Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-7550/2014

Urteil vom 30. April 2015

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Jean-Luc Baechler und Frank Seethaler;
Gerichtsschreiberin Deborah Staub.

Parteien

A._____,
vertreten durch Dr. Florian Baumann, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Amtshilfe.

Sachverhalt:

A.
Mit Gesuch vom (…) ersuchte die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend: BaFin) die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (nachfolgend: Vorinstanz) um Amtshilfe wegen Verdachts auf Marktmanipulation in Zusammenhang mit Aktien (ISIN … und …) der B._____. (nachfolgend: B._____).

Zur Begründung führt die BaFin aus, eine Tätergruppe stehe im Verdacht, Marktmanipulation in Form des sog. *Scalpings* begangen zu haben. So gebe es Anhaltspunkte, dass B._____ -Aktien telefonisch massiv beworben und dadurch Kaufinteressen am Markt erzeugt worden seien. Die Verdächtigen hätten ihre Aktienbestände auf diese Weise mit Gewinn verkaufen können. Die B._____ (ISIN …) seien im Freiverkehr der folgenden Börsen gehandelt worden:

- …: …
- …: …
- …: …
- …: …
- …: …

Weitere B._____ (ISIN …) seien im Freiverkehr der folgenden Börsen gehandelt worden:

- …: …
- …: …

Gemäss BaFin habe die C._____ (nachfolgend: C._____) am (…) über ein Konto der A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) den Betrag von (…) an einen Handelsteilnehmer in Deutschland überwiesen, der auffällige Transaktionen in B._____ -Aktien getätigt habe. Der (…) sei überdies der (…). Diese Gesellschaft sei ursprünglich unter dem Namen D._____ gegründet und am … in B._____ umfirmiert worden. Es seien deshalb verbotene "abgesprochene Geschäfte" zu vermuten, die als Vortat des *Scalpings* zu qualifizieren seien. Des Weiteren bestehe der Verdacht, dass dem Handelsteilnehmer in Deutschland diese Geldsumme als Entlohnung für seine Dienste bezahlt worden sei. Diese Überweisung sei nach bisherigem Kenntnisstand der einzige externe Geldein- oder -ausgang auf dem betroffenen Konto des Verdächtigen im Zeitraum zwischen dem (…) und dem (…).

Im Zusammenhang mit dem Konto der Beschwerdeführerin (Kontonummer bei der C._____: …) ersuchte die BaFin die Vorinstanz um Bekanntgabe der Identität des Kontoinhabers und aller wirtschaftlich berechtigter Personen und Auftraggeber, zudem um Mitteilung der Identität aller weiterer Personen, die verfügungsberechtigt am Konto seien bzw. gewesen seien, unter Berücksichtigung des Zeitraums der jeweiligen Vollmacht. Ebenfalls ersuchte die BaFin für den Zeitraum vom (…) bis (…) um entsprechende Aufstellung der Bestände und Bestandesveränderungen aller Konten der involvierten Personen, wobei nebst Buchungs- und Betragsdaten auch Zahlungsempfänger und -absender mit Buchungsgrund sowie Aufstellungen über Bestände und Bestandesveränderungen von allfälligen Depots involvierter Personen in B._____ -Aktien unter Einschluss der Preisangabe während des genannten Zeitraums zu zählen seien.

Mit Schreiben vom (…) verlangte die Vorinstanz von der BaFin die Bekanntgabe weiterer "Verdachtsmomente" im Zusammenhang mit dem Konto der Beschwerdeführerin sowie eine grafische Darstellung über die Kurs- und Umsatzschwankungen der B._____ -Aktien (ISIN …) für den Zeitraum vom (…) bis (…) . Am (…) ergänzte die BaFin gegenüber der Vorinstanz ihre Verdachtsmomente und führte aus, dass gerade die einmalige Zahlung (…) auffällig sei. Die BaFin äussert in diesem Zusammenhang den Verdacht, die Täter hätten mehr Zeit für die Listingvoraussetzungen für (…) benötigt, weil danach, d.h. ab (…), unmittelbar die verdächtigen Geschäfte eingesetzt hätten. Zudem reichte die BaFin den gewünschten Kurs- und Umsatzchart der besagten Aktie für den Zeitraum vom (…) bis (…) ein (ISIN …). Die BaFin wies überdies darauf hin, dass die Aktie zwar ab dem (…) in (…) gelistet gewesen sei, Börsenumsätze aber erst ab dem (…) zustande gekommen seien.

Die C._____ überliess der Vorinstanz am (…) die vollständigen Unterlagen über das Konto der Beschwerdeführerin, ebenso die Listen über die Kontobewegungen sowie (…).

Am (…) zeigte der Vertreter der Beschwerdeführerin gegenüber der Vorinstanz seine Rechtsvertretung in dieser Angelegenheit an und beantragte die Verweigerung der Amtshilfe, da kein hinreichender Anfangsverdacht vorliege und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG verletzt worden sei. Zudem verlangte er Akteneinsicht in das Amtshilfegesuch der BaFin. Andernfalls sei eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Die Vorinstanz könne der BaFin jedoch mitteilen, (…), weshalb

auch keine sachdienlichen Bankunterlagen und Depotauszüge übermittelt werden dürften.

Mit Schreiben vom (…) sowie E-Mail-Nachrichten vom (…) und (…) teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die beabsichtigte Weiterleitung der eingeholten Bankunterlagen an die BaFin mit und gewährte ihr die verlangte Akteneinsicht in das Amtshilfegesuch.

Mit Stellungnahme vom (…) gegenüber der Vorinstanz beantragte die Beschwerdeführerin die Verweigerung der Amtshilfe, da sie nicht betroffene Dritte sei und der Anfangsverdacht fehle. Einverstanden mit der Herausgabe sei sie einzig mit Bezug auf das Schreiben der C._____ vom (…), sofern keine weiteren Dokumente amtshilfeweise herausgegeben würden.

B.
Am (…) verfügte die Vorinstanz wie folgt:

"1. Die FINMA leistet der BaFin Amtshilfe und übermittelt dieser die folgenden Informationen:

1.1. Die C._____, hat für die Rechnung der A._____, am (…) einen Betrag von (…) an E._____ überwiesen. F._____, c/o G._____, war Auftraggeber der Transaktion. E._____, geb. (…), wohnhaft (…), ist wirtschaftlich Berechtigter an der A._____.

1.2. Folgende Dokumente werden der BaFin zugestellt:

- Konto- und Depoteröffnungsunterlagen (pag. …)
- Auflistung sämtlicher Bestandesveränderungen bzw. Transaktionsliste (pag. …)
- Unterschriftenkarten und Zusammenarbeitsvertrag zwischen der C._____ und der G._____ (pag. …)

2. Die FINMA bittet die BaFin, die übermittelten Informationen und Unterlagen gemäss dem IOSCO Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information (IOSCO MMoU) vertraulich zu behandeln. Die FINMA weist die BaFin zudem ausdrücklich 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. Die FINMA macht die BaFin ausdrücklich darauf aufmerksam, dass jegliche Verwendung oder Weiterleitung der von

der FINMA übermittelten Informationen für einen anderen Zweck als die Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler ("Finanzmarktregulierungen") der vorgängigen Zustimmung der FINMA bedarf.

3. Die Ziff. 1 und 2 dieser Verfügung werden 10 Tage nach Zustellung an die Partei vollstreckt, sofern innert dieser Frist keine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen ist.

4. Die Verfahrenskosten von (…) werden der A._____ auferlegt. Sie werden separat per Post in Rechnung gestellt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu bezahlen."

C.
Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am (…) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Darin stellt sie den Antrag, dass die Verfügung vom (…) kostenfällig aufzuheben und die Amtshilfe an die BaFin zu verweigern sei. Eventualiter habe die ersuchende Behörde darzulegen, inwieweit sich der Verdacht auf *Matched Orders* und/oder *Scalping* seit Einreichung des Gesuchs am (…) bestätigt bzw. konkretisiert habe. Subeventualiter sei die Amtshilfe auf folgende Unterlagen zu beschränken: Schreiben der C._____ vom (…) (pag. …); Überweisungsauftrag und SWIFT-Beleg vom (…) über (…) (pag. …). Subsubeventualiter seien ergänzend auch Kontoeröffnungsunterlagen mit Hinweis auf den wirtschaftlich Berechtigten herauszugeben.

D.
Mit Vernehmlassung vom (…) beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Amtshilfeverfügungen der Vor-instanz (Art. 38 Abs. 5 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 [BEHG; SR

954.1] und Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG; SR 173.32]).

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sie ist als durch die Amtshilfe betroffene Kontoinhaberin und Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt im Sinne von Art. 48 VwVG i.V.m. Art. 38 Abs. 5 BEHG. Aufgrund der durch die Amtshilfe geforderten Offenlegung von Bankunterlagen hat sie überdies ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, eine unbeteiligte Dritte mit Bezug auf den *Scalping*-Verdacht zu sein, ändert nichts an den Tatsachen, dass sie Vertragspartnerin der C._____ ist und als Beschwerdeführerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat. Als solche ist sie auch berechtigt, zur Verteidigung ihrer Interessen vorzubringen, dass sie in materieller Hinsicht eine sog. unbeteiligte Dritte sei. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin wird von der Vor-instanz denn auch nicht bestritten.

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter hat sich rechtsgenüglich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteils-voraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.

Das Börsengesetz und das Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG; SR 956.1) enthalten je eigene Regelungen über die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden (Art. 38 BEHG und Art. 42 FINMAG). Die Bestimmungen des FINMAG sind dabei subsidiär gegenüber denjenigen der anderen Finanzmarktgesetze (Art. 2 FINMAG; vgl. Botschaft des Bundesrats zum FINMAG vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829, 2848). Im vorliegenden Fall ist deshalb Art. 38 BEHG als *lex specialis* anwendbar.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b 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 (sog. Spezialitätsprinzip) und die ersuchenden Behörden an ein Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sind (sog. Vertraulichkeitsprinzip). Dabei bleiben Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten.

Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, welcher die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (vgl. BVGE 2011/14 E. 4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3703/2009 vom 3. August 2009 E. 3). Sie sichert in ihrem Gesuch die vertrauliche Behandlung sowie die Zweckgebundenheit der Informationen zu. Der angefochtene Entscheid enthält die entsprechenden Vorbehalte in Ziff. 2 des Dispositivs. Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung dargelegt hat, ist die BaFin ausserdem Vollmitglied (A-Signatar) des "Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information" der Internationalen Organisation of Securities Commissions (IOSCO-MMoU), weshalb davon ausgegangen werden darf, dass sie die Anforderungen an die Spezialität (Art. 10) und Vertraulichkeit (Art. 11) der übermittelten Information einhält (vgl. BVGE 2008/33 E. 3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 3.2 und 4.2.2). Es wird von der Beschwerdeführerin weder geltend gemacht noch gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die BaFin ihre eigenen Erklärungen und Zusicherungen missachten würde.

3.

Ein wichtiges Element der internationalen Behördenzusammenarbeit bildet der Grundsatz, wonach – ausser bei offenbarem Rechtsmissbrauch – grundsätzlich kein Anlass besteht, an der Richtigkeit und Einhaltung der Sachverhaltsdarstellung und an Erklärungen anderer Staaten, mit denen man vertraglich zusammenarbeitet, zu zweifeln (sog. völkerrechtliches Vertrauensprinzip; vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2, 4.3.1 und 4.3.3; BGE 126 II 409 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 2A.153/2003 vom 26. August 2003 E. 3.1). Auf diesem Vertrauen gründen letztlich das ganze vertragliche Amts- und Rechtshilferecht im Allgemeinen wie auch das vorliegende zwischenstaatliche Amtshilfeverfahren im Besonderen (vgl. BVGE 2011/14 E. 2).

Im Rahmen des Amtshilfeverhältnisses ist die ersuchte Behörde demgemäss an die Darstellung des Sachverhalts in einem Ersuchen insoweit gebunden, als dieses nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden kann (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1; BGE 128 II 407 E. 5.2.1; BVGE 2010/26 E. 5.1). Erst eine solche Entkräftung könnte zum Anlass genommen werden, die Vermutung des Vertrauens in die ersuchende Behörde in einem einzelnen Fall umzustossen und – bei gravierenden und systemischen Mängeln – die Amtshilfepraxis gegenüber dem entsprechenden Staat neu zu überdenken. Unter Umständen könnten Amtshilfeleistungen auch an weitere Bedingungen und Auflagen, beispielsweise an eine zusätzliche beweisrechtliche Dokumentierung des Ersuchens, geknüpft oder die Übermittlung vertraulicher Informationen verweigert werden (vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2; BVGE 2011/14 E. 2, mit weiteren Hinweisen; STEPHAN BREITENMOSER, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Peter Uebersax / Beat Rudin / Thomas Hugi Yar / Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 23.106, mit weiteren Hinweisen). Von der ersuchenden Aufsichtsbehörde darf aber nicht verlangt werden, dass sie den massgeblichen Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darlegt, soll doch gerade das Amtshilfeverfahren zur Klärung noch offener Punkte und Fragen im ausländischen Hauptverfahren beitragen (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.154/2003 vom 26. August 2003 E. 4.1; BVGE 2010/26 E. 5.1).

Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben im Zusammenhang mit vermuteten Marktmanipulationen wiederholt festgehalten, die ersuchte Behörde müsse lediglich prüfen, ob genügend Indizien für eine mögliche Marktverzerrung vorhanden seien. Es genüge hierfür die Feststellung, dass die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stünden. Verboten sind nach dieser konstanten Rechtsprechung aber reine Beweisausforschungen ohne hinreichend begründeten Verdacht, d.h. sog. *fishing expeditions* (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1; BGE 128 II 407 E. 5.2.1; BVGE 2010/26 E. 5.1, mit weiteren Hinweisen).

Das Verbot der Beweisausforschung bzw. von *fishing expeditions* ist Ausfluss sowohl des Gesetzmässigkeits- als auch des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und damit des Rechtsstaatsprinzips (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1; BGE 128 II 407 E. 5.2.1; BGE 126 II 126 E. 5 b/aa; BGE 125 II 65 E. 6a; BVGE 2010/26 E. 5.1; zum Rechtsstaatsprinzip vgl. u.a. BENJAMIN SCHINDLER, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J.

Schweizer / Klaus A. Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, N 3 f. zu Art. 5 BV). Als reine Beweisausforschung gilt in Verfahren der internationalen 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 dann vor, wenn zur Begründung oder Erhärtung eines (noch) fehlenden Verdachts nach belastenden Beweismitteln gesucht wird, ohne dass zuvor bereits hinreichend konkrete Anhaltspunkte für ein bestimmtes strafbares Verhalten bestehen (vgl. BGE 129 IV 141 E. 3.2, BGE 116 Ib 89 E. 4c). Ein solches Beweisausforschungsverbot muss – im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auch in Verfahren der internationalen Amtshilfe gelten, wenn kein hinreichender Anfangsverdacht für ein strafbares Verhalten gegeben ist (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.2.2.1, mit weiteren Hinweisen; MADELEINE SIMONEK, Fishing Expeditions in Steuersachen, in: Angela Cavallo / Eliane Hiestand / Felix Blocher / Irene Arnold / Beatrice Käser / Milena Caspar / Ingo Ivic [Hrsg.], Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 903 f.; ANDREAS DONATSCH / STEFAN HEIMGARTNER / FRANK MEYER / MADELEINE SIMONEK [Hrsg.], Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 234 f. Rz. 2.5; CHARLOTTE SCHODER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz, StAhiG), Zürich 2014, N 76 f. zu Art. 7 StAhiG; GIOVANNI MOLO, Die neue Trennungslinie bei der Amtshilfe in Steuersachen: Das Verbot der *fishing expeditions* und die formellen Anforderungen an das Gesuch, ASA, 2011/2012 (80), S. 143 f. Rz. 2.1, mit weiteren Hinweisen).

4.

Würde in einem Fall bei offensichtlichen Fehlern, Lücken oder Widersprüchen gleichwohl unbesehen Amtshilfe gewährt werden, so würde dies auf die Ermöglichung einer unzulässigen Beweisausforschung bzw. *fishing expedition* hinauslaufen (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.1, mit weiteren Hinweisen). Eine solche liegt aber dann nicht vor, wenn ein hinreichender Anfangsverdacht sowie ein genügender Bezug und Zusammenhang zwischen diesem und den Transaktionen, die den Gegenstand des Ersuchens bilden, vorliegen. Nachfolgend muss deshalb geprüft werden, ob und inwieweit ein hinreichender Anfangsverdacht im vorliegenden Fall gegeben ist.

4.1 Dem Amtshilfegesuch vom (…) 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 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) vermutet. Ihre Anhaltspunkte hierfür sind die telefonische Bewerbung der B._____ -Aktien, die dadurch erzeugten Kaufinteressen am Markt und die Vermutung, die Verdächtigen hätten ihre Aktien mit Gewinn verkaufen können. Ein solches, als sog. *Scalping* zu qualifizierendes Verhalten (vgl. hierzu BVGE 2011/14 E. 5.3.2, mit weiteren Hinweisen), sei nach dem deutschen Kapitalmarktrecht untersagt.

Die Beschwerdeführerin bringt nun im Rahmen ihrer Beschwerde vor, dass dem Amtshilfeersuchen der BaFin kein hinreichender Anfangsverdacht zugrunde liege. Sie ist der Auffassung, einen allfälligen Anfangsverdacht entkräften zu können und erachtet das Verhältnismässigkeitsprinzip als verletzt. Sie qualifiziert das Amtshilfegesuch der BaFin als unzulässige Beweisausforschung bzw. *fishing expedition* und rügt, dass die Vorinstanz keinerlei Prüfung vorgenommen habe, die auf konkrete Marktverzerrungs-Indizien hinweisen würden.

4.2 Unter *Scalping* versteht das deutsche Kapitalmarktrecht die öffentliche Empfehlung eines Finanzinstruments, über das der sog. *Scalper* zuvor eine eigene Position eingenommen hat (z.B. durch den Kauf von Wertpapieren), um anschliessend die zu seinen Gunsten eintretende Preisveränderung durch Glattstellung (z.B. durch den Verkauf der Wertpapiere) zu nutzen (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.3.2, mit weiteren Hinweisen).

4.3 Nach ständiger Rechtsprechung muss ein Amtshilfegesuch in Börsensachen einen hinreichenden Anfangsverdacht für das Vorliegen eines Verstosses gegen das Aufsichtsrecht erkennen lassen. An den Anfangsverdacht sind jedoch im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da im Zeitpunkt des Ersuchens und der Übermittlung von nachgesuchten Informationen und Indizien in der Regel noch nicht feststeht bzw. noch nicht feststehen kann, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden. Es genügt vielmehr, wenn die Informationen zur Unterstützung des ausländischen Aufsichtsverfahrens grundsätzlich geeignet erscheinen und dies im Gesuch schlüssig und nachvollziehbar dargetan ist. Die ersuchende Aufsichtsbehörde muss insbesondere den Sachverhalt darstellen, welcher den Anfangsverdacht auslöst, die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung nennen sowie die benötigten Informationen und Unterlagen aufführen (vgl. BGE 126 II 409 E. 5a; BGE 125 II 65 E. 6b). Es reicht dabei aus, wenn in diesem Stadium erst

Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften bestehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.154/2003 vom 26. August 2003 E. 4.2.1; BVGE 2010/26 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 5.1). Die ersuchten Informationen dürfen aber nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen und nicht offensichtlich ungeeignet sein, die Untersuchung weiter voran zu bringen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.603/2006 vom 21. Dezember 2006 E. 2; BGE 129 II 484 E. 4.1, mit weiteren Hinweisen). Konkrete schriftliche Beweismittel sind darüber hinaus nicht erforderlich, insbesondere dann nicht, wenn es sich bei den in Frage stehenden Umständen um öffentlich bekannte Tatsachen wie Kursverläufe und andere auf dem Internet erhältliche Informationen handelt und keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen oder vorgebracht werden, dass die von der ersuchenden Behörde behaupteten Sachverhaltsmomente lediglich fingiert sind (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3703/2009 vom 3. August 2009, E. 4.4).

Neben dem Erfordernis eines hinreichenden inhaltlichen Bezugs zu den ersuchten Informationen ist für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zudem erforderlich, dass die auf ausländischen Finanzmärkten getätigten Transaktionen in einem zeitlich nahen Zusammenhang zu einer fraglichen Marktentwicklung stehen (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.2; BVGE 2011/14 E. 5.3.2, mit weiteren Hinweisen).

5.
Im vorliegenden Fall ist zunächst unbestritten und aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin keine Transaktionen in oder mit B._____ -Aktien über die Kontonummer (…) der C._____ getätigt hat. Ebenso unbestritten sind indes die Geldüberweisung von (…) am (…) über das Konto der Beschwerdeführerin zugunsten von E._____ (nachfolgend: deutscher Handelsteilnehmer) und (…).

5.1 Obwohl in Verfahren der internationalen Amtshilfe keine allzu hohen Anforderungen an den Anfangsverdacht zu stellen sind, darf dieser jedoch keine offensichtlichen Fehler, Lücken oder Widersprüche haben. Widersprechen sich die von der ausländischen Behörde dargelegten Verdachtsmomente oder weisen sie insbesondere keinen hinreichenden inhaltlichen Bezug oder zeitlichen Zusammenhang zu den nachgesuchten Informationen auf oder wirken sie konstruiert, liegt möglicherweise eine unerlaubte Beweisausforschung vor.

Zunächst ist für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts zu prüfen, ob bzw. inwiefern die Zahlung von (…) einen Bezug mit der vermuteten Marktmanipulation aufweist. Überdies muss geklärt werden, (…), als Indiz für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts angesehen werden kann.

5.1.1 Die BaFin erklärt in ihrem Schreiben an die Vorinstanz vom (…), der Zahlungseingang der C._____ vom (…) sei deshalb so auffällig, weil es der einzige externe Geldein- oder -ausgang auf dem betroffenen Konto des Verdächtigen im Zeitraum zwischen dem (…) und dem (…) gewesen sei. Gemäss Ziffer 24 der Verfügung der Vorinstanz ändert auch die zeitliche Verzögerung von rund einem Jahr nichts daran, "weil die BaFin selber zeitliche Verzögerungen als Ursache vermutet und auch sonst der zeitliche Konnex nicht vollständig wegzudiskutieren wäre."

Die Vorinstanz bringt überdies vor, es sei für das Vorliegen eines Anfangsverdachts nicht notwendig, dass die zu untersuchenden Transaktionen selbst bereits Eigenschaften eines Marktmissbrauchs aufweisen würden. Die BaFin könne erst durch die verlangten Informationen Anhaltspunkte für Verbindungen zwischen Auftraggeber der Geldüberweisung und den Urhebern der Telefonbewerbungen finden. Bereits das Amtshilfegesuch der BaFin weise einen hinreichenden Anfangsverdacht nach. Ihre E-Mail-Rückfrage vom (…) habe lediglich dem besseren Verständnis gedient und die Sachverhaltsdarstellung sei nicht in der Weise als mit offensichtlichen Fehlern, Lücken oder Widersprüchen behaftet gewesen, dass der von der BaFin geäusserte Verdacht sofort bzw. von vornherein habe entkräftet werden können.

Die Vorinstanz räumt schliesslich in ihrer Vernehmlassung mit Bezug auf (…) ein, dass es Sache der BaFin sei, (…).

5.1.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet demgegenüber jeglichen Zusammenhang zwischen der Transaktion von (…) am (…) und den angeblichen Börsengeschäften. Die C._____ habe dies denn auch ausdrücklich bestätigt. Sie sei offensichtlich nicht in die Angelegenheit verwickelt, weshalb es sich um eine unzulässige reine Beweisausforschung seitens der Gesuchstellerin handle.

Die Beschwerdeführerin bringt überdies vor, die fragliche Überweisung von (…) am (…), welche rund ein Jahr vor der für das angebliche *Scalping* relevanten Börsenkotierung (Datum) vorgenommen worden sei, könne kein

Hinweis darauf sein, dass die Beschwerdeführerin an der angeblichen Marktmanipulation mitgewirkt habe. Wegen der Börsenkotierung der B._____ im (Datum) und des ersten Börsenhandels Ende (…) könne diese einzelne Überweisung bereits aus zeitlichen Gründen nicht als verdächtig betrachtet werden (Beschwerde, Rz. 45). (…).

5.1.3 Unbestrittenermassen ist die Zahlung an den deutschen Handelsteilnehmer über (…) am (…) von der Beschwerdeführerin über die C._____ erfolgt. Der Grund dieser Überweisung ist jedoch nicht ersichtlich. So scheint eine Verbindung zwischen der Beschwerdeführerin und dem deutschen Handelsteilnehmer lediglich durch diese einzelne Transaktion zu bestehen. Es fehlt damit aber ein Indiz oder abstrakter Hinweis auf einen inhaltlichen Bezug zwischen dieser Überweisung und den vermuteten Börsengeschäften des deutschen Handelsteilnehmers.

Im vorliegenden Fall fehlt insbesondere auch ein hinreichender zeitlicher Zusammenhang zwischen der Transaktion von (…) und der möglichen Marktmanipulation. Obwohl die Vorinstanz die beträchtliche zeitliche Verzögerung von rund einem Jahr damit erklärt, dass die BaFin gerade die Zeitkomponente als taktische Ursache für die Vortat des *Scalping* vermute, kann ihr darin nicht unbesehen gefolgt werden. Denn zwischen der fraglichen Transaktion und den Börsengeschäften bestehen keinerlei Indizien für eine relevante Verbindung, noch gibt es andere Hinweise dafür, dass diese einmalige Zahlung bei der angeblichen Marktverzerrung rund ein Jahr später eine Rolle gespielt haben soll. Es ist überdies nicht Sache des Gerichts, dem konkreten Anlass oder Grund der Zahlung anstelle der BaFin nachzugehen.

Die Zahlung von rund (…) am (…), die (…) von der Beschwerdeführerin über die C._____ ausgeführt wurde, kann zwar aufgrund der vorhandenen Gerichtsakten bestätigt werden. Der Zahlungsgrund ist (…) nicht bekannt. Selbst wenn – wie die Vorinstanz vorbringt – (…) für B._____, kann diese Zahlung aber nicht als hinreichend verdachtsbegründend angesehen werden. Denn wie bereits oben dargelegt, ist es nicht Sache des Gerichts, anstelle der ausländischen Behörde den Gründen und Anlässen von einzelnen Zahlungen nachzugehen. Die Behauptung der Vorinstanz lässt sich insofern bestätigen, als (…). Dies alleine genügt aber nicht für einen hinreichenden zeitlichen Zusammenhang und/oder inhaltlichen Bezug zu den vermuteten Börsengeschäften, zumal keine weiteren Hinweise ersichtlich sind, die bestätigen würden, dass damit (…) getätigt werden sollten.

Es bestehen im vorliegenden Amtshilfeersuchen deshalb offensichtliche Lücken dahin gehend, dass weder ein hinreichender zeitlicher Zusammenhang noch ein inhaltlicher Bezug zwischen den vermuteten Börsengeschäften und der einmaligen Zahlung von (…) vorhanden ist, und (…), keine Hinweise auf den tatsächlichen Zahlungsgrund ersichtlich, weshalb (…) ein Zusammenhang zu den vermuteten Börsengeschäften fehlt.

5.2 Schliesslich ist nachfolgend die Relevanz der Charts der Kurs- und Umsatzverzerrungen, welche von der ersuchenden Behörde beigelegt wurden, im Hinblick auf einen hinreichenden Anfangsverdacht zu prüfen.

5.2.1 Die im Amtshilfegesuch abgedruckten Kurs- und Umsatzcharts sollen gemäss BaFin mit Bezug auf die betroffenen B._____ -Aktien (ISIN … und ISIN …) die Kurs- und Umsatzverzerrungen verdeutlichen, welche durch Werbemassnahmen hervorgerufen worden seien. Die BaFin vermutet zudem, die mutmasslichen Täter hätten mehr Zeit gebraucht, als ursprünglich geplant, um die Listingvoraussetzungen für (…) zu erfüllen. Nachdem die Aktie am (…) schliesslich im elektronischen Handelssegment gelistet gewesen sei, hätten unmittelbar danach die verdächtigen Geschäfte eingesetzt. Der verdächtige Kunde habe bewusst wirtschaftlich unsinnige Transaktionen in Kauf genommen. So habe er am (…) zu einem höheren Kurs gekauft, als er am (…) verkauft habe. Ebenso habe er am (…) teurer eingekauft als verkauft. Es sei ihm folglich alleine darauf angekommen, Umsätze und Preisfeststellungen zu generieren, um getäuschte Anleger auf die Aktie aufmerksam zu machen und deren Interesse an ihnen zu wecken. Die Finanzierung dieser Verluste habe der Verdächtige alleine mittels Geldeingangs von der C._____ tragen können.

Mit Bezug auf die beigefügten Charts sei überdies festzuhalten, dass keine konkreten schriftlichen Beweismittel erforderlich seien, insbesondere dann nicht, wenn es sich bei den fraglichen Umständen um öffentlich bekannte Tatsachen wie Kursverläufe und andere auf dem Internet erhältliche Informationen handle und keine konkreten Anhaltspunkte vorlägen bzw. vorgebracht würden, dass diese Sachverhaltsmomente fingiert sein könnten. Im vorliegenden Amtshilfegesuch sei durchaus nachvollziehbar dargestellt, dass es Werbemassnahmen gegeben habe und diese, wie zumindest im Chart der ISIN (…) dargestellt, jeweils Kurs- und Umsatzverzerrungen ausgelöst hätten.

5.2.2 Die Beschwerdeführerin stellt demgegenüber infrage, ob bzw. inwiefern die von der BaFin aufgelisteten Verkäufe überhaupt einen Verstoss

gegen Börsenregeln darstellen würden. Es seien jedenfalls keine auffälligen Kursentwicklungen nachvollziehbar erklärt worden, sondern stattdessen "irgendwelche Charts abgedruckt, ohne Hinweis auf die Quelle, ohne Legende und ohne Erklärung allfälliger Auffälligkeiten" (Beschwerde, Rz. 36). Auf Nachfrage der Vorinstanz habe die BaFin lediglich die folgende Tabelle der B._____ -Aktien (ISIN: …) gemailt:

Datum	Letzter Kurs (…)	Umsatz (Stücke)
…	…	…
…	…	…
…	…	…
…	…	…
…	…	…

Im börsenrechtlichen Amtshilfeverkehr sei zwar die doppelte Strafbarkeit oder Regelwidrigkeit nicht eingehend zu prüfen. Gleichwohl müsse sie dem Grundsatz nach gegeben sein.

5.2.3 Im vorliegenden Fall musste die Vorinstanz die Gesuchstellerin auffordern, ihr die Grafik, welche die relevanten Kurs- und Umsatzschwankungen zeigt, zu übermitteln, weil sie auf dem Internet selber keine Angaben über die B._____ -Aktien (ISIN …) gefunden hatte. Dennoch erklärte die Vorinstanz, bereits das Gesuch alleine habe einen hinreichenden Anfangsverdacht erblicken lassen.

Die Vorinstanz hat den Sachverhalt dargestellt, der ihres Erachtens den Anfangsverdacht auslöste, wie auch die Gesetzesbestimmungen für die Untersuchung sowie die benötigten Informationen und Unterlagen genannt. Allerdings dürfen die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen (vgl. oben E. 4.3). Die Sachverhaltsdarstellung der BaFin enthält nun aber offensichtliche Lücken, und auch die Indizien für eine mögliche Marktverzerrung sind im vorliegenden Fall ungenügend, da insbesondere der zeitliche Zusammenhang und damit ein wesentlicher Bezug zu den fraglichen Transaktion fehlen.

5.3 Des Weiteren ist zu prüfen, ob bzw. inwiefern die Beschwerdeführerin als "unbeteiligte Dritte" mit Bezug auf den *Scalping*-Verdacht zu qualifizieren ist, was zur Folge hätte, dass mangels eines ausreichenden inhaltlichen Bezugs zwischen der Transaktion (…) und den Börsengeschäften ein hinreichender Anfangsverdacht von vornherein fehlen würde.

5.3.1 Die Vorinstanz macht geltend, dass alle Personen, die in irgendeiner Art und Weise an der Marktmanipulation mitgewirkt hätten, in die Untersuchung miteinzubeziehen seien. Dazu gehörten auch jene, die im Hintergrund geplant und/oder jene, die finanziell davon profitiert hätten. Entscheidend für die Auffindung von Hintermännern sei die Nachverfolgung der Finanzströme. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Beschwerdeführerin nicht als unbeteiligte Dritte zu qualifizieren sei, denn hinsichtlich der Untersuchung einer möglichen Vortat zum *Scalping*-Verdacht sei sie bereits durch die unbestrittene Zahlung involviert. Bereits geringere Geldsummen wie eine Zahlung von (…) könnten geeignet sein, um beispielsweise Werbemassnahmen (mit) zu finanzieren, weshalb Zahlungen in Millionenhöhe nicht eine Voraussetzung seien, um die Verhältnismässigkeit eines Amtshilfeersuchens zu rechtfertigen.

Nicht nur die Höhe des Betrags, sondern namentlich die Rückverfolgung des Finanzstroms sei für die BaFin von Interesse. Es reiche demzufolge aus, dass die Transaktion von (…) über das Konto der Beschwerdeführerin gelaufen sei, weshalb sie nicht als unverwickelte Dritte zu betrachten sei. Der Zahlungseingang von der C._____ vom (…) sei "gerade deshalb so auffällig, weil es der einzige externe Geldein- oder -ausgang auf dem betroffenen Geldkonto des Verdächtigen im Zeitraum (…) bis (…)" gewesen sei (E-Mail der BaFin vom …, Punkt 2).

5.3.2 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, dass sie eine sog. unbeteiligte Dritte im Sinne von Art. 38 Abs. 4 BEHG sei, was insbesondere das Schreiben der C._____ vom (…) zeige. Darin werde bestätigt, dass keinerlei Investitionen in die Titel der B._____ getätigt worden seien.

Die Beschwerdeführerin weist zudem darauf hin, dass die Überweisung lediglich zufällig am (…) der B._____ (damalige "D._____") erfolgt sei, was ihrer Ansicht nach offensichtlich kein Indiz für eine Belohnung bzw. Entlohnung sein könne, "zumal jeder andere Tag näher an der Börsenzulassung und am tatsächlichen Börsenhandel plausibler erscheinen würde" (Beschwerde, Rz. 45).

Bezeichnend sei schliesslich, dass die BaFin behaupte, der Verdächtige habe die anfallenden Verluste aus dem Verkauf der B._____-Aktien allein aus dem Geldeingang der C._____ finanzieren können. Diese Vorbringen seien aber falsch und irreführend, denn der fragliche Handelsteilnehmer habe über genügend Guthaben in der Höhe von (…) verfügt sowie über ein Depot im Wert von (…) Ausserdem habe er im Zeitraum vom (…) bis (…) ein Handelsvolumen von über (…) aufgewiesen, wobei ein Netto-Gewinn von rund (…) angefallen sei. Folglich sei er nicht auf eine Zahlung angewiesen gewesen.

5.3.3 Gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG ist die Übermittlung von Informationen über unbeteiligte Dritte nicht zulässig. Informationen über Personen dürfen in einem Amtshilfeverfahren nicht übermittelt werden, falls diese offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind.

Die Vorinstanz muss zwar den Sachverhalt des Amtshilfegesuchs nur beschränkt prüfen. Sie ist aber gleichwohl verpflichtet, die folgenden Vor-aussetzungen für die allfällige Annahme der Rechtsposition eines unbeteiligten Dritten zu prüfen: Erstens muss das Börsengeschäft von Mitarbeitenden des Effektenhändlers, der Bank oder von einem externen Vermögensverwalter aufgrund eines Vermögensverwaltungsauftrags getätigt worden sein; zweitens darf der Bankkunde in keiner Weise am Entscheid, das in Frage stehende Börsengeschäft zu tätigen, teilgenommen haben; drittens dürfen keine Zweifel an der Darstellung des Kunden bestehen und keine anderen Verdachtsgründe vorhanden sein. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so werden der unbeteiligte Dritte geschützt und seine Identität nicht an die ausländische Behörde übermittelt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1251/2014 vom 15. Mai 2014 E. 3.2; Bericht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom August 2009, Die internationale Amtshilfe im Börsenbereich, in: Stephan Breitenmoser/ Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2009, S. 299 ff., 327 f., mit weiteren Hinweisen; HANS-PETER SCHAAD, in: Rolf Watter/Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar Börsengesetz/ Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2010, N 127 zu Art. 38 BEHG).

5.3.3.1 Vorliegend muss insbesondere darauf hingewiesen werden, dass die vermuteten Börsengeschäfte vom deutschen Handelsteilnehmer ausgingen. Die Geldüberweisung von (…) floss demgegenüber von der C._____ an den deutschen Handelsteilnehmer. Die Börsengeschäfte und die Geldüberweisung fallen deshalb in dem Sinne auseinander, als sie

– unter anderem – von unterschiedlichen Personen ausgeführt wurden. Konkret handelt es sich beim deutschen Handelsteilnehmer um eine externe Person im oben genannten Sinne. Zwischen der Transaktion und den Börsengeschäften ist somit kein ausreichender Zusammenhang ersichtlich. Gemäss den dem Gericht vorliegenden Akten bestehen überdies keine Indizien oder Anhaltspunkte, dass die Zahlung von (…) im Hinblick auf die vermuteten Geschäfte in B._____ -Aktien getätigt wurde. Ein Zahlungsvermerk, der beispielsweise darauf hinweisen könnte, fehlt. Die (…) der C._____, dass (…) in B._____ -Aktien (…), ist im Gegenteil ein Hinweis dafür, dass direkte Bezüge zwischen den beiden Handlungen fehlen. Es kann folglich im vorliegenden Fall auch *prima facie* nicht von verdächtigen Vergütungen gesprochen werden.

5.3.3.2 Als weitere Verdachtsgründe nennt die BaFin einerseits die Entlohnung und andererseits die Vermutung, dass der Verdächtige allein durch diese Geldtransaktion die angebliche Börsenmanipulation finanziert habe. Die Behauptung der BaFin, dass (…), ist gemäss den Akten, die dem Gericht vorliegen, nicht zutreffend. Die Beschwerdeführerin weist vielmehr zurecht auf (…) hin. Dem Argument der Vorinstanz, dass (…), kann somit nicht gefolgt werden. Des Weiteren ist festzustellen, dass keine Rückflüsse vom deutschen Handelsteilnehmer an die Beschwerdeführerin ersichtlich sind, die eine Entlohnung rechtfertigen würden bzw. könnten. An diesem Ergebnis vermag – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – auch nichts zu ändern, dass die Transaktion in der Höhe von (…) am (…) der Gesellschaft getätigt wurde. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festgestellt hat, fehlt es diesbezüglich an greifbaren Vorbringen, welche die Annahme einer Entlohnung rechtfertigten.

Ebenso wenig lässt sich – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – den vorliegenden Gerichtsakten entnehmen, dass der deutsche Handelsteilnehmer die anfallenden Börsenverluste allein aus der Überweisung von (…) habe finanzieren können. Im Gegenteil ist aus den Gerichtsakten ersichtlich, dass genügend Vermögenswerte seitens des deutschen Handelsteilnehmers vorhanden waren und er folglich nicht auf diese Transaktion angewiesen war bzw. angewiesen sein konnte.

Vorliegend sind die vermuteten Börsengeschäfte nicht von der Beschwerdeführerin, sondern vom deutschen Handelsteilnehmer getätigt worden. Zudem gibt es keine weiteren Verdachtsgründe, die darauf hinweisen, dass ein Bezug zwischen den Börsengeschäften und der einmaligen Zahlung

von (…) besteht. Demnach können die Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie als unbeteiligte Dritte anzusehen, nicht als unzutreffend zurückgewiesen werden. Somit enthält das Amtshilfeersuchen auch diesbezüglich offensichtliche Mängel und Lücken, weshalb die Leistung von Amtshilfe gemäss Art. 38 BEHG unzulässig ist.

5.4 Selbst wenn der Anfangsverdacht aufgrund eines engeren zeitlichen Zusammenhangs und inhaltlichen Bezugs noch als hinreichend im Lichte der beschränkten Prüfpflicht der Vorinstanz und des völkerrechtlichen Vertrauensprinzips beurteilt würde, müssten die nachfolgenden Erwägungen über das Vorliegen offenkundiger Anzeichen von *Scalping* gleichwohl zur Verneinung eines hinreichenden Anfangsverdachts und damit zur Ablehnung des Amtshilfeersuchens führen.

5.4.1 Die Vorinstanz bringt vor, dass die sog. Vortat des *Scalpings* von der BaFin und auf deren eigene Initiative hin untersucht werde. Die schweizerischen Behörden hätten sich im Rahmen von Amtshilfeverfahren nicht auf juristische Diskussionen über die Auslegung ausländischen Rechts einzulassen. Damit erübrige sich die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene, formaljuristische Frage zu Vortat und Tat.

Grundsätzlich bestehe für die Vorinstanz kein Anlass, an der Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung anderer Vertragsstaaten zu zweifeln, ausser bei offenbarem Rechtsmissbrauch oder bei berechtigten Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz des schweizerischen oder internationalen *ordre public* (Vernehmlassung der Vorinstanz, Rz. 8). Des Weiteren bringt die Vorinstanz vor, dass sie sich aufgrund des völkerrechtlichen Vertrauensprinzips nicht vorfrageweise darüber auszusprechen habe, ob die im Ersuchen genannten Tatsachen zutreffen würden oder nicht. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zielten auf eine inhaltliche Prüfung ab, welche den Rahmen eines Amtshilfeverfahrens sprengen würde. Ausserdem setze der *Scalping*-Tatbestand kein substanzloses Unternehmen voraus.

Für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts sei es nicht erforderlich, dass die zu untersuchende Transaktion bereits selbst Eigenschaften eines Marktmissbrauchs aufweise. Erst durch die amtshilfeweise verlangten Informationen könne die ausländische Behörde Anhaltspunkte für Verbindungen zwischen Auftraggeber der Geldüberweisung und Urheber der Telefonbewerbungen liefern. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin zielten überdies auf eine inhaltliche Überprüfung des Gesuchs ab, was den

Rahmen der Amtshilfe sprengen würde. Die Vorinstanz habe sich nicht darüber auszusprechen, ob die genannten Tatsachen zutreffen würden oder nicht. Es genüge, wenn sich aufgrund der Sachverhaltsschilderung, die nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheinen würde, hinreichende Anhaltspunkte für den fraglichen Verstoss ergäben. Es obliege der ausländischen Behörde, die weiteren Abklärungen mit den erhaltenen Amtshilfeinformationen umfassend zu würdigen.

5.4.2 Die Beschwerdeführerin macht ihrerseits geltend, das Vorbringen der Vorinstanz sei "besonders abenteuerlich", indem sie vorbringe, dass die BaFin möglicherweise eine "Vortat" des *Scalpings* untersuche (Beschwerde, Rz. 23). Zwar setzten die Delikte der Geldwäscherei oder Hehlerei eine Vortat voraus, jedoch knüpfe das Delikt des *Scalpings* an keine Vortat an. Es sei nicht ersichtlich, wie eine einfache Geldüberweisung eine Vortat zu *Scalping* sein könne. Die angebliche telefonische Bewerbung der Aktien sei "weder zeitlich, noch inhaltlich, noch hinsichtlich der Anrufer, noch hinsichtlich der Beweismittel etc. etc. konkretisiert" worden (Beschwerde, Rz. 34). Folglich handle es sich um eine blosse Unterstellung und Annahme ohne konkrete Anhaltspunkte. Damit sei auch kein Anfangsverdacht begründet. Auch die Behauptung mit Bezug auf die *Matched Orders* werde weder konkretisiert noch würden Anhaltspunkte für die Erfüllung dieses Tatbestands näher ausgeführt.

5.4.3 Den Ausführungen der Vorinstanz kann zwar insofern gefolgt werden, als eine nähere inhaltliche Überprüfung des Gesuchs durch die Behörden des ersuchten Staats den Rahmen eines Amtshilfeverfahrens sprengen würde. So braucht insbesondere nicht geprüft zu werden, ob die den Gegenstand des Ersuchens bildende Transaktion von (…) eine "Vortat der Vortat des *Scalping*" darstellt oder ob es sich in casu überhaupt um eine "Vortat des *Scalping*" handelt und ob dieser Tatbestand im deutschen Recht in diesem Sinne existiert. Eine solche Abklärung wäre materieller Natur und deshalb Bestandteil der weiteren Untersuchung der BaFin im Rahmen des Ausgangs- bzw. Hauptverfahrens. Im vorliegenden Fall müssen vielmehr lediglich – aber immerhin – ein hinreichender inhaltlicher Bezug und zeitlicher Zusammenhang zwischen einer Transaktion und dem fraglichen Börsengeschäft erkennbar sein.

Diesbezüglich ist im vorliegenden Fall jedoch festzustellen, dass die Zahlung von (…) als solche kein Indiz für ein angebliches *Scalping* darstellt und damit kein hinreichender Bezug zu dieser Transaktion und dem untersuchten aufsichtsrechtlichen Fehlverhalten schlüssig und nachvollziehbar

aufgezeigt wurde. Es bestehen damit offensichtlich weitere Mängel und Lücken für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts.

5.5 Für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts ist zudem – wenn auch nur summarisch – zu prüfen, ob bzw. inwiefern es sich bei den B._____ um ein "im Wesentlichen substanzloses" Unternehmen handelt.

5.5.1 Gemäss Ausführungen der BaFin wird beim *Scalping* eine Tätergruppe verdächtigt, ein "wohl im Wesentlichen substanzloses, börsennotiertes Unternehmen" zu nutzen, um dessen Aktien telefonisch massiv bewerben zu lassen, dadurch Kaufinteresse am Markt zu erzeugen und schliesslich die Aktienbestände gewinnbringend zu verkaufen (Amtshilfegesuch der BaFin, S. 2).

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass es sich bei B._____ um ein "im Wesentlichen substanzloses" Unternehmen handle (Beschwerde, Rz. 25). B._____ sei vielmehr geschäftlich sehr aktiv und an der Börse nach wie vor zugelassen. Sowohl die Bilanzsumme von (…). als auch der jährliche Umsatz von (…) belegten, dass es sich um ein Unternehmen mit Substanz handle. Aus den Geschäftsberichten der B._____ für die Jahre (…) und (…) gehe hervor, dass die Geschäftstätigkeit und Aktiven mehr als (…) aufgewiesen hätten. Wesentlich sei auch, dass die BaFin im Gesuch nicht behaupte, die Geschäftsberichte der B._____ geprüft zu haben. Es würde ebenso wenig behauptet, B._____ ginge keiner aktiven Geschäftstätigkeit nach oder es seien gegenüber Anlegern falsche Angaben über die Substanz von B._____ gemacht worden. Diese Punkte würden von der Vorinstanz "weder bestritten, noch diskutiert" (Beschwerde, Rz. 31). Folglich sei die Verfügung diesbezüglich willkürlich und aufzuheben.

5.5.2 Gemäss der dem Gericht vorliegenden Akten weist das Unternehmen B._____– wie von der Beschwerdeführerin dargelegt – im Jahr (…) eine Bilanzsumme von (…) sowie einen Umsatz von (…) auf. Von einem offenkundig substanzlosen Unternehmen kann somit nicht ausgegangen werden. Die fundierte Prüfung der Unternehmens-Substanz ist vielmehr eine materielle Frage und wäre Teil der weiteren Untersuchung der BaFin. Das Gericht kann deshalb nicht näher darauf eingehen.

5.6 Als Zwischenergebnis ist auf Grund der vorangehenden Erwägungen festzuhalten, dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin, im Amtshilfegesuch sei kein hinreichender Anfangsverdacht vorhanden, sich insofern als begründet erweist, als zwischen der Zahlung von (…) und der vermuteten

Börsenmanipulation weder ein hinreichender inhaltlicher Bezug noch ein zeitlicher Zusammenhang ersichtlich sind. Es sind deshalb auch aus diesem Grund für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts offensichtliche Fehler und Lücken vorhanden, welche eine Ablehnung des Amtshilfeersuchens erfordern.

6.
Zum gleichen Ergebnis der Abweisung des Amtshilfeersuchens gelangt man schliesslich auch bei der Prüfung der Frage, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im vorliegenden Amtshilfeverfahren bei den durch die Leistung von Amtshilfe tangierten Grund- und Verfahrensrechten gewahrt ist. Als verfassungs- und auch völkerrechtlich gewährleistete Schutzbereiche, in welche durch Amtshilfemassnahmen eingegriffen wird, stehen vorliegend das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101], Art. 6 und Art. 13 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101], Art. 14 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte [UNO-Pakt II, SR 0.103.2]), das Recht auf Achtung der finanziellen Privatsphäre unter Einschluss des Datenschutzes (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II) sowie das Recht auf Eigentum (Art. 26 BV) im Vordergrund.

6.1 Die Vorinstanz führt hierzu aus, dass sie sich im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes einer internationalen vertraglichen Zusammenarbeit nur widersetze, wenn "die ersuchten Informationen keinen Bezug zu den betreffenden Unregelmässigkeiten haben und offensichtlich ungeeignet sind, das ausländische Ersuchen zu unterstützen ('fishing expedition')" (Verfügung, Rz. 21). Gemäss Rechtsprechung könne eine solche unzulässige Beweisausforschung bereits ausgeschlossen werden, wenn die ausländische Aufsichtsbehörde einen Sachverhalt schildere, der einen Anfangsverdacht auf Marktverzerrung auslöse, die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung nenne und die benötigten Informationen und Unterlagen aufführe. Das Gesuch der BaFin erfülle diese Anforderungen: Es schildere den Sachverhalt für den Marktmanipulationsverdacht und führe sowohl die verdächtige Transaktion als auch die vermuteten Telefone als Bewerbungsinstrument namentlich auf. Ausserdem würden verdächtige Kurs- und Umsatzbewegungen mittels zweier Charts verdeutlicht und gleichzeitig der zeitliche Zusammenhang zwischen der Kurs- und Umsatzschwankungen sowie der verdächtigen Geldüberweisung von (…) hergestellt und begründet. Die BaFin habe die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung

genannt und wolle mittels präzis umschriebener Informationen zur Geldüberweisung den Verdacht auf Marktmanipulation untersuchen.

Die Vorinstanz bestreitet überdies die Mutmassungen der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die eingetretenen zeitlichen Verzögerungen. Das Dossier sei nicht während zweier Jahre unbehandelt liegen geblieben, weil sie "erfolglos mit der BaFin die Verhältnismässigkeit habe klären wollen oder dass die Vorinstanz das Dossier wiederaufgenommen habe" (Vernehmlassung der Vorinstanz, Rz. 6). Vielmehr "gründet die zeitliche Verzögerung des Verfahrens auf der Offenlegung des Gesuchs, mit welcher sich die BaFin bis im (…) nicht einverstanden erklärte; dies nachdem die Beschwerdeführerin am (…) vollständig Akteneinsicht verlangt hatte" (Vernehmlassung der Vorinstanz, Rz. 6).

6.2 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, das Dossier sei während zweier Jahre unbehandelt liegen geblieben, weil die Vor-instanz zu Recht der Auffassung gewesen sei, die Amtshilfe aufgrund der fehlenden Verhältnismässigkeit zu verweigern. Die Vorinstanz habe mit E-Mail-Rückfrage vom (…) unter ausdrücklichem Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip nach weiteren Anhaltspunkten und Verdachtsmomenten mit Bezug auf die betreffende Zahlung von rund (…) gefragt. Sinn und Zweck dieser Anfrage sei die ergänzende Substantiierung des Anfangsverdachts gewesen. Diese Frage sei von der BaFin in der Folge aber gänzlich unbeantwortet geblieben.

6.3 Der in allen Rechtsbereichen zu beachtende Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. BGE 125 II 65 E. 6a) gilt auch im vorliegenden Verfahren (Art. 38 Abs. 4 Satz 2 BEHG). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur internationalen Amts- und Rechtshilfe wird das Erfordernis der Verhältnismässigkeit unter anderem 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; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 592).

Die internationale Amtshilfe kann – analog zur internationalen Rechtshilfe – immer dann verweigert werden, wenn die ersuchten Akten in keinem angemessenen Verhältnis zu und mit der verfolgten Tat stehen und offensichtlich nicht tauglich sind, die ausländische Untersuchung zu fördern, so

dass das Ersuchen selbst als eine unbestimmte und demzufolge unverhältnismässige Beweisausforschung bzw. *fishing expedition* erscheint (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.2.2.1, mit weiteren Hinweisen; FLAVIO AMADÒ / GIOVANNI MOLO, Das Verbot von "Fishing Expeditions" gemäss der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD-Standards, AJP 2009, S. 540 f., mit weiteren Hinweisen).

Die ersuchte Behörde hat zur Sicherstellung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zumindest summarisch die Relevanz der Informationen zu prüfen, um zu beurteilen, ob sie potentiell sachbezogen sind (vgl. BVGE 2011/14 E. 3, E. 5.2.1, mit weiteren Hinweisen; vgl. PHILIPP JACQUEMOUD, Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG], SZW/RSDA 2005, S. 226, Rz. 2.2.2.).

6.4 Amtshilfeverfahren sind gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG zügig durchzuführen. Die im vorliegenden Fall eingetretene zeitliche Verzögerung von rund zwei Jahren ist deshalb zumindest in dem Sinne ungewöhnlich und fragwürdig, als die Vorinstanz wusste und ohnehin damit rechnen musste, dass die Beschwerdeführerin ihr Akteneinsichtsrecht geltend machen würde.

Ein widersprüchliches Verhalten seitens der Vorinstanz zeigt sich nun aber darin, dass sie mit E-Mail-Rückfrage vom (…) Präzisierungen von der BaFin zum Amtshilfegesuch, und zwar in Bezug auf die einmalige Zahlung von rund (…), wie folgt verlangte:

> "Diesbezüglich ist für uns von Interesse, ob es weitere Verdachtsmomente gibt, dass der Kontoinhaber des vorliegend betroffenen Kontos – über die Zahlung von (…) hinaus – an (möglichen) abgesprochenen Aktienkäufen bzw. -verkäufen in Aktien der B._____ involviert war oder weitere Zahlungen an den betroffenen Handelsteilnehmer leistete? Sollte dies der Fall sein, sind wir Ihnen sehr dankbar, wenn Sie uns eine Zusammenstellung dieser Transaktionen übermitteln könnten, woraus hervorgeht, wann welche Transaktion erfolgt bzw. Zahlung geleistet worden sein könnte. Diese Informationen sind für uns insbesondere deshalb von Bedeutung, da wir verpflichtet sind, im Rahmen des Amtshilfeverfahrens den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren." (E-Mail der Vorinstanz an die BaFin vom …, Punkt 2).

Demgegenüber erklärt die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren, sie habe diese E-Mail-Rückfrage gestellt, "um eine anderweitige rechtsgenügende Substantiierung des Anfangsverdachts zu erhalten", da bereits das Amtshilfegesuch selber einen hinreichenden Anfangsverdacht erblicken lasse:

> "Jedenfalls erscheint bereits hier die Sachverhaltsdarstellung nicht in der Weise als mit offensichtlichen Fehlern, Lücken oder Widersprüchen behaftet, als der von der BaFin geäusserte Verdacht sofort bzw. von vornherein entkräftet ist." (Vernehmlassung, Rz. 5).

Schliesslich erklärte die Vorinstanz, die zeitliche Verzögerung gründe nicht auf der erfolglosen Klärung der Verhältnismässigkeit, sondern sei aufgrund der verweigerten Offenlegung des Gesuchs der BaFin entstanden (Vernehmlassung, Rz. 6).

6.5 Hierzu ist festzustellen, dass in diesen Äusserungen in dem Sinne offensichtliche Widersprüche vorhanden sind, als die Vorinstanz zunächst eine Präzisierung des Amtshilfegesuchs verlangte, in der späteren Vernehmlassung aber erklärte, dass bereits das Gesuch alleine für einen hinreichenden Anfangsverdacht genügt hätte. Überdies begründete sie die erhebliche zeitliche Verzögerung im Vollzugsverfahren von rund zwei Jahren damit, dass die BaFin die Offenlegung des Gesuchs zunächst verweigert habe.

Neben den offensichtlichen Fehlern und Lücken im Hinblick auf das Erfordernis eines hinreichenden Anfangsverdachts ist das Amtshilfeverfahren deshalb auch durch ein widersprüchliches Verhalten seitens der Vor-instanz gekennzeichnet. In einem Amtshilfeverfahren kann es aber nicht Sache des ersuchten Gerichts sein, den (…) nachzugehen und damit einen inhaltlichen Bezug und zeitlichen Zusammenhang zwischen (…) und einem fraglichen Börsengeschäft zu suchen bzw. anstelle der BaFin entsprechende Nachforschungen zu betreiben. Unter Würdigung der gesamten Umstände ist aus diesen Gründen festzustellen, dass das Amtshilfeersuchen die rechtlichen Anforderungen nicht rechtsgenüglich erfüllt und damit unzulässig ist.

7.
Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen.

8.
Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1). Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

9.
Als obsiegender Partei ist der Beschwerdeführerin für die erwachsenen notwendigen Kosten ihrer Rechtsvertretung eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte mindestens Fr. 200.– und höchstens Fr. 400.–, ausschliesslich Mehrwertsteuer (Art. 10 VGKE). Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE).

Die Beschwerdeführerin liess sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, reichte aber keine detaillierte Kostennote ein. Die Par-teientschädigung ist deshalb aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Nach Art. 4 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) handelt die Vorinstanz als autonome Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie ist in eigenem Namen mit dem Vollzug des Finanzmarktaufsichtsrechts, namentlich der damit zusammenhängenden internationalen Aufgaben, beauftragt (Art. 6 FINMAG). Gestützt darauf erliess sie die angefochtene Verfügung in eigenem Namen und erhob auch in eigenem Namen die dafür vorgesehenen Verfahrenskosten. Die Vorinstanz ist deshalb zur Zahlung der Parteientschädigung zu verpflichten.

Angesichts des vorliegenden Aufwands der Streitsache ist es angemessen, der obsiegenden Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt 5'000.– (inkl. MWST) zuzusprechen. Die Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

10.
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 gutgeheissen und die angefochtene Verfügung wird aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– (inkl. MWST) zu überweisen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Beschwerdebeilagen zurück);
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Einschreiben, Vorakten zurück).

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiberin:
Stephan Breitenmoser	Deborah Staub

Versand: 1. Mai 2015