klarerweise würden aber die neuen Vorschriften zur Anwendung kommen, weshalb die Zusicherung schon rein faktisch keine Gültigkeit mehr haben könne.

Die Vorinstanz führt aus, dass sie sich in der Tat auf die Zusicherung aus dem Jahr 1998 beziehe, und die BaFin als Nachfolgebehörde des BAWe nach wie vor daran gebunden sei. Hinzu komme, dass die BaFin in ihrem Gesuch die vertrauliche und zweckgebundene Verwendung der übermittelten Informationen abermals zugesichert habe. Schliesslich habe auch das Bundesgericht (BGer) die BaFin stets und auch in neuerer Zeit als amts-hilfefähig bezeichnet.

3.1 Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, die durch das BAWe im Jahr 1998 gegenüber der Vorinstanz abgegebene « Declaration of Best Efforts » habe aufgrund des Übergangs dieser Institution an die BaFin sowie wegen der in beiden Ländern in der Zwischenzeit geänderten Rechtslagen keine Gültigkeit mehr, kann dieses Vorbringen nicht gehört werden. Das BGer hat in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass die BaFin eine Marktaufsichtsbehörde ist, die an das Berufsgeheimnis gebunden ist und ihr zugetragene Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung der Börsen und des Effektenhandels verwendet (Urteil des BGer 2A.519/2003 vom 5. Dezember 2003 E. 2.2.1 mit Hinweisen, Urteil des BGer 2A.534/2001 vom 15. März 2002 E. 3.2). Zu diesem Schluss kam das BGer sowohl unter der alten wie auch unter der neuen Rechtslage und

insbesondere auch nach dem Übergang des BAWe an die BaFin (zum alten Recht: BGE 125 II 65 E. 4, BGE 125 II 450 E. 3; zum neuen Recht: Urteil des BGer 2A.576/2006 vom 7. Februar 2007). Inwiefern unter diesen Umständen die zur Debatte stehende « Declaration of Best Efforts » keine Gültigkeit mehr haben soll, ist nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer bringt in diesem Zusammenhang denn auch keine materielle Begründung vor, sondern weist lediglich auf den Übergang des BAWe auf die BaFin sowie die veränderte Rechtslage hin, ohne dass er daraus etwas zu seinen Gunsten ableiten könnte. Soweit er vorbringt, die « Declaration of Best Efforts » sei « überschüssend », d. h. gehe weiter als unter heutigem Recht möglich und müsse deshalb ersetzt werden, kann ihm nicht gefolgt werden. Wie in E. 2 ausgeführt, wurde Art. 38 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) dahingehend geändert, dass das Vertraulichkeitsprinzip nur noch abgeschwächt gilt und das Prinzip der langen Hand sowie das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden bzw. der in diesem Zusammenhang bisher nötige Zusatzverdacht und das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes entfallen. Selbst wenn die « Declaration of Best Efforts » noch Zusicherungen enthalten sollte, welche sich auf die alte Rechtslage beziehen, wäre dies nicht massgeblich, denn die Gesetzesänderung erfolgte auf nationaler Stufe, weshalb die Schweiz bzw. die Vorinstanz schon von Gesetzes wegen die Geltendmachung von « Best Efforts » in diese Richtung nicht mehr verlangen könnten. Die « Best Efforts », deren Ausübung die Schweiz durch die BaFin unter geltender Rechtslage verlangen könnte sind – in maiore minus – nach wie vor von der « Declaration of Best Efforts » gedeckt. Beim BAWe handelt es sich um eine der Vorgängerorganisationen der BaFin; d.h., dass die früher in den Zuständigkeitsbereich des BAWe fallenden Aufgabenbereiche heute von der BaFin wahrgenommen werden. In diesem Zusammenhang ist nicht verständlich, inwiefern die BaFin nicht an die « Declaration of Best Efforts » gebunden sein sollte, zumal die davon betroffenen Sachgebiete identisch sind.

Vielmehr sicherte die BaFin in ihrem Gesuch vom 17. August 2007 die vertrauliche Behandlung sowie die Zweckgebundenheit der Informationen zu. Der angefochtene Entscheid enthält zudem die entsprechenden Vorbehalte (Ziff. 2 und 3 des Dispositivs).

Bis zum Beweis des Gegenteils darf die Vorinstanz daher davon ausgehen, dass sich die BaFin im Interesse einer funktionierenden Zusammenarbeit hieran halten wird, und nötigenfalls die zugesicherten « Best Efforts » zum Schutz des Vertraulichkeitsgrundsatzes und des Spezialitätsprinzips im heutigen Umfang geltend macht. Eine Überdenkung der Praxis wäre nur dann in Betracht zu ziehen, wenn die BaFin im Rahmen ihrer « Best Ef-

forts »-Erklärungen tatsächlich nicht mehr in der Lage wäre, den Vorgaben von Art. 38 Abs. 2 BEHG in seiner aktuellen Form Nachhaltung zu verschaffen (Urteil des BGer 2A.534/2001 vom 15. März 2002). Da bis heute das Verhalten der BaFin jedoch nie zu berechtigten Zweifel an der Einhaltung von den « Best Efforts »-Grundsätzen Anlass gegeben hat, rechtfertigt sich eine Praxisänderung vorliegend nicht.

**3.2** Unter diesen Umständen vermag schliesslich auch der Einwand, wonach die Praxis Deutschlands in Bezug auf die Weitergabe von Informationen an andere Behörden lax sei, nicht zu genügen. Der Beschwerdeführer illustriert sein Vorbringen anhand des Steuer(straf)verfahrens gegen J. (vgl. Süddeutsche Zeitung vom 21./22. Juli 2007). Der Fall J. und weitere Fälle, in welchen Deutschland angeblich den Spezialitätsvorbehalt nicht eingehalten haben soll, betrifft indes nicht die BaFin. Es handelte sich in der zitierten Rechtssache zudem um einen Fall von Rechts- und nicht von Amtshilfe. Wie das BGer in einer anderen Rechtssache unter Bezugnahme auf den vom Beschwerdeführer zitierten Fall explizit festgehalten hat, besteht kein Grund zur Annahme, die BaFin könnte das Spezialitätsprinzip nicht einhalten (Urteil des BGer 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 3). An dieser Lage ändert sich auch nichts, wenn ein dem Beschwerdeführer offenbar missliebiger Minister neu die Aufsichtsbehörde der BaFin leitet. Insbesondere bleibt die BaFin trotz personellen Wechsels bei der Leitung ihrer Aufsichtsbehörde an die in ihrer « Declaration of Best Efforts » gemachten Zusicherungen im heutigen gesetzlichen Umfang gebunden. Sollte die BaFin – wofür es jedoch wie dargelegt keinerlei Anzeichen gibt – im konkreten Fall gegen ihre Zusicherungen verstossen, stünden dem Beschwerdeführer die entsprechenden Rechtsmittel offen. Auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nicht zurück zu kommen, weshalb das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers nicht gehört werden kann.

Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.