

# **BVGer B-6050/2014 vom 21. Januar 2015**

Bundesverwaltungsgericht, 2015-01-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6050\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6050_2014)

FR: TAF B-6050/2014 du 21 janvier 2015

IT: TAF B-6050/2014 del 21 gennaio 2015

## **Regeste**

Internationale Amtshilfe

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). Dazu gehören auch die Amtshilfeverfügungen der Vorinstanz. Da kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Sinne der Art. 31 und 33 lit. e VGG i.V.m. Art. 38 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG, SR 954.1) zuständig.

### **E. 1.2**

Als durch die Amtshilfe betroffener Kontoinhaber und Adressat der Verfügung ist der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 48 VwVG i.V.m. Art. 38 Abs. 5 BEHG zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die frist- und formgerecht (Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereichte Beschwerde ist - nachdem der Kostenvorschuss rechtzeitig überwiesen worden ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG) - einzutreten (Art. 44 ff. VwVG).

## **E. 2**

In Art. 38 BEHG werden die Voraussetzungen zur Gewährung von Amtshilfe an ausländische Behörden in Börsensachen formuliert.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 38 Abs. 2 BEHG darf die Vorinstanz ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln, sofern diese Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (lit. a; sog. Spezialitätsprinzip) sowie die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind, wobei die Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben (lit. b; sog. Vertraulichkeitsprinzip). Die BaFin ist eine börsenrechtliche Aufsichtsbehörde, welcher die

Vorinstanz gemäss ständiger Rechtsprechung Amtshilfe leisten darf (vgl. BVGE 2007/28 E. 4 mit Hinweis). Sie sichert in ihrem Amtshilfegesuch vom 2. Dezember 2013 die vertrauliche Behandlung sowie die Zweckgebundenheit der Informationen zu. Ebenfalls enthält die angefochtene Verfügung vom 9. Oktober 2014 in der Dispositivziffer 2 einen entsprechenden Vorbehalt. Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz damit sowohl das Spezialitäts- als auch das Vertraulichkeitsprinzip gewahrt.

## **E. 2.2**

Gemäss Art. 38 Abs. 4 Satz 2 BEHG hat die Vorinstanz im Rahmen des Amtshilfeverfahrens den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Gemäss ständiger Rechtsprechung setzt dies einerseits das Vorliegen eines konkreten Anfangsverdachts voraus. Gemäss Art. 38 Abs. 4 Satz 3 BEHG ist andererseits die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (unbeteiligte Dritte), unzulässig. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur internationalen Amts- und Rechtshilfe wird die Verhältnismässigkeit durch die Pflicht, nur sachbezogene, d.h. für die Abklärung des in Frage stehenden Verdachts potentiell relevante Informationen zu übermitteln, konkretisiert (sog. Grundsätze der potentiellen Erheblichkeit, der Sachbezogenheit und des Übermassverbots; vgl. BGE 126 II 126 E. 5 b/aa).

### **E. 2.2.1**

An den Anfangsverdacht sind gemäss ständiger Rechtsprechung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da im Zeitpunkt des Ersuchens bzw. der Übermittlung von Informationen noch nicht feststeht, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden. Es genügt daher, 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. Es reicht dabei aus, wenn in diesem Stadium erst Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften bestehen und die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen. Verboten sind mithin reine Beweisausforschungen (sog. fishing expeditions). Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, in diesem Rahmen den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie dies lückenlos und völlig widerspruchsfrei tun, zumal bisher im Dunkeln gebliebene Punkte gestützt auf die ersuchten Informationen und Unterlagen erst noch geklärt werden müssen (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.2.2 mit Hinweisen).

### **E. 2.2.2**

Das Verbot der Beweisausforschung ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und damit insbesondere auch des Gesetzmässigkeits- und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1). Als Beweisausforschung gilt in der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Strafsachen namentlich eine Beweismassnahme, die mit der verfolgten Straftat keinen Zusammenhang aufweist und offensichtlich ungeeignet ist, die Untersuchung voranzutreiben, so dass das Ersuchen als Vorwand für eine unbestimmte Suche nach Beweismitteln erscheint. Eine verpönte und damit unrechtmässige Beweisausforschung liegt namentlich vor, wenn zur Begründung oder Erhärtung eines

(noch) fehlenden oder ungenügenden Verdachts nach belastenden Beweismitteln gesucht wird, ohne dass zuvor bereits hinreichend konkrete Anhaltspunkte für ein bestimmtes strafbares bzw. pflichtwidriges Verhalten bestehen (vgl. BVGE 2011/14E. 5.2.2.1 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer bringt im Rahmen seiner Beschwerde vor, die BaFin habe in ihrem Amtshilfegesuch vom 2. Dezember 2013 keinen hinreichenden Anfangsverdacht dargetan, weshalb das Gesuch als unzulässige Beweisausforschung anzusehen sei.

#### **E. 3.1**

Dem Amtshilfegesuch vom 2. Dezember 2013 ist zu entnehmen, dass die BaFin einen Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation ("sonstige Täuschungshandlung") im Sinne von § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG vermutet. Bei dem eingangs umschriebenen Sachverhalt (vgl. Sachverhalt Bst. A), d.h. der Empfehlung der B. \_\_\_\_\_-Aktien in den Börsenbriefen "C. \_\_\_\_\_" sowie "D. \_\_\_\_\_" ab Oktober 2011 und der anschliessenden Ausnutzung der gestiegenen Nachfrage bzw. damit verbundenen Kurssteigerung zur gewinnbringenden Veräusserung der eigenen Aktienbestände, handelt es sich um das sog. Scalping (vgl. hierzu BVGE 2011/14 E. 5.3.2 mit Hinweisen), welches nach dem deutschen Kapitalmarktrecht untersagt ist. Hierbei seien in der Zeit vom 1. bis zum 31. Oktober 2011 auffällige Auftragserteilungen - bei deutlich mehr Verkäufen als Käufen - durch die E. \_\_\_\_\_ Bank SA erfolgt. Der im Amtshilfegesuch abgebildete Chart verdeutliche die kurzfristig durch die Werbemassnahmen hervorgerufenen Kurs- und Umsatzverzerrungen im Zeitraum vom 15. August bis zum 31. Dezember 2011. Als ihren Anfangsverdacht begründende, massgebende Indizien nannte die BaFin damit erstens den im Amtshilfegesuch abgebildeten Chart (vgl. nachfolgend E. 3.2), zweitens die Veräusserung einer grösseren Anzahl B. \_\_\_\_\_-Aktien (von netto ca. 40'000) durch die E. \_\_\_\_\_ Bank über die F. \_\_\_\_\_ Bank AG (vgl. nachfolgend E. 3.3), sowie drittens die ab Oktober 2011 erschienenen Börsenbriefe "C. \_\_\_\_\_" und "D. \_\_\_\_\_" (vgl. nachfolgend E. 4). Diese Indizien sind nachfolgend im Einzelnen zu verifizieren.

#### **E. 3.2**

Der im Amtshilfegesuch abgebildete Chart sowie die betreffende Kurshistorie der Frankfurter Wertpapierbörse ([www.boerse-frankfurt.de](http://www.boerse-frankfurt.de)) zeigen auf, dass die B. \_\_\_\_\_-Aktie in der Zeit bis Ende September 2011 nicht oder nur in geringem Umfang an der Frankfurter Wertpapierbörse gehandelt wurde. Gemäss der erwähnten Kurshistorie der Frankfurter Wertpapierbörse wurde die B. \_\_\_\_\_-Aktie alsdann per Ende Oktober 2011 mit einem Kurs von durchschnittlich EUR 81 gehandelt. In der Folge verblieb dieser bis zum 16. November 2011 - mit Ausnahme eines tieferen Kurses per 11. November 2011 - konstant auf dem Niveau von EUR 82 bis 83. In der Zeit ab dem 16. November 2011 begann der Kurs zu sinken, wobei er zwischen dem 21. und dem 22. November 2011 unvermittelt von EUR 75 auf EUR 46 abstürzte und tags darauf das Minimum von EUR 30 erreichte. Nach einigen Kursschwankungen zwischen dem 24. November und dem 12. Dezember 2011 auf einem eher tiefen Niveau um EUR 40 stieg der Kurs ab dem 13. Dezember 2011 erneut an und erreichte per Ende Dezember 2011 ein Niveau von durchschnittlich EUR 73. Dieser Kursverlauf wird durch den im Amtshilfegesuch abgebildeten Chart verdeutlicht. Jener belegt damit zusammen mit der erwähnten Kurshistorie einen Kurssturz der B. \_\_\_\_\_-Aktien in der Zeit vom 16. bis zum 23.

November 2011. Die durch die BaFin im Amtshilfegesuch vom 2. Dezember 2013 vorgebrachten Kurs- und Umsatzverzerrungen im Zeitraum vom 15. August bis zum 31. Dezember 2011 sind nach dem Gesagten nicht in Abrede zu stellen.

### **E. 3.3**

Die Aufstellung der Details betreffend die Bestandesveränderungen hinsichtlich der B.\_\_\_\_\_-Aktien auf dem Konto Nr. 591'121 des Beschwerdeführers im Zeitraum vom 3. Oktober bis zum 31. Dezember 2011 untermauern sodann die Feststellung der BaFin, wonach die E.\_\_\_\_\_-Bank über die F.\_\_\_\_\_-Bank AG netto ca. 40'000 Aktien der B.\_\_\_\_\_- veräussert habe. Ihren Anfangsverdacht hinsichtlich einer allfälligen Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften hat die BaFin damit mittels des im Amtshilfegesuch der BaFin abgebildeten Charts (vgl. E. 3.1) sowie der Feststellung, dass die E.\_\_\_\_\_-Bank über die F.\_\_\_\_\_-Bank AG im relevanten Zeitraum rund 40'000 Aktien der B.\_\_\_\_\_- veräusserte, zusammen mit den nachfolgend abzuhandelnden Börsenbriefen (vgl. E. 4), - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - hinreichend belegt. Gleichzeitig zeigen die erwähnten Bestandesveränderungen auf dem Konto Nr. 591'121 des Beschwerdeführers im Zeitraum vom 3. Oktober bis zum 31. Dezember 2011 - ergänzend zu dem durch die BaFin skizzierten Anfangsverdacht - auf, dass der Beschwerdeführer im Vergleich zum vorangehend skizzierten Trend (Kursverlauf) antizyklisch gehandelt hat. So sind in der Zeit vom 3. Oktober bis zum 9. November 2011 auf dem Konto des Beschwerdeführers praktisch ausschliesslich Verkäufe der B.\_\_\_\_\_-Aktie sowie in der Zeit vom 10. November bis zum 31. Dezember 2011 - und damit kurz vor bzw. etwa zeitgleich mit dem Kurssturz ab Mitte November 2011 - überwiegend Käufe der erwähnten Aktie verzeichnet. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, im vorangehend dargestellten Umfang mit B.\_\_\_\_\_-Aktien gehandelt zu haben. Die entsprechenden Unterlagen könnten für die BaFin möglicherweise von entscheidender Bedeutung sein bei der Prüfung, ob der Beschwerdeführer allenfalls eine durch entsprechende Empfehlungen (vgl. nachfolgend E. 4) hervorgerufene Nachfrage genutzt haben könnte, um die von ihm gehaltenen Aktien gewinnbringend zu veräussern und damit effektiv zur Klärung des durch die BaFin geschilderten Sachverhalts beitragen.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde des Weiteren, es lägen dem Amtshilfegesuch keine Kopien der "angeblichen" Börsenbriefe bei. Ebenfalls habe die BaFin keinen konkreten Erscheinungszeitpunkt genannt, sondern lediglich die Zeitperiode "ab Oktober 2011" angegeben. Es ist zwar richtig, dass die BaFin die von ihr genannten Börsenbriefe dem Amtshilfegesuch nicht beigelegt hat. Im aktuellen Verfahrensstadium spielt es jedoch (noch) keine Rolle, wer der Urheber der genannten Börsenbriefe war, da gemäss konstanter Rechtsprechung bereits das Vorliegen von Transaktionen in der kritischen Zeitspanne für die Begründung des erforderlichen Anfangsverdachts ausreicht (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.3.2 Abs. 2 und 3). Die um Amtshilfe ersuchende ausländische Aufsichtsbehörde ist nicht verpflichtet, weitere Anhaltspunkte dafür zu liefern, dass zwischen dem Auftraggeber der Transaktionen und den Urhebern von irreführenden Informationen eine Beziehung besteht (BVGE 2007/28 E. 6.2 Abs. 2 i.f.). Die Urheberschaft der Börsenbriefe sowie einen allfälligen Konnex zum Beschwerdeführer wird die BaFin deshalb im weiteren Verfahren abzuklären haben. Der Beschwerdeführer bemängelt denn auch zu Unrecht, die BaFin habe den Erscheinungszeitpunkt der erwähnten Börsenbriefe zu wenig konkret angegeben. Wie vorangehend unter E. 2.2.1 ausgeführt,

reicht es im aktuellen Verfahrensstadium aus, dass erste konkrete Indizien oder Hinweise auf eine mögliche Verletzung finanzmarktrechtlicher Vorschriften angeführt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint die Zeitangabe "ab Oktober 2011" als genügend konkret. Die durch den Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren gegen die Bewilligung der Amtshilfe vorgebrachten Argumente erweisen sich damit als unbegründet.

## **E. 5**

Zusammenfassend stellen der vorangehend skizzierte Kursverlauf der B. \_\_\_\_\_-Aktie sowie die durch die E. \_\_\_\_\_ Bank über die F. \_\_\_\_\_ Bank AG im relevanten Zeitraum vorgenommene Veräusserung von rund 40'000 Aktien der B. \_\_\_\_\_ in Kombination mit den angeführten Börsenbrief-Empfehlungen genügende Indizien für einen Anfangsverdacht hinsichtlich einer allfälligen Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften dar. Den entsprechenden Sachverhalt, welcher den Anfangsverdacht auslöste, hat die BaFin im Rahmen ihres Amtshilfegesuchs ausreichend dargelegt und auch die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung sowie die benötigten Informationen und Unterlagen bezeichnet. Die ersuchten Informationen könnten effektiv zur Aufklärung des geschilderten Sachverhalts beitragen (vgl. E. 3.3 Abs. 2), was der Beschwerdeführer zu Recht nicht bestreitet. Die Vorinstanz hat überdies keine Übermittlung von Informationen an unbeteiligte Dritte angeordnet. Die von der BaFin ersuchten Informationen sind schliesslich hinsichtlich der umstrittenen Transaktionen, des betreffenden Bankinstituts, des Zielobjekts sowie des betreffenden Zeitraums präzise umschrieben und klar begrenzt. Das Amtshilfegesuch erweist sich unter diesen Umständen nicht als eine unzulässige Beweisausforschung. Es kann der Vorinstanz ebenfalls nicht vorgeworfen werden, die von ihr verfügte Amtshilfeleistung verletze den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. E. 2.2). Insgesamt ist damit festzustellen, dass die BaFin in ihrem Amtshilfegesuch vom 2. Dezember 2013 einen genügend konkreten Anfangsverdacht dargelegt hat. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Amtshilfe sind damit vorliegend gegeben.

## **E. 6**

Eventualiter beantragt der Beschwerdeführer, es seien ihm weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren Kosten aufzuerlegen, da er lediglich von seinem Anspruch auf rechtliches Gehör Gebrauch gemacht habe. Den Erlass der angefochtenen Verfügung habe nicht er, sondern die BaFin durch ihr Amtshilfegesuch veranlasst.

### **E. 6.1**

Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 15. Oktober 2008 (FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV, SR 956.122) ist gebührenpflichtig, wer eine Verfügung veranlasst. Gemäss dem Erläuterungsbericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung EFV zur FINMA-Gebührenverordnung vom 6. März 2008 (nachfolgend: Erläuterungsbericht) steht hinter dieser Regelung die Absicht des Ordnungsgebers, dass der Aufwand der Vorinstanz möglichst kostendeckend und verursachergerecht erfasst und einer Person zugeordnet sowie eine Quersubventionierung zwischen den einzelnen Bereichen vermieden werde (vgl. Erläuterungsbericht, S. 1 f. und 4). Im Sinne des Verursacherprinzips soll der Veranlasser eines Verfahrens die Kosten hierfür tragen, selbst wenn das Verfahren nicht mit einer Verfügung endet oder eingestellt wird (Art. 5 Abs. 1 lit. b FINMA-GebV; Erläuterungsbericht, S. 4).

## **E. 6.2**

Indem sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt stellt, die BaFin habe die angefochtene Verfügung durch ihr Amtshilfegesuch veranlasst, verkennt er, dass mit "veranlassen" nicht der formelle Anlass, d.h. vorliegend das Amtshilfeersuchen, sondern der tatsächliche Anlass gemeint ist. Dieser ist im vorliegenden Fall - entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers - weder im Amtshilfeersuchen der BaFin noch in der Wahrnehmung der dem Beschwerdeführer zustehenden Verfahrens- und Prozessrechte zu sehen. Ausschlaggebend ist ausschliesslich das konkrete Verhalten des Beschwerdeführers auf dem ausländischen Finanzmarkt, das eine Untersuchung der BaFin sowie eine (zulässige) Amtshilfehandlung der Vorinstanz zur Folge hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5905/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 4.2 Abs. 2). Wer auf ausländischen Finanzmärkten operiert und sich damit ausländischem Aufsichtsrecht unterstellt, muss überdies in Kauf nehmen, in aufsichtsrechtliche Verfahren im Ausland einbezogen zu werden (BVGE 2011/14 E. 5.4.2 Abs. 2). Schliesslich entspricht es der gängigen Praxis, dass die Kosten der Vorinstanz für Amtshilfehandlungen auf die betroffenen Personen und Gesellschaften überwältzt werden (vgl. Hans-Peter Schaad, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 38 N. 26). Wie zuvor in der Erwägung 3.2 aufgezeigt, ist mit entsprechenden Bankunterlagen belegt (und überdies vom Beschwerdeführer nicht bestritten), dass der Beschwerdeführer in der umstrittenen Zeitspanne mit Aktien der B. \_\_\_\_\_ gehandelt und bis zum Kurssturz Ende November 2011 mehr Verkäufe sowie anschliessend mehr Käufe dieser Aktien betätigt hat. Des Weiteren ging die Vorinstanz zu Recht von der Zulässigkeit der Gewährung von Amtshilfe aus. Vor diesem Hintergrund ist der Beschwerdeführer als Veranlasser der angefochtenen Verfügung anzusehen, weshalb er die dadurch entstandenen Kosten zu tragen hat.

## **E. 7.1**

Als unterliegende Partei hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen, die sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie werden unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache im vorliegenden Verfahren auf Fr. 3'000.- festgesetzt (Art. 63 Abs. 4bis VwVG sowie Art. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und dem bereits geleisteten Verfahrenskostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

## **E. 7.2**

Der Beschwerdeführer hat bei diesem Ausgang des Verfahrens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

## **E. 8**

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