



Urteil vom 2. Juli 2013

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Michael Müller.

Parteien

A. _____ Inc.,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Dimitri Santoro, LL.M.,
Rüd Winkler Partner AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Amtshilfe.

Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 30. Januar 2012 ersuchte die britische Financial Services Authority (FSA, seit 1. April 2013 neu die Financial Conduct Authority FCA) die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) um Amtshilfe wegen Verdachts auf Ausübung einer unbewilligten Tätigkeit in Zusammenhang mit der Errichtung, dem Betrieb und der Auflösung sowie der Bewerbung ("financial promotion") einer kollektiven Kapitalanlage.

Zur Begründung führte die FSA aus, die A. _____ Inc., Panama (nachfolgend: Beschwerdeführerin), unter Leitung von B. _____ sowie C. _____ und D. _____ habe unbebautes Land in ländlichen Gegenden Grossbritanniens gekauft, dieses in zahlreiche kleinere Grundstücke unterteilt und an Investoren verkauft mit dem Versprechen, dass grosse Gewinne erzielt werden könnten, sobald die entsprechenden Baubewilligungen zur Erschliessung des Landes für Wohnbauten vorliegen würden. Die Investoren seien dabei im Glauben gelassen worden, die Einholung der Baubewilligungen, der Weiterverkauf an ein Bauunternehmen sowie die Verteilung des Gewinns an die Investoren würden allesamt durch die Beschwerdeführerin erledigt. Diese Elemente seien typisch für eine kollektive Anlage, deren Aufbau und Betrieb ohne Bewilligung der FSA gesetzwidrig sei. Jedenfalls dürften derartige kollektiven Anlagen ungeachtet dessen, ob die Bewilligung als kollektive Anlage vorliege oder nicht, nicht öffentlich vertrieben werden. Weder die Beschwerdeführerin noch die genannten Individuen besäßen eine Bewilligung der FSA zur Ausübung einer regulierten Tätigkeit, weshalb deren Aktivitäten eine Straftat darstellten. Bei der Vermarktung der Anlage sei die Beschwerdeführerin von der E. _____, einer in Grossbritannien eingetragenen Gesellschaft, unterstützt worden. Die Investoren hätten einen Anfangsbetrag von GBP 1'000.– an die E. _____ via ein britisches Bankkonto bezahlt, seien jedoch angewiesen worden, den Restbetrag auf ein auf die Beschwerdeführerin lautendes Konto bei der F. _____, Isle of Man, einzuzahlen. Dies sei so gehandhabt worden, bis die Beschwerdeführerin am 22. September 2012 zur G. _____, (...) gewechselt habe. Aus der erhaltenen Dokumentation betreffend das bei der F. _____ gehaltene Konto gehe hervor, dass zwischen (...) und (...) GBP (...) Mio. von Investoren auf dieses Konto einbezahlt worden seien und dass von diesem Konto Überweisungen im Betrag von total GBP (...) Mio. auf ein auf die Beschwerdeführerin lautendes Konto bei der G. _____ (Schweiz) AG, erfolgt seien.

Die FSA vermutet, dass auf letzteres Konto die Einnahmen der Beschwerdeführerin aus ihrer unbewilligten kriminellen Geschäftstätigkeit überwiesen worden sind.

Vor diesem Hintergrund möchte die FSA (bzw. nunmehr die FCA) Informationen über dieses Konto bei der G._____ AG erhalten, um zu eruieren, (1) wer über das Konto verfüge, (2) was der Zweck der Zahlungen gewesen sei, (3) wie hoch der Saldo auf dem Konto sei und (4) wohin Geld von diesem Konto geflossen sei.

Die FSA ersuchte daher die Vorinstanz, ihr Informationen und Dokumente betreffend das Konto Nr. (...) (Beneficiary Customer: [...]) zu beschaffen. Darüber hinaus bat sie um Informationen und Dokumente betreffend allfällige weitere Konti bei der G._____ AG, welche auf den Namen der Beschwerdeführerin lauten oder unter deren Kontrolle stehen.

Die Vorinstanz setzte die G._____ AG mit Schreiben vom 14. Februar 2012 über das Amtshilfeersuchen der FSA in Kenntnis und verlangte von ihr die Übermittlung der in Frage stehenden Informationen und Unterlagen.

Am 29. Februar 2012 übermittelte die G._____ AG der Vorinstanz die verlangten Daten und Unterlagen, aus denen hervorgeht, dass das auf die Beschwerdeführerin lautende Konto mit der vermeintlichen Kontonummer (...) richtigerweise die Kontonummer (...) hat. Wirtschaftlich Berechtigter ist Stuart Cohen. Die Transaktionsauflistung für den Zeitraum zwischen dem (...) und dem (...) zeigt, dass sämtliche Transaktionen vom Konto (...) an zwei Konten bei der H._____ Panama, lautend auf die Beschwerdeführerin und die I._____ Inc. getätigt worden sind. Der Saldo des Kontos bei der G._____ AG betrug per 1. Februar 2012 GBP (...).

Mit Schreiben vom 10. Juli 2012 teilte die Vorinstanz der G._____ AG die beabsichtigte Weiterleitung der Kundeninformationen mit. Sie wies die G._____ AG daher an, die Beschwerdeführerin einzuladen, ihr direkt oder durch eine(n) Bevollmächtigte(n) bis zum 25. Juli 2012 mitzuteilen, ob sie auf eine formelle Verfügung betreffend die Übermittlung ihrer Daten an die FSA verzichte.

Da ihr Notifikationsschreiben vom 10. Juli 2012 unbeantwortet blieb, teilte die Vorinstanz der G._____ AG mit Schreiben vom 30. Juli 2012 mit, die Beschwerdeführerin solle sich bis am 9. August 2012 bei ihr melden,

ansonsten die im Gesuch der FSA verlangten Informationen und Dokumente an diese übermittelt würden.

Mit Schreiben und vorab per Fax vom 17. August 2012 informierte Rechtsanwalt David Santoro von der Rüd Winkler Partner AG, (...), die Vorinstanz darüber, dass er die Beschwerdeführerin in der gegenständlichen Angelegenheit vertrete. Mit Schreiben vom 20. August 2012 reichte die Beschwerdeführerin die durch J. _____ unterzeichnete Vollmacht ihres vorerwähnten Rechtsvertreters ein und ersuchte die Vorinstanz um Gewährung der Akteneinsicht.

Am 21. August 2012 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Kopie des Verfahrens dossiers unter Ausschluss des Amtshilfeersuchens zu. Am 24. August 2012 bestätigte die Beschwerdeführerin den Erhalt der restlichen Verfahrens akten und verlangte die umgehende Übermittlung des Amtshilfegesuchs.

Mit Schreiben vom 12. September 2012 beantragte die Beschwerdeführerin, dem Amtshilfeersuchen der FSA sei keine Folge zu leisten und die Amtshilfeverfahren Nr. (...) sowie Nr. (...) seien unverzüglich einzustellen. Eventualiter sei eine anfechtbare Weiterleitungsverfügung im Sinne von Art. 38 Abs. 6 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) zu erlassen. Darüber hinaus stellte sie den Verfahrens antrag, es sei ihr Einsicht in das Amtshilfeersuchen der FSA zu gewähren. Eventualiter sei deren Verweigerung rechtsgenügend zu begründen. In jedem Fall sei ihr nach der Einsichtsgewährung resp. einer abschlägigen Begründung betreffend deren Verweigerung eine angemessene Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

Mit - am 20. September 2012 - telefonisch eingeholter Einwilligung der FSA stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin am 12. Oktober 2012 eine Kopie des Amtshilfeersuchens der FSA zu und lud sie ein, ihr mitzuteilen, ob sie auf eine formelle Verfügung betreffend die Übermittlung ihrer Daten an die FSA verzichte, was Letztere am 12. November 2012 telefonisch ablehnte.

B.

Mit Verfügung vom 25. April 2013 gab die Vorinstanz dem Amtshilfeersuchen der FSA vollumfänglich statt. Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- wurden der Beschwerdeführerin auferlegt.

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 13. Mai 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin stellt sie den Antrag, dass die Verfügung vom 25. April 2013 kostenfällig aufzuheben und das Amtshilfeersuchen der FSA (bzw. neu der FCA) vollumfänglich abzuweisen sei; eventualiter sei das Verfahren zwecks Ergänzung der Verfügung vom 25. April 2013 im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an die FINMA zurückzuweisen.

D.

Mit Instruktionsverfügung vom 22. Mai 2013 erging die Aufforderung an die Beschwerdeführerin, die Handlungsbefugnis bzw. alleinige Zeichnungsbefugnis von J. _____ mittels entsprechender Unterlagen zu belegen. Innert erstreckter Frist reichte die Beschwerdeführerin am 7. Juni 2013 eine undatierte, von B. _____, dem Präsidenten der Beschwerdeführerin, unterzeichnete Bestätigung ein, wonach J. _____ für die Beschwerdeführerin vertretungsberechtigt sei.

E.

Mit Vernehmlassung vom 3. Juni 2013 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

F.

Auf die Begründung der Anträge der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz wird, soweit notwendig, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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. e des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und hat ein schutzwürdiges

Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Sie ist daher zur Beschwerde 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). Der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Ein wichtiges Element der internationalen Behördenzusammenarbeit bildet der Grundsatz, wonach - ausser bei offenbarem Rechtsmissbrauch oder bei berechtigten Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz des schweizerischen oder internationalen ordre public - grundsätzlich kein Anlass besteht, an der Richtigkeit und Einhaltung der Sachverhaltsdarstellung und an Erklärungen anderer Staaten 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; BGVE 2011/14 E. 2; CHRISTOPH PETER, Zielkonflikte zwischen Rechtsschutz und Effizienz im Recht der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 195 f., m.w.H.). Auf diesem Vertrauen gründet letztlich das ganze Amtshilfeverfahren.

Die ersuchte Behörde ist demgemäss an die Darstellung des Sachverhalts in einem Ersuchen insoweit gebunden, als diese 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 eine ersuchende Behörde umzustossen und die Amtshilfepraxis gegenüber dem entsprechenden Staat neu zu überdenken. So könnten Amtshilfeleistungen aufgrund ihrer völkervertraglichen Rechtsnatur an weitere Bedingungen und Auflagen, wie beispielsweise an eine zusätzliche beweisrechtliche Dokumentierung des Ersuchens, geknüpft oder die Übermittlung vertraulicher Informationen verweigert werden (vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2, 4.3.1 und 4.3.3, BGE 126 I 409 E. 4, BGE 126 II 126 E. 6; BVGE 2008/33 E. 3; 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 und 23.1110, m.w.H.). Von der ersuchenden Aufsichtsbehörde kann aber nicht verlangt werden, dass sie den massgeblichen Sachverhalt jeweils bereits völlig lückenlos und widerspruchsfrei darlegt, soll doch gerade das Amtshilfeverfahren zur Klärung dieser offenen Punkte im Rahmen des ausländischen Verfahrens beitragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.154/2003 E. 4.1). Bei Bedarf darf die Vorinstanz im Einzelfall gleichwohl Präzisierungen und Ergänzungen verlangen (vgl. HANS-PETER SCHAAD, in: Rolf Watter/Peter Vogt [Hrsg.], *Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2010, N 83 zu Art. 38 BEHG).

3.

Die zwangsweise Erhebung und Bearbeitung personenbezogener Informationen (z.B. Bankdaten) gegen den ausdrücklichen Widerstand oder in Unkenntnis der davon Betroffenen stellen Grundrechtseingriffe dar. Sie tangieren insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und damit das Recht auf Achtung der Privatsphäre gemäss Art. 13 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) und Art. 17 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 5. Januar 2010 E. 4 und 6.3.1, m.w.H.). Die grenzüberschreitende Übermittlung solcher Informationen an ausländische Behörden kann dabei auch ungeachtet des Prinzips des gleichwertigen Datenschutzes einen qualifizierten Eingriffstatbestand darstellen, da mit dem Wechsel des Rechtssystems zugleich eine Änderung des Verfahrensrechts und des Rechtsschutzes verbunden ist. Derartige Eingriffe in personenbezogene Daten bergen zudem eine latente Missbrauchsgefahr, weshalb sie nicht uneingeschränkt und anlassunabhängig zulässig sein können. Sie müssen vielmehr den zentralen rechtsstaatlichen Anforderungen sowohl einer präzisen gesetzlichen Grundlage im Sinne des Legalitätsprinzips als auch einer einzelfallbezogenen Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten. Diese sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 5 Abs. 1 und 2 BV) ergebenden Anforderungen bilden gleichsam die Voraussetzungen und Schranken für die grundrechtsbezogene Leistung internationaler Amts- und Rechtshilfe (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 5. Januar 2010 E. 5; BREITENMOSE, a.a.O., Rz. 23.88, m.w.H.).

Entsprechende Rechtsgrundlagen finden sich im BEHG sowie im Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG, SR 956.1), welche je eigene Regelungen über die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden enthalten (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 daher Art. 38 BEHG als *lex specialis* anwendbar. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei diesen Bestimmungen über die internationale Amtshilfe um Verfahrensbestimmungen, weshalb in intertemporalrechtlicher Hinsicht jeweils dasjenige Recht anwendbar ist, welches zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung in Geltung war, selbst wenn der zum Amtshilfeersuchen Anlass gebende Sachverhalt sich vor der Rechtsänderung ereignet hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3703/2009 vom 3. August 2009 E. 2.1, m.w.H.).

4.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b BEHG darf die Vorinstanz 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; Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche bleiben jedoch vorbehalten (sog. Vertraulichkeitsprinzip).

Auch wenn die ersuchten Behörden die Vorbehalte der Spezialität und der Vertraulichkeit in ihren Genehmigungs- und Vollzugsschreiben regelmässig erwähnen, ergibt sich die Pflicht zu ihrer Berücksichtigung durch den ersuchenden Staat wegen der vertragsrechtlichen Natur der völkerrechtlichen Amts- und Rechtshilfehandlungen nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls aus dem völkerrechtlichen Vertrauensprinzip (vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2, 4.3.1 und 4.3.3, BGE 126 II 409 E. 4 und 6b/cc; für die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vgl. Urteile des Bundesgerichts 1A.225/2006 vom 6. März 2007 E. 1.5.2 und 1A.228/2003 vom 10. März 2004 E. 3.3.2).

Die Financial Services Authority FSA wurde per 1. April 2013 durch zwei Nachfolgebehörden abgelöst: die Financial Conduct Authority FCA, welche die Kompetenzen der FSA im Bereich Marktaufsicht übernimmt, sowie die der Bank of England angegliederte und für die prudentielle Aufsicht über die ihr unterstellten Institute zuständige Prudential Regulation Authority PRA. Die FCA übt ihre Kompetenzen im Bereich der Marktaufsicht gestützt auf dieselben Rechtsgrundlagen wie vormals die FSA aus. Sie stellt eine Aufsichtsbehörde dar, welcher die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann. Im Amtshilfeersuchen vom 30. Januar 2012 wird zugesichert, dass die erbetenen Informationen in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Memorandums of Understanding vom 6. Juli 2004 zwischen der Eidgenössischen Bankenkommision und der FSA (MoU), welches nunmehr im Verhältnis zwischen deren Nachfolgebehörden zur Anwendung kommt, sowie den Bestimmungen des "Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information" der International Organisation of Securities Commissions (IOSCO-MMoU) verwendet werden. Der angefochtene Entscheid enthält in Ziff. 2 des Dispositivs die Vorbehalte der Vertraulichkeit und der Spezialität. Wie die Vorinstanz darin darlegt, ist die FCA Vollmitglied (A-Signatar) des IOSCO-MMoU, weshalb davon ausgegangen werden darf, dass sie die Anforderungen an die Spezialität (Art. 10) und Vertraulichkeit (Art. 11) der übermittelten Information einhält, was denn auch im Amtshilfeersuchen zugesichert wird. Aufgrund der völkervertraglichen Rechtsnatur des Amts- und Rechtshilferechts (vgl. oben E. 2) ist auch diese ad-hoc-Zusicherung – im Gegensatz zum IOSCO-MMoU als blosses sog. soft law – ein völkerrechtlicher Vertrag (vgl. BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 23.4, m.w.H.). Es bestehen deshalb keinerlei Anhaltspunkte, dass die FSA bzw. nunmehr die FCA ihre eigenen Erklärungen und Zusicherungen missachte.

5.

5.1

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, das Amtshilfegesuch der FSA sei in Umgehung des Rechtshilfeweges in Straf- (Rz. 7 ff. der Beschwerdeschrift) bzw. Zivilsachen (Rz. 14 ff. der Beschwerdeschrift) erfolgt. Die FSA (bzw. nunmehr die FCA) übe Kompetenzen aus, welche gemäss hiesiger Rechtsauffassung den Strafverfolgungsbehörden obliegen würden. Ihr Amtshilfeersuchen sei als verkappter Rechtshilfeantrag abzuweisen. Rechtshilfeersuchen seien richtigerweise an das Bundesamt für Justiz zu richten, weshalb es der Vorinstanz an der sachlichen oder funktio-

nellen Zuständigkeit fehle. Sie bringt weiter vor, die im IOSCO-MMoU stipulierten Geheimhaltungsverpflichtungen seien weder verbindlich noch erzwingbar, weshalb dieses für die sich vorliegend stellende Frage der Geheimhaltungs- und Spezialitätsvorbehalte unbeachtlich sei. Vor diesem Hintergrund dränge sich die Annahme einer Verletzung der Spezialität geradezu auf.

Die Beschwerdeführerin rügt damit eine Verletzung des in Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG normierten Spezialitätsprinzips.

5.2

Indem die Finanzmarktaufsichtsbehörden bei der Durchsetzung der Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und -händler schwergewichtig das Marktgeschehen auf mögliche Finanzmarktdelikte untersuchen, treten sie in Konkurrenz mit den Untersuchungsfunktionen der Strafbehörden. Dabei beschaffen sie sich die Informationen zur aufsichtsrechtlichen Ahndung von Finanzmarktdelikten und zur allfälligen Weiterleitung an die Strafbehörden zur strafrechtlichen Verfolgung dieser Finanzmarktdelikte, sofern nötig, auf dem Wege der Amtshilfe (vgl. SCHAAD, a.a.O., N 30 zu Art. 38 BEHG). Dadurch verliert bei der Verfolgung von Finanzmarktdelikten die Rechtshilfe in Strafsachen an Bedeutung, weshalb eine klare Trennung der Amtshilfe von der Rechtshilfe in Strafsachen in diesem Bereich nicht mehr möglich ist. Sind die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt, stehen vielmehr beide Türen zur Informationsbeschaffung offen (vgl. CHRISTOPH WINZELER, Amts- und Rechtshilfe im Finanzmarktbereich, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, S. 116). Dies ist insbesondere der Fall, wenn - wie vorliegend - die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde gleichzeitig Strafuntersuchungsbehörde und als solche ermächtigt ist, Rechtshilfegesuche an die Schweiz zu richten (vgl. SCHAAD, a.a.O., N 141 zu Art. 38 BEHG).

Finden Informationen, welche über die Amtshilfe ins Ausland gelangten, Verwendung in einem Strafverfahren, so stellt sich die Frage einer allfälligen Umgehung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG erlaubt zwar eine derartige Verwendung explizit. Im Einzelfall gilt es allerdings abzugrenzen, ob die ausländische Aufsichtsbehörde ein eigenes Interesse an den Angaben hat, was dann der Fall ist, wenn sie – wie vorliegend die FCA – über eigene Untersuchungs- und Sanktionskompetenzen verfügt. In diesem Fall muss die internationale Amtshilfe zulässig sein, selbst wenn bereits ein Strafverfahren eröffnet

wurde (vgl. Anette Althaus, Internationale Amtshilfe als Ersatz für die internationale Rechtshilfe bei Insiderdelikten, AJP 1999, S. 945).

Werden zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und -händler bei bestehendem Verdacht auf Finanzmarktdelikte an eine ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde übermittelte Informationen von dieser an die zuständigen Strafbehörden (d.h. Strafuntersuchungsbehörden oder Strafgerichte) weitergeleitet, ist hierzu keine (zusätzliche) Zustimmung der FINMA erforderlich (Art. 38 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 38 Abs. 6 BEHG). Es wäre nicht zweckmässig und widerspräche dem Grundsatz der Verfahrensökonomie, wenn ausländische Strafbehörden strafrechtlich relevante und bereits im Rahmen der Amtshilfe für Aufsichtszwecke übermittelte Informationen nochmals mittels Rechtshilfe in der Schweiz beschaffen müssten (vgl. SCHAAD, a.a.O., N 138 zu Art. 38 BEHG).

Art. 10(a) ii IOSCO-MMoU stipuliert, dass die übermittelten Informationen in allen Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren verwendet werden können, sofern sie der Durchsetzung der Finanzmarktgesetze dienen. Hierbei handelt es sich praktisch um den international anerkannten Standard der Aufsichtsbehörden (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 10. November 2004 zur Änderung der Bestimmung über die internationale Amtshilfe im Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, BBl 2004 6447, 6760).

Vorliegend ersuchte die FSA die Vorinstanz um internationale Amtshilfe wegen des Verdachts auf Ausübung einer unbewilligten Tätigkeit im Zusammenhang mit der Errichtung, dem Betrieb, der Auflösung sowie der Bewerbung ("financial promotion") einer kollektiven Kapitalanlage gemäss Section 19 i.V.m. Section 235 sowie Section 21 des Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA). Nach diesen Bestimmungen des FSMA war die FSA bzw. ist nunmehr ihre Nachfolgerbehörde im Bereich Marktaufsicht, die FCA, für die Regulierung kollektiver Kapitalanlagen zuständig. Im Amtshilfegesuch vom 30. Januar 2012 wird dargelegt, dass die ersuchten Informationen für die Zwecke der Untersuchung der FSA (bzw. nunmehr der FCA) dienen sollen und auch dazu, weitere Aktivitäten der beschriebenen Art zu unterbinden. Damit bezweckt das Amtshilfegesuch nach der Darstellung der FSA die Durchsetzung von Aufsichtsrecht.

Vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Vertrauensprinzips (vgl. vorstehend E. 2), auf welchem letztlich das ganze Amtshilfeverfahren fusst,

besteht vorliegend für die Vorinstanz keinerlei Anlass, an der Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung durch die FCA zu zweifeln. Da diese Sachverhaltsdarstellung nicht durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche, welche die Vermutung des Vertrauens in die ersuchende Behörde hätten umzustossen vermögen, entkräftet werden konnte, ist die Vorinstanz daran gebunden.

Der von der Beschwerdeführerin unter Berufung auf die entsprechenden Kompetenzen der FCA erhobene Einwand, deren Gesuch diene strafrechtlichen oder zivilrechtlichen Zwecken, vermag am aufsichtsrechtlichen Charakter der von dieser durchgeführten Untersuchung nichts zu ändern. Aus der Tatsache, dass die durch die FCA durchgeführten Abklärungen in Strafverfahren münden können, kann nicht geschlossen werden, die erbetenen Informationen würden nicht ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und -händler verwendet. Wie die Vorinstanz richtig festhält, kann auch daraus, dass die Illegalität des von der Beschwerdeführerin betriebenen Systems zwischenzeitlich richterlich festgestellt wurde, nicht gefolgert werden, dass die erbetenen Informationen nicht trotzdem noch für die aufsichtsrechtliche Untersuchung der FCA von Nutzen sein werden. Es sind somit keinerlei Anzeichen ersichtlich, dass vorliegend mit der informelleren Amtshilfe die formelleren Schranken der Rechtshilfe umgangen werden sollen.

Auch aus der Tatsache, dass dem IOSCO-MMoU als sog. soft law keinerlei rechtliche Bindungswirkung zukommt, vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, ergibt sich doch die Pflicht zur Einhaltung der Zusicherung des Spezialitätsprinzips aufgrund der vertragsrechtlichen Natur der völkerrechtlichen Amts- und Rechtshilfehandlungen nach ständiger Rechtsprechung aus dem völkerrechtlichen Vertrauensprinzip (vgl. vorstehend E. 4). Bis zum Beweis des Gegenteils darf die Vorinstanz daher davon ausgehen, dass die FCA sich im Interesse einer funktionierenden Zusammenarbeit an ihre Zusicherungen betreffend die Einhaltung der Bestimmungen von MoU und IOSCO-MMoU zum Schutze des Spezialitätsprinzips halten wird. Berechtigte Zweifel, welche diese Vertrauensvermutung umzustossen vermöchten, liegen keine vor.

Nach dem Vorstehenden ist vorliegend eine Verletzung des in Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG normierten Spezialitätsprinzips durch die Vorinstanz nicht ersichtlich.

6.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, welcher für die gesamte Verwaltungstätigkeit gilt (Art. 5 Abs. 2 BV), ist in Art. 38 Abs. 4 BEHG ausdrücklich als Voraussetzung der Amtshilfegewährung normiert. Er erlaubt es der Vorinstanz als ersuchter Behörde nicht, Informationen über Personen zu übermitteln, welche offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur internationalen Amtshilfe wird die Verhältnismässigkeit durch die Pflicht, 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 E. 5b/aa). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet deshalb unter anderem auch, dass die Amtshilfe nicht gegen das Verbot der Beweisausforschung ("fishing expedition") verstösst. Eine verpönte und damit unrechtmässige Beweisausforschung liegt namentlich vor, wenn zur Begründung oder Erhärtung eines (noch) fehlenden oder ungenügenden 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, BGE 113 Ib 257 E. 5c, BGE 103 Ia 211 E. 6; BVGE 2011/14 E. 5.2.2.1)

Im vorliegend angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz keine Übermittlung von Informationen betreffend etwaige unbeteiligte Dritte angeordnet. Die FSA hat in ihrem Amtshilfeersuchen den Sachverhalt, welchen ihren Verdacht auslöste, schlüssig und substantiiert dargelegt, die gesetzlichen Grundlagen ihrer Untersuchung genannt und die benötigten Informationen und Unterlagen aufgeführt. Eine verpönte Beweisausforschung ist daher nicht ersichtlich. Es kann der Vorinstanz somit nicht vorgeworfen werden, die von ihr verfügte Amtshilfeleistung verletze den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

7.

Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

8.

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

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 und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilagen: Akten zurück);
- die Vorinstanz (Einschreiben; Beilagen: Vorakten zurück).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Michael Müller

Versand: 4. Juli 2013