Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7195/2008
{T 0/2}

Urteil vom 27. Januar 2009

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt LL.M. Urs Wickihalder,
Bratschi Wiederkehr & Buob, Bahnhofstrasse 46,
Postfach 1130, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Schwanengasse 2, Postfach, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Amtshilfe für die Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

Sachverhalt:

A. Mit Gesuch vom 19. Mai 2008 ersuchte die spanische Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) die Eidgenössische Bankenkommission (EBK, seit 1. Januar 2009: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Vorinstanz) um amtshilfeweise Übermittlung von bestimmten Informationen und Unterlagen betreffend den Handel mit Aktien der Y._____ S.A. (nachfolgend Y._____ S.A.). Zur Begründung führte die CNMV an, die Y._____ S.A. habe ihr am 28. Juli 2006 mitgeteilt, dass die V._____ ein öffentliches Übernahmeangebot in Bezug auf die Y._____ S.A. lanciert habe und deren Hauptaktionärin sich vertraglich verpflichtet habe, der Anbieterin die Aktienmehrheit anzudienen. Die CNMV habe in der Folge eine Routineuntersuchung wegen Verdachts auf Insiderhandel eröffnet. In diesem Zusammenhang ersuche sie um Informationen und Unterlagen über bestimmte Transaktionen in Aktien der Y._____ S.A., welche über den spanischen Intermediär U._____ S.V., im Auftrag der W._____ Bank, London, und auf Rechnung der Z._____, Genf, getätigt worden seien.

Die CNMV beantragte in ihrem Amtshilfegesuch insbesondere, die Vorinstanz möge ihr bestätigen, dass zwischen dem 12. Juni und dem 28. Juli 2006 keine weiteren als die erwähnten Transaktionen in Aktien der Y._____ S.A. oder in auf deren Aktien basierenden Finanzinstrumenten im Auftrag der W._____ Bank oder einer ihrer Gruppengesellschaften und auf Rechnung der Z._____ getätigt worden seien. Ferner möge die Vorinstanz ihr die Identität sowohl der Personen, welche die verdächtigen Transaktionen in Auftrag gegeben hätten, als auch der Personen, auf deren Rechnung sie letztlich erfolgt seien, mitteilen. Zudem ersuchte die CNMV um Auskunft bezüglich bestimmter Detailangaben zu den getätigten Transaktionen wie z. B. Datum und Zeit sowie die Art und Weise der Auftragserteilung.

B. Die Z._____ liess der Vorinstanz Kundeninformationen betreffend die verdächtigen Transaktionen zukommen, nachdem die Vorinstanz deren Übermittlung einverlangt hatte. Aus diesen Unterlagen ergab sich, dass am 13. Juli 2006 eine Kauforder in Höhe von 2'350 Aktien der Y._____ S.A. zu je 18.832 € für insgesamt 44'255.20 € im Auftrag der Beschwerdeführerin durchgeführt wurde.

C. Die Vorinstanz teilte der Z._____ am 18. Juli 2008 mit, dass die Weiterleitung der Kundeninformationen in Betracht gezogen werden müsse. Sie forderte die Z._____ auf, die Beschwerdeführerin davon in Kenntnis zu setzen und sie darauf hinzuweisen, dass sie bis am 5. August 2008 auf eine formelle, kostenpflichtige Verfügung verzichten könne.

D. Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Stellungnahme vom 2. September 2008 das Amtshilfegesuch abzuweisen. Für den Fall, dass es gutgeheissen werde, beantragte sie, eine formelle Verfügung zu erlassen. Sie machte geltend, der wirtschaftlich Berechtigte der Beschwerdeführerin stehe in keiner Beziehung zur Y._____ S.A., was wegen seines hohen Alters (Jahrgang 1927) glaubhaft sei. Der Kauf der fraglichen Aktien basiere keineswegs auf Insiderinformationen, sondern vielmehr auf einer von der T._____ bereits im Juni 2006 abgegebenen Kaufempfehlung, über welche auch in den spanischen Medien berichtet worden sei. Die von der Beschwerdeführerin erworbenen Aktien stellten weniger als ein Prozent der emittierten oder des Jahresumsatzes der Aktien der Y._____ S.A. und weniger als 10% des Wertes des Portfolios des wirtschaftlich Berechtigten dar. Weder habe es vor der Transaktion einen Geldzufluss, noch nachher eine Auszahlung gegeben. Eine Weiterleitung der Informationen wäre daher unverhältnismässig. Beim Amtshilfegesuch handle es sich um eine unzulässige reine Beweisausforschung (sogenannte "fishing expedition").

E. Am 29. Oktober 2008 hiess die Vorinstanz das Amtshilfegesuch der CNMV gut und verfügte:

"1. Die Eidg. Bankenkommission leistet der Comisión Nacional del Mercado de Valores Amtshilfe und übermittelt dieser die folgenden Informationen:

   Z._____, Genf, hat mittels W._____ (London) für die X._____, handelnd durch ihre Domizilagenten S._____ AG resp. deren Zeichnungsberechtigten A._____ und B._____ am 13. Juli 2006 den Kauf von 2'350 Titeln der Y._____ S.A. zu je EUR 18.832 für insgesamt EUR 44'255.20 vorgenommen.

   An der X._____ ist C._____, spanischer Staatsangehöriger, mit Wohnsitz an der (...) wirtschaftlich berechtigt. Dieser hat letztlich die Transaktion beantragt.

2. Die Eidg. Bankenkommission weist die Comisión Nacional del Mercado de Valores darauf hin, dass die übermittelten Informationen und Dokumente ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler ("Finanzmarktregulierungen") verwendet werden oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden dürfen.

3. Die Eidg. Bankenkommission macht die Comisión Nacional del Mercado de Valores ausdrücklich darauf aufmerksam, dass jegliche Verwendung oder Weiterleitung der von der Eidg. Bankenkommission übermittelten Informationen für einen anderen Zweck als die Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler ("Finanzmarktregulierungen") der Zustimmung der Eidg. Bankenkommission bedarf. Die Comisión Nacional del Mercado de Valores hat die Zustimmung vor der Weiterleitung der Informationen bei der Eidg. Bankenkommission einzuholen.

4.-5.(...)"

F. Gegen diese Verfügung erhebt die Beschwerdeführerin am 12. November 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, im Wesentlichen mit der gleichen Begründung wie in der Stellungnahme vom 2. September 2008, die angefochtene Verfügung aufzuheben und der CNMV die Amtshilfe vollumfänglich zu verweigern.

G. Die Vorinstanz lässt sich hierzu am 8. Dezember 2008 vernehmen und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Verfahren bezüglich der internationalen Amtshilfe jeweils das Recht anwendbar, das im Zeitpunkt des Erlasses der anwendbaren Verfügung in Geltung war. Weder ist auf das alte Recht zurück zu greifen, wenn der zum Amtshilfeersuchen Anlass gebende Sachverhalt sich vor der Rechtsänderung ereignete, noch ist das neue Recht anzuwenden, wenn es erst im Verlauf eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens in Kraft tritt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.701/2005 vom 9. August 2006, E. 2).

Im vorliegenden Fall kommt Art. 42 FINMAG somit noch nicht zur An-

wendung, sondern es ist auf Art. 38 BEHG in der im Oktober 2008 geltenden Fassung abzustellen. Freilich verhält es sich so, dass die im vorliegenden Fall entscheidungsrelevanten Vorschriften des Art. 38 BEHG alter Fassung mit der neu ab 1. Januar geltenden Fassung inhaltlich identisch sind. Es wurden nur redaktionelle Änderungen vorgenommen. Diese Rechtsänderung hat deshalb in materiellrechtlicher Hinsicht auf die Beurteilung des vorliegenden Falles keinen Einfluss.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Amtshilfeverfügungen der Vorinstanz (Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen, sie berührenden Verfügung zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Gemäss Art. 38 Abs. 2 BEHG darf die Aufsichtsbehörde 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), und die ersuchenden Behörden an ein Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sind, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten bleiben (Abs. 2 Bst. b; sog. Vertraulichkeitsprinzip).

4. Die spanische CNMV ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, welcher die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann, wie das Bundesgericht schon wiederholt festgestellt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.701/2005 vom 9. August 2006, E. 3.2, mit 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 die eingeforderten Informationen vertraulich zu behandeln. Der

angefochtene Entscheid enthält die entsprechenden Vorbehalte in Ziffer 2 und 3 des Dispositivs. Diesbezüglich sind die Voraussetzungen für die Leistungen von Amtshilfe ohne Weiteres gegeben.

5. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dem Amtshilfeersuchen der CNMV liege kein genügender Anfangsverdacht zugrunde. Sie ist der Auffassung, einen allfälligen Anfangsverdacht entkräften zu können und begründet ihr Vorbringen im Einzelnen. Gestützt darauf erachtet sie das Verhältnismässigkeitsprinzip als verletzt und qualifiziert das Amtshilfegesuch der CNMV als unzulässige reine Beweisausforschung.

5.1 Wie jedes staatliche Handeln muss auch die Amtshilfe verhältnismässig sein (BGE 125 II 65 E. 6a). Unverhältnismässig wäre ein Amtshilfeersuchen, das ohne jeden Anfangsverdacht gestellt wird. Verboten sind daher reine Beweisausforschungen ("fishing expeditions"). Dabei ist zu beachten, dass der ersuchenden Behörde 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). 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 bei Amtshilfegesuchen wegen Insiderdelikten nicht abzuklären, ob tatsächlich vertrauliche Informationen ausgenutzt wurden oder nicht. In diesen Verfahren genügt es, wenn die Sachverhaltsschilderung der ersuchenden Behörde nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheint und wenn 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 129 II 484 E. 4.2, BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3, BGE 127 II 142 E. 5a, je mit weiteren Hinweisen).

5.2 Die CNMV hat in ihrem Amthilfegesuch dargelegt, dass sie eine Routineuntersuchung bezüglich möglicher Insidervergehen in Bezug auf das öffentliche Übernahmeangebot der V._____ gegenüber den Aktionären der Y._____ S.A. eröffnet. Die Bekanntgabe des Übernahmeangebots erfolgte am 28. Juli 2006. In diesem Kontext untersucht die CNMV, in wessen Auftrag die Z._____ am 13. Juli 2006 den Kauf von insgesamt 2'350 Aktien der Y._____ S.A. veranlasst hat. Dass der Kurs der Aktien der Y._____ S.A. zwischen diesen Transaktionen und der Zeit nach der öffentlichen Bekanntgabe markant gestiegen ist, konnte die Vorinstanz den auf Internet öffentlich zugänglichen Börsenkursen der Madrider Börse entnehmen.

Mit diesen Anhaltspunkten ist der nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geforderte genügende Anfangsverdacht bei Untersuchungen wegen Verdachts auf ein Insiderdelikt gegeben, denn es besteht offensichtlich ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den umstrittenen Transaktionen und der öffentlichen Bekanntgabe einer bis dahin vertraulichen Information (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.2).

5.3 Die Beschwerdeführerin versucht diesen Anfangsverdacht mit dem Argument zu entkräften, der wirtschaftlich Berechtigte, welcher den Kauf der Y._____-Aktien in Auftrag gegeben habe, sei eine betagte und nicht mehr im Berufsleben stehende Person, die in keinerlei Beziehung zur Y._____ S.A. oder zu irgendwelchen sonstigen Informationsträgern gestanden habe. Zudem seien für die hier in Frage stehende Kauforder keine Insiderinformationen ursächlich gewesen, sondern vielmehr eine von der T._____ bereits im Juni 2006 abgegebene Kaufempfehlung, über welche auch in den spanischen Medien berichtet worden sei. Der wirtschaftlich Berechtigte der Beschwerdeführerin unterhalte ein Konto bei der T._____ und werde von ihr beraten. Unmittelbar nachdem er die T._____ besucht habe, seien die Aktien der Beschwerdeführerin gekauft worden, was die Sachbearbeiterin, die den Kaufvertrag entgegengenommen habe, bestätigen könne.

Ob der in Frage stehende Bankkunde tatsächlich von Insiderinformati-

onen profitiert hat, bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens. Es ist Aufgabe der ersuchenden Behörde, aufgrund ihrer Untersuchungen und der verschiedenen, allenfalls auch in andern Ländern eingeholten Auskünften abzuklären, ob bei den umstrittenen Geschäften tatsächlich börsenrechtliche Bestimmungen verletzt worden sind und Anlass besteht, die Straf(verfolgungs)behörden über den Ausgang ihrer (Vor-)Abklärungen zu informieren. Die Vorinstanz kann diese Frage im Rahmen des Amtshilfeverfahrens nicht vorwegnehmen, da ihr die zu deren Beurteilung erforderlichen Elemente fehlen. Die Amtshilfe ist daher nicht schon dann unverhältnismässig, wenn der betroffene Kunde in mehr oder weniger plausibler Weise darzutun vermag, dass er seinen Kaufentscheid gestützt auf öffentlich zugängliche Informationen getroffen hat, sondern nur, wenn er einen entsprechenden Anfangsverdacht klarerweise entkräften kann; er etwa mit dem Geschäft wegen eines umfassenden Vermögensverwaltungsauftrags offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hat (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall sind daher nicht geeignet, den Anfangsverdacht, der sich aus den im Amtshilfeersuchen geschilderten Tatsachen ergibt, zu entkräften.

5.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, beim Amtshilfeersuchen handle es sich vermutlich um eine unzulässige reine Beweisausforschung, weil dort nicht die Rede von einem offensichtlichen Missbrauch, sondern von einer Routineuntersuchung ("routine investigation") sei. Die schlichte Einforderung von Klientendaten und die Weiterleitung ohne Prüfung entspreche nicht den Vorgaben des Gesetzes.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie dargelegt, ergeben sich aus dem Amtshilfeersuchen genügend konkrete Anhaltspunkte für einen Anfangsverdacht auf ein Insidervergehen. Ob die CNMV beim Vorliegen derartiger Umstände routinemässig oder nur in besonderen Einzelfällen eine Untersuchung eröffnet, liegt in ihrem pflichtgemässen Ermessen. Die Bezeichnung ihrer Ermittlungen als Routineuntersuchung macht ihr Amtshilfegesuch daher nicht zu einer unzulässigen "fishing expedition". Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich daher als unbegründet.

5.5 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die von ihr erworbenen Aktien der Y._____ S.A. entsprächen nur dem verschwindend kleinen Anteil von 0,0059 % der emittierten Aktien. Die Aktienpo-

sition der Y._____ S.A. repräsentiere zudem lediglich 9 % des Wertes des Portfolios des wirtschaftlich Berechtigten.

Ein Amtshilfeersuchen erscheint nicht bereits deshalb als unverhältnismässig, weil es nur wenige Transaktionen bzw. Transaktionen, aus denen ein verhältnismässig geringer Gewinn resultierte, betrifft (vgl. die Bundesgerichtsurteile 2A.50/2005 vom 16. März 2005, E. 2.3, sowie 2A.595/1998 vom 10. März 1999, E. 2b). Zudem ist nur die ersuchende ausländische Behörde letztlich in der Lage, gegebenenfalls aufgrund der eigenen Abklärungen und der weiteren in Amtshilfe erhaltenen Informationen festzustellen, ob die Behauptungen der Beschwerdeführerin bezüglich des Volumens der vorgenommenen Transaktionen zutreffen (vgl. BVGE 2007/28 E. 7).

5.6 Das Amtshilfeersuchen stützt sich somit auf einen rechtsgenüglichen Anfangsverdacht und ist verhältnismässig. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Amtshilfe sind insgesamt erfüllt.

6. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin die unterliegende Partei, weshalb ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

8. Als unterliegender Partei ist der Beschwerdeführerin auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

9. 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.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- verrechnet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beschwerdebeilagen retour)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. (...); Einschreiben; Vorakten retour)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Eva Schneeberger	Michael Barnikol

Versand: 29. Januar 2009