

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-6040/2008
{T 0/2}

Urteil vom 8. Dezember 2008

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richterin Eva Schneeberger.
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

X._____,
vertreten durch Herrn Fürsprecher Georg Friedli,
Bahnhofplatz 5, Postfach 6233, 3001 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

Eidgenössische Bankenkommision (EBK),
Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

internationale Amtshilfe.

Sachverhalt:**A.**

A.a Mit Gesuch vom 7. Dezember 2007 ersuchte die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (nachfolgend: BaFin) die Eidgenössische Bankenkommision (nachfolgend: Vorinstanz oder EBK) um Amtshilfe wegen Verdachts auf Verstoss gegen das Insiderhandelsverbot (§14 WpHG) im Zusammenhang mit dem Handel von Aktien der B._____ AG. Die vertrauliche Behandlung und Zweckgebundenheit der Informationen wurde zugesichert.

Zur Begründung führte die BaFin aus, am 23. September 2003 habe die A._____ GmbH ihre Absicht veröffentlicht, 40,78% des Grundkapitals der B._____ AG vom derzeitigen Mehrheitsgesellschafter zu erwerben. Gemäss der beigelegten WpÜG-Mitteilung werde die A._____ GmbH den freien Aktionären anbieten, deren auf den Inhaber lautenden Stückaktien der B._____ AG zu erwerben. Das Übernahmeangebot umfasse eine Gewinnanteilberechtigung für das Geschäftsjahr 2003 einschliesslich des Anspruchs auf Zahlung der beschlossenen Kapitalrückzahlung sowie eine Zahlung in Höhe der gesetzlichen Mindestgegenleistung. Im Vorfeld der Übernahme der B._____ AG am 23. September 2003 sei es zu unüblichen Handelsvolumen und erheblichem Kursanstieg der Titel der B._____ AG gekommen. Die öffentliche Bekanntgabe des Übernahmeangebots habe zur Folge gehabt, dass der Kurs für eine kurze Zeit angestiegen und danach wieder gefallen sei.

Des Weiteren wies die BaFin darauf hin, im Rahmen der durchgeführten Untersuchungen sei festgestellt worden, dass folgende Transaktionen von der Bank Y._____ in Auftrag gegeben worden seien:

Nr.	ISIN	Handelszeitpunkt	Kauf / Verkauf	Preis (Euro)	Nominale	Volumen (Euro)
1	DE0005221303	12.09.2003	V	5.25	4'200	- 22'030.85
2	DE0005221303	15.09.2003	V	5.49	3'873	- 21'262.77
3	DE0005221303	17.09.2003	V	7.73	1'714	- 13'256.08
4	DE0005221303	17.09.2003	V	6.68	18'388	-122'776.68
5	DE0005221303	18.09.2003	V	6.59	13'249	- 87'284.41
6	DE0005221303	19.09.2003	V	6.75	7'598	-51'274.95

Die BaFin habe daher ersucht, ihr auf dem Amtshilfeweg die Identität der Personen, welche die erwähnten Transaktionen über die

Bank Y._____ getätigt hätten, sowie die Identität der wirtschaftlich Berechtigten und der Auftraggeber (Name, Geburtsdatum und Anschrift) zu übermitteln. Ferner habe die BaFin um die Einholung von Informationen zu den Ordererteilungen, insbesondere Datum und Uhrzeit der Ordererteilungen, ursprünglich geordnete Stückzahl, gegebenenfalls gesetztes Limit einschliesslich gegebenenfalls erfolgter Limitänderungen sowie die Dauer der Gültigkeit der Order ersucht.

A.b Die Vorinstanz setzte daraufhin die Bank Y._____ mit Schreiben vom 4. Januar 2008 von diesem Amtshilfegesuch in Kenntnis und ersuchte sie um Übermittlung der einverlangten Informationen und Unterlagen.

A.c Mit Schreiben vom 31. Januar 2008 übermittelte die Bank Y._____ der Vorinstanz die nachgesuchten Unterlagen. Daraus ergibt sich, dass X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer), geboren am _____, (Beruf), (Adresse), Auftraggeber der Transaktion Nr. 2 vom 15. September 2003 war (vgl. Tabelle unter A.a). Aus den Unterlagen der Bank Y._____ ist unter anderem ersichtlich, dass der Beschwerdeführer am 16. Juni 2003 eine Order erteilte, 5'000 Aktien der B._____ AG mit einer gesetzten Limite von EUR 5.90 zu verkaufen bzw. dass er am 4. September 2003 morgens eine Order erteilte, 16'000 Aktien der B. _____ AG mit einer gesetzten Limite von EUR 4.90 zu verkaufen, dass überdies keine Limitenänderung bestand, die Gültigkeit der Order bis am 15. September 2003 dauerte und der Beschwerdeführer wirtschaftlich Berechtigter an den Vermögenswerten war. Des Weiteren wurde ersichtlich, dass der Beschwerdeführer folgende Transaktionen der Aktien der B._____ AG tätigte:

Nr.	Verkaufsdatum	Preis (EUR)	Nominale	Volumen (EUR)
1	13.06.2003	5.90	350	-2065.00
2	04.09.2003	4.90	196	-960.40
3	08.09.2003	4.99	500	-2'498.75
4	09.09.2003	4.99	2'350	-11'726.50
5	10.09.2003	4.99	927	-4'625.73
6	11.09.2003	4.99	5'504	-27'464.96
7	12.09.2003	5.25	1'200	-6'294.48
8	15.09.2003	5.49	3'873	-21'262.77
9	15.09.2003	6.30	1'554	-9'790.20
10	30.10.2003	6.20	4'096	-25'387.00
11	31.10.2003	6.20	350	-2'170.00
TOTAL			20'900	-114'245.79

A.d Die Vorinstanz teilte der Bank Y. _____ daraufhin mit Schreiben vom 13. März 2008 mit, aufgrund der vorgelegten Akten werde eine Weiterleitung der eingeholten Kundeninformationen an die BaFin in Betracht gezogen, und forderte die Bank Y. _____ auf, den Beschwerdeführer zu einer Stellungnahme einzuladen.

A.e Mit Stellungnahme vom 16. April 2008 beantragte der Beschwerdeführer die Abweisung des Amtshilfegesuchs der BaFin und, im Fall der Gutheissung des Gesuchs, den Erlass einer formellen Verfügung. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, das Gesuch müsse mangels Anfangsverdachts abgewiesen werden. Der Beschwerdeführer könne nicht als Insider bezeichnet werden, da er vor Bekanntgabe des Übernahmeangebots nicht gekauft, sondern verkauft habe. Er habe eine zur vertraulichen Tatsache im Sinne des Übernahmeangebots gegenläufige Transaktion vorgenommen. Auch am Umstand, dass nur drei der insgesamt zwölf Transaktionen des Beschwerdeführers in die vom BaFin als kritisch bezeichnete Zeitperiode vom 12. bis zum 19. September 2003 fallen, zeige sich, dass er nicht im Hinblick auf das Übernahmeangebot vom 23. September 2003 verkauft habe, sondern aufgrund des Anstiegs im Jahre 2003, nachdem der Kurs vorher lange Zeit stagniert habe. Ein Verkauf in Kenntnis des Übernahmeangebots wäre wirtschaftlich unsinnig gewesen. Es bestehe zudem keine aktuelle und gültige Zusicherung der BaFin, wonach Spezialität und Vertraulichkeit gewährleistet wären. Rein faktisch bestehe im Verhältnis zu deutschen Behörden keine Gewähr für Vertraulichkeit. Im Fall der Gutheissung des Gesuchs müsste in die zu erlassende Verfügung ein Spezialitätsvorbehalt aufgenommen werden.

A.f Am 4. September 2008 verfügte die Vorinstanz:

„1. Die Eidgenössische Bankkommission leistet der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen Amtshilfe und übermittelt dieser die folgenden Informationen:

X. _____, geboren am _____, (Adresse), Deutschland, hat folgende Transaktionen in Titel der B. _____ AG getätigt:

Nr.	Verkaufsdatum	Preis (EUR)	Nominale	Volumen (EUR)
1	13.06.2003	5.90	350	-2065.00
2	04.09.2003	4.90	196	-960.40
3	08.09.2003	4.99	500	-2'498.75
4	09.09.2003	4.99	2'350	-11'726.50
5	10.09.2003	4.99	927	-4'625.73

6	11.09.2003	4.99	5'504	-27'464.96
7	12.09.2003	5.25	1'200	-6'294.48
8	15.09.2003	5.49	3'873	-21'262.77
9	15.09.2003	6.30	1'554	-9'790.20
10	30.10.2003	6.20	4'096	-25'387.00
11	31.10.2003	6.20	350	-2'170.00
TOTAL			20'900	-114'245.79

Er hat am 16. Juni 2003 der Bank Y._____ die Order erteilt, 5'000 Aktien der B._____ AG mit einer gesetzten Limite von EUR 5.90 zu verkaufen.

Er hat am 4. September 2003 der Bank Y._____ die Order erteilt, 16'000 Aktien der B._____ AG mit einer gesetzten Limite von EUR 4.90 zu verkaufen.

X._____ war an den Aktien der B._____ wirtschaftlich berechtigt.

2. (Zweckgebundenheit der Informationen und Dokumente).

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

4. Die Ziffern 1 bis 3 dieser Verfügung werden 10 Tage nach Zustellung an den Rechtsvertreter der Parteien vollstreckt, sofern innert Frist keine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht wird.

5. (Verfahrenskosten)“.

B.

Hiergegen erhob der Beschwerdeführer am 22. September 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, die Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 4. September 2008 und die Abweisung des Amtshilfesuchs der BaFin vom 7. Dezember 2007 im Fall B._____ AG, soweit das Amtshilfesuch ihn betrifft. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, ein Anfangsverdacht könne nicht bejaht werden, da er die Aktien der B._____ AG vor Bekanntgabe des Übernahmeangebots nicht gekauft, sondern verkauft habe. Somit habe er eine zur vertraulichen Tatsache gegenläufige Transaktion getätigt. Nur eine Vertragspartei könne „verdächtig“ sein. Er habe nicht im Hinblick auf das Übernahmeangebot vom 23. September 2003, sondern aufgrund des Anstiegs im Jahre 2003 verkauft, nachdem der Kurs vorher lange Zeit stagniert habe. Das zeige sich daran, dass nur drei der insgesamt zwölf Transaktionen des Beschwerdeführers in den kritischen Zeitraum vom 12. bis 19. September 2003 fielen. Insofern habe er sein Verhalten im Vorfeld des Übernahmeangebots nicht geändert. Eine Übermittlung der Informationen wäre auch deshalb unverhältnismässig, weil - ge-

mäss dem beigelegten privaten Rechtsgutachten - allfällige Verstösse verjährt seien.

C.

Mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2008 beantragt die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Der Einwand des Beschwerdeführers, es bestehe kein Anfangsverdacht mit Bezug auf die Insidereigenschaft, gehe fehl. Die Vorinstanz sei nicht gehalten, selbst zu untersuchen, ob sich der Anfangsverdacht gestützt auf die von ihr erhobenen Informationen bewahrheite, und ob die nachgesuchten Informationen verdächtige oder unverdächtige Transaktionen betreffen. Vorliegend genüge eine klare zeitliche Nähe zwischen den fraglichen Transaktionen und der Bekanntgabe von kursrelevanten Informationen, um den Anfangsverdacht zu begründen. Die Aufteilung in verdächtige oder unverdächtige Transaktionen bilde nicht Gegenstand des Amtshilfverfahrens und falle nicht in den Aufgabenbereich der Vorinstanz, sondern in denjenigen der ersuchenden Behörde. Der Eintritt der Verjährung allfälliger Verstösse gegen das Wertschriftengesetz sei eine materiellrechtliche Frage, die nicht Gegenstand des Amtshilfverfahrens bilde.

D.

Auf die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers sowie 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 Gesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 [BEHG, SR 954.1] und Art. 31 i. v. m. Art. 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Der Beschwerdeführer als Adressat der angefochtenen Verfügung vom 4. September 2008 ist durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 38 Abs. 5 BEHG und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 3 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss gezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktbehörden richtet sich nach Art. 38 BEHG, welcher seit dem 1. Februar 2006 in einer neuen Fassung in Kraft ist (AS 2006 197). Da es sich bei dieser Bestimmung um eine Verfahrensvorschrift handelt, ist sie mit dem Tag des Inkrafttretens sofort auch auf Verfahren anwendbar, denen Sachverhalte zugrunde liegen, die sich in einem früheren Zeitpunkt verwirklicht haben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 327a; BVG B-2980/2007 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006 vom 8. Februar 2007). Art. 38 BEHG in seiner geltenden Fassung findet demnach im hier zu beurteilenden Fall Anwendung, welcher einen Sachverhalt aus dem Jahre 2003 betrifft.

2.2 Gemäss Art. 38 BEHG darf die EBK in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsbehörde ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen nur 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 weiter geleitet werden (Abs. 2 Bst. a; sog. Spezialitätsprinzip), und die ersuchenden Behörden an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind, wobei Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche Verfahren vorbehalten bleiben (Abs. 2 Bst. b; sog. Vertraulichkeitsprinzip).

2.3 Wie das Bundesgericht bereits in mehreren Entscheiden erkannte, unterscheidet sich die neue Regelung von Art. 38 BEHG von der bisherigen im Wesentlichen dadurch, dass das Vertraulichkeitsprinzip nur noch abgeschwächt gilt. Zudem entfallen im Rahmen des Spezialitätsgrundsatzes das Prinzip der langen Hand sowie das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden bzw. der in diesem Zusammen-

hang bisher nötige Zusatzverdacht sowie das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit (Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006 vom 8. Februar 2007, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen, bestätigt u. a. in BVG B-852/2008 E. 2 sowie Botschaft des Bundesrates vom 10. November 2004, BBl 2004 S. 6754 f. und 6764 f.). Im Übrigen gelten die bisherigen Regelungen und die Rechtsprechung grundsätzlich fort, insbesondere soweit Informationen unter Durchbrechung des Spezialitätsgrundsatzes weitergegeben werden sollen. In diesem Fall muss die EBK im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz die Zustellung an die Strafbehörden vorgängig genehmigen, wobei sie die Rechtshilfevoraussetzungen zu beachten hat (Art. 38 Abs. 6 BEHG, Urteil des Bundesgerichts 2A.266/2006, a. a. O).

Der allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt auch in der Amtshilfe (BGE 125 II 65 E. 6a). Vor dem Inkrafttreten der neuen Fassung von Art. 38 BEHG wurde im Gesetz lediglich ein Anwendungsfall ausdrücklich genannt, indem bestimmt wurde, dass die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind, unzulässig ist. Neu wird das Verhältnismässigkeitsprinzip - zusammen mit dem genannten Anwendungsfall - ausdrücklich im Gesetz festgehalten (BBl 2004 6776; vgl auch HANS-PETER SCHAAD in WATTER/VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, Basel 2007, N 10, 71 ad Art. 38 BEHG). Zu diesem allgemeinen Rechtssatz besteht eine differenzierte bundesgerichtliche Praxis, auf welche mit der gesetzlichen Verankerung ebenfalls Bezug genommen wird (BBl 2004 S. 6749, 6776 f.). Verboten sind reine Beweisausforschungen ("fishing expeditions"). Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Dabei ist zu beachten, dass ihr in der Regel die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob ein hinreichender Anlass für die Gewährung der Amtshilfe besteht (BGE 126 II 409 E. 5a S. 413 f.; BGE 125 II 65 E. 6b S. 73 f.). Soweit die Behörden des ersuchenden Staates verpflichtet sind, den massgeblichen Sachverhalt darzulegen, kann von ihnen nicht erwartet werden, dass sie dies bereits lückenlos und völlig widerspruchsfrei tun. Dies wäre mit Sinn und Zweck der Amtshilfe (wie mit jenem der Rechtshilfe) nicht vereinbar, sollen doch aufgrund von Informationen und Unterlagen, die sich im ersuchten Staat befinden, bisher im Dunkeln gebliebene Punkte erst noch geklärt werden (BGE 128 II 407 E. 5.2.1). Die Bankenkommission hat sich nicht darüber auszusprechen,

ob die im Ersuchen angeführten Tatsachen zutreffen oder nicht. Sie hat weder Tat- noch irgendwelche Schuldfragen zu prüfen und ihrerseits eine Beweiswürdigung vorzunehmen. Sie ist an die Darstellung des Sachverhalts im Ersuchen insoweit gebunden, als diese nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden kann (BGE 127 II 142 E. 5a S. 145; Urteil 2A.347/2001 vom 2. Oktober 2001, E. 5a; Urteil 2A.567/2001 vom 15. April 2002, E. 4.1; für die Rechtshilfe: BGE 117 Ib 64 E. 5c S. 88).

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 (BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3, 127 II 142 E. 5a, je mit weiteren Hinweisen).

2.4 Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, welcher die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen, bestätigt in BVG B-2980/2007 E. 4, B-3900/2008 E. 3). Sie sicherte zu, die übermittelten Angaben nur zur Durchsetzung von Finanzmarktregulierungen bzw. im Zusammenhang mit der in der Anfrage genannten Zweckbestimmung zu gebrauchen und andernfalls vor einer Weitergabe um die Zustimmung der Vorinstanz zu ersuchen. Der angefochtene Entscheid enthält die entsprechenden Vorbehalte in Ziffer 2 und 3 des Dispositivs. In dieser Hinsicht sind die Voraussetzungen für die Leistungen von Amtshilfe ohne Weiteres gegeben.

3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, das Gesuch müsse mangels genügenden Anfangsverdachts abgewiesen werden.

3.1 An den Anfangsverdacht sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da im Zeitpunkt des Ersuchens beziehungsweise der Übermittlung von Informationen noch nicht feststeht, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden. Es genügt, wenn die Informationen zur Abwicklung des ausländischen Aufsichtsverfahrens grundsätzlich geeignet erscheinen und dies im Gesuch angemessen dargetan ist. Konkret muss die ersuchende Aufsichtsbehörde den Sachverhalt darstellen, welcher den Anfangsverdacht auslöst, die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung nennen sowie die benötigten Informationen und Unterlagen aufführen (BGE 129 II 484 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 126 II 409 E. 5a, BGE 125 II 65 E. 6b). Es reicht, wenn in diesem Stadium erst Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung

börsenrechtlicher Vorschriften bestehen (BGE 125 II 65 E. 6b; Urteil des Bundesgerichts 2A.154/2003 vom 26. August 2003 E. 4.2.1) und die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen (Urteil des Bundesgerichts 2A.603/2006 vom 21. Dezember 2006, E. 2, 3; BGE 129 II 484 E. 4.1, mit Hinweisen). Verboten sind - wie bereits erwähnt - reine Beweisforschungen („fishing expeditions“; vgl. vorne E. 2.3). In einem Fall vermuteten Insiderhandels hat das Bundesgericht festgehalten, ein hinreichender Anfangsverdacht sei im Umstand zu erblicken, dass die entsprechende Transaktion im Vorfeld der Bekanntgabe einer vertraulichen Tatsache getätigt wurde, während der ein Anstieg des Transaktionsvolumens und des Kurses festzustellen war (BGE 125 II 65 E. 6bb).

Es ist Sache des Betroffenen, einen Anfangsverdacht zu entkräften, beispielsweise indem er nachweist, dass er mit dem in Frage stehenden Geschäft offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hat, weil ein umfassender Vermögensverwaltungsauftrag vorliegt und die Transaktion ohne sein Wissen erfolgte (vgl. BGE 127 II 323 E. 6b/aa).

3.2 Die BaFin hat in ihrem Gesuch vom 7. Dezember 2007 ausgeführt, am 23. September 2003 habe die A._____ GmbH ihre Absicht veröffentlicht, 40,78% des Grundkapitals der B._____ AG vom derzeitigen Mehrheitsgesellschafter zu erwerben. Gemäss der beigelegten WpÜG-Mitteilung werde die A._____ GmbH den freien Aktionären anbieten, deren auf den Inhaber lautenden Stückaktien der B._____ AG zu erwerben. Das Übernahmeangebot umfasse eine Gewinnanteilberechtigung für das Geschäftsjahr 2003 einschliesslich des Anspruchs auf Zahlung der beschlossenen Kapitalrückzahlung sowie eine Zahlung in Höhe der gesetzlichen Mindestgegenleistung. Im Vorfeld der Übernahme der B._____ AG am 23. September 2003 sei es zu unüblichen Handelsvolumen und erheblichem Kursanstieg der Titel dieser Gesellschaft gekommen. Die öffentliche Bekanntgabe des Übernahmeangebots habe zur Folge gehabt, dass der Kurs für eine kurze Zeit angestiegen und danach wieder gefallen sei. Aus den im Vorfeld der Veröffentlichungen getätigten Transaktionen (vgl. zum genauen Gegenstand derselben vorne Sachverhalt Aa) hat die BaFin schliesslich Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen das Insiderhandelsverbot abgeleitet (vgl. Gesuch vom 7. Dezember 2007 S. 1 i. f.).

3.3 Im Amtshilfegesuch wies die BaFin ausdrücklich auf die nach deutschem Recht relevanten verfahrens- (§ 4 WpHG) sowie materiellrechtlichen (§ 14 WpHG, Insiderhandelsverbot) Vorschriften hin. Zudem legte sie die für die ersuchten Auskünfte massgebliche Zeitperio-

de (12. bis und mit 19. September 2003) klar fest. Im gleichen Masse bezeichnete sie die gewünschten Auskünfte und Unterlagen und den Kreis der sie interessierenden Transaktionen. Dadurch wird die BaFin den formellen Anforderungen an ein Gesuch vollumfänglich gerecht.

Den Beilagen zum Amtshilfegesuch kann entnommen werden, dass es im Vorfeld der Mitteilung betreffend das Übernahmeangebot vom 23. September 2003 zu einem - im Vergleich zu den Vormonaten - auffälligen Kursanstieg der Aktien der B._____ AG kam. Auch war ein unübliches Handelsvolumen derselben festzustellen. Kurze Zeit danach fiel der Kurs dieser Aktien wieder. Im Zeitraum zwischen dem 12. und dem 19. September 2003 - also kurz vor der Publikation der Mitteilung - tätigte der Beschwerdeführer diverse Aktienverkäufe. Mit anderen Worten besteht in casu eine offensichtliche zeitliche Nähe zwischen den fraglichen Transaktionen und der Bekanntgabe des öffentlichen Übernahmeangebots.

Ob der Beschwerdeführer tatsächlich von Insiderinformationen profitiert hat, bildet nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens (BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419), denn für die aufsichtsrechtliche (Vor-) Abklärung ist in erster Linie entscheidend, dass die betroffenen Aktiengeschäfte in einem zeitlichen Zusammenhang mit den auffälligen Kursverläufen stattfanden (BGE 129 II 484 E. 4.2 S. 495, mit Hinweisen; Urteil 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004 E. 2.1). Dabei muss sich weder notwendigerweise der Kurs der betroffenen Aktie auf eine bestimmte Art entwickelt haben, noch ein spezifisches Handelsvolumen erreicht worden sein (Urteil 2A.486/2004 vom 15. März 2002, E. 4.2.1).

Es ist nach dem Gesagten von einem hinreichenden Anfangsverdacht auszugehen.

4.

Es bleibt weiter zu prüfen, ob die Einwände des Beschwerdeführers geeignet sind, den Anfangsverdacht zu entkräften.

4.1 Der Beschwerdeführer führt in seiner Begründung an, er sei kein Insider, da er die Aktien der B._____ AG vor Bekanntgabe des Übernahmeangebots nicht gekauft sondern verkauft habe. Somit habe er eine zur vertraulichen Tatsache gegenläufige Transaktion getätigt. Ein Anfangsverdacht treffe nur diejenige Person, die die Aktien gekauft habe. Insofern könne jeweils nur eine Vertragspartei „verdächtig“ sein.

Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass sich die verschiedenen

Transaktionen äusserlich nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen lassen. Es wird Aufgabe der um Amtshilfe ersuchenden ausländischen Behörde sein, aufgrund eigener Untersuchungen und gestützt auf die eingeholten Informationen die entsprechende Ausscheidung zu treffen und in diesem Sinne über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.2; 126 II 409 E. 5b/aa, 414; 126 II 126 E. 6a/bb, 137; 125 II 65 E. 6b/bb, 74; bestätigt in BVG B-2033/2007 E. 5; BVG B-2980/2007 E. 6.4). Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Aufteilung in verdächtige und unverdächtige Transaktionen nicht Aufgabe der Vorinstanz sein kann. Dies umso mehr, als sie nicht über alle zur Abklärung des Verdachts nötigen Informationen verfügt.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann nicht a priori davon ausgegangen werden, dass ein Insider-Tatverdacht bereits deswegen auszuschliessen ist, weil es unmittelbar vor angekündigter Übernahme zu Aktienverkäufen und nicht zu Aktienkäufen gekommen ist. Der Beschwerdeführer selbst macht diesbezüglich jedenfalls keine substantiierten Ausführungen.

4.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, er habe die Aktien nicht im Hinblick auf das Übernahmeangebot, sondern aufgrund des Anstiegs im Jahre 2003 verkauft, nachdem der Kurs lange stagniert habe.

In Anlehnung an die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts jedoch nicht von Belang, ob ein Entscheid, eine Transaktion zu tätigen, gestützt auf öffentlich zugängliche Informationen, bereits kursierende Gerüchte oder eigene Marktbeobachtungen bzw. Analysen getroffen worden ist (vgl. Urteil 2A.324/2004 vom 24. Juni 2004 E. 2.1; vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3 S. 419). Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Vorliegen von Transaktionen in der kritischen Zeitspanne für die Begründung des erforderlichen Anfangsverdachts ausreichen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben (vgl. Vorne E. 3.3).

4.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelingt, mit seinen Argumenten den für das Amtshilfeersuchen relevanten Anfangsverdacht zu entkräften.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei bei einer Übermittlung seiner Identität an die BaFin verletzt, da die Verjährung allfälliger Verstösse gegen das Wert-

schriftengesetz bereits eingetreten sei.

Diesbezüglich erwidert die Vorinstanz, der Eintritt der Verjährung sei eine materiellrechtliche Frage, welche nicht Gegenstand des Amtshilfeverfahrens bilde.

5.1.1 Unter dem Vorbehalt missbräuchlicher Ersuchen hat die Bankenkommision - weder gemäss den amts- noch den rechtshilferechtlichen Regeln - der Strafbarkeit im ersuchenden Staat im Detail nachzugehen (BGE 128 II 407 E. 5.3.2, BGE 126 II 409 E. 6c/bb). In einem sich gegen die Gutheissung eines Amtshilfegesuchs richtenden Beschwerdeverfahren hat das Bundesgericht erkannt, dass die Frage nach einem allfälligen Eintritt der Verjährung im ausländischen Recht nicht im Rahmen eines Amtshilfegesuchsverfahrens zu prüfen sei; dies umso mehr, als es sich im damals zu beurteilenden Fall nicht um ein Strafverfahren sondern um ein Verwaltungsverfahren handle, welches die Aufsicht über das Marktgeschehen zum Gegenstand habe (Urteil des Bundesgerichts 2A.484/2004 vom 19. Januar 2005, E. 1.5). Aber auch in anderen Beschwerdeverfahren, welche sich gegen die Gutheissung eines Gesuchs um internationale Rechtshilfe in Strafsachen richteten, geht das Bundesgericht grundsätzlich davon aus, dass es nicht Aufgabe der schweizerischen Behörden und Gerichte ist, zu prüfen, ob die Verjährung nach dem Recht des ersuchenden Staates eingetreten ist (Urteil des Bundesgerichts 1A.12/2005 E. 6 sowie unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts 1A.249/1999 E. 3 e)aa). In den zuletzt zitierten Urteilen wird dieser Grundsatz insofern präzisiert, als das Bundesgericht die Abweisung eines Rechtshilfegesuchs für vertretbar hält, „wenn ausser Zweifel steht, dass im ersuchenden Staat eine Strafverfolgung (...) wegen Eintritts der Verjährung nicht weitergeführt werden kann.“. Unter dem Aspekt, dass die Voraussetzungen für die Rechtshilfe in Strafsachen strenger als diejenige für die Amtshilfe sind, erscheint diese Differenzierung durch das Bundesgericht ohne weiteres erklärbar. Ob diese Ergänzung auch auf Amtshilfegesuche Anwendung finden kann, darf vorliegend offen bleiben. Entscheidend ist, dass bei Gesuchen um Amtshilfe die Frage der Verjährung nicht von den Verwaltungs- beziehungsweise Verwaltungsjustizbehörden zu prüfen ist.

5.1.2 An diesem Ergebnis vermag die vom Beschwerdeführer beigelegte Rechtsabklärung der Kanzlei Lovells LLP vom 12. September 2008 nichts zu ändern, gemäss welcher die Verfolgungsverjährung für allfällige Verstösse des Beschwerdeführers gegen das Insiderhandelsverbot (WpHG § 14) bereits eingetreten ist. Ob der Eintritt der Verjährung

rung im hier zu beurteilenden Fall schon erfolgt ist oder nicht, hat ausschliesslich die ersuchende und nicht die ersuchte Behörde zu ermitteln, handelt es sich bei der Verjährung gemäss herrschender Schweizer Lehre doch um ein Institut des materiellen Rechts (vgl. PETER MÜLLER in Niggli / Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2., überarbeitete Auflage, 2007, Rz. 40-45 vor Art.97 StGB; STEFAN TRECHSEL ET. AL., Schweizer Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, N. 5 vor Art. 97 StGB) bzw. um eine allgemeine Voraussetzung für die Strafbarkeit. Weder die Bankenkommission noch das Bundesgericht haben sich im Rahmen des Amtshilfeverfahrens auf juristische Diskussionen zu Streitfragen hinsichtlich der Auslegung des ausländischen Rechts einzulassen (Urteile des Bundesgerichts 2A.425/2002 vom 18. Februar 2003, E. 2.2.4, und 2A.234/2000 vom 25. April 2001, E. 2a), insbesondere wenn es darum geht zu ermitteln, ob im ersuchenden Staat die Strafbarkeit gegeben ist (vgl. HANS-PETER SCHAAD in WATTER/VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Art. 161, 161bis, 305bis und 305ter Strafgesetzbuch, Basel 2007, N. 83 mit Hinweisen). Demnach haben die Vorinstanz sowie das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall weder zu prüfen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers effektiv unter § 14 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes fällt (Verbot von Insidergeschäften), noch, ob für dieses Delikt die Verjährung bereits eingetreten ist. Der Umstand, dass die BaFin ihr Amtshilfeersuchen bis zum heutigen Zeitpunkt nicht zurückgezogen hat, vermag jedenfalls keinen gegenteiligen Schluss nahe zu legen. Aus den genannten Gründen kann der Stellungnahme des deutschen Rechtsanwalts keine ausschlaggebende Beachtung geschenkt werden.

5.1.3 Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips geltend macht, da die allfälligen Verstösse gegen das deutsche Wertpapierhandelsgesetz bereits verjährt seien, ergibt sich nach dem Gesagten, dass seine Rüge ins Leere stösst.

5.2 Ferner wendet der Beschwerdeführer ein, er sei dem Risiko ausgesetzt, dass die Informationen zu Zwecken (wie beispielsweise Steuerzwecken) verwendet werden könnten, zu denen sie ursprünglich nicht übermittelt worden seien. Dies sei ebenfalls unverhältnismässig.

Wie bereits unter E. 2.4 erkannt, erfüllt das Amtshilfegesuch der BaFin die Voraussetzungen für die Leistung der Amtshilfe, zumal sie die vertrauliche Behandlung und die Zweckgebundenheit der Informationen zugesichert hat. Es sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, um einen Verstoss gegen das Vertraulichkeits- sowie Spezialitätsprinzip zu be-

fürchten.

6.

Die spontane Amtshilfe ist zulässig, wenn es dabei um die Übermittlung von aufsichtsrechtlich relevanten Informationen geht (BGE 125 II 65 E. 7, Urteil des Bundesgerichts 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3.1, bestätigt in BVG B-5297/2006 E. 5.4; B-2980/2007 E. 7.3; B-3900/2008). Die gegenüber dem Amtshilfegesuch zusätzlichen Informationen (Unterlagen zu den Transaktionen vom 13. Juni 2003, 4. September 2003, 8. September 2003, 9. September 2003, 10. September 2003, 11. September 2003 sowie 30. und 31. Oktober 2003), welche die Vorinstanz gemäss der angefochtenen Verfügung übermitteln will, können aufsichtsrechtlich von Bedeutung sein und dürfen übermittelt werden, weil diese Informationen einen Zusammenhang mit dem Beschwerdeführer und den von der BaFin als verdächtig erachteten Transaktionen aufweisen könnten. Der Beschwerdeführer selbst führt diese Transaktionen in seiner Beschwerde einzeln auf und bestreitet keineswegs, die entsprechenden Verkäufe getätigt zu haben. Abgesehen von der grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber der verfügten Amtshilfe widersetzt sich der Beschwerdeführer der Übermittlung zusätzlicher, über den relevanten Zeitraum hinausreichender Informationen an die BaFin, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angeordnet hat, nicht. Dies wohl auch deshalb, weil sich die zusätzlich zur Weiterleitung bestimmten Daten für den Beschwerdeführer gegebenenfalls auch entlastend auswirken könnten (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 2A.50/2005 vom 16. März 2005, E. 2.3; 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006, E. 2.3.2; BVG B-2980/2007 E. 7.3).

7.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Dem unterliegenden Beschwerdeführer sind die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglementes vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Der EBK steht kein Anspruch auf Parteientschädigung zu (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

8.

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 dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beschwerdebeilagen zurück);
- die Vorinstanz (Einschreiben).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Corrado Bergomi

Versand: 10. Dezember 2008