Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-994/2009/flr/bof/san
{T 0/2}

Urteil vom 13. Mai 2009

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Frank Seethaler,
Gerichtsschreiberin Fabia Bochsler.

Parteien

1. **A.**_____ **Stiftung**,
2. **B.**_____,
beide vertreten durch Advokatin Prof. Dr. iur. Monika Roth,
Beschwerdeführende,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Amtshilfe.

Sachverhalt:

A.
Am 16. November 2007 gab die X._____ AG in einer Ad-hoc-Mitteilung gemäss § 15 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) bekannt, dass ihre beiden Vorstände und Grossaktionäre Y._____ und Z._____ beabsichtigen, ihre gesamten Anteile an der X._____ AG in Höhe von insgesamt 30,2 Prozent an die Q._____ zu veräussern. Darüberhinaus habe die Q._____ mitgeteilt, dass sie allen verbleibenden Aktionären der X._____ AG ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot unterbreiten werde.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2008 gelangte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend: BaFin) an die Eidgenössische Bankenkommission (EBK; heute: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA; nachfolgend: Vorinstanz) und ersuchte wegen Verdachts auf Verstoss gegen das Insiderhandelsverbot gemäss § 14 WpHG um die amtshilfeweise Übermittlung bestimmter Informationen. Die BaFin führte zur Begründung aus, dass die im Vorfeld der vorgenannten Veröffentlichungen getätigten Transaktionen untersucht und auffällige Geschäfte analysiert werden. Sie ersuchte mit Bezug auf verschiedene Transaktionen, welche bei der R._____ (Bank) in Zürich in Auftrag gegeben worden waren, um Bekanntgabe von Name, Geburtsdatum und Anschrift des endbegünstigten Depotinhabers bzw. Auftraggebers, sofern dieser vom Depotinhaber abweicht. Weiter bat sie um Datum und Uhrzeit der Ordererteilung der in Rede stehenden Wertpapiertransaktionen, ursprüngliche Stückzahl, ggf. gesetztes Limit einschliesslich ggf. erfolgter Limitänderung sowie Dauer der Gültigkeit der Order. Es handelte sich dabei um folgende Transaktionen von X._____ AG-Aktien (ISIN ...):

Handelszeitpunkt	Börse	Preis	Nominale	Interne Meldenummer
31.10.2007	Xetra	5.46 Euro	1'050	...
31.10.2007	Xetra	5.47 Euro	2'000	...
31.10.2007	Xetra	5.47 Euro	350	...
31.10.2007	Xetra	5.47 Euro	1'000	...
31.10.2007	Xetra	5.47 Euro	3'000	...
31.10.2007	Xetra	5.47 Euro	1'000	...
31.10.2007	Xetra	5.47 Euro	1'600	...

Die vertrauliche Behandlung sowie die Zweckgebundenheit der Informationen sicherte sie zu.

Die Vorinstanz ersuchte mit Schreiben vom 9. Juli 2008 die R._____ (Bank) um Zustellung der im Schreiben vom 19. Juni 2008 von der BaFin einverlangten Kundeninformationen. Die R._____ (Bank) liess diese Informationen der Vorinstanz mit Schreiben vom 23. Juli 2008 zukommen.

Am 26. August 2008 teilte die Vorinstanz der R._____ (Bank) mit, dass eine Weiterleitung der einverlangten Kundeninformationen in Betracht gezogen werden müsse. Sie wies die R._____ (Bank) daher an, die Kundin einzuladen, bis am 10. September 2008 mitzuteilen, ob sie auf eine formelle Verfügung betreffend die Übermittlung ihrer Daten an die BaFin verzichte.

Mit Schreiben vom 10. September 2008 informierte Prof. Dr. iur. Monika Roth die Vorinstanz, dass sie die Kundin vertrete und beantragte, das Amtshilfegesuch abzuweisen. Nach Diskussionen mit der Vorinstanz ersuchte die Rechtsvertreterin schliesslich mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 um Erlass einer Verfügung.

Am 2. Februar 2009 verfügte die Vorinstanz, was folgt:

"1. Die FINMA leistet der Bundesanstalt für Finanzdienstleitungsaufsicht Amtshilfe und übermittelt dieser die folgenden Informationen:

   Die Käufe von insgesamt 10'000 Aktien der X._____ AG sind für die A._____ Stiftung mit Sitz ... (Adresse), erfolgt. Der Kauf von 7'400 Aktien ist am 31. Oktober um 10.02 Uhr getätigt worden. Die restlichen 2'600 Aktien wurden am selben Tag um 16.57 Uhr gekauft. Der Auftrag ist durch den wirtschaftlich Berechtigten B._____, geb. ... (Datum), ... (Adresse), telefonisch erteilt worden und war bis zum 1. November 2007 um 0.00 Uhr gültig. Gemäss R._____ (Bank) wurden keine Limiten gesetzt.

2. 500 Aktienstücke sind am 16. November 2007 zum Kurs von Euro 6.20 verkauft worden. Die Veräusserung der restlichen 9'500 Aktien ist am 17. November 2007 zum selben Kurs erfolgt.

3. ...
4. ...
5. ...
6. ..."

B.

Gegen diese Verfügung erhoben die A._____ Stiftung (Beschwerdeführerin 1) und B._____ (Beschwerdeführer 2) am 16. Februar 2009

Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die Verfügung der FINMA vom 2. Februar 2009 sei aufzuheben und das Amtshilfegesuch der BaFin vom 19. Juni 2008 sei abzuweisen. Eventualiter sei die FINMA anzuweisen, neu zu verfügen und den Namen der Beschwerdeführerin 1 nicht an die BaFin weiterzuleiten. Allenfalls sei die Sache zur weiteren Abklärung und Neubeurteilung an die FINMA zurückzuweisen.

Zur Begründung wird geltend gemacht, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung nur die Beschwerdeführerin 1 als Partei aufgeführt, wolle aber auch den Namen des Beschwerdeführers 2 an die BaFin übermitteln. Dessen Beziehungsnähe zur Streitsache sei gegeben und er habe ein unmittelbares, eigenes und selbständiges Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung. Mit der Gründung einer Stiftung in Liechtenstein verzichte der wirtschaftlich Berechtigte keineswegs implizit und schon gar nicht ausdrücklich auf rechtsstaatliche Garantien und es sei angesichts der von den Banken geforderten Sorgfaltspflichten bezüglich der Person des wirtschaftlich Berechtigten gerade bei solchen Konstrukten wie dem vorliegenden von einer quasi-vertraglichen Stellung des wirtschaftlich Berechtigten gegenüber der Bank auszugehen. Deshalb wäre es nicht gerechtfertigt, ihm die Beschwerdelegitimation abzusprechen. Hinzukomme, dass die Interessen des Bankkunden und des wirtschaftlich Berechtigten nicht identisch zu sein brauchen, was wiederum dafür spreche, beiden das rechtliche Gehör zu gewähren und beide als Parteien in der Verfügung zu adressieren. Der Finanzplatz Schweiz biete aktiv entsprechende Produkte an, arbeite eng mit Stiftungsanbietern zusammen und sei an die Sorgfaltspflichten gebunden, welche in verschiedenen Regulierungen umschrieben werden. Der wirtschaftlich Berechtigte sei auch insofern ein Träger von legitimen und schützenswerten Interessen, als bei Herausgabe seines Namens den ausländischen Behörden bekannt werde, dass er eine Stiftung gegründet habe. Der Name des wirtschaftlich Berechtigten und Auftraggebers dürfe nicht an die BaFin weitergeleitet werden und die Verfügung sei aufzuheben, da der Beschwerdeführer 2 weder vorgängig angehört worden, noch in der Verfügung als Partei aufgeführt sei.

Des Weiteren wird ausgeführt, die BaFin habe um Auskunft betreffend die Identität des endbegünstigten Depotinhabers und des Auftraggebers, sofern abweichend vom endbegünstigten Depotinhaber, ersucht.

Endbegünstigter Depotinhaber sowie gleichzeitig der Auftraggeber sei der Beschwerdeführer 2. Die Beschwerdeführerin 1 sei Kontoinhaberin, wonach die BaFin ausdrücklich nicht gefragt habe. Die Übermittlung des Namens der Beschwerdeführerin 1 sei daher vom Amtshilfeersuchen gar nicht erfasst. Diese Ergänzung sei unverhältnismässig, willkürlich und verletze die Grundsätze eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Es bestehe kein Raum für nichtverlangte Amtshilfe und schon gar nicht für angebliche Deals. Die Leiterin Internationale Amtshilfe der EBK habe am 1. Dezember 2008 zugesagt, dass der Name der Beschwerdeführerin 1 nicht an die BaFin weitergeleitet werde. Indem deren Name nun aber gemäss Verfügung trotzdem weitergeleitet werden soll, verhalte sich die Vorinstanz treuwidrig. Am 12. Februar 2009 habe die Vorinstanz am Telefon schliesslich behauptet, die Rechtsvertreterin habe einen Vergleich mit der damaligen EBK nicht gewollt und deshalb sei die Verfügung vom 2. Februar 2009 erlassen worden.

Die Beschwerdeführerin 1 bringt ausserdem vor, die Vorinstanz verletze mit der Übermittlung offensichtlich irrelevanter Informationen das Gebot der Verhältnismässigkeit. Die Beschwerdeführerin 1 sei in die Angelegenheit nicht verwickelt und der Auftrag sowie der Anlageentscheid seien jeweils vom Beschwerdeführer 2 getroffen worden. Ein allfälliges Strafverfahren wegen Insiderhandel würde sich auch gegen ihn und nicht gegen die Beschwerdeführerin 1 richten. Schliesslich habe aus dem Verkauf der 10'000 Aktien lediglich ein geringfügiger Gewinn von EUR 6'096.60 resultiert. Zudem sei die Vorinstanz im Lichte der Geschehnisse, die sich in Deutschland in Zusammenhang mit dem Kauf gestohlener Bankdaten abgespielt hätten, angehalten, eine Güterabwägung zu treffen und in jedem Fall bei geringfügigen Beträgen die Amtshilfe an die BaFin zu verweigern. Auch angesichts der Gefährdung des Amts- und Bankgeheimnisses und angesichts der erwiesenen und öffentlich bekannten und vom deutschen Finanzminister ausdrücklich gebilligten und mit Zahlungen geförderten Missachtung rechtsstaatlicher Grundsätze in Deutschland habe vorliegend die Amtshilfe zu unterbleiben. Die Zusicherung der BaFin, dass die Informationen nur zur Durchsetzung der Finanzmarktregulierung verwendet würden, könne keine genügende Sicherheit mehr bieten.

C.

Mit Vernehmlassung vom 5. März 2009 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und bestreitet die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 2. Zur Übermittlung des Namens der Be-

schwerdeführerin 1 führt sie aus, dass wenn eine Partei der Übermittlung der verlangten Angaben nicht zustimme und auf den Erlass einer Verfügung bestehe, so könne die Vorinstanz gestützt auf die Prozessökonomie nicht nur die Übermittlung der im Amtshilfegesuch ausdrücklich verlangten Informationen, sondern auch die Übermittlung weiterer für die Aufklärung eines allfälligen Insidergeschäftes dienlichen Angaben in Betracht ziehen. Die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchenden Angelegenheit verwickelt seien, sei unzulässig. Vorliegend habe allerdings der Beschwerdeführer 2 die Transaktionen über das Konto der Beschwerdeführerin 1 abgewickelt. Die Übermittlung des Namens der Beschwerdeführerin 1 als Kontoinhaberin ermögliche der ersuchenden Behörde abzuklären, ob ein Zusammenhang mit ihrer Untersuchung bestehe und ob sie allenfalls weitere Angaben über diese juristische Person und ihre Organe erheben soll. Die Übermittlung sei somit im Hinblick auf die Aufklärung des untersuchten Insidergeschäfts dienlich und erforderlich und das Vorgehen der Vorinstanz diesbezüglich weder unverhältnismässig noch willkürlich oder treuwidrig. Weiter würden Amtshilfebestimmungen wie Art. 38 BEHG einen Spezialitätsgrundsatz vorsehen, gemäss dem die Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Auskünften unter der Voraussetzung erfolgen dürfe, dass diese ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden und die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden seien. Diese Amtshilfevoraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Der Einwand, dass nur ein geringfügiger Gewinn erzielt worden sei, sei unerheblich. Es genüge, dass die umstrittenen Transaktionen in einer zeitlichen Beziehung zur öffentlichen Bekanntgabe stehen. Auch im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips gebe es keine Ausnahme für allfällige „Bagatellfälle“, da ansonsten mit der Vornahme einer Vielzahl von kleineren Transaktionen die Gewährung von Amtshilfe umgangen werden könnte.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 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 Börsengesetzes 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]).

1.2 Die Beschwerdeführerin 1 ist die durch die Amtshilfe betroffene Kontoinhaberin und Adressatin der angefochtenen Verfügung. Sie ist durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Vertreterin hat sich rechtsgenüglich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 3 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 ist daher einzutreten.

1.3 Der Beschwerdeführer 2 ist der wirtschaftlich Berechtigte des Kontos, worüber Auskünfte erteilt werden sollen. Gemäss ständiger Rechtsprechung wird im Bereich der internationalen Amtshilfe grundsätzlich einzig die Legitimation des Inhabers eines solchen Bankkontos bejaht, nicht aber jene des wirtschaftlich Berechtigten an diesem, selbst wenn dadurch seine Identität offen gelegt wird. Die Amtshilfemassnahme richtet sich in der Regel direkt gegen den Kontoinhaber, denn dieser steht in erster Linie mit der Bank in einer unmittelbaren Geschäftsbeziehung und ist damit auch hauptsächlicher Träger des durch das Bankgeheimnis geschützten Geheimbereichs und nicht der wirtschaftlich Berechtigte (BGE 127 II 323 E. 3.a.cc.; Urteil des Bundesgerichts 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004 E. 2.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2921/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.4.3, je mit weiteren Hinweisen).

Eine Ausnahme in Bezug auf die Beschwerdelegitimation besteht allerdings namentlich für den wirtschaftlich Berechtigten einer juristischen Person, falls er geltend machen kann, die Gesellschaft sei aufgelöst worden oder handlungsunfähig. Wie der Alleinaktionär ist auch der wirtschaftlich Berechtigte einer Stiftung liechtensteinischen Rechts indessen nicht bereits wegen seiner Stellung und des damit verbundenen wirtschaftlichen Interesses berechtigt, einen Entscheid anzufechten, der die von ihm beherrschte Gesellschaft betrifft. Denn wer in seinen geschäftlichen Beziehungen die Verfügungsmacht über ein Konto durch eine andere natürliche oder juristische Person wahrnehmen lässt, hat regelmässig die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu tragen. Er muss die von ihm gewählte Konstruktion (selbständige Kundenqualität eines Dritten) gegen sich gelten lassen. Dank seines wirtschaftlichen und rechtlichen Einflusses auf den direkten Vertragspartner der Bank kann er seine Interessen in geeigneter Weise wahren (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2921/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.4.3; Urteil des Bundesgerichts 2A.3/2004 vom 19. Mai 2004 E. 2.2.2; BGE 127 II 323 E. 3.b.cc.; Urteil des Bundesgerichts 2A.352/2000 vom 9. März 2001 E. 3.a; BGE 125 II 65 E. 1).

Aus den Akten ist vorliegend zum einen nicht eindeutig ersichtlich, welches rechtlich die Stellung des Beschwerdeführers 2 bezüglich der Kontoinhaberin ist. Zum anderen wird vom Beschwerdeführer 2 hingegen auch nicht geltend gemacht, der vorgenannte Ausnahmefall würde vorliegen. Dem Beschwerdeführer 2 kommt daher im vorliegenden Amtshilfeverfahren keine Parteistellung zu – weshalb insbesondere auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im vorinstanzlichen Verfahren vorliegen kann – und er ist als wirtschaftlich Berechtigter nicht zur Beschwerdeführung gegen die vorinstanzliche Verfügung legitimiert.

Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 ist daher nicht einzutreten.

2.

Am 1. Januar 2009 trat das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1) in Kraft. Dies bewirkte nicht nur verschiedene Änderungen des Gesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1), sondern das FINMAG enthält auch eine eigene, harmonisierte Regelung über die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden (vgl. Art. 42 FINMAG).

Gemäss Art. 2 FINMAG gilt in Bezug auf das Verhältnis des FINMAG zu den anderen Finanzmarktgesetzen, dass ersteres nur gilt, soweit die Finanzmarktgesetze nichts anderes vorsehen. Wie der Botschaft zum FINMAG vom 1. Februar 2006 (BBl 2006 2829, 2848) ausdrücklich entnommen werden kann, sollten für die Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden trotz Inkrafttreten der harmonisierten Amtshilfebestimmung von Art. 42 FINMAG sachlich gerechtfertigte und gewollte Unterschiede in den einzelnen Finanzmarktgesetzen geregelt bleiben. In der Botschaft namentlich erwähnt ist dabei Art. 38 BEHG, welcher im Börsenbereich gewisse Erleichterungen der Amtshilfe vorsieht und deshalb der harmonisierten Bestimmung des FINMAG als lex specialis vorgeht. Im vorliegenden Fall, welcher sich im Börsenbereich abspielt, kommt somit Art. 38 BEHG i.V.m. Art. 2 FINMAG zur Anwendung.

Art. 38 BEHG erfuhr mit dem Inkrafttreten des FINMAG insofern eine Änderung, als dass der Ausdruck „Aufsichtsbehörde“ durch „FINMA“ ersetzt worden ist (vgl. Art. 57 i.V.m. Anhang Ziffer 16 FINMAG). Als Verfahrensbestimmung findet die geänderte Bestimmung zum einen mit ihrem Inkrafttreten sofort Anwendung, ungeachtet des Umstandes, dass sich der in Frage stehende Sachverhalt teilweise vor Inkrafttreten dieses neuen Rechts ereignet hat (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6039/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006 vom 8. Februar 2007 E. 2; je mit weiteren Hinweisen). Zum anderen handelt es sich dabei vorderhand um eine redaktionelle Anpassung in Zusammenhang mit der Überführung der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) als Aufsichtsbehörde in die FINMA (vgl. Art. 58 Abs. 1 FINMAG).

3.

3.1 Gemäss Art. 38 BEHG darf die FINMA 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 Öffent-

lichkeit über solche vorbehalten bleiben (Abs. 2 Bst. b; sog. Vertraulichkeitsprinzip).

3.2 Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, welcher die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6040/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 2.4; Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 3.1, je mit weiteren Hinweisen). 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 3 und 4 des Dispositivs. Diesbezüglich sind die Voraussetzungen für die Leistung von Amtshilfe ohne Weiteres gegeben.

4.
Die Beschwerdeführerin 1 bestreitet die Zulässigkeit der Amtshilfe nicht grundsätzlich. Sie wendet indessen mehrfach ein, diese sei vorliegend unverhältnismässig.

4.1 Gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG hat die FINMA bei ihrem Entscheid den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen. Mit dieser gesetzlichen Regelung wurde die bestehende differenzierte bundesgerichtliche Praxis in das neue Recht übernommen (BBl 2004 6747, 6766 f.). Die Verhältnismässigkeit wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Amtshilferecht einerseits konkretisiert durch das Verbot, Informationen über Personen zu übermitteln, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (unbeteiligter Dritter), und andererseits durch die Pflicht, sachbezogene Informationen zu übermitteln (Anfangsverdacht). Ausserdem konnte die Bankenkommission bereits bisher ein Ersuchen spontan mit ihr aufsichtsrechtlich sinnvoll erscheinenden Auskünften ergänzen, soweit diese für das ausländische Verfahren dienlich erschienen und damit in einem sachlichen Zusammenhang standen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 5.1, mit weiteren Hinweisen).

4.2 Die Beschwerdeführerin 1 macht zum einen geltend, die Übermittlung des Namens der Beschwerdeführerin 1 sei vom Amtshilfeersuchen gar nicht erfasst und diese Ergänzung sei unverhältnismässig, willkürlich und gesetzeswidrig.

4.2.1 Im vorliegenden Fall hat die FINMA in der angefochtenen Verfügung auch den Namen der Beschwerdeführerin 1 angeführt, über deren Konto die Aktienkäufe getätigt wurden. Nach Art. 38 Abs. 4 BEHG 3. Satz ist namentlich die Übermittlung von Informationen über Personen, die „offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind“, unzulässig.

Gemäss Rechtsprechung lässt die Tatsache, dass umstrittene Transaktionen über das Konto eines Bankkunden liefen, diesen grundsätzlich bereits in den Anlageentscheid im Sinne von Art. 38 Abs. 4 BEHG als „verwickelt“ erscheinen. Ausnahmsweise kann der Bankkunde, über dessen Konto die verdächtigen Transaktionen liefen, allenfalls dann als „unbeteiligter Dritter“ angesehen werden, wenn ein klarer und unzweideutiger (schriftlicher) Vermögensverwaltungsauftrag vorliegt und keine anderen Umstände darauf hinweisen, dass er in irgendeiner Form dennoch an den verdächtigen Transaktionen beteiligt gewesen sein könnte (Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 4.2; BGE 126 II 126 E. 6.a.bb., mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin 1 Inhaberin des Kontos ist, über welches die Transaktionen abgewickelt worden sind. Dass der vorgenannte Ausnahmefall vorliegen würde und die Beschwerdeführerin 1 an den verdächtigen Transaktionen überhaupt nicht beteiligt gewesen sein könnte, wird weder geltend gemacht noch ist es aus den Akten ersichtlich. Die Beschwerdeführerin 1 gilt damit als in den Anlageentscheid „verwickelt“ und kann nicht als „unbeteiligter Dritter“ angesehen werden.

Die Information, wer Kontoinhaberin ist, ist im Hinblick auf die Aufklärung von allfälligen Insidergeschäften genauso dienlich und erforderlich wie die im Amtshilfegesuch ausdrücklich herausverlangten Informationen. Die Weiterleitung der Daten der Beschwerdeführerin 1 ist unter diesem Gesichtspunkt daher weder unverhältnismässig, noch willkürlich oder gesetzeswidrig und ist insgesamt nicht zu beanstanden.

4.2.2 Daran ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin 1 nichts, ein allfälliges Strafverfahren wegen Insiderhandel richte sich gegen den Beschwerdeführer 2 und nicht gegen sie.

Zum einen steht dieser von der Beschwerdeführerin 1 vorgebrachte Einwand der Leistung von Amtshilfe gemäss Art. 38 BEHG grundsätz-

lich nicht entgegen. Die Identität der Beschwerdeführerin 1 ist bereits deshalb für die weiteren (Vor-)Abklärungen der BaFin von Interesse, weil die umstrittenen Geschäfte über deren Konto erfolgt sind. Zum anderen haben sich die schweizerischen Behörden laut Rechtsprechung im Rahmen von Amtshilfeverfahren nicht auf juristische Diskussionen über die Auslegung ausländischen Rechts einzulassen. Die Vorinstanz wie auch das Bundesverwaltungsgericht wären hierfür aufgrund des limitierten Einblicks in die tatsächlichen und rechtlichen Aspekte von Amtshilfefällen weder qualifiziert noch in der Lage. Die korrekte Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des deutschen Aufsichtsrechts ist folglich allein die Aufgabe der BaFin (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 6.2, mit weiteren Hinweisen).

4.3 Zum anderen bringt die Beschwerdeführerin 1 vor, die Transaktion sei geringfügig gewesen und aufgrund des Verhaltens der deutschen Behörden müsse die Vorinstanz eine Güterabwägung vornehmen und die Amtshilfe unterlassen.

4.3.1 Im Rahmen der Amtshilfe mit Verdacht auf Insiderhandel genügt, wenn sich aufgrund der Sachverhaltsschilderung der ersuchenden Behörde, die nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheint, 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 alsdann der ausländischen Aufsichtsbehörde. So hat sich die FINMA nicht darüber auszusprechen, ob die im Ersuchen genannten Tatsachen zutreffen oder nicht. Auch hat sie nicht abzuklären, ob tatsächlich Insiderinformationen ausgenutzt wurden oder nicht. Unbeachtlich ist schliesslich auch, ob sich der Kurs der betroffenen Aktie auf eine bestimmte Art entwickelt hat oder ob ein bestimmtes Handelsvolumen erreicht worden ist. 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 (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2A.494/2004 vom 17. November 2004 E. 4.1 und 4.2; BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3; BGE 127 II 142 E. 5a, je mit weiteren Hinweisen).

Verboten sind hingegen 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; BGE 125 II 65 E. 6b).

Die vorliegend interessierenden Aktienkäufe fanden am 31. Oktober 2007 statt und fallen damit in die kritische Zeit kurz vor der Ad-hoc-Mitteilung am 16. November 2007. Diese zeitliche Nähe genügt als „Anfangsverdacht“, um dem Amtshilfeersuchen zu entsprechen. Nicht massgebend ist hingegen, ob mit den Aktienkäufen ein bestimmtes Volumen erreicht oder nur ein geringfügiger Gewinn erzielt worden ist. Die Beschwerdeführerin 1 vermag vorliegend mit ihren Vorbringen daher diesen Anfangsverdacht nicht klarerweise zu entkräften.

4.3.2 Die BaFin sicherte vorliegend ausserdem zu, die übermittelten Angaben nur zur Überwachung des Effektenhandels 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 (vgl. Ziffer 3 und 4 des Dispositivs).

Mit Blick auf diese unzweideutige, durch die zuständige ausländische Fachinstanz abgegebene Erklärung kann auf die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes vertraut werden. Solange ein ersuchender Staat sich effektiv an den Spezialitätsvorbehalt hält und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass er dies im Einzelfall nicht tun würde, steht der Amtshilfe insofern nichts entgegen (Urteil des Bundesgerichts 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004 E. 2.3, mit weiteren Hinweisen). Bis zum Beweis des Gegenteils darf die FINMA davon ausgehen, dass sich die BaFin im Interesse einer funktionierenden Zusammenarbeit hieran halten und falls nötig die in Aussicht gestellten „best efforts“ zum Schutz des Spezialitätsprinzips und der Vertraulichkeit üben wird (Urteil des Bundesgerichts 2A.576/2006 vom 7. Februar 2007 E. 2.3.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.494/2004 vom 17. November 2004 E. 3.1, mit weiteren Hinweisen). Bis heute hat das Verhalten der BaFin nie zu berechtigten Zweifeln an einer Abweichung von den "best efforts"-Grundsätzen Anlass gegeben (vgl. auch Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-852/2008 vom 29. Mai 2008 E. 3). Dem Ein-

wand der Beschwerdeführerin 1, es sei aufgrund des Verhaltens der deutschen Behörden eine Güterabwägung vorzunehmen, ist deshalb nicht zu folgen.

5.
Zusammenfassend erweist sich die Leistung von Amtshilfe im vorliegenden Fall – insbesondere einschliesslich der Weiterleitung des Namens der Beschwerdeführerin 1 – als zulässig. Eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz ist nicht angezeigt.

Die Beschwerde ist, soweit darauf einzutreten ist, unbegründet und daher abzuweisen.

6.
Den unterliegenden Beschwerdeführern sind die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.3]).

Die Gerichtsgebühr bemisst sich dabei nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE) und beläuft sich vorliegend auf Fr. 3'500.-. Davon werden Fr. 2'500.- der Beschwerdeführerin 1 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Die verbleibenden Fr. 1'000.- gehen zu Lasten des Beschwerdeführers 2, dessen Beschwerde auf die Prüfung der Eintretensfrage beschränkt blieb. Vom geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'500.- werden dem Beschwerdeführer 2 von der Gerichtskasse Fr. 1'500.- zurückerstattet.

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

7.
Dieser Entscheid kann nicht mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 83 Bst. h des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Er ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird nicht eingetreten.

2.
Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 wird abgewiesen.

3.
Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 3'500.- werden den Beschwerdeführern auferlegt.

Sie gehen mit Fr. 2'500.- zu Lasten der Beschwerdeführerin 1 und mit Fr. 1'000.- zu Lasten des Beschwerdeführers 2 und werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 2'500.- verrechnet.

Der Restbetrag von Fr. 1'500.- wird dem Beschwerdeführer 2 von der Gerichtskasse überwiesen.

4.
Den Beschwerdeführern wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben; Akten zurück, Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2009-014-08/57; Einschreiben; Akten zurück)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Ronald Flury	Fabia Bochsler

Versand: 14. Mai 2009