



Abteilung II
B-6062/2011

Urteil vom 22. März 2012

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Dr. iur. Manuel Brandenburg, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Internationale Amtshilfe.

Sachverhalt:**A.**

Mit Schreiben vom 1. April 2010 ersuchte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend: BaFin) die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) um internationale Amtshilfe wegen Verdachts auf Verstoss gegen das Verbot der Marktmanipulation im Zusammenhang mit dem Handel von Aktien der Y._____ AG. Gegenstand des Gesuchs waren Informationen betreffend Transaktionen der Z._____ AG mit den Aktien der Y._____ AG, Auskunft betreffend Identität des Auftraggebers und Depotinhabers der aufgeführten Transaktionen sowie eine Aufstellung der jeweiligen Bestände in den betroffenen Depots für den Zeitraum vom (...) bis zum (...).

Mit dem Einverständnis der X._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) übermittelte die Vorinstanz der BaFin am 6. August 2010 eine Liste mit der von der Beschwerdeführerin getätigten Transaktionen in Aktien der Y._____ AG.

B.

Mit Schreiben vom 25. August 2010 ersuchte die BaFin erneut um internationale Amtshilfe gestützt auf denselben Sachverhalt und bat um folgende ergänzende Angaben:

- Aufstellung sämtlicher Bestandesveränderungen in dem betroffenen Depot der X._____ AG bei der Z._____ AG in Aktien der Y._____ AG unter Angabe des jeweils abgerechneten Preises für die Zeit vom (...) bis zum (...).
- Kopien der Auftragsbelege, die diesen Bestandesveränderungen zugrunde liegen mit Angaben über den gegebenenfalls vom Depotinhaber abweichenden Auftraggeber, Art und Wiese, Datum und Uhrzeit der Ordererteilung, Limitierung, gegebenenfalls einschliesslich erfolgter Änderung der Limite mit Datum und Uhrzeit sowie Gültigkeit der Order.
- Übersicht über weitere bei der Z._____ AG geführte Konten der X._____ AG und – soweit bekannt – auch weitere Referenzkonten bei anderen Instituten.
- Hinsichtlich der aufgeführten ausserbörslichen Bestandesveränderungen vom (...), (...), (...), (...) und (...) eine Kopie der Korrespondenz, die im weiteren Zusammenhang mit diesen Bestandesveränderungen geführt wurde und alle weiteren Informationen – insbesondere betreffend die Herkunft der eingelieferten Aktien – die der Z._____ AG vorliegen.

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2010 teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit, sie lehne die Herausgabe ab; es lasse sich weder aus den

getätigten Aktientransaktionen noch aus den bereits an die BaFin übermittelten Unterlagen ein Verdacht wegen Marktmanipulation ableiten. Die Vorinstanz legte sodann dar, dass dem Amtshilfeersuchen ihrer Ansicht nach ein genügender Anfangsverdacht für eine Marktmanipulation zugrunde liege, weshalb sie beabsichtige, die verlangten Unterlagen zuzustellen. Sie werde zu gegebener Zeit verfügen. Die Beschwerdeführerin erhielt am 16. Februar 2011 eingeschränkte Akteneinsicht. Am 17. Februar 2011 ersuchte sie um Einsichtnahme in das Amtshilfeersuchen vom 25. August 2010, was die Vorinstanz gestützt auf ein wesentliches öffentliches Interesse an dessen Geheimhaltung sowie auf die noch nicht abgeschlossene Untersuchung der BaFin verweigerte. Am 18. März 2011 ersuchte die Beschwerdeführerin erneut um Einsicht in das Amtshilfeersuchen. Widrigenfalls sei eine Zwischenverfügung mit Rechtsmittelbelehrung zu erlassen. Eventualiter sei das Amtshilfeersuchen abzuweisen und es sei von der Herausgabe weiterer Akten und von der Erhebung von Kosten abzusehen.

C.

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2011 gab die Vorinstanz dem Amtshilfeersuchen der BaFin vom 25. August 2010 vollumfänglich statt. Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– wurden der Beschwerdeführerin auferlegt.

D.

Mit Eingabe vom 3. November 2011 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung vom 21. Oktober 2011 sei aufzuheben und es sei von der Herausgabe von Daten oder Akten an die BaFin abzusehen. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen mit der Weisung, der Beschwerdeführerin die Amtshilfeersuchen vom 1. April 2010 und 25. August 2010 vor dem neuen Entscheid zur Stellungnahme zuzustellen. Subeventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es seien nur die Unterlagen gemäss Ziff. 1.1 und 1.2 der angefochtenen Verfügung an die BaFin zu übermitteln; dafür spreche das Bankgeheimnis, auf das die wirtschaftlichen Berechtigten des Kontos vertraut hätten.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, die Verweigerung der Einsichtnahme in das Amtshilfeersuchen der BaFin sei unrechtmässig und verletze das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin. Die von der Vorinstanz angeführten Schutzzwecke rechtfertigten den Eingriff in das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin nicht. Der Beschwerdeführe-

rin seien zwar Informationen bezüglich des angeblichen Sachverhalts des Gesuchs übermittelt worden, dies jedoch nicht in benötigtem Ausmass. Anhand der von der Vorinstanz gewährten partiellen Einsicht lasse sich kein Anfangsverdacht auf Marktmanipulation darlegen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom (...) bis zum (...) regelmässig Aktien der Y._____ AG über die Z._____ AG verkauft habe, vermöge noch keinen hinreichenden Anfangsverdacht zu begründen; die Vorinstanz hätte das Zusatzersuchen der BaFin vom 25. August 2010 ablehnen müssen.

E.

Mit Vernehmlassung vom 28. November 2011 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie sei im Rahmen der Interessenabwägung zum Schluss gekommen, dass die Offenlegung der Amtshilfeersuchen das wirtschaftliche Wohl des Landes gefährden würde und somit ein wesentliches öffentliches Interesse des Bundes der Offenlegung entgegenstehe. Die vollständige Offenlegung sei zudem aus Respekt vor der ausländischen Untersuchung zu verweigern. Das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung der Amtshilfeersuchen wiege wesentlich schwerer als das Interesse der Beschwerdeführerin an deren Offenlegung, zumal ihr aus der Geheimhaltung keinerlei Nachteile erwachsen würden. Die Beschwerdeführerin sei umfassend über den wesentlichen Sachverhalt der Amtshilfeersuchen aufgeklärt worden. Die Angaben der BaFin legten die Schlussfolgerung nahe, dass eine Marktmanipulation stattgefunden haben könnte. Bei den verlangten Unterlagen zu weiteren Transaktionen und ausserbörslichen Aus- und Einlieferungen in Aktien der Y._____ AG handle es sich um Informationen, die zur Abwicklung des ausländischen Aufsichtsverfahrens potentiell geeignet erschienen und nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten seien. Gleiches gelte für die Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten des Depots der Beschwerdeführerin. Die Amtshilfe sei verhältnismässig und damit zulässig.

F.

Mit Replik vom 13. Dezember 2011 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Es sei unzulässig, einem Bundesgesetz ein multilaterales Verständigungsprotokoll zwischen subalternen Verwaltungsbehörden entgegenzuhalten. Durch die Einsichtsverweigerung würde dieses eigenmächtig auf die Stufe eines völkerrechtlichen Vertrags erhoben und die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung umgangen. Nur durch Einsicht

in das Amtshilfeersuchen könne geprüft werden, ob der Sachverhalt der BaFin korrekt sei.

G.

Mit Duplik vom 27. Dezember 2011 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest.

H.

Mit Verfügung vom 8. Februar 2012 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin darauf hin, dass der von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 21. Oktober 2011 dargestellte Inhalt des Amtshilfeersuchens vom 25. August 2010 sich mit dem Wortlaut des Originals des Amtshilfeersuchens, das dem Bundesverwaltungsgericht vorliegt, deckt und setzte der Beschwerdeführerin eine Frist für eine allfällige Stellungnahme.

I.

Mit Stellungnahme vom 16. Februar 2012 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Nicht nur das ergänzende Amtshilfeersuchen vom 25. August 2010, sondern auch das Amtshilfeersuchen von 1. April 2010 bilde Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Wie aus der Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Februar 2012 zu entnehmen sei, decke sich der Wortlaut des Amtshilfeersuchens vom 25. August 2010, nicht desjenigen vom 1. April 2010, inhaltlich mit der Sachverhaltsdarstellung in der angefochtenen Verfügung. Mit Bezug auf das Amtshilfeersuchen vom 1. April 2010 ändere sich daher nichts; dies sei im Rahmen der Akteneinsicht offenzulegen. Die Identität des Wortlauts erstaune; damit verstiesse die Vorinstanz gegen die Geheimhaltungspflicht gemäss MMoU (zit. in E. 2) und widerspräche ihren bisherigen Ausführungen. Der Wortlaut des Bundesverwaltungsgerichts lasse überdies darauf schliessen, dass keine vollständige Identität zwischen dem Wortlaut des Amtshilfeersuchens vom 25. August 2010 und demjenigen in der angefochtenen Verfügung bestehe. Es sei davon auszugehen, dass der dargestellte Inhalt teilweise über den Wortlaut des Originals hinaus gehe und teilweise hinter ihm zurückbleibe. Überdies sei es aus Sicht des von der Verfügung betroffenen Individuums stossend, wenn es sich mit Bezug auf ein relevantes Dokument auf eine Sachverhaltsdarstellung verlassen müsse, welche von der Behörde, deren Entscheid angefochten werde, stamme. Eine Bestätigung der wörtlichen Identität zwischen dem Amtshilfeersuchen von 25. August 2010 und der Sachverhaltsdarstellung in der angefochtenen Verfügung ergebe sich aus der Verfügung des Bundesverwal-

tungsgerichts vom 8. Februar 2012 nicht. Entsprechend werde am Antrag auf Akteneinsicht in das Amtshilfeersuchen vom 25. August 2010 festgehalten.

J.

Mit Stellungnahme vom 27. Februar 2012 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Der Beschwerdeführer sei es nicht gelungen nachzuweisen, inwiefern sie durch die Geheimhaltung der Amtshilfeersuchen zu Schaden gekommen sei. Die Vorinstanz stütze ihren Entscheid zur Leistung von Amtshilfe ausschliesslich auf Sachverhaltselemente, die der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht worden seien. Die Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht selbst die Identität der Sachverhaltsdarstellung in der Verfügung mit dem Amtshilfeersuchen bestätigt habe, beweise, dass in der Geheimhaltung der Originalschreiben keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin gesehen werden könne und ihr keine Nachteile erwachsen seien. Nach wie vor würden überwiegende Geheimhaltungsgründe gegen eine Offenlegung der beiden Amtshilfeersuchen sprechen. Das Amtshilfeverfahren bezüglich des Ersuchens vom 1. April 2010 könne nicht als vollständig abgeschlossen gelten, da das Ersuchen vom 25. August 2010 lediglich ein Ergänzungsersuchen darstelle. Überdies hätten sich die am 6. August 2010 übermittelten Informationen in Bezug auf die wirtschaftliche Berechtigung am Depot der Beschwerdeführerin nachträglich als falsch herausgestellt, weshalb die nun vorliegenden Informationen der BaFin zu übermitteln seien. Die geltend gemachten Geheimhaltungsgründe würden auch nach Abschluss des Amtshilfeverfahrens weiterbestehen. Auch eine nachträgliche Offenlegung der Gesuche würde eine Verletzung des MMoU (zit. in E. 2) darstellen, die schwerwiegende Konsequenzen für die Schweiz nach sich ziehen würde. Der Inhalt der Amtshilfeersuchen sei klar vom eigentlichen Schreiben zu unterscheiden: Die Originalschreiben würden, abgesehen von deren Inhalt, zahlreiche weitere Informationen enthalten (Briefkopf, direkte Telefonnummern, E-Mail-Adressen von Fallverantwortlichen). In der Vergangenheit sei teilweise Missbrauch mit dem Briefpapier der Aufsichtsbehörden betrieben worden. Aus der Art, wie die Ersuchen gestellt seien, lasse sich einiges über die Arbeitsweise der Behörden ablesen. Nach internationalem Standard sei die Korrespondenz zwischen Aufsichtsbehörden, insbesondere die Amtshilfeersuchen, geheim zu halten (Art. 11 Bst. a MMoU, zit. in E. 2). Die Vorinstanz lege dieses Prinzip im Interesse der Verfahrensrechte der Parteien weit aus und mache ihnen den wesentlichen Sachverhalt so weit wie möglich zugänglich.

K.

Mit Eingabe vom 6. März 2012 hat die Beschwerdeführerin einen weiteren Schriftenwechsel beantragt.

L.

Die Beschwerdeführerin reichte am 19. März 2012 eine Stellungnahme ein, mit welcher sie ihre Anträge im Wesentlichen erneuert hat.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 38 Abs. 5 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 [BEHG, SR 954.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine juristische Person in der Form einer Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]), 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 Beschwerdeführung legitimiert. Der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 38 Abs. 5 BEHG, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b BEHG und führt hierzu aus, der BaFin dürfe nicht grundsätzlich Amtshilfe geleistet werden; die Vollmitgliedschaft der BaFin beim "Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information" (MMoU) der "International Organisation of Securities Commission" (IOSCO; MMoU publiziert auf der Webseite der IOSCO <<http://www.iosco.org>> > Library > Corporate Documents > Multilateral Memorandum of Understanding > Text of the IOSCO MOU, besucht am 22. März 2012) impliziere nicht automatisch die in Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b BEHG geforderte Gewährleistung der Vertrau-

lichkeit und Spezialität durch die ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörde.

Der BaFin kann im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG in konstanter Praxis Amtshilfe geleistet werden (Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 3.1 mit Hinweisen; BVGE 2011/14 E. 4 mit Hinweis, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-994/2009 vom 13. Mai 2009 E. 3.2 mit Hinweisen sowie B-3900/2008 vom 24. Juli 2008 E. 3 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern (konkrete) Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass die BaFin das Spezialitätsprinzip nicht einhalten könnte, sondern äussert lediglich nicht weiter präzisierete Zweifel. Bis zum Beweis des Gegenteils darf die Vorinstanz davon ausgehen, dass sich die BaFin im Interesse einer funktionierenden Zusammenarbeit an die im Dispositiv der angefochtenen Verfügung gemachten Vorbehalte (Ziff. 3) halten wird (Urteil des Bundesgerichts 2A.12/2007 vom 17. April 2007 E. 3.1). Es besteht somit vorliegend kein Anlass, von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen.

3.

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Zu prüfen ist daher, ob die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts gegenüber der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Amtshilfeersuchen der BaFin zu Recht erfolgt ist.

3.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es bestünden vorliegend keine Geheimhaltungsgründe. Eine Behörde könne nicht frei über eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts entscheiden; sie sei vielmehr gehalten, verschiedene entgegenstehende Interessen auszugleichen. Ein wesentliches öffentliches Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht in das Amtshilfeersuchen lasse sich aus der Spekulation und den Ängsten der Vorinstanz über die Kündigung der Mitgliedschaft bei einem Memorandum of Understanding zwischen Verwaltungsbehörden nicht begründen. Eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts aufgrund einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung sei nur gerechtfertigt, wenn sehr wahrscheinlich sei, dass durch die Gewährung der Akteneinsicht der Ablauf des Verfahrens erheblich gestört würde; dies sei vorliegend nicht ersichtlich. Auch das Argument der Vorinstanz, dass infolge der Gewährung des Akteneinsichtsrechts künftig ihre Amtshilfeersuchen von der BaFin offengelegt werden könnten, rechtfertige die Einschränkung nicht. Durch die Verweigerung der Akteneinsicht könne die Beschwerdeführerin ihre Parteirechte nicht wirksam wahrnehmen. Die Ver-

weigerung sei unverhältnismässig. Die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG seien nicht erfüllt, da sich das geltend gemachte öffentliche Interesse auf reine Vermutungen stütze. Das MMoU sei kein Staatsvertrag, sondern lediglich ein Verständigungsprotokoll aus dem keine völkerrechtlichen Verpflichtungen abgeleitet werden könnten. Mit der Gewährung des Akteneinsichtsrechts werde weder die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des MMoU beeinträchtigt, noch folge daraus ein Mitgliedschaftsentzug.

3.2. Die Vorinstanz führt aus, sie stütze ihren Entscheid zur Leistung von Amtshilfe ausschliesslich auf Sachverhaltselemente, die der Beschwerdeführerin mehrmals vollständig zur Kenntnis gebracht worden seien. Die Offenlegung des ausländischen Amtshilfeersuchens könne das wirtschaftliche Wohl des Landes gefährden. Zudem sei die Akteneinsicht aus Respekt vor der ausländischen Untersuchung zu verweigern. Dies liege im Wesentlichen in der grossen Bedeutung einer funktionierenden Kooperation mit der deutschen Aufsichtsbehörde für den schweizerischen Finanzplatz und den negativen Folgen, welche ein Verlust der Mitgliedschaft des MMoU zur Folge hätte, begründet. Wenn eine Behörde nicht in der Lage sei, die Bedingungen des MMoU einzuhalten, sei sie gehalten, die andere Behörde (vorliegend die BaFin) zu konsultieren. Eine Meldung könne schliesslich zum Entzug der Mitgliedschaft führen. Müsste die Vorinstanz eine Verletzung von Art. 11 Bst. a MMoU, wonach die Korrespondenz zwischen Aufsichtsbehörden und insbesondere die Amtshilfeersuchen geheim zu halten seien, zur Kenntnis bringen, wäre der Verlust der MMoU-Mitgliedschaft entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin höchst wahrscheinlich. Nebst einem Reputationsschaden für den Schweizer Finanzplatz und dem Erscheinen auf einer öffentlich zugänglichen sog. Watch-List der IOSCO, habe dieser Verlust der Mitgliedschaft auch negative Folgen für die Schweizer Finanzintermediäre. Überdies führe inzwischen auch das Financial Stability Board (FSB) eine Liste mit denjenigen Staaten, die das MMoU als internationalen Standard nicht einhielten; dadurch habe sich die Forderung nach Einhaltung des MMoU seit dem letzten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich Akteneinsicht in Amtshilfeersuchen konkretisiert. Zwischen den allgemeinen Interessen der Schweiz an der Geheimhaltung der Original-Amtshilfeersuchen und dem Einzelinteresse eines der Zuwiderhandlung gegen Finanzmarktgesetze Verdächtigen bestehe ein deutliches Gefälle. Weiter macht die Vorinstanz verschiedene inhaltliche Gefährdungsmomente geltend (im Einzelnen vgl. oben Sachverhalt J.).

4.

4.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) umfasst nach ständiger Rechtsprechung und Lehre das Recht der Parteien auf Akteneinsicht. Dieses wird auf Gesetzesebene für das Bundesverwaltungsverfahren in den Art. 26 ff. VwVG konkretisiert. Nach Art. 26 Abs. 1 VwVG hat jede Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache die Verfahrensunterlagen am Sitz der verfügenden Behörde einzusehen. Dazu gehören namentlich alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn u.a. wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft (Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG), die Geheimhaltung erfordern. Die Aufzählung der Interessen in Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG ist beispielhaft, mithin nicht abschliessend.

4.1.1. Nicht jedes entgegenstehende öffentliche (oder private [vgl. Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG]) Interesse rechtfertigt die Verweigerung oder Einschränkung der Akteneinsicht: Es ist Aufgabe der Verwaltungsbehörde oder im Streitfall des Richters, im Einzelfall abzuwägen, ob ein konkretes Geheimhaltungsinteresse das grundsätzlich (ebenfalls) wesentliche Interesse an der Akteneinsicht überwiegt. Es wäre unzulässig, bestimmte Kategorien von Dokumenten generell von der Akteneinsicht auszunehmen. Die sorgfältige und umfassende Abwägung und Bewertung der im Konflikt stehenden Interessen ist dabei nach pflichtgemässen Ermessen und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorzunehmen (grundlegend BGE 115 V 297 E. 2c ff. mit Hinweisen; STEPHAN C. BRUNNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 9 ff. zu Art. 27 mit Hinweisen).

Bei dem in Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG verwendeten Begriff des "wesentlichen Interesses" öffentlicher oder privater Natur handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der den Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt. Welches dem Einsichtsrecht entgegenstehende Interesse als wesentlich zu gelten hat, bestimmt sich nicht generell, sondern im konkreten Einzelfall (BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa mit Hinweis). Jedoch vermögen nur qualifizierte Interessen, die das grundsätzli-

che Interesse an der Akteneinsicht überwiegen, dieses im Einzelfall einzuschränken. Eine Behörde, die ein Akteneinsichtsgesuch mit pauschalen Hinweisen auf Geheimhaltungsinteressen abweist, begeht eine formelle Rechtsverweigerung (Urteil des Bundesgerichts 2A.651/2005 vom 21. November 2006 E. 2.6.2 mit Hinweisen; BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 27 N 17).

4.1.2. Eine Beschränkung der Akteneinsicht unter Berufung auf die Wahrung der äusseren Sicherheit, die hier in erster Linie in Frage kommt, wird in der Rechtsprechung und Lehre als zulässig angesehen, um die Interessen an der Wahrung völkerrechtlicher Verpflichtungen und die Pflege guter Beziehungen zum Ausland sicherzustellen. Genannt wird insoweit etwa das Interesse an der Vermeidung gravierender aussenpolitischer Friktionen, z.B. wenn bestimmte Dokumente nach internationalen Vereinbarungen oder Gepflogenheiten vertraulich sind, oder an der wirksamen Vertretung schweizerischer Interessen gegenüber ausländischen Behörden (vgl. nur BRUNNER, a.a.O., Rz. 21 f. zu Art. 27 mit Hinweisen). Denkbar ist auch die Berufung auf den Schutz des öffentlichen Interesses an funktionsfähigen staatlichen Institutionen, wie die FINMA eine ist (BRUNNER, a.a.O., Rz. 23 f. zu Art. 27 mit Hinweisen). Weiter kann der Akteneinsicht eine spezialgesetzliche Geheimnisnorm entgegenstehen (BRUNNER, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 27 mit Hinweisen).

4.1.3. Die Akteneinsicht kann auch verweigert werden, wenn das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert (Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG). Insoweit muss sehr wahrscheinlich sein, dass durch die vollumfängliche Gewährung der Akteneinsicht der Ablauf des Verfahrens erheblich gestört oder die sachgerechte Aufgabenerfüllung der Behörde in Frage gestellt wird. Voraussetzung ist regelmässig, dass klare Hinweise auf eine solche Gefährdung vorliegen (BRUNNER, a.a.O., Rz. 38 ff. zu Art. 27 mit Hinweisen).

4.2. Aus Art. 27 Abs. 2 VwVG ergibt sich, dass sich die Verweigerung der Akteneinsicht auf das Erforderliche zu beschränken hat. Mithin dürfen nur Akten und Aktenteile, welche selber einen geheimhaltungswürdigen Inhalt aufweisen, der Einsichtnahme entzogen werden (WALDMANN/OESCHGER, a.a.O., Art. 27 N 38). Soweit sich die Geheimhaltungsgründe nicht auf das gesamte Dokument beziehen, ist eine teilweise Einsicht in die Akten zu gewähren (beispielsweise durch Abdeckung der entsprechenden Stellen; BRUNNER, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 27).

4.3. Im Falle einer nach Art. 27 VwVG zu Recht erfolgten Verweigerung der Einsichtnahme in ein Aktenstück darf auf dieses gemäss Art. 28 VwVG zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4.2.7). Wie das Bundesverwaltungsgericht in dieser Entscheidung dargelegt hat, kommt Art. 28 VwVG nur zur Anwendung, wenn gar keine Akteneinsicht gewährt wurde; kann hingegen ein Aktenstück – hier das Amtshilfeersuchen – in Anwendung von Art. 27 Abs. 2 VwVG beispielsweise durch Abdeckungen von Passagen, für die ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse der Behörde besteht, der betroffenen Partei teilweise zugänglich gemacht werden, kommt Art. 28 VwVG nicht zur Anwendung, bzw. nur in Bezug auf die abgedeckten Stellen.

5.

Vorliegend beruft sich die Vorinstanz auf gewichtige Gründe für eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts i.S.v. Art. 27 Abs. 1 Bst. a und c VwVG.

5.1. Zu prüfen ist zunächst das Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen im Sinne von Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG.

5.1.1. Das Bundesverwaltungsgericht hatte bereits Gelegenheit, sich eingehend mit den von der Vorinstanz vorgebrachten Gefährdungen öffentlicher Interessen im Falle der Gewährung der Einsicht in Amtshilfeersuchen auseinanderzusetzen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010, insbesondere E. 4.2.2 ff.). Darauf kann hier verwiesen werden. In jenem Entscheid hat das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Umstände des konkreten Falles, insbesondere der besonderen gesuchsspezifischen Gefahrenlage im Verhältnis zum ersuchenden Staat Italien, überwiegende öffentliche Interessen an der Verweigerung der Einsicht in das Amtshilfeersuchen (noch) bejaht (zit. Urteil, E. 4.2.6) und gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass die Vorinstanz nicht damit rechnen kann, dass sie die Einsicht in die Amtshilfeersuchen aller MMoU-Signatarstaaten ohne entsprechende gesetzliche Grundlage allein mit einem generellen Hinweis auf das MMoU und die damit zusammenhängende abstrakte Gefahr für das wirtschaftliche Landeswohl verweigern kann.

5.1.2. Der von der Vorinstanz für die wesentlichen öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Einsichtnahme in das Amtshilfeersuchen angeforderte Art. 11 Bst. a MMoU mit dem Titel "Confidentiality" bzw. "Confidentialité" hat – in den englischen und französischen Fassungen – folgenden Inhalt: "Each Authority will keep confidential requests made under this Memorandum of Understanding, the contents of such requests, and any matters arising under this Memorandum of Understanding, including consultations between or among Authorities, and unsolicited assistance. After consultation with the Requesting Authority, the Requested Authority may disclose the fact that the Requesting Authority has made the request if such disclosure is required to carry out the request", "Chaque Autorité préservera le caractère confidentiel des demandes présentées dans le cadre du présent Accord, leur contenu et tous les éléments découlant du présent Accord, y compris les consultations entre Autorités et l'assistance fournie spontanément. Après avoir consulté l'Autorité requérante, l'Autorité requise pourra divulguer le fait que l'Autorité requérante a présenté une demande, si cette révélation est nécessaire pour mener à bien la requête".

Es ist sehr zweifelhaft, ob diese Bestimmung so ausgelegt werden kann bzw. muss, dass die Vorinstanz unter keinen Umständen Einsicht in das Amtshilfeersuchen – sei dies auch nur unter Abdeckung von heiklen Stellen (vgl. oben Sachverhalt J.) – gewähren darf, ansonsten sie das fragliche Memorandum of Understanding verletzen würde. Der Wortlaut der Bestimmung des Memorandum of Understanding schliesst nicht von vorneherein aus, dass die Vorinstanz der betroffenen Partei nach Rücksprache mit der ersuchenden ausländischen Behörde die Einsicht in das Amtshilfeersuchen in einer Art. 27 VwVG genügenden Weise gewährt. Für diese Interpretation spricht Art. 6 Bst. a des MMoU ("General Principles regarding Mutual Assistance and the Exchange of Information"), der Folgendes festhält: "This Memorandum of Understanding sets forth the Authorities' intent with regard to mutual assistance and the exchange of information for the purpose of enforcing and securing compliance with the respective Laws and Regulations of the jurisdictions of the Authorities. The provisions of this Memorandum of Understanding are not intended to create legally binding obligations or supersede domestic laws". Vor allem der letzte Satz macht deutlich, dass insbesondere Art. 11 Bst. a des MMoU im Lichte des innerstaatlichen Rechts auszulegen ist. Eine mit den Art. 26 ff. VwVG vereinbare Auslegung der erwähnten Bestimmung des MMoU erscheint damit grundsätzlich möglich, womit, gegebenenfalls, die von der Vorinstanz vorgebrachten Gefahren bei einer Verletzung des

MMoU zumindest unwahrscheinlich wären. Nicht zuletzt ist hier darauf hinzuweisen, dass eine spezialgesetzliche Regelung für die Einschränkung des Rechts auf Akteneinsicht vorliegend nicht besteht.

5.1.3. Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz eine Gefährdung der öffentlichen Interessen des Bundes durch die Gewährung der Einsicht in das Amtshilfeersuchen, allenfalls unter Abdeckung gewisser Stellen (vgl. oben Sachverhalt J.), nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit plausibel gemacht hat. Mit der Berufung auf mehr oder weniger vage formulierte Gefahren für das wirtschaftliche Landeswohl kann das Akteneinsichtsrecht als Ausfluss des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht generell bzw. in Bezug auf gewisse (Gesuchs)Akten aus dem Kreis der Signatarstaaten des MMoU ausgeschlossen werden.

5.2. Die Vorinstanz vermochte auch nicht darzulegen, dass und inwiefern das Interesse an der noch nicht abgeschlossenen Untersuchung der Ba-Fin (vgl. Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG) einer Einsicht in die Amtshilfeersuchen entgegenstehen würde, zumal der Beschwerdeführerin deren Inhalt bereits bekannt gemacht worden ist. Der Wortlaut des Amtshilfeersuchens vom 25. August 2010 wird in der angefochtenen Verfügung wörtlich wiedergegeben; die Vorinstanz hat lediglich wenige sprachliche Veränderungen vorgenommen, die rein kosmetischer, somit untergeordneter Natur sind. Es sind keine zusätzlichen oder weiterführenden Angaben bzw. Ausführungen darin enthalten, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vorenthalten hätte. Damit sich die Vorinstanz auf den Geheimhaltungsgrund nach Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG mit Recht berufen könnte, müsste sie darlegen und mindestens glaubhaft machen, dass und weshalb die Einsichtnahme das laufende Verfahren gefährden oder jedenfalls wesentlich behindern würde.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Einsicht in das Amtshilfegesuch mit Berufung auf einen nicht gegebenen Grund (Art. 27 Abs. 1 Bst. c VwVG) bzw. mit einer unzureichenden Begründung (Art. 27 Abs. 1 Bst. a VwVG) verweigert hat. Da sich das Bundesverwaltungsgericht in Fällen wie vorliegend, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, grosse Zurückhaltung auferlegt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4.2.6), und nicht gänzlich auszuschliessen ist, dass die Vorinstanz Belege für ihre Auslegung von Art. 11 Bst. a MMoU wird

vorlegen können, ist weder der Beschwerdeführerin die Akteneinsicht im Beschwerdeverfahren zu gewähren noch ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese der Beschwerdeführerin Akteneinsicht gewährt. Vielmehr ist die angefochtene Verfügung aus formellen Gründen aufzuheben. Es steht der Vorinstanz somit frei, erneut, unter Beachtung der obenstehenden Erwägungen, zu verfügen. Damit erübrigt es sich, auf die materiellen Rügen einzugehen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), und es ist der Beschwerdeführerin der am 17. November 2011 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– zurückzuerstatten.

Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung "für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten" des Beschwerdeverfahrens zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Parteientschädigung ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen. Ist wie im vorliegenden Fall keine Kostennote eingereicht worden, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten für die notwendigen erwachsenen Kosten fest (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Angesichts des bloss teilweisen Obsiegens in einem formellen Punkt ist die Parteientschädigung auf Fr. 2'400.– festzusetzen.

Besteht keine unterliegende Gegenpartei, ist die Parteientschädigung derjenigen Körperschaft oder autonomen Anstalt aufzuerlegen, 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.

8.

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. h des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise 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.

Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 2'400.– (inkl. MWST) zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Rückerstattungsformular; Beilagen zurück)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]); Einschreiben; Vorakten zurück)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

Astrid Hirzel