

# **BVGer B-852/2008 vom 29. Mai 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-05-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-852\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-852_2008)

FR: TAF B-852/2008 du 29 mai 2008

IT: TAF B-852/2008 del 29 maggio 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]). Der Beschwerdeführer als Adressat der angefochtenen Verfügung vom 27. Januar 2008 ist durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Er ist 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 wurden 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**

Die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktbehörden richtet sich nach Art. 38 BEHG. Laut dieser Bestimmung darf die EBK ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen 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 weitergeleitet werden (Abs. 2 Bst. a; sog. Spezialitätsprinzip). Die ersuchenden Behörden müssen an ein Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sein, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten bleiben (Abs. 2 Bst. b; sog. Vertraulichkeitsprinzip). Wie das Bundesgericht bereits in mehreren Entscheiden feststellte, 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 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 Rechtshilfevoraussetzungen und insbesondere das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit zu beachten hat (Art. 38 Abs. 6 BEHG, Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006, a.a.O.).

### **E. 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 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 die BaFin stets und auch in neuerer Zeit als amtshilfefähig bezeichnet.

#### **E. 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 Bundesgericht 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 2A.519/2003 E. 2.2.1 mit Hinweisen, 2A.534/2001 E. 3.2). Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht 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 2A.576/2006). 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 "überschiessend", 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 BEHG 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 Efforts"-Erklärungen tatsächlich nicht mehr in der Lage wäre, den Vorgaben von Art. 38 Abs. 2 BEHG in seiner aktuellen Form Nachhaltung zu verschaffen (Urteil 2A.534/2001). Da bis heute das Verhalten der BaFin jedoch nie zu berechtigten Zweifel an einer Abweichung von den "Best Efforts"-Grundsätzen Anlass gegeben hat, rechtfertigt sich eine Praxisänderung vorliegend nicht.

### **E. 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 Bundesgericht 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 2A.12/2007 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.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, dass er keinen Insiderhandel mit Titeln der L. \_\_\_\_\_ AG betrieben habe. Er sei ein trading-orientierter Anleger und kaufe Aktien

unterbewerteter Firmen. Seine Käufe in vorliegendem Fall habe er aufgrund seiner langfristigen Analyse der Lage der L. \_\_\_\_\_ AG getätigt, und nicht aufgrund von Insiderwissen. Ausserdem habe er mit limitierten Orders gearbeitet und lediglich einen kleinen Betrag eingesetzt, was alles gegen Insiderwissen spräche. Aufgrund dieser Tatsachen sei eine Weiterleitung an die BaFin unverhältnismässig. Die Vorinstanz führt aus, dass die Frage, ob der Beschwerdeführer tatsächlich Insiderhandel betrieben habe, nicht Gegenstand eines Amtshilfeverfahrens bilde und als Anfangsverdacht für Insidergeschäfte schon die zeitliche Nähe der Transaktion zur Bekanntgabe der kursbeeinflussenden Informationen genüge.

#### **E. 4.1**

Wie jedes staatliche Handeln muss auch die internationale Amtshilfe verhältnismässig sein (BGE 125 II 65 E. 6a). Gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG dürfen Informationen, welche Personen betreffen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, nicht weitergeleitet werden. Verboten sind demnach reine Beweisausforschungen ("fishing expeditions"). Es ist zu beachten, dass der ausländischen Aufsichtsbehörde 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. Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren neben den gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Die Vorinstanz ihrerseits hat sich nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen genannten Tatsachen zutreffen oder nicht; insbesondere hat sie nicht abzuklären, ob tatsächlich vertrauliche Informationen ausgenutzt wurden oder nicht. Es genügt, wenn die Sachverhaltsschilderung der ersuchenden Behörde nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft bzw. widersprüchlich erscheint und sich daraus hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Transaktionen wegen der Weitergabe vertraulicher Informationen vorgenommen worden sein könnten (Anfangsverdacht); dabei ist insbesondere der enge zeitliche Zusammenhang zwischen einem umstrittenen Geschäft und der öffentlichen Bekanntgabe von bis dahin vertraulichen Informationen von Bedeutung. Die weiteren, eigentlichen Abklärungen obliegen der ausländischen Aufsichtsbehörde. Erst sie hat die ihr amtshilfeweise gelieferten Informationen im Zusammenhang mit eigenen weiteren Abklärungen umfassend zu würdigen. Gelingt es den an den kritischen Transaktionen beteiligten, in das 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. 4.2**

Die BaFin hat in ihrem Gesuch vom 17. August 2008 sowohl den Sachverhalt als auch den Anfangsverdacht genügend begründet und belegt. So führte sie aus, dass im Vorfeld der Übernahmemeldung an die Aktionäre der L. \_\_\_\_\_ AG verdächtige Transaktionen stattgefunden hätten, welche einen Verstoss gegen das Insiderhandelsverbot darstellen könnten. Zudem hat sie das relevante Verfahren (§ 4 WpHG) und die allenfalls anwendbare materielle Norm (§ 14 WpHG, Insiderhandelsverbot) benannt. Schliesslich hat sie die Zeitperiode, auf welche sich die Auskunft beziehen soll, klar determiniert (1. Mai 2006 bis 30. August 2006). Dadurch ist die BaFin den formellen Anforderungen an ein Gesuch in vollem Umfang nachgekommen.

### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer vermag den Anfangsverdacht der BaFin nicht zu zerstreuen. Vorerst ist offensichtlich, dass er die 2'500 Aktien der L. \_\_\_\_\_ AG am 13. Juli 2006, mithin lediglich einen Tag vor Veröffentlichung des Übernahmeangebots durch die O. \_\_\_\_\_ GmbH, erwarb. Ebenso unbestritten ist, dass er das Aktienpaket am Tag des Übernahmeangebots mit einem verhältnismässig grossen Gewinn wieder veräusserte. Die Vorbringen, welche belegen sollen, dass der Beschwerdeführer keinen Insiderhandel betrieben hat, vermögen den begründeten Anfangsverdacht nicht zu widerlegen: dass der Beschwerdeführer ein trading-orientierter Anleger sei, ist vorliegend nicht von Belang. Es handelt sich hierbei um eine subjektive Aussage, welche im Zusammenhang mit einem Amtshilfeverfahren nicht überprüft werden kann und muss. Dasselbe gilt für die Aussagen, wonach der Beschwerdeführer lediglich in einem kleinen Umfang und zudem mit limitierten Orders Aktien gekauft habe. Für sich alleine genommen vermögen diese Vorbringen einen begründeten Anfangsverdacht nicht zu zerstreuen, da dadurch die Verwendung von Insiderwissen nicht zum vornherein ausgeschlossen werden kann. Insgesamt ist der Verdacht der BaFin auf Insiderhandel somit nicht aus der Luft gegriffen und in nachvollziehbarer Weise begründet. Unter diesen Umständen ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Weiterleitung dieser Tatsachen an die BaFin gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen soll. Die Beschwerde ist demnach auch in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 4'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem am 12. März 2008 geleisteten Kostenvorschuss in selber Höhe verrechnet (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.3]). Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

### **E. 6**

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.