

# **BVGer BVGE 2007/28 vom 25. Juni 2007**

Bundesverwaltungsgericht, 2007-06-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2007\\_28](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2007_28)

FR: TAF BVGE 2007/28 du 25 juin 2007

IT: TAF BVGE 2007/28 del 25 giugno 2007

## **Regeste**

Amts- und Rechtshilfe

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Eidg. Bankenkommission leistet der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Amtshilfe und übermittelt dieser folgende Informationen: a) Die Kundin, welche am 20. Januar 2006 102'000 Titel der A. verkaufte, heisst X. (ursprüngliche Order: 500'000 Titel mit Low Limit EUR 4.-). Die wirtschaftlich berechtigten Personen sind D., E. und die F. b) Die Z. kaufte am 20. Januar 2006 für die X. 610'000 (500'000 und 110'000) Aktien der A. zum Kurs von EUR 2.66 bzw. 2.86 und buchte diese auf dem Depot der X. ein. Am selben Tag verkaufte sie für die X. 560'000 Aktien der A. zum Kurs von EUR 4.13 und buchte diese auf dem Depot der X. aus. Die fraglichen Aktienkäufe bzw. der Aktienverkauf wurde durch den externen Broker, die G., über die H. im Auftrag der X. durchgeführt. c) Die Kundin, welche am 22. August 2005 12'000 Aktien der A. kaufte (nach erteilter unlimitierter Kauforder in der Höhe von 12'000 Titeln) und insgesamt 21'500 dieser Titel am 12., 19. und 23. August 2005 verkaufte (nach erteilter Kauforder [recte: Verkaufsoorder] in der Höhe von 2'000'000 Titeln mit Limit EUR 3.20), ist auch die X.

### **E. 2**

(Zweckgebundenheit der Informationen und Dokumente).

### **E. 3**

(Zustimmungserfordernis der Eidg. Bankenkommission zur Weiterleitung der Informationen und Dokumente über den beschriebenen Zweck hinaus).

### **E. 4**

(Rechtsmittelbelehrung).

### **E. 5**

Wie jedes staatliche Handeln muss auch die internationale Amtshilfe verhältnismässig sein (BGE 125 II 65 E. 6a). Verboten sind 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 Amtshilfverfahren 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 oder 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, ins Aufsichtsverfahren einbezogenen Personen nicht, den Anfangsverdacht klarerweise und entscheidend zu entkräften, ist die Amtshilfe zu gewähren (zum Ganzen BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und E. 5.2.3, BGE 127 II 142 E. 5a, je mit weiteren Hinweisen).

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt, eine Kursmanipulation in der von der BaFin dargestellten Form setze voraus, dass hinter dem Übernahmeangebot dieselben Personen stünden, welche auch an den Börsentransaktionen beteiligt seien. Die Beschwerdeführerin und die B. seien aber nicht identisch, und es fehle jedwelcher Hinweis darauf, dass die wirtschaftlich an der Beschwerdeführerin berechtigten Personen über Verbindungen zur B. verfügten. Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, der Verkauf von Aktien in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Bekanntgabe des Übernahmeangebots reiche für einen genügenden Anfangsverdacht aus, stelle sie in unzulässiger Weise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Insidergeschäften ab. Im vorliegenden Fall basiere das Amtshilfegesuch aber nicht auf dem Verdacht von Insidergeschäften, sondern auf dem Vorwurf der Marktmanipulation. Ob die Beschwerdeführerin möglicherweise Kenntnis gehabt habe vom Übernahmeangebot, wie die Vorinstanz unterstelle, sei im Hinblick auf eine potentielle Kursmanipulation nicht massgeblich. Wesentlich sei diesbezüglich einzig, ob die Beschwerdeführerin Handlungen der B. habe beeinflussen können. Die untersuchende Behörde habe aber keine Verbindung dieser Gesellschaft zu der Beschwerdeführerin aufzeigen können. Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, die Delikte der Kursmanipulation und des Ausnützens von Insiderwissen seien eng miteinander verbunden und kaum voneinander zu trennen. Dies bestätige auch das BGer, indem es in Urteilen betreffend Kursmanipulationen dieselben Kriterien zum Verhältnismässigkeitsprinzip anwende wie bei Insiderfällen. Dass die BaFin Untersuchungen wegen des Verdachts einer möglichen Marktmanipulation eingeleitet habe, beweise nicht, dass sie eine Verfolgung von Insidervergehen von vornherein ausschliesse.

### **E. 6.1**

Die BaFin begründet ihr Amtshilfeersuchen mit dem Verdacht einer Marktmanipulation. Es bestehe der Verdacht, dass die Mitteilung der A. vom 20. Januar 2006 unrichtige und irreführende Angaben enthalten habe und insbesondere das mitgeteilte Übernahmeangebot der Investmentgesellschaft B. fingiert gewesen sei. Sie hegt weiter den Verdacht, dass Personen von diesem fingierten Übernahmeangebot gewusst oder es sogar selbst lanciert hätten, mit dem Ziel, den Preis der A.-Aktien hochzutreiben, um zuvor erworbene Aktienbestände auf dem manipulativ erhöhten Preisniveau zu veräussern.

### **E. 6.2**

Der Tatbestand einer allfälligen Marktmanipulation durch ein nur fingiertes Übernahmeangebot ist mit demjenigen eines Insidergeschäfts insofern verwandt, als auch hier vertrauliche Informationen ausgenutzt werden, nämlich die Kenntnis, dass das Angebot nur fingiert und damit irreführend ist. Wie beim Insidergeschäft ist daher auch bei diesem Tatbestand logischerweise zu erwarten, dass der oder die Urheber der falschen Angaben in einem bestimmten Zeitpunkt, in diesem Fall in der kritischen Phase nach der Publikation des fingierten Angebots, aber vor dem Bekanntwerden von dessen Unrichtigkeit, versuchen, den von ihnen verursachten Irrtum der übrigen Marktteilnehmer durch entsprechende Transaktionen auszunützen. Aus der Sicht der um internationale Amtshilfe ersuchenden Finanzmarktaufsichtsbehörde ist es daher für die Wahrheitsfindung notwendig oder zumindest nützlich, näher zu untersuchen, wer in der Phase des erhöhten Kurses unmittelbar nach der Mitteilung eines fingierten Übernahmeangebots entsprechende Titel verkauft hat. Insofern ist - analog der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Insider-Fällen (vgl. Urteil des BGer 2A.576/2006 vom 7. Februar 2007 E. 2.3.2 und Urteil des BGer 2A.494/2004 vom 17. November 2004 E. 4.2) - davon auszugehen, dass entsprechende Transaktionen in der kritischen Zeitspanne für die Begründung des erforderlichen Anfangsverdachts ausreichen. Das BGer hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, es sei nicht Gegenstand eines Amtshilfeverfahrens, ob der jeweilige Beschwerdeführer tatsächlich von Insiderinformationen profitiert habe. Es sei vielmehr die Aufgabe der ersuchenden Behörde, aufgrund der verschiedenen eingeholten Auskünfte und ihrer übrigen Untersuchungen abzuklären, ob bei den umstrittenen Geschäften tatsächlich börsenrechtliche Bestimmungen verletzt worden seien. Die Aufsichtsbehörde des ersuchten Staates könne diese Frage im Rahmen des Amtshilfeverfahrens nicht vorwegnehmen, da ihr die zu deren Beurteilung erforderlichen Elemente fehlten (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3 mit Hinweisen). Angesichts der Vergleichbarkeit der Tatbestände ist davon auszugehen, dass die um internationale Amtshilfe ersuchende Behörde auch beim Verdacht auf Marktmanipulation durch irreführende Informationen nicht verpflichtet ist, weitere Anhaltspunkte dafür zu liefern, dass eine Beziehung zwischen dem Auftraggeber der Transaktionen und den Urhebern der irreführenden Informationen besteht.

### **E. 6.3**

Aus den von der Z. gelieferten Informationen und Unterlagen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin in der kritischen Zeitspanne unmittelbar nach der Veröffentlichung des mutmasslich fingierten Übernahmeangebots A.-Aktien veräussert hat. Der erforderliche Anfangsverdacht ist damit gegeben.

### **E. 6.4**

Es ist Sache des jeweiligen Kunden, einen derartigen 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 sein Wissen erfolgte (vgl. BGE 127 II 323 E. 6b/aa). Davon kann im vorliegenden Fall aber offensichtlich keine Rede sein, wurde der Auftrag doch unbestrittenermassen durch D. erteilt.

### **E. 7**

In Bezug auf die Transaktionen von August 2005 rügt die Beschwerdeführerin weiter, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem genügenden Anfangsverdacht ausgegangen. Sie lasse in aktenwidriger Weise unbeachtet, dass damit überwiegend und namentlich zu Beginn der

Transaktionen Aktien verkauft worden seien. Auch unabhängig von den Handelsvolumina seien diese Transaktionen für eine Kursmanipulation, insbesondere für ein Hochkaufen, ungeeignet gewesen. Auch bezüglich der Frage, ob eine bestimmte Kursentwicklung oder ein spezifisches Handelsvolumen erforderlich sei, um einen Anfangsverdacht zu begründen, könne nicht auf die Rechtsprechung zu Insiderdelikten zurückgegriffen werden, sondern es seien die eigenständigen Tatbestandselemente der Kursmanipulation heranzuziehen. Eine volumenmässig unbedeutende Transaktion könne nicht Gegenstand einer Marktmanipulation sein. Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, angesichts der Anzahl gehandelter Aktien seien die in Frage stehenden Transaktionen durchaus geeignet gewesen, den Kurs der Aktie zu beeinflussen. Die Vermutung, die Kauf- und Verkaufsaufträge seien vom gleichen wirtschaftlich Berechtigten erteilt worden, habe sich bestätigt. Dies allein reiche aus, um den Anfangsverdacht zu begründen. Ob die in Frage stehenden Transaktionen objektiv geeignet und volumenmässig ausreichend waren, den Kurs der A.-Aktie künstlich zu erhöhen, ist eine Frage, welche letztlich die BaFin zu beantworten haben wird, wenn sie aufgrund der verschiedenen eingeholten Auskünfte und ihrer übrigen Untersuchungen darüber entscheiden wird, ob tatsächlich börsenrechtliche Bestimmungen verletzt worden sind. Die Vorinstanz wäre zu dieser Beurteilung gar nicht in der Lage, da ihr nur gerade die in der Schweiz eingeholten Auskünfte vorliegen. Im Rahmen des Amtshilfeverfahrens kann diese Frage daher offen gelassen werden. Immerhin ist nachvollziehbar, dass die BaFin Indizien für eine aufsichtsrechtlich untersuchungswürdige Kursanomalie gesehen hat. Wenn - wie sie zu Recht vermutete - der gleiche Auftraggeber einen unlimitierten Kaufauftrag erteilt, während er bereits einen limitierten Verkaufsauftrag pending hat, nimmt der Auftraggeber offensichtlich in Kauf, dass es zu Scheingeschäften ohne Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers kommt (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 bzw. Abs. 2 Nr. 3 der bundesdeutschen Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation vom 1. März 2005 [Marktmanipulationskonkretisierungsverordnung, MaKonV, BGBl. I S. 515]; siehe auch Urteil des BGer 2A.154/2003 vom 26. August 2003 E. 4.2.1). Dass dies der Beschwerdeführerin auch subjektiv bewusst war, ergibt sich aus dem Top Limit der letzten Tranche des Kaufauftrags, das genau dem Limit des Verkaufsauftrags entsprach. Hinzu kommt, dass diese Kauftransaktionen volumenmässig nahezu dem durchschnittlichen Tagesumsatz der A.-Aktie entsprachen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, reicht es in dieser Situation als Anfangsverdacht aus, dass der gleiche wirtschaftlich Berechtigte sowohl die Kauf- als auch die Verkaufstransaktionen in Auftrag gegeben hat.

## **E. 8**

Die Beschwerdeführerin beantragt eventualiter, die Identität von D. sei nicht offen zu legen. Dieser sei nur in der Gründungsphase wirtschaftlich an der Beschwerdeführerin berechtigt gewesen. Gemäss Bestätigung von E. vom 26. September 2006 würden seit dem 23. Juli 2005 alle Anteile von diesem selbst und von der F. gehalten. Die Vorinstanz erachtet diese Ausführungen als nicht schlüssig. Zwar sei nicht restlos geklärt, ob D. immer noch wirtschaftlich an der Beschwerdeführerin berechtigt sei. Dies abzuklären sei jedoch nicht ihre Sache. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsste die Beschwerdeführerin darlegen können, dass D. mit der zu untersuchenden Angelegenheit nichts zu tun habe, damit er als unbeteiligter Dritter gelten könnte. Da er jedoch Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und Auftraggeber der in Frage stehenden Transaktionen sei, sei dies nicht dargetan.

### **E. 8.1**

Gegenstand des Amtshilfeverfahrens sind die Auskünfte und Unterlagen, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BEHG von der Z. erhalten hat. Die Würdigung dieser Beweise ist nicht ihre Aufgabe; dafür sind vielmehr die Behörden des um Amtshilfe ersuchenden Staates zuständig. Die Vorinstanz braucht daher nicht abzuklären, ob diese Auskünfte und Unterlagen auch den Tatsachen entsprechen; es genügt, dass sie den Kenntnisstand und die Unterlagen des ersuchten Finanzinstituts - soweit den in Frage stehenden Sachverhalt betreffend - korrekt wiedergeben. Einzig bezüglich der Frage, ob diese Auskünfte und Unterlagen allenfalls einen Kunden betreffen, der mit dem in Frage stehenden Geschäft offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hatte, hat sie die vom Kunden eingereichten Beweise zu würdigen.

### **E. 8.2**

Die Beschwerdeführerin reichte mit ihrer Stellungnahme vom 3. Oktober 2006 eine Bestätigung von E. vom 26. September 2006 ein, in der dieser erklärt, D. sei ausschliesslich Direktor der Beschwerdeführerin, habe aber « zu keiner Zeit Anteile an der Gesellschaft besessen ». Diese Sachdarstellung steht in offensichtlichem Widerspruch sowohl zum Limited Partnership Agreement vom 5. Juli 2005 als auch zu der von D. und E. am 14. Juli 2005 unterzeichneten Erklärung zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen im Sinne von Art. 4 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0), worin D. als an der Beschwerdeführerin wirtschaftlich Berechtigter dargestellt wird. Unter diesen Umständen ist der Beweiswert der Erklärung vom 26. September 2006 nicht dergestalt, als dass dadurch der klare und eindeutige Nachweis erbracht wäre, dass D. entgegen den Unterlagen der Z. am Konto der Beschwerdeführerin nicht wirtschaftlich berechtigt wäre.

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