

- 9 Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit
Economie – Coopération technique
Economia – Cooperazione tecnica

27

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. A. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
B-7550/2014 vom 30. April 2015

Internationale Amtshilfe bei Verdacht auf Marktmanipulation (sog. « *Scalping* »).

Art. 38 BEHG.

1. **Das Verbot der Beweisausforschung beziehungsweise von « *fishing expeditions* » ist Ausfluss sowohl des Gesetzmässigkeits- als auch des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und damit des Rechtsstaatsprinzips (E. 3).**
2. **Würde in einem Fall bei offensichtlichen Fehlern, Lücken oder Widersprüchen gleichwohl unbesehen Amtshilfe gewährt werden, so würde dies auf die Ermöglichung einer unzulässigen Beweisausforschung hinauslaufen. Eine solche liegt aber dann nicht vor, wenn ein hinreichender Anfangsverdacht sowie ein genügender inhaltlicher und zeitlicher Bezug und Zusammenhang zwischen diesem und den Transaktionen, die den Gegenstand des Ersuchens bilden, vorliegen (E. 4).**
3. **Hinsichtlich des Anfangsverdachts ist im vorliegenden Fall weder ein hinreichender inhaltlicher Bezug noch ein zeitlicher Zusammenhang zwischen der fraglichen Transaktion und den vermuteten Börsengeschäften ersichtlich (E. 5.1.3–5.3.3).**
4. **Verdacht der Marktmanipulation in Form des sogenannten « *Scalpings* » (E. 5.4.3).**
5. **Grundsatz der Verhältnismässigkeit (E. 6). Widersprüchliches Verhalten im Amtshilfeverfahren (E. 6.5).**

Entraide administrative internationale en cas de soupçon de manipulation des marchés (ou « *scalping* »).

Art. 38 LBVM.

1. L'interdiction de la recherche indéterminée de moyens de preuve, autrement dit des « *fishing expeditions* », découle des principes de la légalité et de la proportionnalité et par conséquent du principe de l'État de droit (consid. 3).
2. L'octroi de l'entraide administrative, nonobstant la présence d'erreurs, de lacunes ou de contradictions manifestes et sans autre examen, revient à permettre une recherche indéterminée de moyens de preuve qui est illicite. Tel n'est toutefois pas le cas lorsqu'il existe un soupçon initial suffisant ainsi qu'un rapport matériel et un lien temporel suffisants entre le soupçon et les transactions qui font l'objet de la demande d'entraide (consid. 4).
3. En ce qui concerne le soupçon initial, il n'existe, dans le cas présent, ni rapport matériel ni lien temporel suffisants entre la transaction en cause et les opérations boursières supposées illégales (consid. 5.1.3–5.3.3).
4. Soupçon de manipulation de marché sous la forme dite du « *scalping* » (consid. 5.4.3).
5. Principe de la proportionnalité (consid. 6). Comportement contradictoire dans la procédure d'entraide administrative (consid. 6.5).

Assistenza amministrativa internazionale in caso di sospetto di manipolazione del mercato (cd. « *scalping* »).

Art. 38 LBVM.

1. Il divieto della ricerca indiscriminata di prove (ossia delle cd. « *fishing expeditions* ») costituisce un corollario dei principi della legalità e della proporzionalità, e quindi del principio dello Stato di diritto (consid. 3).
2. Qualora, in presenza di errori, lacune o contraddizioni manifesti, fosse comunque indistintamente concessa l'assistenza amministrativa, ciò equivarrebbe ad una violazione del divieto della ricerca indiscriminata di prove. Tuttavia, una siffatta violazione non ricorre quando sussiste un sufficiente sospetto iniziale nonché un rapporto materiale e temporale sufficiente tra il sospetto e le transazioni oggetto della domanda di assistenza (consid. 4).

3. **Per quanto concerne il sospetto iniziale, nella fattispecie non sussiste né un rapporto materiale sufficiente né un nesso temporale tra la transazione in questione e le presunte operazioni di borsa (consid. 5.1.3–5.3.3).**
4. **Sospetto di manipolazione del mercato sotto forma del cosiddetto « scalping » (consid. 5.4.3).**
5. **Principio della proporzionalità (consid. 6). Comportamento contraddittorio nella procedura di assistenza amministrativa (consid. 6.5).**

Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend: BaFin) ersuchte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend: Vorinstanz) um Amtshilfe wegen Verdachts auf Marktmanipulation in Zusammenhang mit Aktien (International Securities Identification Numbers [ISIN] X und Y) der B.

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

Gemäss BaFin habe die C. über ein Konto der A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) einen gewissen Betrag an einen Handelsteilnehmer in Deutschland überwiesen, der auffällige Transaktionen in B.-Aktien getätigt habe. Das Datum der Überweisung sei überdies der Gründungstag der B. Diese Gesellschaft sei ursprünglich unter dem Namen D. gegründet und später in B. umfirmiert worden. Es seien deshalb verbotene « abgesprochene Geschäfte » zu vermuten, die als Vortat des *Scalpings* zu qualifizieren seien. Des Weiteren bestehe der Verdacht, dass dem Handelsteilnehmer in Deutschland diese Geldsumme als Entlohnung für seine Dienste bezahlt worden sei. Diese Überweisung sei nach bisherigem Kenntnisstand der einzige externe Geldein- oder -ausgang auf dem betroffenen Konto des Verdächtigen im vorliegend relevanten Zeitraum. Im Zusammenhang mit dem Konto der Beschwerdeführerin ersuchte die BaFin die Vorinstanz um Bekanntgabe der Identität des Kontoinhabers und aller wirtschaftlich berechtigter Personen und Auftraggeber, zudem um Mitteilung der Identität aller weiterer Personen,

die verfügungsberechtigt am Konto seien beziehungsweise gewesen seien, unter Berücksichtigung des Zeitraums der jeweiligen Vollmacht. Ebenfalls ersuchte die BaFin für den vorliegend relevanten Zeitraum um entsprechende Aufstellung der Bestände und Bestandesveränderungen aller Konten der involvierten Personen, wobei nebst Buchungs- und Betragsdaten auch Zahlungsempfänger und -absender mit Buchungsgrund sowie Aufstellungen über Bestände und Bestandesveränderungen von allfälligen Depots involvierter Personen in B.-Aktien unter Einschluss der Preisangabe während des genannten Zeitraums zu zählen seien.

Mittels Verfügung gab die Vorinstanz dem Ersuchen der BaFin vollumfänglich statt und ordnete die Übermittlung der erbetenen Informationen an.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Darin stellt sie den Antrag, dass die Verfügung kostenfällig aufzuheben und die Amtshilfe an die BaFin zu verweigern sei.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und hebt die vorinstanzliche Verfügung auf.

Aus den Erwägungen:

2. Das Börsengesetz vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) und das Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) enthalten je eigene Regelungen über die Amtshilfe gegenüber ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden (Art. 38 BEHG und Art. 42 FINMAG). Die Bestimmungen des FINMAG sind dabei subsidiär gegenüber denjenigen der anderen Finanzmarktgesetze (Art. 2 FINMAG; vgl. Botschaft vom 1. Februar 2006 zum FINMAG, BBl 2006 2829, 2848). Im vorliegenden Fall ist deshalb Art. 38 BEHG als *lex specialis* anwendbar.

Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b BEHG darf die Aufsichtsbehörde ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht-öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln, sofern die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (sog. Spezialitätsprinzip) und die ersuchenden Behörden an ein Amts-

und Berufsgeheimnis gebunden sind (sog. Vertraulichkeitsprinzip). Dabei bleiben Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten.

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

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

Im Rahmen des Amtshilfeverhältnisses ist die ersuchte Behörde demgemäss an die Darstellung des Sachverhalts in einem Ersuchen insoweit gebunden, als dieses nicht wegen offensichtlicher Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet werden kann (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1; 128 II 407 E. 5.2.1; BVGE 2010/26 E. 5.1). Erst eine solche Entkräftung könnte zum Anlass genommen werden, die Vermutung des Vertrauens in die ersuchende Behörde in einem einzelnen Fall umzustossen und – bei

gravierenden und systemischen Mängeln – die Amtshilfepraxis gegenüber dem entsprechenden Staat neu zu überdenken. Unter Umständen könnten Amtshilfeleistungen auch an weitere Bedingungen und Auflagen, beispielsweise an eine zusätzliche beweisrechtliche Dokumentierung des Ersuchens, geknüpft oder die Übermittlung vertraulicher Informationen verweigert werden (vgl. BGE 128 II 407 E. 3.2; BVGE 2011/14 E. 2 m.w.H.; STEPHAN BREITENMOSER, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Ausländerrecht, Bd. VIII, 2. Aufl. 2009, Rz. 23.106 m.w.H.). Von der ersuchenden Aufsichtsbehörde darf aber nicht verlangt werden, dass sie den massgeblichen Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darlegt, soll doch gerade das Amtshilfeverfahren zur Klärung noch offener Punkte und Fragen im ausländischen Hauptverfahren beitragen (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.1; Urteil des BGer 2A.154/2003 vom 26. August 2003 E. 4.1; BVGE 2010/26 E. 5.1).

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

Das Verbot der Beweisausforschung beziehungsweise von *fishing expeditions* ist Ausfluss sowohl des Gesetzmässigkeits- als auch des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und damit des Rechtsstaatsprinzips (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1; 128 II 407 E. 5.2.1; 126 II 126 E. 5 b/aa; 125 II 65 E. 6a; BVGE 2010/26 E. 5.1; zum Rechtsstaatsprinzip vgl. u.a. BENJAMIN SCHINDLER, in: Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 5 Rz. 3 f.). Als reine Beweisausforschung gilt in Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen namentlich eine Beweismassnahme, die mit der verfolgten Straftat keinen Zusammenhang aufweist und offensichtlich ungeeignet ist, die Untersuchung voranzutreiben, sodass das Ersuchen als Vorwand für eine unbestimmte Suche nach Beweismitteln erscheint. Eine verpönte und damit unrechtmässige Beweisausforschung liegt namentlich dann vor, wenn zur Begründung oder Erhärtung eines (noch) fehlenden Verdachts nach belastenden Beweismitteln gesucht wird, ohne dass zuvor bereits

hinreichend konkrete Anhaltspunkte für ein bestimmtes strafbares Verhalten bestehen (vgl. BGE 129 IV 141 E. 3.2; 116 Ib 89 E. 4c). Ein solches Beweisausforschungsverbot muss – im Lichte des Rechtsstaatsprinzips – auch in Verfahren der internationalen Amtshilfe gelten, wenn kein hinreichender Anfangsverdacht für ein strafbares Verhalten gegeben ist (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.2.2.1 m.w.H.; MADELEINE SIMONEK, Fishing Expeditions in Steuersachen, in: Liber amicorum für Andreas Donatsch, 2012, S. 903 f.; ANDREAS DONATSCH et al., in: Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, S. 234 f. Ziff. 2.5; CHARLOTTE SCHODER, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen, 2014, Art. 7 StAhiG N. 76 f.; GIOVANNI MOLO, Die neue Trennungslinie bei der Amtshilfe in Steuersachen: Das Verbot der *fishing expeditions* und die formellen Anforderungen an das Gesuch, ASA 80 S. 147 f. m.w.H.).

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

4.1 Dem Amtshilfegesuch vom (...) ist zu entnehmen, dass die BaFin einen Verstoss gegen das Verbot der Marktmanipulation (« sonstige Täuschungshandlung ») im Sinne von § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 des Wertpapierhandelsgesetzes vom 26. Juli 1994 (WpHG) vermutet. Ihre Anhaltspunkte hierfür sind die telefonische Bewerbung der B.-Aktien, die dadurch erzeugten Kaufinteressen am Markt und die Vermutung, die Verdächtigen hätten ihre Aktien mit Gewinn verkaufen können. Ein solches, als sogenanntes *Scalping* zu qualifizierendes Verhalten (vgl. hierzu BVGE 2011/14 E. 5.3.2 m.w.H.) sei nach dem deutschen Kapitalmarktrecht untersagt.

Die Beschwerdeführerin bringt nun im Rahmen ihrer Beschwerde vor, dass dem Amtshilfeersuchen der BaFin kein hinreichender Anfangsverdacht zugrunde liege. Sie ist der Auffassung, einen allfälligen Anfangsverdacht entkräften zu können, und erachtet das Verhältnismässigkeitsprinzip als verletzt. Sie qualifiziert das Amtshilfegesuch der BaFin

als unzulässige Beweisausforschung beziehungsweise *fishing expedition* und rügt, dass die Vorinstanz keinerlei Prüfung vorgenommen habe, die auf konkrete Marktverzerrungs-Indizien hinweisen würden.

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

4.3 Nach ständiger Rechtsprechung muss ein Amtshilfegesuch in Börsensachen einen hinreichenden Anfangsverdacht für das Vorliegen eines Verstosses gegen das Aufsichtsrecht erkennen lassen. An den Anfangsverdacht sind jedoch im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da im Zeitpunkt des Ersuchens und der Übermittlung von nachgesuchten Informationen und Indizien in der Regel noch nicht feststeht beziehungsweise noch nicht feststehen kann, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden. Es genügt vielmehr, wenn die Informationen zur Unterstützung des ausländischen Aufsichtsverfahrens grundsätzlich geeignet erscheinen und dies im Gesuch schlüssig und nachvollziehbar dargetan ist. Die ersuchende Aufsichtsbehörde muss insbesondere den Sachverhalt darstellen, welcher den Anfangsverdacht auslöst, die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung nennen sowie die benötigten Informationen und Unterlagen aufführen (vgl. BGE 126 II 409 E. 5a; 125 II 65 E. 6b). Es reicht dabei aus, wenn in diesem Stadium erst Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften bestehen (vgl. Urteil des BGer 2A.154/2003 E. 4.1; BVGE 2010/26 E. 5.1; Urteil des BVGer B–2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 5.1). Die ersuchten Informationen dürfen aber nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen und nicht offensichtlich ungeeignet sein, die Untersuchung weiter voranzubringen (vgl. Urteil des BGer 2A.603/2006 vom 21. Dezember 2006 E. 2; BGE 129 II 484 E. 4.1 m.w.H.). Konkrete schriftliche Beweismittel sind darüber hinaus nicht erforderlich, insbesondere dann nicht, wenn es sich bei den in Frage stehenden Umständen um öffentlich bekannte Tatsachen wie Kursverläufe und andere im Internet erhältliche Informationen handelt und keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen oder vorgebracht werden, dass die von der ersuchenden Behörde behaupteten Sachverhaltsmomente lediglich fingiert sind (vgl. Urteil des BVGer B–3703/2009 E. 4.4).

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

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

(...)

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

Zunächst ist für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts zu prüfen, ob beziehungsweise inwiefern die Zahlung von (...) einen Bezug zu der vermuteten Marktmanipulation aufweist.

(...)

5.1.1–5.1.2 (...)

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

Im vorliegenden Fall fehlt insbesondere auch ein hinreichender zeitlicher Zusammenhang zwischen der Transaktion von (...) und der möglichen

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

(...)

Es bestehen im vorliegenden Amtshilfeersuchen deshalb offensichtliche Lücken dahin gehend, dass weder ein hinreichender zeitlicher Zusammenhang noch ein inhaltlicher Bezug zwischen den vermuteten Börsengeschäften und der einmaligen Zahlung von (...) vorhanden ist.

(...)

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

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

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

5.2.2 Die Beschwerdeführerin stellt demgegenüber infrage, ob beziehungsweise inwiefern die von der BaFin aufgelisteten Verkäufe überhaupt einen Verstoss gegen Börsenregeln darstellen würden. Es seien jedenfalls keine auffälligen Kursentwicklungen nachvollziehbar erklärt worden, sondern stattdessen « irgendwelche Charts abgedruckt, ohne Hinweis auf die Quelle, ohne Legende und ohne Erklärung allfälliger Auffälligkeiten » (...). Auf Nachfrage der Vorinstanz habe die BaFin lediglich die folgende Tabelle der B.-Aktien (ISIN X) gemailt.

(...)

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

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

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

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

5.3.1–5.3.2 (...)

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

Die Vorinstanz muss zwar den Sachverhalt des Amtshilfegesuchs nur beschränkt prüfen. Sie ist aber gleichwohl verpflichtet, die folgenden Voraussetzungen für die allfällige Annahme der Rechtsposition eines unbeteiligten Dritten zu prüfen: Erstens muss das Börsengeschäft von Mitarbeitenden des Effektenhändlers, der Bank oder von einem externen Vermögensverwalter aufgrund eines Vermögensverwaltungsauftrags getätigt worden sein; zweitens darf der Bankkunde in keiner Weise am Entscheid, das in Frage stehende Börsengeschäft zu tätigen, teilgenommen haben; drittens dürfen keine Zweifel an der Darstellung des Kunden bestehen und keine anderen Verdachtsgründe vorhanden sein. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so werden der unbeteiligte Dritte geschützt und seine Identität nicht an die ausländische Behörde übermittelt (vgl. Urteil des BVGer B–1251/2014 vom 15. Mai 2014 E. 3.2; Bericht FINMA [August 2009], Die internationale Amtshilfe im Börsenbereich, in: Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, 2009, S. 299 ff., 327 f. m.w.H.; HANS-PETER SCHAAD, in: Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 38 BEHG N. 127).

5.3.3.1 Vorliegend muss insbesondere darauf hingewiesen werden, dass die vermuteten Börsengeschäfte vom deutschen Handelsteilnehmer ausgingen. Die Geldüberweisung von (...) floss demgegenüber von der C. an den deutschen Handelsteilnehmer. Die Börsengeschäfte und die Geldüberweisung fallen deshalb in dem Sinne auseinander, als sie – unter anderem – von unterschiedlichen Personen ausgeführt wurden. Konkret handelt es sich beim deutschen Handelsteilnehmer um eine externe Person im oben genannten Sinne. Zwischen der Transaktion und den

Börsengeschäften ist somit kein ausreichender Zusammenhang ersichtlich. Gemäss den dem Gericht vorliegenden Akten bestehen überdies keine Indizien oder Anhaltspunkte, dass die Zahlung von (...) im Hinblick auf die vermuteten Geschäfte in B.-Aktien getätigt wurde. Ein Zahlungsvermerk, der beispielsweise darauf hinweisen könnte, fehlt.

(...)

5.3.3.2 Als weitere Verdachtsgründe nennt die BaFin einerseits die Entlohnung und andererseits die Vermutung, dass der Verdächtige allein durch diese Geldtransaktion die angebliche Börsenmanipulation finanziert habe.

(...)

Des Weiteren ist festzustellen, dass keine Rückflüsse vom deutschen Handelsteilnehmer an die Beschwerdeführerin ersichtlich sind, die eine Entlohnung rechtfertigen würden beziehungsweise könnten. An diesem Ergebnis vermag – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – auch nichts zu ändern, dass die Transaktion in der Höhe von (...) am (...) der Gesellschaft getätigt wurde. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend festgestellt hat, fehlt es diesbezüglich an greifbaren Vorbringen, welche die Annahme einer Entlohnung rechtfertigten.

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

Vorliegend sind die vermuteten Börsengeschäfte nicht von der Beschwerdeführerin, sondern vom deutschen Handelsteilnehmer getätigt worden. Zudem gibt es keine weiteren Verdachtsgründe, die darauf hinweisen, dass ein Bezug zwischen den Börsengeschäften und der einmaligen Zahlung von (...) besteht. Demnach können die Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie als unbeteiligte Dritte anzusehen, nicht als unzutreffend zurückgewiesen werden. Somit enthält das Amtshilfeersuchen auch diesbezüglich offensichtliche Mängel und Lücken, weshalb die Leistung von Amtshilfe gemäss Art. 38 BEHG unzulässig ist.

5.4 Selbst wenn der Anfangsverdacht aufgrund eines engeren zeitlichen Zusammenhangs und inhaltlichen Bezugs noch als hinreichend im

Lichte der beschränkten Prüfpflicht der Vorinstanz und des völkerrechtlichen Vertrauensprinzips beurteilt würde, müssten die nachfolgenden Erwägungen über das Vorliegen offenkundiger Anzeichen von *Scalping* gleichwohl zur Verneinung eines hinreichenden Anfangsverdachts und damit zur Ablehnung des Amtshilfeersuchens führen.

5.4.1–5.4.2 (...)

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

Diesbezüglich ist im vorliegenden Fall jedoch festzustellen, dass die Zahlung von (...) als solche kein Indiz für ein angebliches *Scalping* darstellt und damit kein hinreichender Bezug zu dieser Transaktion und dem untersuchten aufsichtsrechtlichen Fehlverhalten schlüssig und nachvollziehbar aufgezeigt wurde. Es bestehen damit offensichtlich weitere Mängel und Lücken für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts.

5.5 (...)

5.6 Als Zwischenergebnis ist aufgrund der vorangehenden Erwägungen festzuhalten, dass das Vorbringen der Beschwerdeführerin, im Amtshilfegesuch sei kein hinreichender Anfangsverdacht vorhanden, sich insofern als begründet erweist, als zwischen der Zahlung von (...) und der vermuteten Börsenmanipulation weder ein hinreichender inhaltlicher Bezug noch ein zeitlicher Zusammenhang ersichtlich sind. Es sind deshalb auch aus diesem Grund für die Annahme eines hinreichenden Anfangsverdachts offensichtliche Fehler und Lücken vorhanden, welche eine Ablehnung des Amtshilfeersuchens erfordern.

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

6.1–6.2 (...)

6.3 Der in allen Rechtsbereichen zu beachtende Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. BGE 125 II 65 E. 6a) gilt auch im vorliegenden Verfahren (Art. 38 Abs. 4 Satz 2 BEHG). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur internationalen Amts- und Rechtshilfe wird das Erfordernis der Verhältnismässigkeit unter anderem durch die Pflicht, nur sachbezogene, das heisst für die Abklärung des in Frage stehenden Verdachts potenziell relevante Informationen zu übermitteln, konkretisiert (sog. Grundsätze der potenziellen Erheblichkeit, der Sachbezogenheit und des Übermassverbots; vgl. BGE 126 II 126 E. 5 b/aa; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 592).

Die internationale Amtshilfe kann – analog zur internationalen Rechtshilfe – immer dann verweigert werden, wenn die ersuchten Akten in keinem angemessenen Verhältnis zu der verfolgten Tat stehen und offensichtlich nicht tauglich sind, die ausländische Untersuchung zu fördern, sodass das Ersuchen selbst als eine unbestimmte und demzufolge unverhältnismässige Beweisausforschung beziehungsweise *fishing expedition* erscheint (vgl. BVGE 2011/14 E. 5.2.2.1 m.w.H.; AMADÒ/MOLO, Das Verbot von « Fishing Expeditions » gemäss der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. März 2009 und den OECD-Standards, AJP 2009 S. 540 f. m.w.H.).

Die ersuchte Behörde hat zur Sicherstellung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zumindest summarisch die Relevanz der Informationen zu prüfen, um zu beurteilen, ob sie potenziell sachbezogen sind

(vgl. BVGE 2011/14 E. 3 und 5.2.1 m.w.H.; vgl. PHILIPPE JACQUEMOUD, Revision der internationalen Amtshilfe gemäss dem Gesetz über die Börsen und den Effektenhandel [BEHG], SZW 2005 S. 226 Rz. 2.2.2).

6.4 (...)

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

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