

BVGer B-6039/2008 vom 8. Dezember 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-12-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6039_2008

FR: TAF B-6039/2008 du 8 décembre 2008

IT: TAF B-6039/2008 del 8 dicembre 2008

Regeste

Amts- und Rechtshilfe

Erwägungen

E. 1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Amtshilfeverfügungen der Vorinstanz (Art. 38 Abs. 5 des Gesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 [BEHG, SR 954.1] und Art. 31 i. v. m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführenden sind als Adressaten der angefochtenen Verfügung vom 4. September 2008 durch diese berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 3 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss gezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Getrennt eingereichte Beschwerden können in einem Verfahren vereinigt werden, wenn die einzelnen Sachverhalte in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen, sie die gleichen Parteien betreffen und sich in allen Fällen gleiche oder ähnliche Rechtsfragen stellen. Ein solches Vorgehen dient der Verfahrensökonomie und liegt im Interesse aller Beteiligten (Art. 24 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, SR 273 i. V. m. Art. 4 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. November 2008 B-5297/2008, B-5298/2008, B-5299/2008 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Im hier zu beurteilenden Fall richten sich alle vier Beschwerden gegen die gleiche Verfügung der EBK vom 4. September 2008. Diesen liegt ein weitgehend identischer Sachverhalt zugrunde. Die Beschwerdeführenden werden im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht, wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren, vom gleichen Anwalt vertreten, der für sie beinahe identische Beschwerden beziehungsweise Stellungnahmen eingereicht hat. Die EBK hat gegenüber den vier Beschwerdeführenden je eine identische Verfügung erlassen. Die von der angefochtenen Verfügung betroffenen Personen weisen auch eine enge Verbundenheit auf; sie haben dieselbe Adresse und sind miteinander verwandt. Die Beschwerdeführenden selbst haben im Übrigen in ihrem Schreiben vom 3. November 2008 erklärt, keine Einwände gegen den prozessualen Antrag der Vorinstanz zu haben. Nach dem Gesagten

rechtfertigt es sich, über die Beschwerden in den Verfahren B-6039/2008, B-6041/2008, B-6042/2008 und B-6043/2008 in einem einzigen Entscheid zu befinden.

E. 3.1

Die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktbehörden richtet sich nach Art. 38 BEHG, welcher seit dem 1. Februar 2006 in einer neuen Fassung in Kraft ist (AS 2006 197). Da es sich bei dieser Bestimmung um eine Verfahrensvorschrift handelt, ist sie mit dem Tag des Inkrafttretens sofort auch auf Verfahren anwendbar, denen Sachverhalte zugrunde liegen, die sich in einem früheren Zeitpunkt verwirklicht haben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 327a; BVG B-2980/2007 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006 vom 8. Februar 2007). Art. 38 BEHG in seiner geltenden Fassung findet demnach im hier zu beurteilenden Fall Anwendung, welcher einen Sachverhalt aus dem Jahre 2003 betrifft.

E. 3.2

Gemäss Art. 38 BEHG darf die EBK in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen nur übermitteln, sofern die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weiter geleitet werden (Abs. 2 Bst. a; sog. Spezialitätsprinzip), und die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben (Abs. 2 Bst. b; sog. Vertraulichkeitsprinzip).

E. 3.3

Wie das Bundesgericht bereits in mehreren Entscheiden erkannte, unterscheidet sich die neue Regelung von Art. 38 BEHG von der bisherigen im Wesentlichen dadurch, dass das Vertraulichkeitsprinzip nur noch abgeschwächt gilt. Zudem entfallen im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes das Prinzip der langen Hand sowie das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden bzw. der in diesem Zusammenhang bisher nötige Zusatzverdacht sowie das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit (Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006 vom 8. Februar 2007, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen, bestätigt u. a. in BVG B-852/2008 E. 2 sowie Botschaft des Bundesrates vom 10. November 2004, BBl 2004 S. 6754 f. und 6764 f.). Im Übrigen gelten die bisherigen Regelungen und die Rechtsprechung grundsätzlich fort, insbesondere soweit Informationen unter Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes weitergegeben werden sollen. In diesem Fall muss die EBK im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz die Zustellung an die Strafbehörden vorgängig genehmigen, wobei sie die Rechtshilfenvoraussetzungen zu beachten hat (Art. 38 Abs. 6 BEHG, Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006, a. a. O). Der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt auch in der Amtshilfe (BGE 125 II 65 E. 6a). Vor dem Inkrafttreten der neuen Fassung von Art. 38 BEHG wurde im Gesetz lediglich ein Anwendungsfall ausdrücklich genannt, indem bestimmt wurde, dass die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, unzulässig ist. Neu wird das Verhältnismässigkeitsprinzip - zusammen mit dem genannten Anwendungsfall - ausdrücklich im Gesetz festgehalten (BBl 2004 6776; vgl auch Hans-Peter Schaad in Watter/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar,

Börsengesetz, Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, Basel 2007, N 10, 71 ad Art. 38 BEHG). Zu diesem allgemeinen Rechtssatz besteht eine differenzierte bundesgerichtliche Praxis, auf welche mit der gesetzlichen Verankerung ebenfalls Bezug genommen wird. (BBl 2004 S. 6749, 6776 f.). Verboten sind reine Beweisausforschungen ("fishing expeditions"). Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Dabei ist zu beachten, dass ihr in der Regel die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob ein hinreichender Anlass für die Gewährung der Amtshilfe besteht (BGE 126 II 409 E. 5a S. 413 f.; BGE 125 II 65 E. 6b S. 73 f.). Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie dies bereits lückenlos und völlig widerspruchsfrei tun. Dies wäre mit Sinn und Zweck der Amtshilfe (wie mit jenem der Rechtshilfe) nicht vereinbar, sollen doch aufgrund von Informationen und Unterlagen, die sich im ersuchten Staat befinden, bisher im Dunkeln gebliebene Punkte erst noch geklärt werden (BGE 128 II 407 E. 5.2.1). Die Bankenkommission hat sich nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen angeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. Sie hat weder Tat- noch irgendwelche Schuldfragen zu prüfen und ihrerseits eine Beweiswürdigung vorzunehmen. Sie ist an die Darstellung des Sachverhalts im Ersuchen insoweit gebunden, als diese nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden kann (BGE 127 II 142 E. 5a S. 145; Urteil 2A.347/2001 vom 2. Oktober 2001, E. 5a; Urteil 2A.567/2001 vom 15. April 2002, E. 4.1; für die Rechtshilfe: BGE 117 Ib 64 E. 5c S. 88). Gelingt es den an den kritischen Transaktionen beteiligten, ins Aufsichtsverfahren einbezogenen Personen nicht, den Anfangsverdacht klarerweise und entscheidend zu entkräften, ist die Amtshilfe zu gewähren (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3, 127 II 142 E. 5a, je mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4

Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, welcher die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen, bestätigt u.a. in BVG B-2980/2007 E. 4, B-3900/2008 E. 3). Sie sicherte zu, die übermittelten Angaben nur zur Durchsetzung von Finanzmarktregulierungen bzw. im Zusammenhang mit der in der Anfrage genannten Zweckbestimmung zu gebrauchen und andernfalls vor einer Weitergabe um die Zustimmung der Vorinstanz zu ersuchen. Der angefochtene Entscheid enthält die entsprechenden Vorbehalte in Ziffer 2 und 3 des Dispositivs. In dieser Hinsicht sind die Voraussetzungen für die Leistungen von Amtshilfe ohne Weiteres gegeben.

E. 4

Die Beschwerdeführenden machen geltend, das Gesuch müsse mangels genügenden Anfangsverdachts abgewiesen werden.

E. 4.1

An den Anfangsverdacht sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da im Zeitpunkt des Ersuchens beziehungsweise der Übermittlung von Informationen noch nicht feststeht, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden. Es genügt, wenn die Informationen zur Abwicklung des ausländischen Aufsichtsverfahrens grundsätzlich geeignet erscheinen

und dies im Gesuch angemessen dargetan ist. Konkret muss die ersuchende Aufsichtsbehörde den Sachverhalt darstellen, welcher den Anfangsverdacht auslöst, die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung nennen sowie die benötigten Informationen und Unterlagen aufführen (BGE 129 II 484 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 126 II 409 E. 5a, BGE 125 II 65 E. 6b). Es reicht, wenn in diesem Stadium erst Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften bestehen (BGE 125 II 65 E. 6b; Urteil des Bundesgerichts 2A.154/2003 vom 26. August 2003 E. 4.2.1) und die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen (Urteil des Bundesgerichts 2A.603/2006 vom 21. Dezember 2006, E. 2, 3; BGE 129 II 484 E. 4.1, mit Hinweisen). Verboten sind - wie bereits erwähnt - reine Beweisausforschungen ("fishing expeditions"; vgl. vorne E. 3.3). In einem Fall vermuteten Insiderhandels hat das Bundesgericht festgehalten, ein hinreichender Anfangsverdacht sei im Umstand zu erblicken, dass die entsprechende Transaktion im Vorfeld der Bekanntgabe einer vertraulichen Tatsache getätigt wurde, während der ein Anstieg des Transaktionsvolumens und des Kurses festzustellen war (BGE 125 II 65 E. 6bb). Es ist Sache des Betroffenen, einen Anfangsverdacht zu entkräften, beispielsweise indem er nachweist, dass er mit dem in Frage stehenden Geschäft offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hat, weil ein umfassender Vermögensverwaltungsauftrag vorliegt und die Transaktion ohne ihr Wissen erfolgte (vgl. BGE 127 II 323 E. 6b/aa).

E. 4.2

Die BaFin hat in ihrem Gesuch vom 7. Dezember 2007 ausgeführt, am 23. September 2003 habe die D._____ GmbH ihre Absicht veröffentlicht, 40,78% des Grundkapitals der E._____ AG vom derzeitigen Mehrheitsgesellschafter zu erwerben. Gemäss der beigelegten WpÜG-Mitteilung werde die D._____ GmbH den freien Aktionären anbieten, deren auf den Inhaber lautenden Stückaktien der E._____ AG zu erwerben. Das Übernahmeangebot umfasse eine Gewinnanteilberechtigung für das Geschäftsjahr 2003 einschliesslich des Anspruchs auf Zahlung der beschlossenen Kapitalrückzahlung sowie eine Zahlung in Höhe der gesetzlichen Mindestgegenleistung. Im Vorfeld der Übernahme der E._____ AG am 23. September 2003 sei es zu unüblichen Handelsvolumen und erheblichem Kursanstieg der Titel der E._____ AG gekommen. Die öffentliche Bekanntgabe des Übernahmeangebots habe zur Folge gehabt, dass der Kurs für eine kurze Zeit angestiegen und danach wieder gefallen sei. Aus den im Vorfeld der Veröffentlichungen getätigten Transaktionen (vgl. zum genauen Gegenstand derselben vorne Sachverhalt Aa) hat die BaFin schliesslich Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot abgeleitet (vgl. Gesuch vom 7. Dezember 2007 S. 1 i. f.).

E. 4.3

Im Amtshilfegesuch wies die BaFin ausdrücklich auf die nach deutschem Recht relevanten verfahrens- (§ 4 WpHG) sowie materiellrechtlichen (§ 14 WpHG, Insiderhandelsverbot) Vorschriften hin. Zudem legte sie die für die ersuchten Auskünfte massgebliche Zeitperiode (12. bis und mit 19. September 2003) klar fest. Im gleichen Masse bezeichnete sie die gewünschten Auskünfte und Unterlagen und den Kreis der sie interessierenden Transaktionen. Dadurch wird die BaFin den formellen Anforderungen an ein Gesuch vollumfänglich gerecht. Den Beilagen zum Amtshilfegesuch kann entnommen werden, dass im Vorfeld der Mitteilung betreffend das Übernahmeangebot vom 23. September 2003 zu einem - im Vergleich zu den Vormonaten - auffälligen Kursanstieg der Aktien der E._____ AG kam. Auch war ein unübliches Handelsvolumen derselben festzustellen.

Kurze Zeit danach fiel der Kurs dieser Aktien wieder. Die Transaktionen, welche C._____ entweder als wirtschaftlich Berechtigter der Z._____ bzw. Y._____ oder als Bevollmächtigter von W._____ bzw. X._____ in Auftrag gab, erfolgten zwischen dem 12. und dem 19. September 2003 und fallen demnach in die relevante Zeitperiode kurz vor der Publikation der Mitteilung. Mit anderen Worten besteht in casu eine offensichtliche zeitliche Nähe zwischen den fraglichen Transaktionen und der Bekanntgabe des öffentlichen Übernahmeangebots. Ob die Beschwerdeführenden tatsächlich von Insiderinformationen profitiert haben, bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419), denn für die aufsichtsrechtliche (Vor) Abklärung ist in erster Linie entscheidend, dass die betroffenen Aktiengeschäfte in einem zeitlichen Zusammenhang mit den auffälligen Kursverläufen stattfanden (BGE 129 II 484 E. 4.2 S. 495, mit Hinweisen; Urteil 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004 E. 2.1). Dabei muss sich weder notwendigerweise der Kurs der betroffenen Aktie auf eine bestimmte Art entwickelt haben, noch ein spezifisches Handelsvolumen erreicht worden sein (Urteil 2A.486/2004 vom 15. März 2002, E. 4.2.1). Es ist nach dem Gesagten von einem hinreichenden Anfangsverdacht auszugehen.

E. 5

Es bleibt weiter zu prüfen, ob die Einwände der Beschwerdeführenden geeignet sind, den Anfangsverdacht zu entkräften.

E. 5.1

Die Beschwerdeführenden machen im Allgemeinen geltend, sie erfüllten die Voraussetzungen der Insidereigenschaft nicht, da sie die Aktien der E._____ AG vor Bekanntgabe des Übernahmeangebots nicht gekauft sondern verkauft hätten. Somit hätten sie eine zur vertraulichen Tatsache gegenläufige Transaktion getätigt. Ein Anfangsverdacht treffe nur diejenige Person, die die Aktien gekauft habe. Insofern könne jeweils nur eine Vertragspartei "verdächtig" sein. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass sich die verschiedenen Transaktionen äusserlich nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen lassen. Es wird Aufgabe der um Amtshilfe ersuchenden ausländischen Behörde sein, aufgrund eigener Untersuchungen und gestützt auf die eingeholten Informationen die entsprechende Ausscheidung zu treffen und in diesem Sinne über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.2; 126 II 409 E. 5b/aa, 414; 126 II 126 E. 6a/bb, 137; 125 II 65 E. 6b/bb, 74; bestätigt in BVG B-2033/2007 E. 5; BVG B-2980/2007 E. 6.4). Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Aufteilung in verdächtige und unverdächtige Transaktionen nicht Aufgabe der Vorinstanz sein kann. Dies umso mehr, als sie nicht über alle zur Abklärung des Verdachts nötigen Informationen verfügt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden kann nicht a priori davon ausgegangen werden, dass ein Insider-Tatverdacht bereits deswegen auszuschliessen ist, weil es unmittelbar vor angekündigter Übernahme zu Aktienverkäufen und nicht zu Aktienkäufen gekommen ist. Diesbezüglich machen die Beschwerdeführenden selber keine substantiierten Ausführungen.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerinnen Y._____ und Z._____ wenden ein, der an ihnen wirtschaftlich Berechtigte (C._____), welcher die Transaktion genehmigt habe, als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der D._____ GmbH und Sprecher des Vorstands der E._____ AG nicht als Insider gelten könne, da die Regel "Niemand kann

sein eigener Insider sein" zur Anwendung komme. Es fehle demnach an einem Tatbestandselement. Der Grundsatz, wonach die Anwendung des ausländischen Rechts nicht Aufgabe der ersuchten Behörde sei, dürfe nicht dazu führen, dass auch dann Amtshilfe gewährt werde, wenn die Tatbestandsmässigkeit klarerweise von vornherein ausgeschlossen werden könne. Die Beschwerdeführerinnen stützen ihre Argumentation unter anderem auf Zitate aus zwei Kommentaren zum schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB; SR 311.00), die sich konkret auf Art. 161 StGB beziehen. In dieser Bestimmung wird der Tatbestand des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen geregelt. Der Verweis der Beschwerdeführenden auf die schweizerische strafrechtliche Literatur ist bereits im Ansatz falsch, denn das Amtshilfeersuchen wurde einzig aufgrund von Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen das Insiderhandelsverbot gemäss § 14 WpHG gestellt, nicht etwa weil ein Verdacht auf einen Verstoß von Art. 161 StGB bestand. Die Prüfung der Frage, ob C._____ den Tatbestand von § 14 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes erfüllt, entzieht sich dem Aufgabenbereich sowohl der Vorinstanz als auch des Bundesverwaltungsgerichts. Die korrekte Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts ist nach Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts allein die Aufgabe der BaFin (Urteil BVG B-2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 6.2; Urteil 2A.152/2003 vom 26. August 2003 E. 4.2.2, Urteil 2A.234/2000 vom 25. April 2001 E. 2a). Der BaFin steht die vollständige Sachverhaltsermittlung und letztlich die Beurteilung, ob in den hier zu beurteilenden Fällen Bestimmungen des deutschen Aufsichtsrechts verletzt worden sind (Urteil BVG B-2980/2007 vom 26. Juli 2007, E. 6.4). Die Aufsichtsbehörde des ersuchten Staates kann diese Fragen im Rahmen des Amtshilfeverfahrens nicht vorwegnehmen, da ihr die zu deren Beurteilung erforderlichen Elemente fehlen (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3 mit weiteren Hinweisen). Im Übrigen, selbst wenn C._____ gemäss Schweizer Recht nicht als Insider betrachtet werden könnte, da niemand sein eigener Insider sein könne, wie die Beschwerdeführer geltend machen, muss das aber nicht heissen, dass das Fehlen eines Tatbestandselements im Schweizerischen Strafrecht auch in Deutschland zur Straflosigkeit führen könnte. Die Beantwortung der Frage, ob und inwiefern das Verhalten der Beschwerdeführenden gegen deutsche Rechtsvorschriften verstösst, ist in Anbetracht der vorstehenden Ausführungen letztendlich allein der zuständigen ausländischen Behörden vorbehalten.

E. 5.3

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es den Beschwerdeführenden nicht gelingt, mit ihren Argumenten den Anfangsverdacht zu entkräften.

E. 6

Die Beschwerdeführer W._____ und X._____ bringen ferner vor, der Verkauf der Aktien sei ohne ihr Wissen in Auftrag gegeben und durch den Vermögensverwalter der Bank ausgeführt worden. Gemäss konstanter Praxis der Vorinstanz und des Bundesgerichts sei die Übermittlung der Kundennamen in solchen Fällen unzulässig.

E. 6.1

Gemäss Art. 38 Abs. 4 Satz 3 ist die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, unzulässig. Zu diesem Grundsatz hat die Bankenkommission die Praxis entwickelt, einen Kundennamen nicht zu übermitteln, wenn nach Darstellung des Kunden nicht er selber, sondern sein

Vermögensverwalter ohne sein Wissen und seine Mitwirkung die zu untersuchende Transaktion veranlasst hat, sofern keine Zweifel an dieser Darstellung bestehen (Botschaft Änderung BEHG BBl 2004 6767). In der Rechtsprechung wurde klargestellt, dass bereits die Möglichkeit, dass ein Konto - auch ohne Wissen des Kontoinhabers - dazu gedient haben könnte, ein Delikt zu begehen, im Grunde genügt, die Eigenschaft als offensichtlich unbeteiligter Dritter auszuschliessen; der Kontoinhaber ist praxisgemäss in der Regel nicht Dritter im Sinne von Art. 38 Abs. 4 Satz 3 (Urteil des Bundesgerichts 2A.701/2005 vom 9. August 2006 E. 4.2; BGE 126 II 126 E. 6a/bb, beide bestätigt in BVG B-2921/2008 vom 17. Juli 2008 E. 6.2; BGE 115 Ib 68, 84 E. 4c). Indessen kann das Weiterleiten von Daten, die den Bankkunden betreffen, eventuell unzulässig sein, wenn ein klarer und unmissverständlicher schriftlicher Vermögensverwaltungsauftrag vorliegt - zum Beispiel ein umfassender Vermögensverwaltungsauftrag - und keine anderen Umstände darauf hinweisen, dass der Kunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen abgewickelt wurden, in irgendeiner Form dennoch an den umstrittenen Geschäften selber beteiligt gewesen sein könnte (BVG B-168/2008 vom 26. März 2008 E. 6.1; BGE 127 II 323 E. 6b/aa; Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 4.2 mit Hinweisen). Es obliegt dem Kunden darzulegen, in keinerlei Hinsicht in die umstrittenen Geschäfte beteiligt zu sein, welche ohne sein Wissen im Rahmen eines Vermögensverwaltungsauftrages abgewickelt wurden (BVG B-1589/2008 vom 2. Juni 2008 E. 7.1, B-168/2008 vom 26. März 2008 E. 6.1; vgl. auch BBl 2004 6767).

E. 6.2

Den Akten ist zu entnehmen, dass C._____ Bevollmächtigter der Konti von W._____ und X._____ ist und dass die Bank P._____ AG keinen schriftlichen Vermögensverwaltungsauftrag mit den zwei letztgenannten Personen abgeschlossen hatte, was von den Beschwerdeführenden im Übrigen auch nicht in Abrede gestellt wird. Des Weiteren steht fest, dass C._____ als Bevollmächtigter beider Konti am 17. September 2003 die Order erteilte, die fraglichen Transaktionen der Titel der E._____ AG auszuführen. Der Umstand, dass C._____ Geschäftsführer der D._____ GmbH und gleichzeitig auch Sprecher des Vorstandes der E._____ AG war, stellt ein Indiz dafür dar, dass er zum Kreis möglicher Insider gehören konnte, wie dies die Vorinstanz zu Recht erkannt hat. Des Weiteren handelt es sich bei W._____ und X._____ um die Ehefrau beziehungsweise den Bruder von C._____. Aus den Akten geht im Übrigen hervor, dass alle drei an derselben Adresse wohnhaft sind. Aus diesen Gründen kann ohne weiteres ausgeschlossen werden, dass den Beschwerdeführern W._____ und X._____ die Eigenschaft als offensichtlich unbeteiligte Dritte zukommt. Die Übermittlung der sie betreffenden Informationen läuft dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zuwider.

E. 7.1

Alle Beschwerdeführer bringen weiter vor, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei bei einer Übermittlung ihrer Identität an die BaFin verletzt, da die Verjährung allfälliger Verstösse gegen das Wertschriftengesetz bereits eingetreten sei. Das ergebe sich aus dem privaten Rechtsgutachten der Kanzlei Lovells LLP vom 12. September 2008 (Beschwerdebeilage 2). Diesbezüglich erwidert die Vorinstanz, der Eintritt der Verjährung sei eine materiellrechtliche Frage, welche nicht Gegenstand des Amtshilfverfahrens bilde.

E. 7.1.1

Unter dem Vorbehalt missbräuchlicher Ersuchen hat die Bankenkommission - weder gemäss den amts- noch den rechtshilferechtlichen Regeln - der Strafbarkeit im ersuchenden Staat im Detail nachzugehen (BGE 128 II 407 E. 5.3.2, BGE 126 II 409 E. 6c/bb). In einem sich gegen die Gutheissung eines Amtshilfegesuchs richtenden Beschwerdeverfahren hat das Bundesgericht erkannt, dass die Frage nach einem allfälligen Eintritt der Verjährung im ausländischen Recht nicht im Rahmen eines Amtshilfegesuchsverfahrens zu prüfen sei; dies umso mehr, als es sich im damals zu beurteilenden Fall nicht um ein Strafverfahren sondern um ein Verwaltungsverfahren handle, welches die Aufsicht über das Marktgeschehen zum Gegenstand habe (Urteil des Bundesgerichts 2A.484/2004 vom 19. Januar 2005, E. 1.5). Aber auch in anderen Beschwerdeverfahren, welche sich gegen die Gutheissung eines Gesuchs um internationale Rechtshilfe in Strafsachen richteten, geht das Bundesgericht grundsätzlich davon aus, dass es nicht Aufgabe der schweizerischen Behörden und Gerichte ist, zu prüfen, ob die Verjährung nach dem Recht des ersuchenden Staates eingetreten ist (Urteil des Bundesgerichts 1A.12/2005 E. 6 sowie unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 1A.249/1999 E. 3 e) aa). In den zuletzt zitierten Urteilen wird dieser Grundsatz insofern präzisiert, als das Bundesgericht die Abweisung eines Rechtshilfegesuchs für vertretbar hält, "wenn ausser Zweifel steht, dass im ersuchenden Staat eine Strafverfolgung (...) wegen Eintritts der Verjährung nicht weitergeführt werden kann.". Unter dem Aspekt, dass die Voraussetzungen für die Rechtshilfe in Strafsachen strenger als diejenige für die Amtshilfe sind, erscheint diese Differenzierung durch das Bundesgericht ohne weiteres erklärbar. Ob diese Ergänzung auch auf Amtshilfegesuche Anwendung finden kann, darf vorliegend offen bleiben. Entscheidend ist, dass bei Amtshilfeersuchen die Frage der Verjährung nicht von den Verwaltungs- bzw. Verwaltungsjustizbehörden zu prüfen ist.

E. 7.1.2

An diesem Ergebnis vermag die von den Beschwerdeführern beigelegte Rechtsabklärung der Kanzlei Lovells LLP vom 12. September 2008 nichts zu ändern, gemäss welcher die Verfolgungsverjährung für allfällige Verstösse der Beschwerdeführenden gegen das Insiderhandelsverbot (WpHG § 14) bereits eingetreten ist. Ob der Eintritt der Verjährung im hier zu beurteilenden Fall schon erfolgt ist oder nicht, hat ausschliesslich die ersuchende und nicht die ersuchte Behörde zu ermitteln, handelt es sich bei der Verjährung nach herrschender Schweizer Lehre doch um ein Institut des materiellen Rechts (vgl. PETER MÜLLER in NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. überarbeitete Auflage, 2007, Rz. 40-45 vor Art. 97 StGB; STEFAN TRECHSEL ET. AL., Schweizer Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, N. 5 vor Art. 97 StGB) bzw. um eine allgemeine Voraussetzung für die Strafbarkeit. Weder die Bankenkommission noch das Bundesgericht haben sich im Rahmen des Amtshilfeverfahrens auf juristische Diskussionen zu Streitfragen hinsichtlich der Auslegung des ausländischen Rechts einzulassen (Urteile des Bundesgerichts 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.4 und 2A.234/2000 vom 25. April 2001, E. 2a), insbesondere wenn es darum geht zu ermitteln, ob im ersuchenden Staat die Strafbarkeit gegeben ist (vgl. HANS-PETER SCHAAD in WATTER/VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, Basel 2007, N. 83 mit Hinweisen). Demnach haben die Vorinstanz sowie das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall weder zu prüfen, ob das Verhalten der Beschwerdeführenden effektiv unter § 14 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes fällt (Verbot von Insidergeschäften), noch, ob für dieses Delikt die Verjährung bereits eingetreten ist. Der Umstand, dass die BaFin ihr

Gesuch bis zum heutigen Zeitpunkt nicht zurückgezogen hat, vermag jedenfalls nicht einen gegenteiligen Schluss nahe zu legen. Aus den genannten Gründen kann der Stellungnahme des deutschen Rechtsanwalts, die den Beschwerden beigelegt wurde, keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden.

E. 7.1.3

Soweit die Beschwerdeführenden eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips mit der Begründung geltend machen, dass die allfälligen Verstösse gegen das im deutschen Aufsichtsrecht verankerten Verbot von Insidergeschäften bereits verjährt seien, ergibt sich nach dem Gesagten, dass ihre Rügen ins Leere stossen.

E. 7.2

Ferner wenden die Beschwerdeführer ein, sie seien dem Risiko ausgesetzt, dass die Informationen zu Zwecken (wie beispielsweise Steuerzwecken) verwendet werden könnten, zu denen sie ursprünglich nicht übermittelt worden seien. Dies sei unverhältnismässig. Wie bereits unter E. 3.4 erkannt, erfüllt das Amtshilfegesuch der BaFin die Voraussetzungen für die Leistung der Amtshilfe, zumal sie die vertrauliche Behandlung und die Zweckgebundenheit der Informationen zugesichert hat. Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, um einen Verstoss gegen das Vertraulichkeits- sowie Spezialitätsprinzip zu befürchten.

E. 8

Die spontane Amtshilfe ist zulässig, wenn es dabei um die Übermittlung von aufsichtsrechtlich relevanten Informationen geht (BGE 125 II 65 E. 7, Urteil des Bundesgerichts 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3.1, bestätigt in BVG B-5297/2006 E. 5.4; B-2980/2007 E. 7.3; B-3900/2008). Die gegenüber dem Amtshilfegesuch zusätzlichen Informationen (Unterlagen zu der Transaktion vom 22. September 2003, welche C. _____ als wirtschaftlich Berechtigter für die Z. _____ von der Bank P. _____ AG ausführen liess), welche die Vorinstanz gemäss der angefochtenen Verfügung übermitteln will, können aufsichtsrechtlich von Bedeutung sein und dürfen übermittelt werden, weil diese Informationen einen offensichtlichen Zusammenhang zwischen der Beschwerdeführerin Z. _____ und den weiteren verdächtigen Transaktionen aufweisen könnten. Abgesehen von der grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber der verfügten Amtshilfe widersetzen sich die Beschwerdeführenden der Übermittlung zusätzlicher, über den relevanten Zeitraum hinausreichender Informationen an die BaFin, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angeordnet hat, nicht. Dies wohl auch deshalb, weil sich die zusätzlich zur Weiterleitung bestimmten Daten für die Beschwerdeführenden gegebenenfalls auch entlastend auswirken könnten (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 2A.50/2005 vom 16. März 2005, E. 2.3; 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.3.2; BVG B-2980/2007 E. 7.3).

E. 9

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Den unterliegenden Beschwerdeführenden sind die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglementes vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden auf insgesamt Fr. 6'000.- festgelegt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführenden keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Der EBK steht kein Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 10

Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. h des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Er ist somit endgültig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.