**Bundesverwaltungsgericht**

**Tribunal administratif fédéral**

**Tribunale amministrativo federale**

**Tribunal administrativ federal**

Abteilung II
B-1215/2009
{T 0/2}

# Urteil vom 9. November 2010

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz), Richter Frank Seethaler, Richter Jean-Luc Baechler, Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Alexander Schaer.

Parteien

**B-1215/2009**
Ronny **Pecik,**
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jakob Höhn, LL.M. und Rechtsanwalt Severin Roelli, Pestalozzi Lachenal Patry Zürich AG,
Beschwerdeführer 1,

**B-1180/2009**
Georg **Stumpf,**
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Nobel, Nobel & Hug Rechtsanwälte,
Beschwerdeführer 2,

gegen

**Sulzer AG**,
Dormann Jürgen, Präsident des Verwaltungsrates,
Beschwerdegegnerin,

**Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA**,
Einsteinstrasse 2, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Börsenrechtliche Meldepflicht.

## Sachverhalt:

**A.**
Die Sulzer AG (Sulzer) ist eine Gesellschaft mit Sitz in Winterthur, welche im Maschinen- und Anlagenbau sowie in der Oberflächentechnik tätig ist. Die Aktien der Sulzer (nachfolgend Sulzer-Aktien oder SUN) sind an der SIX Swiss Exchange (SIX) kotiert und werden dort gehandelt. Das voll liberierte Aktienkapital der Sulzer betrug im massgebenden Zeitraum Fr. 109'140.90 und bestand aus 3'638'030 Namenaktien mit je einem Nennwert von Fr. 0.03.

**A.a** Mit Schreiben vom 18. Januar 2007 ersuchte die Sulzer die Eidgenössische Bankenkommission (Vorinstanz, heute Finanzmarktaufsicht FINMA) eine Untersuchung betreffend Verletzung der Meldepflichten nach Art. 20 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (nachfolgend BEHG von 1995, AS 1997 68, in Kraft bis 31. November 2007) durchzuführen, allenfalls das Finanzdepartement als verfolgende Strafbehörde mit einzubeziehen und bei potenziellen Übernehmern und der Aufsicht unterstellten Banken geeignete Untersuchungshandlungen durchzuführen. Gestützt auf Marktbeobachtungen, Angaben aus Bankenkreisen und diversen Gerüchten und Spekulationen in der Presse versuche die OC Oerlikon Corporation AG oder ein oder mehrere ihrer direkten Grossaktionäre (Victory Holding, Dr. Mirko Kovats, Ronny Pecik bzw. Viktor F. Vekselberg) in Umgehung der Meldepflichten eine grössere Beteiligung an Sulzer aufzubauen (pag. 571 A01 02066 004-009).

**A.b** Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) wurden in der Zeitspanne von Februar 2007 bis April 2007 insgesamt fünf Offenlegungsmeldungen publiziert. Im SHAB vom 26. Februar 2007, 13. April 2007 und 30. April 2007 legte die Deutsche Bank Zweigniederlassung Zürich (DBZ) offen, dass sie mit mehreren zum Konzern Deutsche Bank gehörenden Gesellschaften bzw. Zweigniederlassungen eine Beteiligung von 5,29 %, 7,88 % und schlussendlich von 22,456 % an Sulzer halte. Die Zürcher Kantonalbank (ZKB) veröffentlichte im SHAB vom 2. Mai 2007, dass sie per 20. April 2007 eine Beteiligung von 8,49 % an Sulzer halte und diese gleichentags auf unter 5 % abgebaut habe. Die fünfte Meldung betraf die Everest Beteiligungs GmbH (Everest), die am 26. April 2007 offenlegte, dass sie per 20. April 2007 eine Beteiligung von 31,92 % halte. Als wirtschaftlich Berechtigte wurden Viktor F. Vekselberg, die RPR

Privatstiftung (RPR) sowie die Millenium Privatstiftung (Millenium), Wien, bezeichnet.

**A.c** Im massgebenden Zeitraum bis Ende März 2007 sahen die Beteiligungsverhältnisse an der Everest wie folgt aus: Die Everest ist eine Gesellschaft österreichischen Rechts mit Sitz in Wien und wurde am 20. Dezember 2006 durch die RPR errichtet. Der Zweck des Unternehmens ist namentlich die Beteiligung an Unternehmen im In- und Ausland, der Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Gesellschaften bzw. von Gesellschaftsanteilen sowie die Übernahme von Unternehmen oder Unternehmensanteilen.

Am 22. Januar 2007 trat die RPR 50 % ihres Anteils an der Everest an die Jollinson Holdings Limited (Jollinson) ab. Die Jollinson ist eine zu 100 % von der Renova Industries Limited (Renova) beherrschte Gesellschaft. Diese wiederum wird zu 84 % durch die Renova Holding Ltd. (Renova Holding) beherrscht, deren wirtschaftlich Berechtigter Viktor F. Vekselberg, wohnhaft in Moskau und Zug, ist.

Die anderen 50 % an der Everest wurden ab 22. Januar 2007 von der Gorosa Beteiligungsverwaltungs GmbH (Gorosa) gehalten. Die Gorosa wird zu 100 % von der Victory Industriebeteiligung AG (Victory) beherrscht. Die Victory wiederum wurde zu je 50 % von der RPR sowie der Millenium gehalten.

**A.d** Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Mai 2007 setzte die Vorinstanz bei Banken, die im Handel mit Sulzer-Aktien aktiv gewesen waren (ZKB, DBZ, Neue Zürcher Bank [NZB]), zwei Untersuchungsbeauftragte im Sinne von Art. 23$^{quater}$ des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, SR 952.0; Art. 23$^{quater}$ BankG wurde durch Anhang Ziff. 15 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1], mit Wirkung ab 1. Januar 2009, aufgehoben) ein. Als Untersuchungsbeauftragte amteten bei der ZKB und der NZB die KPMG Fides Peat (KPMG) sowie bei der DBZ die Deloitte AG (Deloitte). Als koordinierende Untersuchungsbeauftragte wurde die Kanzlei Prager Dreifuss Rechtsanwälte eingesetzt. Die Untersuchungsberichte wurden am 7., 19. und 20. Dezember 2007 sowie am 8. Februar 2008 erstattet.

**A.e** Am 4. Februar 2008 ersuchte die Vorinstanz die österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA) um Amtshilfe wegen möglicher Verletzung des Verbots der Kursmanipulation nach Art. 161bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0). Die Vorinstanz erbat insbesondere um Angaben zu Kundenbeziehungen bzw. wirtschaftlich Berechtigten, für welche die A._____-Bank vorliegend Sulzer Effekten kaufte oder verkaufte. Die FMA erstattete der Vorinstanz mit Schreiben vom 7. April 2008 ihren Bericht.

**A.f** Die Vorinstanz eröffnete am 29. Februar 2008 gegenüber den beiden Beschwerdeführern sowie Viktor F. Vekselberg das Verwaltungsverfahren Nr. 571/2008/02066 wegen Verdachts auf Verletzung der Offenlegungsvorschriften sowie Kursmanipulation in Effekten der Sulzer.

**A.g** Mit je separater Eingabe vom 22. bzw. 23. September 2008 stellten die Beschwerdeführer 1 und 2 sowie Viktor F. Vekselberg der Vorinstanz den Antrag, das Verwaltungsverfahren Nr. 571/2008/02066 sei mangels Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass einer (Feststellungs-)Verfügung gegen sie als nicht der Institutsaufsicht unterstehenden Personen einzustellen. Eventualiter habe die Vorinstanz über ihre Zuständigkeit eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen und das Verwaltungsverfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid zu sistieren. Die Vorinstanz teilte den Parteien mit Schreiben vom 2. Oktober 2008 mit, dass sie auf die gestellten Anträge zu gegebener Zeit zurückkommen werde.

**A.h** Am 30. Oktober 2008 reichten der Beschwerdeführer 1 und Viktor F. Vekselberg je mit separater Eingabe eine Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein, die mit Urteilen vom 11. Dezember 2008 vollständig abgewiesen wurden. Auf die dagegen erhobenen Beschwerden trat das Bundesgericht mit Urteilen vom 26. Mai 2009 nicht ein bzw. schrieb diese ab. Es begründete seine Entscheide damit, dass sich die FINMA im Rahmen ihrer in der Zwischenzeit erlassenen (End-)Verfügung vom 22. Januar 2009 eingehend mit den Ausführungen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt und ihre Zuständigkeit begründet habe.

**A.i** Mit Verfügung vom 22. Januar 2009 stellte die Vorinstanz fest, dass sie befugt sei, gegenüber Personen und Gesellschaften, die den börsenrechtlichen Meldepflichten nach Art. 20 BEHG von 1995 unterworfen sind, offenlegungsrechtliche Feststellungsverfügungen zu erlassen. Sodann kam sie zum Schluss, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 als organisierte Gruppe im Rahmen des Beteiligungsaufbaus an Sulzer am 13. Dezember 2006 den 5 %-Schwellenwert und am 12. Januar 2007 den 10 %-Schwellenwert nicht fristgerecht gemeldet hätten. Schliesslich stellte sie fest, dass im Rahmen der Offenlegungsmeldung der Everest vom 26. April 2007 sich weder der Beschwerdeführer 1 noch der Beschwerdeführer 2 als wirtschaftlich Berechtigter bezeichnet habe.

**B.**

**B.a** Mit Beschwerde vom 23. Februar 2009, welche sich lediglich zu den formellen Aspekten äusserte, gelangte der Beschwerdeführer 1 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 sei vollumfänglich aufzuheben soweit sie nicht nichtig sei. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, die Feststellungsverfügung sei nichtig, weil sie einerseits trotz gerichtlicher Verbote des Bundesverwaltungs- und Bundesgerichts erlassen worden sei und der Vorinstanz andererseits die Kompetenz fehle, Feststellungsverfügungen gegen nicht ihrer Aufsicht unterstellte Investoren zu erlassen.

**B.b** Mit Beschwerde vom 23. Februar 2009 gelangte der Beschwerdeführer 2 an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt (1) die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 sei vollumfänglich aufzuheben soweit sie nicht nichtig sei und (2) das Verwaltungsverfahren Nr. 571/2008/02066 sei gegenüber dem Beschwerdeführer 2 einzustellen, eventualiter seien zusätzliche Beweisaufnahmen vorzunehmen. Zur Begründung wird ausgeführt, die Feststellungsverfügung sei nichtig, weil sie einerseits trotz gerichtlicher Verbote des Bundesverwaltungs- und Bundesgerichts erlassen worden sei und der Vorinstanz andererseits die Kompetenz fehle, Feststellungsverfügungen gegen nicht ihrer Aufsicht unterstellte Investoren zu erlassen. Des Weiteren habe bis zum 12. Januar 2007 weder eine Absprache mit dem Beschwerdeführer 1 bestanden noch habe er über Informationen zu den Transaktionen des Beschwerdeführers 1 und seiner Stiftung Heraion verfügt. Die Victory, an welcher der Beschwerdeführer 2 über

die Millenium beteiligt war, habe per 12. Januar 2007, d.h. nach der von der Vorinstanz gerügten Verletzung der Meldepflichten, das erste Mal Sulzer-Positionen erworben. Der Beschwerdeführer 2 bringt zudem vor, der von der Vorinstanz angerufene Auffangtatbestand des indirekten Erwerbs gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. d der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (BEHV-EBK, AS 1997 2045, aufgehoben durch die BEHV-FINMA vom 25. Oktober 2008 per 1. Januar 2009, SR 954.193) sei nicht anwendbar. Durch den Erwerb von Barabgeltungsoptionen entstehe keine Verletzung der Meldepflicht, zumal Art. 13 BEHV-EBK nur Optionen (Warrants) erfasse, die eine Realerfüllung vorsehen würden. Sodann bestehe in Bezug auf die Offenlegungsmeldung vom 26. April 2007 durch die Everest eine ausschliessliche Meldepflicht der Millenium als "Blind Trust".

**C.**
Auf Anweisung des Instruktionsrichters ergänzte der Beschwerdeführer 1 mit Eingabe vom 17. März 2009 seine Beschwerde in materieller Hinsicht und beantragt die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 22. Januar 2009 sowie die Einstellung des Verwaltungsverfahrens Nr. 571/2008/02066 gegenüber dem Beschwerdeführer 1. Er führt dabei aus, dass entgegen der Ansicht der Vorinstanz Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EBK nicht anwendbar sei und er keinen kontrollierenden Einfluss auf die A._____-Bank ausübe. Des Weiteren entstehe durch den Erwerb von Barabgeltungsoptionen keine Verletzung der Meldepflicht, zumal Art. 13 BEHV-EBK nur Optionen erfasse, die eine Realerfüllung vorsehen würden. Gemäss einem Gutachten von Prof. Kalss, Wien, habe sich der Beschwerdeführer 1 als Stifter und Begünstigter der RPR anlässlich der Meldung vom 26. April 2007 der Everest nicht als wirtschaftlich Berechtigter offen legen müssen.

**D.**
Mit Vernehmlassung vom 6. Mai 2009 beantragt die Vorinstanz, die Anträge der Beschwerdeführer seien, soweit darauf einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen.

**E.**

**E.a** In der Replik vom 14. Juli 2009 hält der Beschwerdeführer 2 an seinen Anträgen fest und führt aus, dass aus den von der Vorinstanz in

der Vernehmlassung vorgebrachten Argumenten nicht abgeleitet werden könne, dass er am 13. Dezember 2006 bzw. 12. Januar 2007 von einem behaupteten Überschreiten der Schwellenwerte von 5 % bzw. 10% Kenntnis gehabt habe. In der Millenium habe er weder über eine Organstellung noch über einen Rechtsanspruch auf Ausschüttung noch auf offenlegungsrechtlich relevante Mitwirkungsrechte verfügt. Barausgleichsoptionen seien zum massgebenden Zeitpunkt nicht von Art. 13 Bst. a BEHV-EBK erfasst gewesen. Die Vorinstanz unterlasse es zudem darzulegen, aus welchen Gründen sie ein missbräuchliches Vorgehen seitens des Beschwerdeführers 2 ableite und demzufolge Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EBK zur Anwendung gelange. Sodann legt der Beschwerdeführer 2 dar, dass seine Stellung in Bezug auf die Millenium Stiftung, jener des Settlors eines "Blind Trusts" entspreche, verfüge er doch über keine Weisungsbefugnisse oder andere Art von Kontrolle in Bezug auf den Stiftungsvorstand der Millenium. Er beruft sich sodann auf den Vertrauensschutz, zumal das Unaxis-Untersuchungsverfahren vor der SIX Swiss Exchange sorgfältig und aufwändig geführt worden sei und die Offenlegung der Millenium als wirtschaftlich Berechtigte nicht beanstandet worden sei.

Die Vorinstanz sei des Weiteren nicht befugt, gegenüber dem Beschwerdeführer 2 eine Feststellungsverfügung zu erlassen. Der Wortlaut von Art. 32 i.V.m. Art. 3 FINMAG erfasse Investoren nicht. Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Artikel handle es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, das keinen Raum für die Annahme einer Gesetzeslücke oder einer planwidrigen Unvollständigkeit lasse.

**E.b** In der Replik vom 17. August 2009 hält der Beschwerdeführer 1 an seinen Anträgen fest und ergänzt insbesondere, dass er bzw. die nach Auffassung der Vorinstanz mit ihm in gemeinsamer Absprache handelnden Personen nie mehr als 5 % aller Sulzer-Aktien gehalten hätten. Die BEHV-EBK habe das indirekte Halten von Aktien der Meldepflicht unterstellt, soweit dem Meldepflichtigen dadurch Stimmrechte vermittelt werden konnten. Durch den Erwerb von Optionen mit Barausgleich habe er weder Anspruch auf Lieferung der von den Banken als Absicherung der ausgegebenen Optionen mit Barausgleich erworbenen Aktien, noch habe er ein Erwerbsrecht erhalten. Infolge fehlender rechtsverbindlicher Absprachen zwischen den Banken und ihm sei es ihm somit weder rechtlich noch faktisch möglich gewesen, über die Stimmrechte der von den Banken als Absicherung gehaltenen

Sulzer-Aktien zu verfügen. Des Weiteren habe die BEHV-EBK die Meldepflicht ausdrücklich auf Optionen, die eine Realerfüllung vorsehen oder zuliessen, begrenzt. Der Vorwurf einer Umgehung der Meldepflichten durch den Erwerb von Optionen mit Barausgleich sei somit nur schwer verständlich. In Bezug auf die Offenlegungsmeldung der Everest vom 26. April 2007 beruft sich der Beschwerdeführer 1 sodann auf den Vertrauensschutz. Die zuständigen Stellen hätten seit Jahren Meldungen nicht beanstandet, in denen nur die RPR, nicht aber der Beschwerdeführer 1 selber, ausdrücklich als wirtschaftlich Berechtigter aufgeführt worden sei. Allfällige Mängel der Meldungen hätten von den Behörden und/oder den Gesellschaften erkannt und beanstandet werden müssen, zumal die Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer 1 und der RPR offenbar allgemein bekannt gewesen sei.

**F.**
In der Duplik vom 21. September 2009 hält die Vorinstanz an den bisherigen Anträgen und Begründungen fest.

**G.**
Das vorinstanzliche Verwaltungsverfahren Nr. 571/2008/02066 wurde am 30. Oktober 2009 abgeschlossen.

**H.**
Auf Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts reichte der Beschwerdeführer 1 die Stiftungsurkunde der RPR am 17. Dezember 2009 ein.

**I.**
Mit Verfügung vom 15. Januar 2010 hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Sulzer im vorliegenden Verfahren in ihren Rechten oder Pflichten unmittelbarer sowie stärker als die Allgemeinheit betroffen sei und ihr deshalb ein schutzwürdiges Interesse zukomme, sich als Partei im Sinne von Art. 6 VwVG zur Beschwerdesache äussern zu können. Die Sulzer teilte dem Bundesverwaltungsgericht mit Schreiben vom 26. Januar 2010 mit, dass sie von der Möglichkeit einer Stellungnahme zu den Eingaben der Beschwerdeführer absehe.

**J.**
Am 2. März 2010 reichte der Beschwerdeführer 1 unaufgefordert eine

nachträgliche Beweiseingabe ein. Die mit dieser Eingabe ins Recht gelegten Unterlagen sollen belegen, dass verschiedene Behörden und Experten die Ansicht des Beschwerdeführers 1 teilen, wonach die Vorinstanz nicht zum Erlass der Feststellungsverfügung berechtigt gewesen sei.

**K.**
Mit Vernehmlassung vom 12. April 2010 beantragt die Vorinstanz, die nachträgliche Beweiseingabe des Beschwerdeführers 1 infolge nicht relevanter Vorbringen weder zuzulassen noch zu berücksichtigen.

**L.**
Am 29. April 2010 reicht der Beschwerdeführer 1 unaufgefordert eine weitere nachträgliche Beweiseingabe ein. Diese wurde der Vorinstanz mit Schreiben vom 5. Mai 2010 zur Kenntnis gebracht.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist.

**1.1** Die Vorinstanz erliess am 22. Januar 2009 eine Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, die u.a. von den Anstalten des Bundes erlassen werden (vgl. Art. 33 Bst. e VGG); darunter fällt die vorliegende Verfügung (vgl. Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Behandlung der Streitsache zuständig.

**1.2** Die Beschwerdeführer haben vor der Vorinstanz am Verwaltungsverfahren teilgenommen und sind Adressaten der angefochtenen Verfügung. Sie sind durch die Verfügung besonders berührt und haben somit ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a-c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Daher sind sie zur Beschwerdeführung legitimiert.

**1.3** Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgerecht einbezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und es liegen rechtsgültige Vollmachten der Rechtsvertreter vor.

Auf die zwei Beschwerden ist somit einzutreten.

**1.4** Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 haben sowohl der Beschwerdeführer 1 als auch der Beschwerdeführer 2 Beschwerde erhoben. Beide Beschwerden betreffen denselben Sachverhalt, richten sich gegen den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid und beinhalten weitgehend die gleichen Rechtsfragen. Es rechtfertigt sich daher, die zwei Verfahren zu vereinigen und in einem Urteil zu erledigen (vgl. Art. 24 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Zivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 4 VwVG, BGE 128 V 124 E. 1 mit Hinweisen, BGE 113 Ia 390 E. 1, André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 3.17).

**2.**

Am 1. Januar 2009 ist das FINMAG in Kraft getreten. Die Eidgenössische Bankenkommission (EBK), das Bundesamt für Privatversicherung und die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei wurden damit in der "Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)" zusammengeführt. Diese beaufsichtigt nunmehr als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit den Finanzmarkt (Art. 4 Abs. 1 FINMAG). Sie hat alle Verfahren der Bankenkommission übernommen, die bei Inkrafttreten des Finanzmarktgesetzes hängig waren (vgl. Art. 58 Abs. 3 FINMAG). Da es die Eidgenössische Bankenkommission somit nicht mehr gibt, ist das vorliegende Verfahren mit der FINMA als deren Rechtsnachfolgerin zu führen. Für die verfahrensrechtlichen Fragestellungen in E. 4 findet im Folgenden das neue Recht, d.h. das FINMAG, unter Hinweis auf das alte Recht betreffend Auslegung Anwendung. Demgegenüber sind für die Beurteilung der materiellrechtlichen Fragen ab E. 6 das Börsengesetz sowie die entsprechenden Verordnungen zur Zeit der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes anwendbar.

**3.**
Mit Eingabe vom 2. März 2010 reichte der Beschwerdeführer 1 nachträglich Unterlagen betreffend die Bestellung, Besetzung und Arbeit der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch ein. Die Dokumente würden zeigen, dass die Vorinstanz nicht zuständig sei, um gegenüber nicht ihrer (Instituts-)Aufsicht unterstehenden Personen verwaltungsrechtliche Sanktionen, wie den Erlass einer Feststellungsverfügung, zu treffen. Damit würden die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers 1 in seiner Beschwerde und seiner Replik wesentlich gestützt.

Demgegenüber erachtet die Vorinstanz die nachträgliche Beweiseingabe als nicht relevant und damit nicht ausschlaggebend für die Frage, ob die FINMA zum Erlass einer Feststellungsverfügung im vorliegenden Fall befugt gewesen sei. Sie beantragt, die nachträgliche Beweiseingabe des Beschwerdeführers sowie die Beilagen der Beweiseingabe seien im hängigen Beschwerdeverfahren nicht zuzulassen und nicht zu berücksichtigen.

Im Verwaltungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes sowohl unechte (bisher bekannte) als auch echte (bisher noch nicht bekannte) tatsächliche Noven, d.h. neue Vorbringen, zulässig. Die vom Beschwerdeführer 1 nachträglich eingereichten Unterlagen befassen sich u.a. mit der Problematik der Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass einer Feststellungsverfügung. Es handelt sich somit um tatsächliche Noven, die von den beschwerdeführenden Parteien im Rahmen des Streitgegenstandes jederzeit eingereicht und vom Bundesverwaltungsgericht zugelassen werden (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, a.a.O., N. 2.204; Frank Seethaler/Fabia Bochsler, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2009, zu Art. 52 N 77 ff.).

**4.**
Der Beschwerdeführer 1 rügt in formeller Hinsicht, die Feststellungsverfügung stelle ein Sanktionsinstrument dar. Der Vorinstanz fehle die Kompetenz zum Erlass von Feststellungsverfügungen gegenüber nicht beaufsichtigten Personen, was auch durch das beigelegte Kurzgutachten von Prof. Georg Müller bestätigt werde. Sie könne höchstens ein "informelles Vorabklärungsverfahren" durchführen, zumal im Be-

reich des Offenlegungsrechts das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) zum Erlass von Sanktionsverfügungen zuständig sei. Die Vorinstanz habe sodann zu Unrecht in Art. 3 und 32 FINMAG eine echte oder unechte Lücke erblickt. Der Wortlaut beider Artikel sei klar und abschliessend. Der Beschwerdeführer 1 könne nicht darunter subsumiert werden. Aufgrund der Kategorisierung der Feststellungsverfügung als verwaltungsrechtliche Sanktion mit pönalem Charakter müssten die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung und der EMRK, welche Anspruch auf ein faires gerichtliches Verfahren gäben, eingehalten werden. Unter dieser Optik sei es undenkbar, dass die Vorinstanz, die das Gesetz auszuführen habe, sich selbst die Kompetenz einräume, den Anwendungsbereich des FINMAG nach eigenem Gutdünken auszudehnen und Sanktionen gegen Personen auszusprechen, die weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn des Gesetzes diesem unterstünden. Die Kompetenz zum Erlass einer Feststellungsverfügung könne auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden, da der Vorinstanz die Zuständigkeit fehle und dieser Artikel nicht eine kompetenzbegründende Norm darstelle.

Der Beschwerdeführer 2 wendet ebenfalls ein, der Vorinstanz fehle die Kompetenz zum Erlass von Feststellungsverfügungen gegenüber nicht beaufsichtigten Personen. Diese Befugnis habe die Vorgängerorganisation EBK unter bisherigem Recht nicht gehabt und sie stehe ihr unter dem neuen Recht (FINMAG) nicht zu, was insbesondere durch ein Gutachten von Prof. Georg Müller bestätigt werde. Daran ändere auch die Praxisänderung der EBK im Fall Laxey/Implenia vom 7. März 2008 nichts, zumal es sich beim vorliegenden Fall um eine nachträgliche Sanktionierung und nicht um die Klärung der Rechtslage während eines laufenden öffentlichen Kaufangebotes handle. Der Beschwerdeführer 2 bringt zudem vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht in Art. 3 FINMAG eine echte Lücke erblickt, handle es sich doch bei richtiger Betrachtungsweise um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, bei welchem eine Lückenfüllung ausgeschlossen sei. Selbst wenn eine Gesetzeslücke vorliegen würde, so würde es sich um eine unechte Lücke handeln, die nur bei offensichtlich unhaltbaren, völlig unbefriedigenden Ergebnissen durch den Richter zu füllen wäre, was vorliegend nicht der Fall sei. Das FINMAG regle die Sanktionierung der Verletzung von börsengesetzlichen Offenlegungspflichten durch das EFD sodann abschliessend, weshalb nicht die Gefahr bestehe, dass Personen, die nicht unter den Begriff "Beaufsichtigte" von Art. 3 FINMAG fielen, sich in einem regelungsfreien Be-

reich bewegen könnten. Art. 32 FINMAG komme somit weder eine Auffangfunktion zu noch sei eine teleologische Auslegung vonnöten.

**4.1** Nach Art. 20 Abs. 1 BEHG von 1995 ist insbesondere meldepflichtig, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, für eigene Rechnung erwirbt oder veräussert und dadurch die festgelegten Schwellenwerte von 5, 10, 20, 33⅓, 50 und 66⅔ % erreicht, unter- oder überschreitet. Die Meldung ist an die betroffene Gesellschaft und die Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, zu erstatten. Mit Änderung des Börsengesetzes wurden per 1. Dezember 2007 zusätzliche Schwellenwerte von 3, 15 und 25 % eingeführt (Art. 20 BEHG der heute aktuellen Fassung, [BEHG, SR 954.1, in Kraft seit 1. Dezember 2007]).

Der Finanzmarktaufsicht unterstehen Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen, die kollektiven Kapitalanlagen sowie die Prüfgesellschaften (Art. 3 FINMAG). Die Vorinstanz kann nach Art. 32 FINMAG eine Feststellungsverfügung erlassen, wenn das Verfahren ergibt, dass die oder der Beaufsichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat und keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden müssen.

**4.2** Zentrale Frage ist somit, ob sich die Aufsicht der Vorinstanz auch auf Personen erstreckt, die den Meldepflichten nach Art. 20 BEHG (in der heute aktuellen und der Fassung von 1995) unterworfen, aber nicht ausdrücklich in Art. 3 FINMAG erwähnt sind, was den Erlass einer Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG ermöglichen würde. Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob Art. 3 FINMAG ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers oder eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes enthält.

**4.2.1** Im Verwaltungsrecht darf aufgrund des aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip fliessenden Erfordernisses des Rechtssatzes, wonach die Staatstätigkeit einzig aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt sind, nur zurückhaltend von einem qualifizierten Schweigen ausgegangen werden (siehe hierzu auch Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl.

Zürich/St. Gallen 2010, N 234 ff.). Solange – insbesondere in den Gesetzesmaterialien – keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen vorliegen, ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine negative Entscheidung getroffen hat (RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 23 S. 74 mit Hinweisen).

**4.2.2** Art. 3 FINMAG erläutert im Sinne einer Legaldefinition den im FINMAG verwendeten Begriff des Beaufsichtigten, wobei natürliche oder juristische Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen keine Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung benötigen, nicht erwähnt werden. Weder das FINMAG noch die Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006 (BBl 2006 2829, S. 2858, nachfolgend Botschaft zur Finanzmarktaufsicht), mit welcher die Legaldefinition des "Beaufsichtigten" eingeführt wurde, noch die älteren Materialien zum BEHG (Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993 [BBl 1993 I 1369 ff.], nachfolgend Botschaft über die Börsen und den Effektenhandel) enthalten Ausführungen zur Frage, ob meldepflichtige Personen im Sinne von Art. 20 BEHG der Aufsicht der Vorinstanz unterworfen sind. Wie oben erwähnt, genügt jedoch eine nach Wortlaut abschliessende Legaldefinition nicht, um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu bejahen. Vielmehr ist es unabdingbar, dass die strittige Frage in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich behandelt wurde. Diesbezüglich liegen indes keine Anhaltspunkte vor, weshalb vorliegend ein qualifiziertes Schweigen zu verneinen ist.

**4.2.3** Dem Begriff nach besteht eine Lücke, wenn eine Rechtsfrage, die der Einzelfall aufgibt, gesetzlich nicht geregelt, das Gesetz also unvollständig ist (BGE 103 Ia 501 E. 7). Unterschieden wird zwischen echten und unechten Lücken. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht möglich ist, keine Regelung enthält. Eine unechte Lücke liegt vor, wenn dem Gesetz eine Regel zu entnehmen ist, diese aber trotz Auslegung zu einem Ergebnis führt, das sachlich nicht befriedigt (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 139 ff.). Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots sind die rechtsanwendenden Organe verpflichtet, echte Lücken zu füllen, während

das Legalitätsprinzip ihnen das Schliessen von unechten Lücken grundsätzlich untersagt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., N 237a).

Gemäss neuerer Auffassung der Methodenlehre handelt es sich bei der Lücke um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Organen behoben werden darf; auf eine Unterscheidung von echten und unechten Lücken wird dabei verzichtet (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 243; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, a.a.O., Rz 141; BGE 131 V 233 E. 4.1, BGE 129 V 1 E. 4.1.2, BGE 127 V 41 E. 4b/cc und dd; BVGE B-2141/2006 vom 1. April 2008 E. 8.5). Nach Lehre und Rechtsprechung kann die rechtsanwendende Behörde eine Lücke, die nicht bereits durch Gewohnheitsrecht geschlossen wurde, in freier Rechtsfindung schliessen. Sie hat dabei von den dem Erlass zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen auszugehen und nach der Regel zu entscheiden, die sie als Gesetzgeberin aufstellen würde (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Dieses Verfahren steht damit der teleologischen Auslegung, die der Ermittlung des Sinnes und des Zwecks einer Gesetzesbestimmung dient, sehr nahe (vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2003, Rz. 45; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern 2005, S. 130 ff.). Um Sinn und Zweck zu ermitteln, muss nach den Interessen gefragt werden, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hatte. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf jedoch nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 130 V 49 E. 3.2.1).

**4.2.4** Das FINMAG, ein Rahmengesetz, verfolgt das Ziel, die Bedingungen für die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz zu optimieren. Dem folgend, unterstellt Art. 3 FINMAG verschiedene Personen(gruppen) unter die Aufsicht der Vorinstanz, lässt indes den spezifischen Finanzmarktgesetzen – vorliegend dem BEHG (Art. 2 FINMAG, Botschaft zur Finanzmarktaufsicht BBl 2006 2834, 2858) – den Vorrang. Einem Rahmengesetz entsprechend sind die Ziele der Finanzmarktaufsicht offen formuliert, beinhalten sie doch generell den

Schutz der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, nach Massgabe der Finanzmarktgesetze (Art. 5 FINMAG).

**4.2.5** Vor Inkrafttreten des FINMAG hatte die EBK nach Art. 35 Abs. 3 BEHG von 1995 sowie der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften über die Börsen und den Effektenhandel zu wachen. Sie traf dabei die zu deren Vollzug notwendigen Anordnungen. Erhielt sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgte sie für deren Beseitigung und die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und war befugt, hierzu alle "notwendigen Verfügungen" zu treffen. Da die EBK allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hatte, war die ihr übertragene Aufsicht nicht auf die unterstellten Betriebe beschränkt. Vielmehr konnte sie die in den Gesetzen vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten bzw. (natürlichen) Personen einsetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten war (vgl. BGE 132 II 382 E. 4.1; BGE 131 II 306 E. 3.1.1; BGE 130 II 351 E. 2.1 jeweils mit weiteren Hinweisen; TOMAS POLEDNA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007, zu Art. 35 N 5). Der Auskunftspflicht nach Art. 35 Abs. 2 BEHG von 1995 unterstanden sodann alle Personen und Gesellschaften, die der Aufsicht der EBK im weitesten Sinn unterlagen (vgl. hierzu THOMAS REUTTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, zu Art. 35 N 12 und 15). Obwohl sich die Frage der Unterstellung von Personen, die den Meldepflichten unterworfen sind, unter dem BEHG von 1995 so nicht stellte und das FINMAG hierzu keine Antwort liefert, stützt die bislang weite Auslegung des BEHG von 1995 durch das Bundesgericht die von der Vorinstanz ausgeübte Aufsicht und deren Massnahmen gegenüber den Beschwerdeführern erheblich. Denn Art und Umfang der Aufsichtspflichten ergeben sich nicht nur aus Art. 35 BEHG von 1995 sondern auch aus den praktischen Gegebenheiten; so benötigt die Überwachung der Melde- und Offenlegungspflichten eine umfassendere Aufsicht als diejenige zur Wahrnehmung der öffentlichen Kaufangebote. Denn die Überprüfung der Einhaltung der Meldepflicht und der Ausführungsbestimmungen über die Offenlegung von Beteiligungen an Gesellschaften mit kotierten Beteiligungspapieren kann insbesondere im Bereich des ersten Schwellenwertes Probleme bereiten. Ist dieser erste Grenzwert über-

schritten, so ist die Aufgabe der Aufsichtsbehörde in dem Sinne erleichtert, als sie die Entwicklung der gemeldeten Beteiligungsnahmen – in enger Zusammenarbeit mit den Börsen und den betroffenen Gesellschaften – verfolgen kann (Botschaft über die Börsen und den Effektenhandel [BBl 1993 I 1420]).

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass sich die Aufsicht der EBK vor Inkrafttreten des FINMAG auch auf Personen, welche der Meldepflicht bei der Offenlegung von Beteiligungen unterstanden, erstreckt hat.

**4.2.6** Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Gesetzgeber mit Erlass des FINMAG die bestehenden Kompetenzen der drei vorher getrennten Aufsichtsbehörden unter dem Dach der neuen FINMA stärken wollte (vgl. hierzu auch Botschaft zur Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2834), ist abzuleiten, dass der FINMA die gleichen Kompetenzen zustehen wie ihren Vorgängerorganisationen. Meldepflichtige Personen im Bereich der Offenlegung von Beteiligungen sollten demnach weiterhin als Beaufsichtigte der Aufsichtsbehörde gelten, was aber durch den Wortlaut von Art. 3 Bst. a FINMAG nicht gedeckt wird. Denn gemäss diesem Artikel unterstehen der Finanzmarktaufsicht Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktbehörde benötigen. Finanzinvestoren sind indes nicht explizit erfasst, was für die Beschwerdeführer spräche. Ob diese grammatikalische Auslegung vorliegend zutrifft, ist nachfolgend weiter zu prüfen.

**4.2.6.1** Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegungsmethoden (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., N 216). Grundsätzlich wird von Lehre und Rechtsprechung auch für das Verwaltungsrecht der Methodenpluralismus bejaht, der keiner Auslegungsmethode einen grundsätzlichen Vorrang zuerkennt. Dennoch steht gemäss der bundesgerichtlichen Praxis in zahlreichen Fällen die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund (BGE 128 I 34 E. 3; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., N 218 mit weiteren Hinweisen). Dabei spielen die Materialien der gesetzgeberischen Vorarbeiten eine wichtige Rolle, um den Sinn

des Gesetzes aufgrund der Absichten der an der Gesetzgebung beteiligten Organe zu ermitteln.

**4.2.6.2** Art. 35 BEHG von 1995 wurde mit Inkrafttreten des FINMAG per 1. Januar 2009 auf die Auskunftspflicht im Rahmen von öffentlichen Kaufangeboten reduziert und die Aufzählung der Beaufsichtigten im FINMAG eingeführt (Art. 3 FINMAG). An der Zielsetzung des BEHG hat sich nichts geändert. Es bleibt daher zu prüfen, wie die neuen Vorschriften zu verstehen sind.

Das BEHG verfolgt namentlich den Zweck der Schaffung von Transparenz für den Anleger (Art. 1 BEHG). Die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks sind der *Funktionsschutz* der Märkte sowie der *Anlegerschutz*, der sich spezifisch bei möglichen Übernahmen in der Form eines Frühwarnsystems für Übernahmen zugunsten der Marktteilnehmer (Anleger) und der Zielgesellschaft auszeichnet. Der Anleger wird dabei nicht als Inhaber einer Forderung, sondern als Kunde des börsenmässigen Handels, d.h. als Bezüger einer Dienstleistung geschützt. Das Schutzbedürfnis besteht somit gegen Übervorteilung durch Händler, Emittenten und andere Investoren. Schutzziel ist das Vertrauen in die Lauterkeit der Wertschriftenmärkte; der Schutz erstreckt sich deshalb nicht nur auf denjenigen, der bereits eine Anlage erworben hat, sondern auch auf die potentiellen Anleger (BBl 1993 I 1381f.).

Der Funktionsschutz stellt eine weitere Ausprägung des Vertrauensschutzes dar, im Sinne eines Vertrauens(kollektiv)schutzes. Zielsetzung des Funktionsschutzes ist das Vertrauen des Publikums und der Effektenhändler in die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Dieses Vertrauen ist unter dem Aspekt von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr schutzwürdig. Anders als beim obenerwähnten Anlegerschutz stehen beim Funktionsschutz eher Kollektivinteressen im Vordergrund, müssen die Börsen doch namentlich Gewähr für eine effiziente Preisbildung bieten. Dazu bedarf es analog zum Individualschutz eines Mindestmasses an Transparenz und Liquidität der Märkte (BBl 1993 I 1382).

In Bezug auf die erforderliche Transparenz für Anleger und Gesellschaften im schweizerischen Wertpapierhandel stellt die Meldepflicht nach Art. 20 BEHG einen der wichtigsten Eckpfeiler dar. Der Schutz von Anlegern besteht darin, dass mit der Offenlegungspflicht von

Art. 20 BEHG missbräuchlich nutzbare Informationsvorsprünge reduziert werden, da die frei handelbaren Titel und die Existenz von Grossaktionären bekannt sind. Nach einer Offenlegung bisheriger Erwerbsvorgänge werden die Kurse reagieren und die Vorteile weiterer stiller Aufkäufe nehmen stark ab. Damit wird der Anleger geschützt und die Anteile, die ein Aufkäufer ohne Offenlegung erwerben kann, eingeschränkt. Der starke Individualschutz von bestehenden und potentiellen Anlegern und der Funktionsschutz widerspiegelt sich dementsprechend in Art. 20 BEHG.

**4.2.6.3** Nach dem oben Gesagten kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, der Aufsichtsbehörde mittels BEHG ein Instrument zur Verfügung zu stellen, das namentlich den Schutz der potentiellen Anleger erhöht. Zur Wahrung dieses Ziels kann sich der Anwendungsbereich des BEHG nicht nur – wie von den Beschwerdeführern gerügt – auf einen engen Kreis von Bewilligungsträgern erstrecken; vielmehr müssen Personen, die einer Meldepflicht nach Art. 20 BEHG unterstehen, ebenfalls erfasst sein.

**4.3** Die Beschwerdeführenden bringen des Weiteren vor, das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) beurteile nach Art. 50 FINMAG strafrechtlich relevante Tatbestände des FINMAG oder anderer Finanzmarktgesetze abschliessend. Die Annahme einer "planwidrigen Unvollständigkeit" im Gesetz und eine sich hierauf stützende verwaltungsrechtliche Aufsicht der Vorinstanz sei daher ausgeschlossen. Es könne auch nicht von einem regelungsfreien Raum gesprochen werden. Der Beschwerdeführer 1 rügt zudem, die Vorinstanz könne bei einer verwaltungsrechtlichen Sanktion mit pönalem Charakter nur eine informelle Vorabklärung durchführen. Er bezweifelt ausserdem, dass die Anordnung einer verwaltungsrechtlichen Sanktion mit pönalem Charakter durch die Vorinstanz den Verfahrensgarantien der Bundesverfassung und der EMRK, namentlich dem Anspruch auf ein faires gerichtliches Verfahren, genüge.

**4.3.1** Die Feststellungsverfügung stellt nach der Systematik des FINMAG ein sog. "weiteres Aufsichtsinstrument" dar (3. Kapitel: Aufsichtsinstrumente, 2. Abschnitt: Weitere Aufsichtsinstrumente, Art. 29 – 37 FINMAG); Die Strafbestimmungen sind hingegen im 4. Kapitel aufgeführt (Art. 44 – 52 FINMAG), wobei nach Art. 50 FINMAG verfolgende und urteilende Behörde das Eidgenössische Finanzdepartement ist.

Gemäss Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Diese Bestimmung geht inhaltlich etwas weniger weit als Art. 30 Abs. 1 erster Satz der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 135 I 14 E. 2, BGE 133 I 1 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

Die Offenlegung von Beteiligungen nach Art. 20 BEHG enthält Elemente mit vermögensrechtlichem Charakter und somit zivilrechtliche Ansprüche, die dazu führen, dass die Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK, mithin auch der Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren, zu beachten sind. Dabei zeigt sich der vermögensrechtliche Charakter einer Offenlegung nicht nur in den offen zu legenden Aktien, Erwerbs- oder Veräusserungsrechten sondern auch in der Reaktion der Börse mittels relevanten Kursschwankungen der betroffenen Titel.

Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Es braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, aber es muss organisatorisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/aa; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 927 ff.).

Der Beschwerdeführer 1 übersieht, dass es nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ausreicht, wenn in einem Verfahrensgang *ein* Gericht entscheidet, dem volle Kognition zukommt (vgl. BGE 129 I 207 E. 5.2, BGE 123 I 87 E. 3a; Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009,

Rz. 200 ff. zu Art. 6 EMRK; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl. Bern 1999, S. 166 ff.). Die Mitgliedstaaten sind insbesondere nicht verpflichtet, Streitigkeiten wie sie hier in Frage stehen, einem Verfahren zu unterstellen, das in jeder Phase vor einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt werden müsste (vgl. BGE 132 V 299 E. 4.3.1, BGE 128 I 237 E. 3, BGE 124 I 92 E. 2a). Nur wenn ein Staat ein Gerichtssystem mit mehreren gerichtlichen Instanzen einrichtet, muss er sicherstellen, dass den grundrechtsberechtigten Personen grundsätzlich vor allen diesen Gerichten die gerichtlichen Garantien von Art. 6 EMRK gewährt werden (vgl. EGMR, Urteil 21920/93 vom 23. Oktober 1996 i.S. Levages v. Frankreich, Ziff. 44).

In der Schweiz aber hat der Gesetzgeber keinen solchen Instanzenaufbau für Aufsichtsinstrumente (Art. 24 ff. FINMAG) bzw. für Strafbestimmungen (Art. 44 ff. FINMAG) vorgesehen. Dieses gesetzgeberische Vorgehen steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach es aufgrund der Erfordernisse der Flexibilität und Effizienz, welche ihrerseits mit dem Menschenrechtsschutz vereinbar sind, gerechtfertigt sein kann, dass in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde entscheidet, die den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Hinsicht zu genügen vermag (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. Albert und Le Compte v. Belgien, Ziff. 29; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, § 24 N 58, S. 360).

Das Bundesverwaltungsgericht kann die Feststellungsverfügung im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen. Es lässt sich nach dem oben Gesagten somit vereinbaren, dass die FINMA Feststellungsverfügungen mit zivilrechtlichen Ansprüchen erlässt, solange der Betroffene die Möglichkeit hat, die Entscheidung durch ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüfen zu lassen. Bei diesem Ergebnis kann die Frage, ob es sich bei der Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG um eine Sanktion mit pönalem Charakter handelt, offen gelassen werden.

**4.3.2** Der Zweck der Feststellungsverfügung im Bereich der verwaltungsrechtlichen Aufsicht stellt zudem eine im weiteren Sinne verstandene permanente Marktaufsicht dar, indem sie auf mögliche Gesetzesverstösse reagiert und dadurch – im Gegensatz zum Verwaltungsstrafverfahren – in einem meist früheren Abschnitt zur

Wahrung des Rechtsfriedens in das Marktgeschehen eingreift. Das Verwaltungs*straf*verfahren beinhaltet hingegen keine aufsichtsrechtlichen Elemente, zumal dieses auf mögliche verwaltungsstrafrechtliche Vorgehensweisen meist erst nach deren Beendigung reagiert. Offenlegungspflichtige Personen hätten dadurch – falls überhaupt ein Strafverfahren eröffnet würde – erst zu einem späten Zeitpunkt und nach vollendeten Tatsachen strafrechtliche Sanktionen zu befürchten. Damit würden die wesentlichen Ziele des oben umschriebenen gesetzgeberischen Auftrags, nämlich der Individualschutz als auch die Durchsetzung der Offenlegung, in Frage gestellt.

Letztmals wurden die Zielsetzungen des BEHG im Rahmen der Einführung zusätzlicher Schwellenwerte von 3, 15 und 25 %, bzw. mit Änderungen des Börsengesetzes vom 22. Juni 2007, in Kraft seit 1. Dezember 2007, von der Legislative bestätigt. Dabei verhält es sich so, dass die Revision von Art. 20 BEHG von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates initiiert wurde, weshalb eine Botschaft des Bundesrates an die Eidgenössischen Räte fehlt und auf eine dieser vorgelagerte Vernehmlassung verzichtet wurde. Die Wortprotokolle des Nationalrates zeigen jedoch die bislang verfolgte Zielsetzung des Schutzes von Klein- und Minderheitsaktionären klar auf und verfolgen mit der Erhöhung der dadurch bewirkten Transparenz namentlich den Zweck, dass die Übernahmeinteressenten gezwungen werden, ihre Absichten frühzeitig offenzulegen (AB 2007 N 99). Um dieses Anliegen wirksam durchsetzen zu können, ist es nötig, dass offenlegungspflichtige Personen der Aufsicht der Vorinstanz unterstehen und diese ein griffiges verwaltungsrechtliches Instrumentarium mit entsprechendem Vollzug zur Verfügung hat.

**4.4** Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass sich die Aufsicht der Vorgängerorganisation EBK über die offenlegungspflichtigen Personen erstreckte. Die teleologische Auslegung des BEHG und insbesondere von Art. 20 BEHG zeigt, dass der Gesetzgeber mit dem BEHG der Aufsichtsbehörde ein Instrument zur Verfügung stellen wollte, welches den Individualschutz gewährleistet und damit die potentiellen Anleger schützt. Der vom Gesetzgeber gewünschte (Individual-)Schutz erstreckt sich dabei nicht nur auf einen engen Kreis von Bewilligungsträgern, sondern auch auf Personen, die der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG unterstehen. Hauptgrund der Unterstellung der Beschwerdeführer 1 und 2 als Beaufsichtigte unter die Vorinstanz ist somit die Wahrung bzw. Durchsetzung der ge-

nannten BEHG-Zielsetzungen mittels Feststellungsverfügung. Dabei müssen die Betroffenen die Möglichkeit haben, die Entscheidung durch ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüfen zu lassen.

**4.5** An diesem Ergebnis ändert die zur Zeit laufende Revision des Börsengesetzes nichts, welche u.a. vorsieht, dass das aufsichtsrechtliche Verbot von für den Kapitalmarkt schädlichen marktmanipulatorischen Verhaltensweisen neu auch für Nichtbeaufsichtigte gelten soll (vgl. erläuternder Bericht für die Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Börsen und den Effektenhandel [Börsendelikte und Marktmissbrauch], www.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2010 > Eidgenössisches Finanzdepartement > Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel [Börsendelikte und Marktmissbrauch]).

Gemäss Ziff. 1.4.1.3.2 des erläuternden Berichts ist bei Verletzung der Offenlegungspflicht durch einen Nichtbeaufsichtigen umstritten, ob der FINMA die Aufsichtsinstrumente des FINMAG zur Verfügung stehen. Damit aber die Offenlegungspflicht auf den Kapitalmarkt auch flächendeckend und rechtsgleich durchgesetzt werden kann, sollen der FINMA ohne Zweifel auch bei Verfahren gegen Nichtbeaufsichtigte effiziente Sanktionen zur Verfügung stehen, die dem Prinzip der Verhältnismässigkeit entsprechen. Gestützt darauf sieht die Vorlage bei Verfahren gegen Nichtbeaufsichtigte als Aufsichtsinstrumente die Auskunftspflicht, die Anzeige der Eröffnung des Verfahrens, die Feststellungsverfügung, die Veröffentlichung der Verfügung sowie die Gewinneinziehung vor (siehe auch Ziff. 1.4.4.5 erläuternder Bericht).

Wie in den vorstehenden Erwägungen eingehend hergeleitet, hatte die Aufsichtsbehörde bereits unter früherem Recht die Kompetenz, gegenüber Nichtunterstellten Feststellungsverfügungen zu erlassen, welche durch das geltende Recht nicht geändert werden sollte. Insofern bringt die hängige Revision eine Klärung der Rechtslage aber keine Rechtsänderung mit sich, so dass die Beschwerdeführenden hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten können. Nicht anders verhält es sich mit den von Beschwerdeführer 1 nachträglich eingereichten Beweiseingaben vom 2. März bzw. vom 29. April 2010, welche belegen sollen, dass die Vorinstanz zum Erlass der Feststellungsverfügung nicht berechtigt gewesen sei.

**4.6** Art. 3 FINMAG steht seinem Wortsinn nach folglich im Widerspruch zum bisherigen Art. 35 Abs. 3 BEHG von 1995 und enthält, da grammatikalisch abschliessend, eine planwidrige Unvollständigkeit, die zu schliessen ist.

Angesichts der Ziel- und Wertvorstellungen, die der finanzmarktrechtlichen Aufsichtsfunktion nach BEHG und FINMAG zu Grunde liegen, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wäre er sich der vorliegenden Lücke hinsichtlich der Beaufsichtigung von offenlegungspflichtigen natürlichen und juristischen Personen bewusst gewesen, fraglos auch diese als Beaufsichtigte in Art. 3 FINMAG ausdrücklich genannt hätte. Diese Bestimmung umfasst somit neben den im Legaltext erwähnten Personen und Instituten auch Personen, die den Meldepflichten nach Art. 20 BEHG unterworfen sind.

Die Rüge, der Vorinstanz fehle die Kompetenz zum Erlass von Feststellungsverfügungen gegenüber den Beschwerdeführern, erweist sich somit als unbegründet. Bei diesem Ergebnis kann die Rüge des Beschwerdeführers 1, dass sich der Erlass einer Feststellungsverfügung auch nicht auf Art. 25 VwVG stützen könnte, offen gelassen werden.

**5.**
Die Beschwerdeführer 1 und 2 erachten die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 des Weiteren infolge Verletzung von richterlichen Verboten und der Missachtung des Devolutiveffekts der Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde als nichtig.

**5.1** Die Rüge der Verletzung von richterlichen Verboten steht im Zusammenhang mit der vom Beschwerdeführer 1 gegen die Vorinstanz vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht erhobene Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde. Die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 sei zu einem Zeitpunkt erlassen worden, als dieser durch die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. November 2008 sowie der superprovisorischen Verfügung des Bundesgerichts vom 23. Januar 2009 mehrere richterliche Verbote entgegengestanden seien.

Den Beschwerdeführern kann indes nicht gefolgt werden, da das Bundesgericht in seinem Entscheid 2C_81/2009 vom 26. Mai 2009 i.S. Ronny Pecik (E. 2.2.3) festhielt, der Vorinstanz könne kein Verstoss gegen richterliche Verbote vorgeworfen werden. Zur Begründung kann

auf diesen Entscheid verwiesen werden. Es erübrigen sich somit weitere Ausführungen hierzu.

**5.2** Was die Beschwerdeführer in Bezug auf die angebliche Missachtung des Devolutiveffekts vorbringen, geht ebenso fehl: Soweit sie darauf hinweisen, die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde sei nicht darauf ausgelegt gewesen, die Vorinstanz zu veranlassen, einen Sachentscheid zu fällen, sondern in einer Zwischenverfügung über die strittige Frage ihrer Zuständigkeit zu befinden, verkennen sie, dass die Rechtsverzögerungsbeschwerde – unabhängig von den durch die Beschwerdeführer verfolgten Zielen – keine Devolutivwirkung hat (HANSJÖRG SEILER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2009, zu Art. 54 N 30, Urteil des Bundesgerichts 2C_81/2009, E. 2.2.3). Die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde ist darauf ausgelegt, die Vorinstanz zu veranlassen, über die bei ihr eingereichten Anträge zu befinden. Die Zuständigkeit bleibt somit bei der (angeblich säumigen) Instanz. Vor die Rechtsmittelinstanz wird nur die Streitfrage getragen, ob die erwartete Verfügung unrechtmässig verweigert oder verzögert wird (MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, zu Art. 46a N 13).

Mit Erlass der Feststellungsverfügung vom 22. Januar 2009 wurde sodann die strittige Frage der vorinstanzlichen Zuständigkeit zusammen mit den materiellen Fragen behandelt, weshalb das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführer an der Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde dahingefallen und die Rüge der Beschwerdeführer demgemäss obsolet geworden ist.

**6.**

Die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 wurde nach Inkrafttreten des FINMAG erlassen. Der massgebende Sachverhalt hat sich indes im Zeitraum von November 2006 bis April 2007 verwirklicht. Da das FINMAG keine ausdrücklichen Übergangsbestimmungen enthält, sind für die Frage des anwendbaren Rechts die von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien heranzuziehen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 21). Demnach sind diejenigen materiellen Rechtssätze

massgebend, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung haben (RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Ergänzungsband, Nr. 15, S. 44; BGE 126 III 431 E. 2a und 2b).

Bezüglich der Beurteilung der nachfolgenden materiellrechtlichen Fragen, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführern zu Recht eine Verletzung finanzmarktaufsichtsrechtlicher Normen vorgeworfen und ob sie die richtigen Konsequenzen daraus gezogen hat, finden demzufolge die per 1. Januar 2009 geänderten Erlasse ebensowenig Anwendung wie das FINMAG; vielmehr sind das geltende Börsengesetz bzw. die entsprechenden geltenden Verordnungen im Zeitraum Herbst 2006 bis Frühling 2007 anwendbar (in der Folge wird die dazugehörige Fundstelle in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts [AS] zitiert, sofern Bestimmungen mit Inkrafttreten des FINMAG per 1. Januar 2009 geändert wurden).

**7.**

Die Beschwerdeführer erklären, die Offenlegungsmeldung der Everest vom 26. April 2007 habe – entgegen der Meinung der Vorinstanz – den gesetzlichen Anforderungen entsprochen. Die Vorinstanz bringe zu Unrecht vor, dass die Beschwerdeführer als wirtschaftlich Berechtigte der an der Everest beteiligten RPR bzw. Millenium nicht offengelegt worden seien. Die Frage, ob die Beschwerdeführer als Stifter der RPR bzw. der Millenium über die von der Everest erworbenen Stimmrechte an Sulzer verfügen könnten, beurteile sich nach österreichischem Stiftungsrecht. Dieses sei – was von Rechtsgutachten unterstützt werde – streng nach dem Trennungsprinzip organisiert, das eine konsequente rechtliche und faktische Trennung zwischen der Stiftung und dem Stifter bzw. deren Begünstigten vollziehe. Den Beschwerdeführern sei somit der Zugriff auf die erworbenen Aktien und Optionsrechte an Sulzer verwehrt.

Der Beschwerdeführer 1 führt zudem aus, er gelte weder in seiner Funktion als Stifter noch als Begünstigter der RPR als wirtschaftlich Berechtigter im Sinne des Offenlegungsrechts.

Der Beschwerdeführer 2 wendet weiter ein, gemäss der Stiftungsurkunde vom 19. November 1998 sowie der Stiftungszusatzurkunde vom 29. Dezember 1998 bestehen für ihn in seiner Eigenschaft als

Stifter der Millenium rechtlich und faktisch keine Möglichkeiten, die aus den Beteiligungen der Stiftung fliessenden Stimmrechte zu kontrollieren. So nehme er innerhalb der Stiftung keine Funktionen wahr und sei bisher auch nicht als Begünstigter eingesetzt worden. Des Weiteren beruft er sich auf den Vertrauensschutz: Die Millenium und nicht er sei in Bezug auf die Offenlegungsmeldungen betreffend Beteiligungspapieren an der Ascom Holding AG erwähnt bzw. als wirtschaftlich berechtigt aufgeführt worden, was im Übrigen von der Vorinstanz in keiner Weise beanstandet worden sei. Sodann komme Prof. Nowotny in seinem Gutachten unter Zugrundelegung des damals geltenden Art. 74a Kotierungsreglement der SIX sowie mit Verweis auf die einschlägigen Erläuterungen dieser Norm durch die SIX zum Schluss, dass die durch die Millenium getätigten Transaktionen dem Beschwerdeführer 2 nicht zugerechnet werden könnten. Die SIX habe sich im Rahmen einer Vorabklärung betreffend die Offenlegung von Management Transaktionen im September 2006 der Meinung des Beschwerdeführers 2 angeschlossen.

**7.1** Meldepflichtig nach Art. 20 BEHG (in der damaligen sowie in der aktuellen Fassung) und Art. 9 BEHV-EBK sind alle natürlichen und juristischen Personen, die direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten eine massgebliche Beteiligung an einer in der Schweiz kotierten Gesellschaft auf eigene Rechnung erwerben oder veräussern. Dabei handelt es sich beim Begriff des wirtschaftlich Berechtigten um eine Rechtsfigur, die sich in einen Beziehungs- und Kontrollaspekt aufgliedern lässt, wobei die Beziehungsebene durch ein rechtliches Band begründet wird und aus diesem Rechtsverhältnis sodann eine faktisch oder rechtlich durchsetzbare Kontrollmöglichkeit resultiert (Dieter Dubs/Urs Brügger, Transparenz im Aktionariat durch (objektiv-)geltungszeitliche Interpretation des Art. 685d Abs. 2 OR – Die Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten als Anerkennungsvoraussetzung, SZW 2007, S. 284 f.). Die Kontrollmöglichkeiten äussern sich insbesondere in treuhänderischen oder gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnissen. Es geht in diesen Fällen um Sachverhalte, bei denen wirtschaftlicher und formaler Berechtigter nicht miteinander identisch sind (Rolf H. Weber, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007, zu Art. 20 N 46). Ziel der Anknüpfung an den wirtschaftlich Berechtigten bei der Offenlegung ist die Verhinderung von Umgehungsversuchen. So unterscheidet Art. 20 Abs. 1 BEHG vom Wortlaut her namentlich zwischen direktem und indirektem Erwerb und will dadurch vermeiden,

dass ein wirtschaftlicher Eigentümer durch das Vorschieben von natürlichen oder juristischen Personen, welche die tatsächliche Verfügungsmacht über die Beteiligungen innehaben, beim Erreichen, Über- oder Unterschreiten eines massgeblichen Grenzwerts unerkannt bleiben und damit seine Meldepflicht umgehen kann (ALAIN P. RÖTHLISBERGER, Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften, Bern 1998, S. 104).

Zu prüfen ist somit die tatsächliche wirtschaftliche Berechtigung hinsichtlich der RPR bzw. der Millenium, zumal bei einem indirekten Erwerb die Offenlegungsmeldung sowohl die vollständigen Angaben der direkt als auch der indirekt erwerbenden Person enthalten muss (Art. 17 Abs. 2 BEHV-EBK, AS 1997 2049).

**7.1.1** Am 26. April 2007 meldete die Everest, dass sie per 20. April 2007 eine Beteiligung von 31,92 % an Sulzer halte (17,5105 % Aktien und 14,4048 % Optionen mit Realerfüllung). Als wirtschaftlich Berechtigte der Everest wurden Viktor F. Vekselberg, Moskau, die RPR sowie die Millenium genannt (veröffentlicht im SHAB vom 3. Mai 2007). Die Unterzeichnung der Offenlegungsmeldung erfolgte durch Vladimir Kuznetsov, Zürich, und David M. Kalberer, Schindellegi (pag. 571 A02 02066 014 f.). Sowohl die RPR als auch die Millenium haben ihre Beteiligungen an Sulzer über eine Beteiligung von je 50 % an der Victory aufgebaut, die ihrerseits die Gorosa zu 100 % hielt. Die Gorosa war mit 50 % an der Everest beteiligt.

Gemäss Auszug aus dem Firmenbuch der Republik Österreich vom 4. Oktober 2006 hat die RPR ihren Sitz in Wien und ist in der Rechtsform einer Privatstiftung errichtet (pag. 571 A13 02066 154). Die Stiftungsurkunde vom 24. Januar 2000 zeigt auf, dass es sich bei der RPR um eine Stiftung österreichischen Rechts handelt. Die Millenium ist gemäss Stiftungsurkunde vom 19. November 1998 ebenfalls eine Privatstiftung nach österreichischem Recht und hat ihren Sitz in Wien.

**7.1.2** Soweit die Beschwerdeführer vorbringen, für die Beurteilung der wirtschaftlichen Berechtigung an der RPR bzw. der Millenium sei österreichisches Recht anwendbar, kann ihnen nicht gefolgt werden. Nach Art. 150 i.V.m 154 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291) folgt der Gesetzgeber zwar der Inkorporationslehre und anerkennt somit Stiftungen ausländischen Rechts und unterstellt sie grundsätzlich dem

Recht im Staat ihrer Inkorporation, d.h. vorliegend dem österreichischen Recht (ANDREAS VON PLANTA/STEFAN EBERHARD, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, zu Art. 150 N 3 und Art. 154 N 9 und 18). Dem steht jedoch die "lois d'application immédiate" nach Art. 18 IPRG entgegen, demgemäss Bestimmungen des schweizerischen Rechts, die auf Grund ihres besonderen Zwecks für internationale Sachverhalte zwingend sind, anzuwenden sind, auch wenn an sich eine andere Rechtsordnung zur Anwendung berufen ist.

Zu den unmittelbar anwendbaren Normen des schweizerischen Rechts gehören die Vorschriften des schweizerischen Börsenrechts, soweit der Geltungsbereich dieser Normen reicht (FRANK VISCHER, in: Daniel Gisberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, zu Art. 18 N 25; MONICA MÄCHLER-ERNE/SUSANNE WOLF-METTIER, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, zu Art. 18 N 16). Damit verdrängen die Bestimmungen des Offenlegungsrechts die Anwendung des verwiesenen österreichischen Rechts ohne Rücksicht auf das konkrete Ergebnis ihrer Anwendung (vgl. auch BGE 128 III 201 E. 1b).

Es kann somit festgehalten werden, dass sich eine mögliche wirtschaftliche Berechtigung der Beschwerdeführer bei der RPR bzw. der Millenium nach Schweizer Offenlegungsrecht beurteilt (Art. 20 BEHG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BEHV-EBK, AS 1997 2048) und insofern für das österreichische Recht kein Raum bleibt. Die von den Beschwerdeführern eingereichten Gutachten von Frau Prof. Kalss und Mag. Dr. Martin Oppitz vom 3. September 2008, von Prof. Christian Nowotny vom Juli 2006 und das Kurzexposé von Dr. Karl Pistotnik behandeln die Frage des Verhältnisses des Stifters/Begünstigten zur RPR bzw. Millenium sowie zum Trennungsprinzip im Privatstiftungsrecht nach österreichischem Recht und leiten daraus Erkenntnisse in Bezug auf das schweizerische Offenlegungsrecht ab. Sie sind daher – weil sie sich auf das hier nicht anwendbare österreichische Privatstiftungsrecht beziehen – vorliegend nicht von Belang, weshalb sich hierzu weitere Äusserungen erübrigen.

**7.1.3** Das Gutachten von Prof. Christian Nowotny nimmt freilich auch Bezug auf Art. 74a des damals geltenden Kotierungsreglements der

SIX. Diesbezüglich führt der Beschwerdeführer 2 aus, zwischen der Offenlegungspflicht gemäss Art. 74a Kotierungsreglement und Art. 20 Abs. 1 BEHG bestehe eine Zielkonformität, zumal beide der Informationsversorgung der Anleger dienen und an den Begriff des direkten oder indirekten Erwerbs anknüpfen würden.

Er bringt zwar zu Recht vor, das Kotierungsreglement der SIX bezwecke, wie das BEHG, dem Anleger mehr Transparenz zu verschaffen. Damit sind die Gemeinsamkeiten indes auch schon erschöpft. Das Kotierungsreglement der SIX regelt die Kotierungen, d.h. die Zulassung von Effekten zum Handel an der Börse. Im Gegensatz dazu schafft das BEHG, nachdem die Kotierung erfolgreich war, den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten. Das Kotierungsreglement und das BEHG bzw. die dazugehörigen Verordnungen unterscheiden sich somit schon betreffend ihrem sachlichen und zeitlichen Anwendungsbereich grundlegend. Dementsprechend schlägt der Hinweis auf Art. 74a des Kotierungsreglements SIX von vornherein fehl.

**7.1.4** Die wirtschaftliche Berechtigung der Beschwerdeführer bezüglich der RPR und der Millenium ist somit nach Schweizer Offenlegungsrecht unter den in E. 7.1 erwähnten Beziehungs- und Kontrollaspekten zu prüfen. Ausgangspunkt sind dabei die in den Stiftungsurkunden umschriebenen Rechte. Sie zeigen auf, welche Stellung und damit Einflussmöglichkeiten der Stifter bzw. allenfalls der Begünstigte innerhalb der Stiftung wahrnehmen kann. Dabei sind nicht nur die bisher erfolgte Einflussnahme zu berücksichtigen, sondern auch die potentiellen Möglichkeiten, die auf eine wirtschaftliche Berechtigung schliessen lassen (siehe hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7126/2008 vom 20. Juli 2010 E. 6).

**7.1.5** Diesbezüglich ist sodann die Praxis der Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange [OLS] im Verhältnis von Stiftungen und deren Destinatäre von Interesse. Die OLS prüfte vor dem Hintergrund der börsengesetzlichen Regelung zur Offenlegung von Beteiligungen, inwiefern sich aufgrund der beim Börsengang aktuellen, konkreten Ausgestaltung dieses Verhältnisses die Rechtsstellung der namentlich nicht bestimmten Destinatäre zu einem möglicherweise indirekten Halten von Stimmrechtsanteilen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 BEHG bzw. Art. 9 BEHV-EBK verdichtet. Gemäss OLS muss ein Destinatär offengelegt werden, wenn dieser über offenlegungsrelevante Mit-

wirkungsrechte in der Stiftung verfügt und eine Organstellung innehat, sich somit nicht als reiner Genussberechtigter ausserhalb der eigentlichen Stiftung befindet. Ferner ist eine Offenlegung des Destinatärs notwendig, wenn dieser einen Anspruch auf Ausschüttungen aus dem Grundstockvermögen der Stiftung besitzt (Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange, Jahresbericht 2000, S. 3, Ziff. 3.1.3.6).

**7.1.6**

**7.1.6.1** In Bezug auf den Beschwerdeführer 1 sind die vorstehend erwähnten Kriterien zweifelsohne erfüllt. Die Stiftung RPR vom 24. Januar 2000 verfolgt das Ziel, den Destinatären der Stiftung eine standesgemässe Versorgung aus den Erträgnissen des dieser Stiftung gewidmeten Vermögens zu gewährleisten (§ 1). Dabei ist bedeutsam, dass der Beschwerdeführer 1 bei der RPR Stiftung sowohl Stifter als auch Destinatär ist (§ 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 Stiftungsurkunde). Des Weiteren hat der Beschwerdeführer 1 in der RPR zwar keine Organstellung, er hat aber die Möglichkeit, den Stiftungsvorstand nach seinem Gutdünken zu bestellen. So werden die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstands durch den Beschwerdeführer 1 ernannt. Der Stifter hat zu seinen Lebzeiten weiter das Recht, die Stiftungsurkunde zu ändern (§ 27 Stiftungsurkunde) und die Stiftung zu widerrufen (§ 28 Stiftungsurkunde). Der Beschwerdeführer 1 kann folglich wegen seinen direkten Einflussmöglichkeiten auf den Stiftungsvorstand nicht als rein genussberechtigte Person bezeichnet werden.

**7.1.6.2** Die ausgeprägte faktische Einflussnahme des Beschwerdeführers 1 zeigt sich zudem in dessen operativer Tätigkeit im Namen der RPR. Beispielhaft wird nachfolgend die Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zwischen dem Beschwerdeführer 1 bzw. der RPR und der ZKB aufgezeigt. Dabei ist anzuführen, dass die Geschäftsbeziehungen mit den weiteren beteiligten Bankinstituten, NZB und DBZ, in einem ähnlichen Rahmen verliefen.

Gemäss dem zwischen der ZKB und der RPR nach der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 03) ausgefüllten Formular A vom 27. Februar 2007 ist der Beschwerdeführer 1 die an den Vermögenswerten der RPR wirtschaftlich berechtigte Person (pag. 571 A13 02066 147). Jedoch lässt sich aufgrund der Angaben des Formulars A (VSB 03) nicht direkt auf eine wirtschaftliche Berechtigung des Beschwerdeführers 1 nach Art. 9 Abs. 1 BEHV-

EBK schliessen, zumal nicht die gleichen Kriterien relevant sind. Im Rahmen der Untersuchungen bei der ZKB durch die KPMG, welche als Untersuchungsbeauftragte der EBK wirkte, zeigte sich indes der massgebliche Einfluss des Beschwerdeführers 1. Auf die Frage von KPMG an den damals zuständigen Eigenhändler Aktien und Derivate der ZKB im Interview vom 23. August 2007, wie die Dienstleistungen des Teams Aktienderivate für Ronny Pecik/Victory normalerweise abliefen, antwortete dieser, grundsätzlich seien sie von Herrn Pecik angefragt worden, ob sie eine Transaktion in einer bestimmten Grössenordnung durchführen könnten. Danach habe er seine Vorgesetzten in Kenntnis gesetzt und nach deren Zustimmung Herrn Pecik informiert. Herr Pecik habe von der ZKB anschliessend ein Pricing erhalten; die eigentlichen Gegenparteien seien aber die A._____-Bank oder die B._____-Bank gewesen (pag. 571 A13 02066 193). Aus dieser Darstellung folgt, dass der Beschwerdeführer 1 somit federführend für die Vorbereitung von Effekten- und Derivatgeschäften im Namen der RPR war.

**7.1.6.3** Sodann wird der Einfluss des Beschwerdeführers 1 gestützt auf das Formular "generelle Unterschriftenregelung" vom 27. Februar 2007 ersichtlich. Neben den kollektiv zeichnungsberechtigten Personen, Dr. Gottfried Bischof und Mag. Karl Brieber, war der Beschwerdeführer 1 einzelzeichnungsberechtigt für die RPR. Dadurch war es dem Beschwerdeführer 1 alleine möglich, die RPR im Aussenverhältnis betreffend die Transaktionen in Sulzer-Aktien zu verpflichten. Beachtenswert ist zudem, dass der Beschwerdeführer 1 die massgebenden Vertragsdokumente zur Abnahme der von den Banken zur Absicherung des Kursrisikos gehaltenen Sulzer-Aktien für die Everest und die Victory allein unterzeichnete (siehe zu dieser Thematik auch E. 11.3.3). Als wesentliche vom Beschwerdeführer 1 unterzeichnete Verträge zwischen der Deutschen Bank London (DBL) und der Everest bzw. der Victory sind namentlich die "Share Option Collar Transaction" (pag. 571 A06 02066 011), das "Security Agreement" (pag. 571 A06 02066 041, 571 A06 02066 070), sowie das "Custody Agreement" (pag. 571 A06 02066 051, 571 A06 02066 078) zu nennen. Zu Inhalt, Funktion und Wirkung der Verträge kann auf E. 11.3.3 verwiesen werden.

**7.1.6.4** Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer 1 neben der RPR als wirtschaftlich Berechtigter hätte

offengelegt werden müssen. Der Beschwerdeführer 1 fällt somit offenlegungsrechtlich unter Art. 9 Abs. 1 BEHV-EBK.

**7.1.7**

**7.1.7.1** In Bezug auf den Beschwerdeführer 2 ist die gleiche Prüfung durchzuführen. Die Stiftung Millenium vom 19. November 1998 verfolgt das Ziel, die begünstigten Personen aus den Erträgen des Stiftungsvermögens zu versorgen, und in ihrem wirtschaftlichen und persönlichen Fortkommen im weitesten Sinne zu fördern (§ 3.1). Der Beschwerdeführer 2 ist bei der Millenium sowohl Stifter und, solange er lebt, als einzig möglicher Begünstigter vorgeschrieben (§ 4.1 Stiftungszusatzurkunde). Er ist auch Beirat der Stiftung, welcher aus allen Begünstigten besteht, die zumindest das 25. Lebensjahr vollendet haben (§ 7.1 Stiftungsurkunde). Die vorstehend genannten Kriterien bezwecken, das Grundvermögen einer Stiftung vor einem Zugriff des Stifters zu schützen. Diese Kriterien sind vorliegend nicht erfüllt, weil die Stiftungsurkunde der Millenium dem Beschwerdeführer 2 erlaubt, die Stiftung zu widerrufen und das Stiftungsvermögen in einer von ihm bestimmten Form und Vorgangsweise zu übertragen (§ 12.2 Stiftungsurkunde). Sodann hat der Beschwerdeführer 2 unabhängig von einem allfälligen Widerruf der Stiftung die Möglichkeit, mittels Errichtung einer Zusatzurkunde über die Höhe und die Art von Zuwendungen aus dem Stiftungsvermögen an ihn als Begünstigten das Finanzverhalten der Stiftung direkt zu beeinflussen (§ 8.3). Der Vorstand ist an eine allfällige Zusatzurkunde gebunden, weshalb es dem Beschwerdeführer 2 ohne Weiteres möglich ist, Zuwendungen aus dem Ertrag der Stiftung oder aus dessen Grundstockvermögen zu seinen Gunsten mittels Stiftungszusatzurkunde verbindlich festzuschreiben (§ 8.4 Stiftungsurkunde). Einer am 29. Dezember 1998 errichteten Zusatzurkunde ist zu entnehmen, dass als einzig Begünstigter, solange dieser lebt, Herr Mag. Georg Stumpf vorgeschrieben wird (§ 4.1 Stiftungszusatzurkunde). Mag. Georg Stumpf steht auch hier das Recht zu, diese Stiftungszusatzurkunde jederzeit zu widerrufen oder abzuändern (§ 6 Stiftungszusatzurkunde). Durch die starke Stellung des Beschwerdeführers 2 und der damit verbundenen (potentiellen) Einflussmöglichkeiten in der Verwaltung des Stiftungsvermögens der Millenium erfüllt dieser die in E. 7.1.5 erwähnten Kriterien der OLS. Bereits aus diesem Grund ergab sich die Pflicht zur Offenlegung des Beschwerdeführers 2 als wirtschaftlich Berechtigten der Millenium.

**7.1.7.2** Ungeachtet dieses Ergebnisses soll auch hier – gleich wie im Fall des Beschwerdeführers 1 – die Stellung des Beschwerdeführers 2 in der Millenium noch von einer anderen Seite her geprüft werden, nämlich in Bezug auf die Frage der Unabhängigkeit des Vorstandes im Verhältnis zum Stifter, potentiellen Begünstigten sowie Beirat. Massgebend für die Beurteilung ist dabei die Gesamtheit der Rechte und Pflichten, die dem Beschwerdeführer 2 aufgrund der Stiftungsurkunde zustehen. Der Beschwerdeführer 2 hat in der Millenium zwar keine Organstellung, er hat aber die Möglichkeit, den Stiftungsvorstand nach seinem Gutdünken zu bestellen. So werden die Mitglieder des ersten Stiftungsvorstands durch den Beschwerdeführer 2 für grundsätzlich drei Jahre berufen und für die Ernennung des Stiftungsvorstands hat der Beschwerdeführer 2 auf Lebenszeit ein Nominierungs- bzw. ein Vorschlagsrecht zur Abberufung der Stiftungsvorstandsmitglieder. Zudem hat der Beirat, d.h. der Beschwerdeführer 2, den Vorstand bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens zu beraten. Gegen die Mitglieder der Stiftungsorgane kann der Beirat sodann vor Gericht eine Sonderprüfung beantragen und/oder Ersatzansprüche geltend machen. Es ist aufgrund des Gesagten davon auszugehen, dass der Vorstand bei dieser Konstellation dem Rat des Beschwerdeführers 2 bei der Verwaltung der Stiftung Folge leisten wird, was den Stiftungsvorstand nicht als unabhängig erscheinen lässt. Der Beschwerdeführer 2 kann folglich aufgrund seiner faktischen Einflussmöglichkeiten auf den Stiftungsvorstand auch insofern nicht als rein genussberechtigte Person bezeichnet werden.

**7.1.7.3** Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer 2 neben der Millenium als wirtschaftlich Berechtigter hätte offengelegt werden müssen. Auch der Beschwerdeführer 2 fällt somit offenlegungsrechtlich unter Art. 9 Abs. 1 BEHV-EBK.

**7.2** Beide Beschwerdeführer berufen sich sodann auf den Vertrauensschutz. Sowohl die RPR als auch die Millenium und nicht die Beschwerdeführer seien bis anhin als wirtschaftlich Berechtigte aufgeführt worden, was von den zuständigen Stellen (EBK/FINMA, OLS) nicht beanstandet worden sei. Die RPR sei von Anfang 2005 bis Mai 2007 in 41 Offenlegungen und die Millenium im Fall Ascom Holding AG als wirtschaftlich Berechtigte aufgeführt worden. Im Fall Ascom habe die Vorinstanz dem Beschwerdeführer 2 mit Schreiben vom 1. Juli 2008 zudem unaufgefordert beschieden, in Bezug auf die

Offenlegungsmeldungen an der Ascom Holding AG liege keine Rechtsverletzung vor.

Des Weiteren rügt der Beschwerdeführer 1 eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, zumal die OLS aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips im Verwaltungsrecht die Pflicht gehabt hätte, bei allfälligen nicht gesetzeskonformen Meldungen den Beschwerdeführer 1 auf die Mängel hinzuweisen oder die Vorinstanz – als Aufsichtsbehörde – zu informieren.

**7.2.1** Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., N 627). Der Vertrauensschutz bedarf eines Anknüpfungspunktes, d.h. es muss ein Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein. Darunter ist das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen, das bei den betroffenen Privaten bestimmte Erwartungen auslöst (BGE 129 I 161 E. 4.1).

**7.2.2** Die Berufung auf den Vertrauensschutz scheitert im vorliegenden Verfahren in zweifacher Hinsicht. Erstens begründet die Tatsache, dass die Behörden in den von den Beschwerdeführern angeführten Fällen nicht vorstellig wurden, nicht ohne Weiteres eine Vertrauensgrundlage. Die zuständigen Stellen (OLS und EBK) hatten bis zum Eintritt des vorliegenden Sachverhalts keinen Anlass, die Frage der wirtschaftlich berechtigten Personen der RPR bzw. der Millenium zu hinterfragen und vertiefte Abklärungen vorzunehmen. Der OLS bzw. der EBK kann dementsprechend nicht vorgeworfen werden, sie habe eine Vertrauensgrundlage geschaffen, zumal sie – aufgrund ihrer Kenntnisse – von einer rechtskonformen Meldung ausgehen durfte. Eine Vertrauensgrundlage, die durch eine behördliche Untätigkeit bzw. Duldung eines rechtswidrigen Zustands geschaffen worden wäre, fehlt somit offenkundig (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 652 ff. mit weiteren Hinweisen). Zweitens kann kein Vertrauen entstehen, wenn diesem überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Die Offenlegung der tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten ist für die Transparenz und die Gleichbehandlung aller Anleger auf dem Markt

unabdingbar und überwiegt die privaten Interessen, namentlich den Schutz der Privatsphäre, der Beschwerdeführer.

Fehlt es an einer Vertrauensgrundlage, kann die Frage offen bleiben, in welchem Umfang die Beschwerdeführer überhaupt eine nicht wieder gut zu machende Disposition getroffen haben.

**7.2.3** Mit seiner zweiten Rüge beruft sich der Beschwerdeführer 1 auf eine Informationspflicht durch die Behörde. Eine solche ist indes weder im BEHG noch in den Ausführungsbestimmungen verankert. Es geht somit nicht an, rückblickend der OLS oder der Vorinstanz vorzuwerfen, sie hätte den Beschwerdeführer 1 auf die möglicherweise fehlerhafte Meldung hinweisen und eine Korrektur derselben verlangen müssen.

**7.2.4** Die Beschwerdeführer können somit aus dem Vertrauensschutz bzw. der geltend gemachten Informationspflicht der Behörde nichts ableiten, das sie von einer korrekten Meldung als wirtschaftlich Berechtigte an der RPR bzw. der Millenium entbinden würde.

**8.**
Der Beschwerdeführer 2 führt aus, bis zum 12. Januar 2007 habe er über keinerlei Informationen über die Transaktionen des Beschwerdeführers 1 und seiner liechtensteinischen Heraion-Stiftung betreffend Sulzer-Aktien und Optionen verfügt. Am Abend des 12. Januar 2007 sei er das erste Mal darüber benachrichtigt worden, dass die Victory gleichentags erste Sulzer-Positionen erworben habe. Am 15. Januar 2007 habe er Kenntnis von der Ausgestaltung dieser Positionen als Barausgleichsoptionen und von der bestehenden Absicht erhalten, bis zum 19. Januar 2007 weitere Optionen der gleichen Art zu erwerben. Das theoretische Stimmrecht der diesen Barausgleichsoptionen rechnerisch zugrunde liegenden 530'000 Sulzer-Aktien habe bei rund 14,5 % gelegen. Infolge fehlender Kenntnis könne ihm keine Verletzung der Schwellenwerte von 5 % am 13. Dezember 2006 und von 10 % am 12. Januar 2007 angelastet werden.

**8.1** Die Millenium ist, wie eingangs erwähnt, eine juristische Person des österreichischen Rechts mit Sitz in Wien. Wirtschaftlich berechtigte Person an der Millenium ist der Beschwerdeführer 2 (E. 7.1.7). Die Millenium hielt im massgebenden Zeitraum vom Herbst 2006 bis Frühling 2007 50 % der Aktien der Victory. Die verbleibenden 50 % der Aktien dieser Gesellschaft wurden von der RPR mit dem

Beschwerdeführer 1 als wirtschaftlich Berechtigtem gehalten. Der Beschwerdeführer 2 hatte gemäss Auszug aus dem österreichischen Firmenbuch vom 17. Februar 2009, im Gegensatz zum Beschwerdeführer 1, keine Organfunktion inne (Beschwerdebeilage des Beschwerdeführers 2 Nr. 7); die Millenium war im Aufsichtsrat durch zwei ihrer Stiftungsräte vertreten.

**8.2** Die FMA hatte im Zusammenhang mit dem Amtshilfeersuchen der FINMA vom 4. Februar 2008 eine Insideruntersuchung eingeleitet, da im Zuge der Übernahme einer wesentlichen Beteiligung an der Sulzer durch die Everest grössere Transaktionen bei der A._____-Bank festgestellt wurden. Mit Schreiben vom 7. April 2009 übermittelte die FMA der FINMA Dokumente betreffend Transaktionen für Depots bei der A._____-Bank in Sulzer-Aktien für den Zeitraum vom 9. November 2006 bis 26. April 2007 und für Sulzer Optionen vom 11. Januar 2007 bis 20. April 2007. Aus den Unterlagen sind neben der Anzahl, der Art und dem Zeitpunkt der gehandelten Sulzer Effekten der Kunde und der Auftraggeber ersichtlich.

Aus den Akten ergibt sich, dass die Victory am 11. und 12. Januar 2007 insgesamt 230'000 Stück Barausgleichsoptionen erwarb, die einem Aktienanteil von 6,32 % an Sulzer entsprachen. Weitere Optionen der gleichen Art sowie Aktien kaufte die Victory im Zeitraum bis Ende Januar 2007 (pag. 571 A18 02066 442). Die Millenium trat ab dem 15. März 2007 zumindest vier Mal als Käuferin von Sulzer-Aktien auf (pag. 571 A18 02066 378). Aus dem auszugsweise vorliegenden Untersuchungsbericht der FMA geht sodann hervor, dass die A._____-Bank im Zusammenhang mit dem Erwerb von Sulzer-Aktien Depots für die RPR, die Millenium, die Victory und die Everest gehalten hat. Nach Auskunft der A._____-Bank handelte es sich bei den Auftraggebern um den Beschwerdeführer 1 oder um zeichnungsberechtigte Personen der jeweiligen Stiftungen und Unternehmen, die zum Ankauf berechtigt gewesen seien und daher dem "inner circle" der beiden Beschwerdeführer zugeordnet werden können (pag. 571 A18 02066 250).

Festzuhalten ist weiter, dass der Beschwerdeführer 2 als wirtschaftlich Berechtigter der Millenium und 50 %-Teilhaber der Victory die Verantwortung für die Handlungen der Stiftung vollumfänglich und der Victory zusammen mit dem Beschwerdeführer 1 trägt. Dabei ist nicht von Bedeutung, zu welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer 2 das

Wissen über den Erwerb von Sulzer Beteiligungspapieren erlangte. Das von ihm geltend gemachte Nichtwissen schützt ihn nicht vor allfälligen Verletzungen der Meldepflichten durch die Victory und/oder Millenium. Der Beschwerdeführer 2 ist für ein allfälliges Nichtwissen vielmehr selber verantwortlich. Als Stifter, (vorgeschriebener) Begünstigter bei Lebzeiten und Beirat der Millenium sowie als Teilhaber der Victory mit 50 % des Aktienkapitals hat der Beschwerdeführer 2 nicht nur die Möglichkeit, die erforderlichen Informationen zu erlangen, sondern auch die Pflicht, den Informationsfluss innerhalb seiner Gesellschaften und Stiftungen sicherzustellen. Sodann hat er aus den gewonnenen Erkenntnissen die nötigen Schritte zur Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften vorzunehmen. Unter diesen Umständen ist ebenfalls nicht von Belang, dass der Beschwerdeführer 2 nicht selber in den Organen der Millenium bzw. der Victory Einsitz hatte, zumal der von der FMA auszugsweise vorgelegte Untersuchungsbericht festhält, die Transaktionen seien durch den Beschwerdeführer 1 oder zeichnungsberechtigte Personen, die dem "inner circle" der beiden Beschwerdeführer angehörten, ausgeführt worden. Das Argument des Beschwerdeführers 2, es obliege der Vorinstanz zu beweisen, dass er über das notwendige Wissen betreffend die Transaktionen vom 13. Dezember 2006 und 12. Januar 2007 verfügt habe, geht somit fehl.

Victory konnte somit seit dem 12. Januar 2007 mittels eines Depots der A._____-Bank über 230'000 Stück Barausgleichsoptionen der Sulzer verfügen. Diese Optionen sind den zwei wirtschaftlich Berechtigten der Victory bzw. der Millenium und der RPR, d.h. den beiden Beschwerdeführern, anzurechnen.

**9.**

Es ist weiter zu prüfen, ob die beiden Beschwerdeführer in gemeinsamer Absprache nach Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG bzw. Art. 15 BEHV-EBK gehandelt haben (E. 9) und der Erwerb von Barausgleichsoptionen der Meldepflicht von Art. 20 BEHG und Art. 9 BEHV-EBK untersteht (E. 10 f.).

Eine gemeinsame Absprache nach Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG bzw. Art. 15 BEHV-EBK zwischen den beiden Beschwerdeführern hätte zur Folge, dass ab dem Zeitpunkt der Bejahung einer Gruppe die Handlungen beider Personen der Gruppe zuzurechnen wären. Gemäss Verfügung der Vorinstanz meldete die aus den beiden Beschwerdeführern gebildete Gruppe die Überschreitung des 5 %-Schwellen-

wertes am 13. Dezember 2006 und diejenige des 10 %-Schwellenwertes am 12. Januar 2007 nicht fristgerecht.

Der Beschwerdeführer 2 macht demgegenüber geltend, eine weitergehende Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer 1 habe lediglich ab dem 16. April 2007 bestanden.

**9.1** Entscheidendes gemeinsames Kriterium von Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG und Art. 15 Abs. 1 und 2 BEHV-EBK ist das abgestimmte Verhalten bei Erwerb oder Veräusserung von Beteiligungspapieren oder bei Ausübung des Stimmrechts. Massgeblich ist im Einzelfall, ob eine Ausrichtung auf ein gemeinsames Ziel hin durch den Einsatz gemeinsamer Mittel und Kräfte zumindest konkludent vereinbart ist und dabei die Einzelinteressen den Gesamtinteressen der organisierten Gruppe bzw. der gemeinsamen Absprache hintenanstehen. Eine Koordination des gemeinsamen Verhaltens setzt somit eine bewusste intensive Kommunikation voraus (ROLF H. WEBER, a.a.O, N 67a zu Art. 20 BEHG). Das Zusammenwirken der Personen muss dabei eine qualifizierte Intensität und ein Minimum an innerer Organisiertheit erreichen (BGE 130 II 530 E. 6.4.3). Die gemeinsame Vertretung gleicher Interessen, mithin die Begründung einer Interessengemeinschaft, stellt eine einfache Gesellschaft dar, welche ihrerseits als eine Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK qualifiziert wird. Dass die Absprachen über eine gewisse Zeitspanne hinweg erfolgt wären, ist nicht nötig.

**9.2** Aus diesen Ausführungen ist zu schliessen, dass zur Erfüllung des Tatbestands des Handelns in gemeinsamer Absprache keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Entscheidend ist, dass die fraglichen Verhaltensabstimmungen einen zeitlichen und inhaltlichen Bezug zu den von der Vorinstanz gerügten Meldepflichtverletzungen vom 13. Dezember 2006 und 12. Januar 2007 aufweisen.

Dieser inhaltliche und zeitliche Bezug muss des Weiteren dem erforderlichen Beweismass im Verwaltungsverfahren entsprechen. Das Gericht hat unter Berücksichtigung der Gesamtheit der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisse einen Sachverhalt zu werten. Das VwVG setzt keine unumstössliche Gewissheit voraus und sieht auch keine starren Beweisregeln vor; genügend ist vielmehr "ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben" (BGE 122 V 157 E. 1d, Urteil des Bundesgerichts 2A.500/2002 vom

24. März 2003 E. 3.5). Blosse Vermutungen sowie Möglichkeiten eines bestimmten Sachverhalts stellen hingegen keine hinreichende Sachverhaltsfeststellung dar (MERKLI THOMAS/AESCHLIMANN ARTHUR/HERZOG RUTH, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, zu Art. 18 N 8).

**9.3** Dass die Beschwerdeführer 1 und 2 eine Gruppe bildeten, ergibt sich aus folgenden Umständen: Einerseits ermöglichte der Beschwerdeführer 2 durch sein (finanzielles) Engagement in der Victory dem Beschwerdeführer 1, den Beteiligungsaufbau an Sulzer voranzutreiben. Andererseits fällt auf, dass die beiden Beschwerdeführer massgebend die gleichen Interessen – den Erwerb der durch die Banken als Sicherheit gehaltenen Sulzer-Aktien – verfolgten und umsetzten (siehe hierzu E. 11). Die dadurch gebildete Interessengemeinschaft ist als einfache Gesellschaft zu qualifizieren und wird von Art. 15 BEHV-EBK erfasst. Dabei wird selbst durch die beiden Beschwerdeführer anerkannt, dass im Zeitraum der strukturierten Transaktion mit der DBL bzw. dass ab dem 16. April 2007 eine weitergehende Zusammenarbeit bestanden habe. Wie in E. 8.2 festgehalten, verfügte die Victory am 12. Januar 2007 über eine beträchtliche Anzahl an Sulzer-Optionen; die Interessengemeinschaft bestand somit zumindest seit dem 12. Januar 2007.

**9.4** Eine gemeinsame Absprache der Beschwerdeführer für den Zeitraum vor dem 12. Januar 2007 ist hingegen nicht erwiesen. Wie vom Beschwerdeführer 1 zu Recht gerügt, bezieht sich keines der von der Vorinstanz vorgebrachten Argumente direkt oder indirekt auf den Zeitraum vor dem 12. Januar 2007. Die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang aufgelisteten Argumente zur Frage der organisierten Gruppe zwischen den beiden Beschwerdeführern beziehen sich vielmehr (1) auf die Victory, die am 12. Januar 2007 und im April 2007 Sulzer Beteiligungen kaufte, (2) auf Befragungen und Dokumenten von involvierten Banken mit Schwergewicht März und April 2007 sowie (3) auf zwei Aktennotizen des CEO von Sulzer vom 29. Januar 2007 und 14. Februar 2007. Damit wird einerseits die vom Bundesgericht im Fall Quadrant definierte qualifizierte Intensität und das Minimum an innerer Organisiertheit in Bezug auf das Zusammenwirken von Personen im Offenlegungsrecht nicht erreicht (BGE 130 II 530 E. 6.4.3). Andererseits wird durch das Abstellen der Vorinstanz auf die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts den Anforderungen an das Beweismass im Verwaltungsverfahren nicht Genüge getan, weshalb

die Frage der organisierten Gruppe für den Zeitraum vor dem 12. Januar 2007 zwischen den beiden Beschwerdeführern zu verneinen ist.

**9.5** Es kann somit festgehalten werden, dass die beiden Beschwerdeführer für den Zeitraum vom 12. Januar 2007 bis 26. April 2007 eine organisierte Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK darstellten. Handlungen der einzelnen Gruppenmitglieder sind dementsprechend ab dem 12. Januar 2007 der Gruppe und damit beiden Gruppenmitgliedern zuzurechnen.

**10.**
Beide Beschwerdeführer rügen, dass gemäss dem damals geltenden Börsengesetz und -verordnung nur der Erwerb von Aktien und Optionen mit Realerfüllung meldepflichtig gewesen seien (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BEHV-EBK). Optionen mit Barausgleich seien nicht unterstellt worden, da solche Optionen ausschliesslich Barausgleichsansprüche vermitteln und keinen Rechtsanspruch auf Lieferung von Aktien und damit auch keinen Anspruch auf ein (potentielles) Stimmrecht enthalten würden.

Der Beschwerdeführer 1 bringt zudem vor, unabhängig von der Anzahl der durch den Aktionär gehaltenen Aktien, habe in Bezug auf Optionen mit Realerfüllung eine Freigrenze von 5 % gegolten. Sodann hätten er oder die nach Auffassung der Vorinstanz mit ihm in gemeinsamer Absprache handelnden Personen nie mehr als 5 % aller Sulzer-Aktien indirekt gehalten. Art. 9 BEHV-EBK habe das indirekte Halten von Beteiligungspapieren der Meldepflicht unterstellt, soweit dem Meldepflichtigen dadurch Stimmrechte vermittelt werden konnten. In der fraglichen Zeit habe er weder rechtlich noch faktisch die Möglichkeit gehabt, über die Stimmrechte der von den Banken als Absicherung gehaltenen Sulzer-Aktien zu verfügen. Im Erwerb von Optionen mit Barausgleich sei auch keine Umgehung börsenrechtlicher Meldepflichten zu sehen.

Gemäss dem Beschwerdeführer 2 sei die von der Vorinstanz bewusst geschaffene Lücke betreffend Barausgleichsoptionen von dieser erst per 1. Juli 2007 durch eine Revision von Art. 13 Abs. 1 BEHV-EBK geschlossen worden. Eine Lückenfüllung auf dem Umweg über eine neue "retroaktive Umgehungstheorie", welche sich auf einen angeblich

missbräuchlichen indirekten Erwerb nach Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EBK stütze, sei somit unzulässig.

**10.1** Nach Art. 1 Bst. a BEHG (in der auch heute noch unveränderten Fassung vom 24. März 1995) zählen Derivate zu den Effekten, deren Handel vom Börsengesetz geregelt wird. Nach dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 BEHG von 1995 muss, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, hält und dadurch den Grenzwert von 5, 10, 20, 33⅓, 50 oder 66⅔ % der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder überschreitet, dies der Gesellschaft und der Börse offen legen. Meldepflichtig ist dabei derjenige, der in der Lage ist, das Stimmrecht auszuüben (ROLF H. WEBER, a.a.O., zu Art. 20 N. 30 ff.). Gestützt auf Art. 20 Abs. 5 BEHG von 1995 erliess die EBK die BEHV-EBK. Gemäss Art. 13 Abs. 1 BEHV-EBK unterstellte die EBK den Erwerb von Wandel- und Erwerbsrechten der Offenlegungspflicht, sofern eine Realerfüllung vorgesehen oder zugelassen war. Art. 9 BEHV-EBK konkretisiert den indirekten Erwerb. Dieser Artikel erläutert den Grundsatz der Meldepflicht und definiert in Abs. 3 unter anderem den massgeblichen indirekten Erwerb, wozu nach Bst. d namentlich solche Vorgänge zählen, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, wie der unbestimmte Rechtsbegriff des indirekten Erwerbs auszulegen ist.

**10.2** Zur Auslegung von Art. 20 BEHG von 1995 und Art. 9 BEHV-EBK äusserte sich das Bundesgericht in seinem Urteil BGE 136 II 304 vom 11. März 2010 wie folgt:

E. 7.4 Es mag zutreffen, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass gemäss dem Wortlaut des Verordnungsrechts die mit den „contract for difference“ zusammenhängende Realerfüllung nicht ausdrücklich von der Meldepflicht erfasst war. Darauf kann es aber nicht allein ankommen. Das Verordnungsrecht ist vielmehr im Lichte des Gesetzesrechts auszulegen. Der wahre Sinn von Art. 20 BEHG erschliesst sich aus dessen Zielsetzung: Das Börsengesetz bezweckt die Schaffung von Transparenz, insbesondere gegenüber den Anlegern, über die Beteiligungs- und Beherrschungsverhältnisse an kotierten Gesellschaften sowie die Gewährleistung eines Frühwarnsystems für Übernahmen zugunsten der Marktteilnehmer und der Zielgesellschaft (vgl. Art. 1 BEHG; BBl 1993 I 1394; ROLF WATTER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsen- und Effektenhandelsgesetz, Basel 2007, zu Art. 1 N. 9 ff.). Die Offenlegungspflicht dient der Erreichung dieser gesetzlichen Ziele sowie der Durchsetzung der Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG, die dann eintritt, wenn eine bestimmte Beteiligung

erreicht wird (vgl. BBl 1993 I 1410; CHRISTIAN RENN, Einsatz und Offenlegung von Derivaten bei Unternehmensübernahmen, Zürich 2010, S. 131 ff.). Der Gesetzgeber umschrieb die massgeblichen Erwerbstatbestände sehr weit, indem er die indirekte Beschaffung und diejenige in gemeinsamer Absprache mit Dritten mit erfasste. Der Gesetzgeber war sich offenbar bewusst, dass der Finanzmarkt regelmässig neue Erwerbsformen und Handlungsweisen schafft, die im voraus ausdrücklich zu erfassen schwierig oder unmöglich wäre. Der gesetzlichen Formulierung kommt in diesem Sinne eine gewisse Auffangfunktion zu.

E. 7.5 Das Erreichen der gesetzlichen Ziele der Schaffung von Transparenz, der Gewährleistung eines Frühwarnsystems und der Durchsetzung der Angebotspflicht ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Meldepflicht so ausgelegt werden, dass ein Geschäftsverhalten, das zum Aufbau einer massgeblichen oder möglicherweise beherrschenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft führt, auch von der Meldepflicht erfasst wird. Könnte diese über die Schaffung bzw. Nutzung von neuen Erwerbsformen und Verhaltensweisen auf dem Finanzmarkt vermieden werden, bevor solche Neuerungen ausdrücklich normativ erfasst sind, bliebe die Regelung der Meldepflicht oft wirkungslos. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Offenlegungspflicht sind unter anderem gerade deshalb offen formuliert, um die nötige Flexibilität zu gewährleisten, damit auf Entwicklungen in der Kapitalmarktpraxis reagiert werden kann. Zwar vermag der Verordnungsgeber grundsätzlich dynamischer und damit auch rascher als der Gesetzgeber zu handeln, zumindest solange er sich im gesetzlichen Rahmen bewegt. Aber auch er würde mit seinen Regelungen dem Bedarf stets hinterherhinken, denn bevor er allfällige neue Finanzinstrumente ausdrücklich erfassen könnte, müssten diese in der Praxis vorhanden und in ihrer rechtlichen Ausgestaltung mit wenigstens den grundsätzlichen Auswirkungen bekannt sein. Das gesetzliche Ziel bliebe damit unerreichbar, würde verlangt, dass neue Handelsformen immer ausdrücklich normativ erfasst werden müssten, um eine Meldepflicht auszulösen.

E. 7.7 Gemäss dem Bundesgericht ist der in Art. 20 Abs. 1 BEHG vorgesehene alternative Tatbestand des Aktienerwerbs "in gemeinsamer Absprache mit Dritten" erfüllt, wenn der gemeinsame Erwerb der Aktien die Beherrschung objektiv ermöglicht und aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche auch angestrebt wird (BGE 130 II 530 E. 6 S. 546 ff.; Urteil i.S. Quadrant AG). In Analogie dazu schliesst der vom Gesetz separat erfasste "indirekte Erwerb" alles geschäftliche Handeln ein, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung trotz Auseinanderfallens der wirtschaftlichen und formalen Berechtigung objektiv ermöglicht bzw. das im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln kann, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden muss, dass eine solche Beteiligung auch angestrebt wird. Ausschlaggebend ist mithin ein faktisches und nicht ein juristisches Kriterium. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers untersteht bei einer solchen Auslegung des indirekten Erwerbs nicht jedes tatsächliche Geschäftsverhalten der Meldepflicht. Auch die blosse Erwerbsabsicht als Vorstadium geschäftlichen Handelns genügt noch nicht (vgl. Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz BEHV-EBK). Entscheidend ist vielmehr, ob faktisch eine Beteiligung aufgebaut wird, welche die besonderen börsenrechtlichen Pflichten auslöst; dabei muss das Vorstadium der reinen Planung bzw. der noch nicht umgesetzten Intentionen bereits verlassen, also zu einem aktiven Verhalten übergegangen worden sein. Die teilweise problematische normative Offenheit des Gesetzes wird dabei durch die Möglichkeit des Vorabentscheidverfahrens nach Art. 20 Abs. 6 BEHG massgeblich relativiert bzw. kompensiert.

E. 7.8 Diese Zusammenhänge sind auch dem Verordnungsgeber nicht entgangen, verwendete er doch insbesondere in Art. 9 BEHV-EBK entsprechend offene Formulierungen: Nach Abs. 1 genügt für die Meldepflicht eine "wirtschaftliche Berechtigung"; mit dieser Begriffswahl wird den wirtschaftlichen Zusammenhängen ein zumindest gleich grosses Gewicht eingeräumt wie den rechtlichen Verhältnissen. Gemäss Abs. 3 Bst. d gelten überdies als indirekter Erwerb alle anderen (d.h. in lit. a-c nicht ausdrücklich erwähnten) Vorgänge, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können mit Ausnahme der - hier nicht interessierenden - Erteilung von Vollmachten ausschliesslich zur Vertretung an einer Generalversammlung. Auch dieser Auffangtatbestand zeigt, dass alle Vorgehensweisen erfasst werden sollen, die faktisch zu einer massgeblichen Beteiligung führen. Dabei ist nicht zwingend, dass die rein formelle Berechtigung vorliegt, über die Ausübung der Stimmrechte entscheiden zu können.

**10.3** In diesem Zusammenhang kann auch auf die Empfehlung II der Übernahmekommission in Sachen Saurer AG vom 31. Oktober 2006 (E. 3) verwiesen werden. Diese hatte festgestellt, dass die Oerlikon eine eigentliche Optionsstrategie zwecks Kontrollübernahme der Saurer AG verfolgt habe. Dabei habe sie die Emission und Strukturierung eines grossen Teils der Optionen nicht nur selber in Auftrag gegeben; sie sei auch dafür besorgt gewesen, dass die im Auftrag der Oerlikon handelnden NZB und die C._____-Bank den emittierenden Banken die zur Absicherung für die verkauften Optionen notwendigen Aktien im Rahmen sogenannter "Gegengeschäfte" erwerben konnten. Diese Aktien rechnete die Übernahmekommission von allem Anfang an der Oerlikon zu, zumal diese Aktien bei den Banken einzig "parkiert" oder "ausgelagert" worden seien und deren jederzeitiger Abruf mittels Call Optionen gesichert war.

**11.** Wesentlich ist somit im vorliegenden Fall, ob faktisch eine Beteiligung aufgebaut wurde, die die börsenrechtlichen Meldepflichten auslöste. Dabei muss zumindest einer der Beschwerdeführer (als Vertreter der Gruppe oder als Alleinhandelnder) das Vorstadium der reinen Planung verlassen haben und ein aktives Verhalten an den Tag gelegt haben.

Im Rahmen des Beteiligungsaufbaus war insbesondere der Beschwerdeführer 1 gegen aussen aktiv tätig. Nachfolgend werden deshalb die verschiedenen Aktivitäten des Beschwerdeführers 1, die zum Beteiligungsaufbau führten, aufgezeigt.

**11.1** Vorab ist auf den Einwand des Beschwerdeführers 1 einzugehen, der Erwerb der Sulzer-Aktien sei für ihn einzig eine von mehreren

Finanzinvestitionen gewesen.

Bei einer Option mit Barausgleich tauschen die Parteien bei Verfall und Ausübung der Option den Differenzbetrag zwischen dem Kassakurs des Basiswertes und dem Ausübungspreis aus. Die Optionen mit Barausgleich erlauben einem Finanzinvestor, bei Unternehmen mit ungenutztem Potential auf dem Markt, einen Teil des potentiellen Mehrwerts für sich selbst sichern zu können, d.h ermöglichen rein finanzielle Interessen zu befriedigen. Eine gegenläufige Zielsetzung wird indessen aus dem E-Mail Verkehr zwischen der NZB und dem Beschwerdeführer 1 ersichtlich. Dort wurde die Frage erörtert, ob Deltapositionen, d.h. als Sicherheit gehaltene Aktien von den emittierenden Banken (D._____-Bank und E._____-Bank), für die Generalversammlung der Sulzer vom 4. April 2007 entlehnt ("gelendet") werden können (pag. 571 A08 02066 130). Mit "lending" sprach der Beschwerdeführer 1 offensichtlich die Wertpapierleihe ("Securities lending") an. Entgegen dem Namen handelt es sich bei der Wertpapierleihe indes nicht um eine Leihe, sondern um ein Sachdarlehen in Wertpapieren (Art. 312 ff. OR). Dabei gehen die mit den Aktien verbundenen Stimmrechte auf den Borger über (vgl. URS BERTSCHINGER, in Max Boemle, Max Gsell, Jean-Pierre Jetzer, Paul Nyffeler, Christian Thalmann [Hrsg.], Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 945). Damit rückte der Beschwerdeführer 1 ein Ziel in den Vordergrund, welches über Optionen mit Barausgleich gemäss deren Zweckbestimmung und Ausgestaltung her nicht zu erreichen ist. Die Argumentation des Beschwerdeführers 1 erscheint in diesem Licht nicht als glaubwürdig.

In diesem Zusammenhang kann dem Beschwerdeführer auch nicht gefolgt werden, wenn er vorbringt, er habe die Optionen mit Barausgleich lediglich im Sinne einer Geldanlage erworben, um von einem Kursanstieg zu profitieren. Wie in BGE 136 II 304 E. 7.7 ausgeführt, bezweckt die Offenlegungspflicht von Art. 20 BEHG, die Transparenz für die Anleger und deren Gleichbehandlung sicherzustellen sowie den Rahmen zu schaffen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten. Aus welchem Grund bzw. mit welcher Absicht jemand eine massgebliche Beteiligung erwirbt, die zur Meldepflicht führt, ist indes nicht von Belang.

**11.2** Der Beteiligungsaufbau im Zeitraum vom 9. November 2006 bis 20. April 2007 erfolgte über eine Vielzahl von Transaktionen, wobei

mehrere Bankinstitute beteiligt waren (Zürcher Kantonalbank, Neue Zürcher Bank, Deutsche Bank AG, Zweigniederlassung Zürich, Deutsche Bank London, B._____-Bank und die A._____-Bank). Bezüglich der detaillierten Darstellung der einzelnen Transaktionen kann auf die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 verwiesen werden, welche eine korrekte Darstellung der über die Bankinstitute vorgenommenen Handelsaktivitäten in Sulzer-Aktien und Optionen – namentlich mit dem Beschwerdeführer 1 – enthält (Verfügung der Vorinstanz, S. 21 ff. und S. 70 ff.).

Gestützt auf die Akten ist festzuhalten, dass ähnlich wie im Fall Saurer (E. 10.3 in fine) für die Emissionsbanken "Gegengeschäfte" bestanden, zumal diesen der Erwerb von Aktien für die Absicherung der verkauften Optionen ermöglicht wurde. Wie in einer internen E-Mail der ZKB, vom 24. April 2007 (pag. 571 A11 02066 027) ersichtlich ist, wurde ein Teil der Aktien von der "Gegenpartei", d.h. der A._____-Bank geliefert (zu den einzelnen Lieferungen siehe auch pag. 571 A10 02066 035 ff.).

Auf Grund von Aussagen von Händlern der ZKB kam die Untersuchungsbeauftragte KPMG bei der ZKB in nicht zu beanstandender Weise zum Schluss, dass der Verkauf von SUN-Warrants an die A._____-Bank bzw. die B._____-Bank wie auch der Kauf von SUN-Blöcken von der A._____-Bank in aller Regel vorgängig durch den Beschwerdeführer 1 initiiert und ausgehandelt worden waren. Faktisch hat der Beschwerdeführer 1 somit über das Zustandekommen der Geschäfte entschieden; die A._____-Bank bzw. die B._____-Bank führten demgegenüber nur für die vom Beschwerdeführer 1 vorgängig vereinbarten Transaktionen aus. Anlässlich eines Treffens zwischen dem Beschwerdeführer 1 und der ZKB Ende Oktober 2006 hat sich der Beschwerdeführer 1 danach erkundigt, ob die ZKB Optionen auf Sulzer emittieren können und in welcher Grössenordnung. Weiter erkundigte sich der Beschwerdeführer 1 anfangs 2007 bei einem Händler der NZB, ob es während der Laufzeit der Optionen möglich ist, diese von "cash" in "physisches" Settlement zu wechseln. Er erhielt die Antwort, dass dies jederzeit möglich sei (pag. 571 A08 02066 130). Beim physischen Settlement wird der Basiswert bei Ausübung der Option physisch übertragen. Optionen, für die physisches Settlement vereinbart wurde, sind somit ein Weg, indirekt in den Besitz der ihnen unterliegenden Basiswerte zu kommen. Den Akten ist zu entnehmen, dass die ZKB bereits am 13. Dezember 2006 für den Be-

schwerdeführer 1 erstmals Optionen mit Barausgleich emittierte. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer 1 über den Rückverkauf der Optionen an das jeweilige Bankinstitut sich die Sulzer-Aktien und damit die Stimmrechte einräumen konnte.

Die Lieferung von Aktien zur Absicherung der Optionsscheine erfolgte bei der NZB in gleicher Weise. Ein Mitarbeiter der NZB erklärte in zwei Interviews gegenüber der KPMG, die NZB sei bestrebt gewesen, das Delta zu erbringen, wobei die Verkäufe auch vom Kunden kommen könnten (siehe zum Begriff "Delta" E. 11.3). Der Beschwerdeführer 1 habe nicht alle Aktien physisch gewollt und habe daher den Auftrag erteilt, diese in Optionen zu packen. Daher seien gewisse Aktien an die anderen Banken als "Delta Hedge" geliefert worden (pag. 571 A08 02066 225 und 246).

**11.3** Vorliegend massgebend für die Bejahung des faktischen Aufbaus und des aktiven Verhaltens des Beschwerdeführers 1 ist die Abnahme der von den Banken als Sicherheit gehaltenen Sulzer-Aktien.

Die Bank sichert das Erfüllungsrisiko bei der Ausgabe von Optionen mit Barausgleich oder mit Realerfüllung durch den Kauf von Aktien der betroffenen Gesellschaft ab ("Hedge"). Im Vordergrund des Hedging steht das Ziel, mögliche Verluste abzuschwächen. Optimales Hedging bedeutet indes nicht eine vollständige Absicherung der möglichen Risiken. Bei Optionspositionen richtet sich die Absicherung nach dem "Delta". Das Delta gibt die absolute Veränderung des theoretischen Optionspreises in Abhängigkeit von der Kursveränderung des zugrunde liegenden Basiswerts wieder. Als "Delta neutral" wird eine Optionsposition bezeichnet, deren Wert sich bei einer Veränderung des Basiswerts nicht verändert. Überschiesst das Sicherungsgeschäft das Grundgeschäft, d.h. die Optionsposition wird höher als im Verhältnis 1:1 abgesichert, liegt ein "Overhedge" vor (Max Boemle, Max Gsell, Jean-Pierre Jetzer, Paul Nyffeler, Christian Thalmann [Hrsg.], Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 293 f., S. 547 f.)

Die ZKB baute die Aktienpositionen weit über den Delta Hedge aus, wie der Untersuchungsbericht der KPMG bei der ZKB aufzeigt (pag. 571 A10 02066 099). Der Sulzer Nostrobestand, d.h. die eigenen Effekten der ZKB, wurde von dieser nicht nur deltaneutral, sondern 1:1 zur Warrants-Position des Beschwerdeführers 1 ausgebaut. Diese un-

gewöhnlich hohe Absicherung der Sulzer Options-Positionen und die bisherigen Erfahrungen der ZKB mit dem Beschwerdeführer 1 i.S. Saurer/Oerlikon deuten darauf hin, dass die ZKB davon ausgehen konnte bzw. ausging, die Titel unabhängig von der Ausgestaltung der Optionen physisch an den Beschwerdeführer 1 liefern zu können.

Im Vorfeld der Offenlegungsmeldung der Everest vom 26. April 2007 war neben der ZKB insbesondere die DBZ und die DBL an den Transaktionen für den Aufbau der Sulzer-Aktien beteiligt. Die Transaktionen beinhalteten zusammenfassend den Kauf und die Finanzierung des Erwerbs von 600'000 Sulzer-Aktien, was einer Beteiligung von 16,5 % an Sulzer entspricht. Im Rahmen der Transaktion verkauften die DBZ und die ZKB je 300'000 Sulzer-Aktien an die DBL, die der Everest schlussendlich die faktische Kontrolle über 600'000 Sulzer-Aktien ermöglichte.

Nachfolgend wird dargelegt wie die als Sicherheit gehaltenen Sulzer-Aktien von den involvierten Banken unter die Kontrolle der Everest und damit beider Beschwerdeführer gelangten (E. 11.3.1 – E. 11.3.3).

**11.3.1** Die ZKB verkaufte der DBL aus dem eigenen Hedgebestand am 20. April 2007 300'000 Sulzer-Aktien und kaufte danach drei Warrants auf Sulzer-Aktien von der A._____-Bank zurück. Gemäss dem Leiter Handel und Verkauf Aktien, Derivate und strukturierte Produkte der ZKB, wurde dieses Vorgehen auf Anregung des Beschwerdeführers 1 durchgeführt, dessen Anfrage am 20. April 2007 bei der ZKB eingetroffen sei. Gespräche über das Pricing seien eventuell vorgängig geführt worden (Interview mit KPMG vom 23. August 2007, pag. 571 A13 02066 258).

Das Pricing für die Transaktion von 300'000 Sulzer-Aktien wurde dem Beschwerdeführer 1 mit E-Mail vom 18. April 2007 vom Leiter Warrants und OTC Handel der ZKB, zugestellt. Dabei wurde der Rückkauf der drei Warrants und der Verkauf der Aktien zum Preis von je Fr. 1'730.– einzeln aufgeführt (pag. 571 A11 02066 166). Diesbezüglich fällt auf, dass dem Beschwerdeführer 1, nach Aussage des Leiters Handel und Verkauf Aktien der ZKB, eine nicht zu unterschätzende Funktion im Zusammenhang mit der strukturierten Transaktion mit der Deutschen Bank zukam. Der Beschwerdeführer 1 war somit in der Lage, über die weitere Verwendung, der als Sicherheit gehaltenen Sulzer-Aktien der ZKB mitzubestimmen und den Verkauf

der Aktien von der ZKB an die DBL zu beeinflussen. Dieser Umstand widerspiegelt sich darin, dass die ZKB per 20. April 2007 aufgrund der drei gekauften Warrants, mit Verfalldaten Winter/Frühling 2008, keinen Grund gehabt hätte, den Verkauf ihrer Aktien vorzeitig zu vollziehen. Des Weiteren erfolgte der Verkauf der 300'000 Sulzer-Aktien – bei einem Pricing von Fr. 1'730.– pro Aktie – unter dem damals gültigen Marktpreis von Fr. 1'765.– bis 1'800.– (pag. 571 A 10 02066 100 und pag. 571 A14 02066 104 f.). Die ZKB nahm damit einen Minderertrag von bis zu 21 Mio. Franken in Kauf. Dies zeigt auf, dass der Beschwerdeführer 1 in Bezug auf diese Transaktion gegenüber der ZKB einen erheblichen Einfluss ausüben konnte. Der Beschwerdeführer 1 hatte somit nicht nur faktisch die Kontrolle über die als Sicherheit gehaltenen Sulzer-Aktien bei der ZKB, diese wurden ihm zudem in seinen Macht- und Kontrollbereich überstellt.

**11.3.2** Eine weitere Tranche von 300'000 Sulzer-Aktien wurde von der DBZ an die Everest "geliefert". Die DBZ musste ihrerseits auf die (als Sicherheit gehaltenen) Aktienbestände von Drittbanken zurückgreifen, da ihr Nostrobestand nicht 300'000 Sulzer-Aktien aufwies. Als Drittbanken waren insbesondere die B._____-Bank und die A._____-Bank tätig. Inwieweit der Beschwerdeführer 1 bei der DBZ direkt die Kontrolle über die als Hedge gehaltenen Sulzer-Aktien innehatte, kann offengelassen werden. Denn wie in der nachfolgenden E. 11.3.3 aufzuzeigen ist, konnte sich der Beschwerdeführer 1 und damit die Gruppe die Kontrolle über dieses Aktienpaket sichern (zur Gruppe siehe E. 9).

**11.3.3** Die Andienung des Bestandes der DBL an die Everest erfolgte durch eine strukturierte Transaktion, wozu verschiedene Vertragsdokumente erstellt wurden. Zentrales Dokument für die beiden Vertragsparteien DBL und Everest stellte die "Share Option Collar Transaction" vom 20. April 2007 dar (pag. 571 A06 02066 011 ff.). Die Collar-Vereinbarung sieht als Grundgeschäft den Verkauf und die anschliessende Finanzierung auf einer "Non-recourse-Basis" von insgesamt 600'000 Sulzer-Aktien durch die DBL vor. Beim "Non-recourse Financing" hat der Kreditgeber bei Verlust keine Möglichkeit, auf den Investor zurückzugreifen. Er kann nur die Sicherheiten realisieren. Als Abrechnungswert wurde ein Preis von Fr. 1'730.– je Aktie vereinbart und der Handelstag auf den 20. April 2007 festgelegt. Des Weiteren wurden je 600'000 Call- (mit Realerfüllung) und 600'000 Put-Optionen (mit Barausgleich) ausgestellt; jede Option gab ein Andienungsrecht

bzw. eine Andienungspflicht auf eine Sulzer Aktie. Beide Arten der Optionen waren "european style", d.h. sie konnten nur zu einem im Voraus bestimmten Termin, vorliegend dem Verfalldatum der Optionstranchen, ausgeübt werden. Anschliessend verkaufte die Everest an die DBL die Call Optionen zu einem Ausübungspreis (Strike Price) von Fr. 2'165.– (125 % von Fr. 1'730.–). Die Everest erhielt dagegen das Recht eingeräumt, über 600'000 Put-Optionen das ganze Sulzer-Aktienpaket zu einem Strike Price von Fr. 1'038.– der DBL anzudienen. Die Optionen wurden in je vier Paketen à 150'000 Stück und mit Verfallsdaten im März/April 2007 aufgeteilt. Aufgrund der Collar-Vereinbarung konnte die Everest insbesondere ihr Verlustrisiko in Grenzen halten. Wäre der Kurs der Sulzer Aktie unter Fr. 1'038.– gesunken, so hätte die Everest die Aktien der DBL andienen und ihren Verlust auf Fr. 692.– je Aktie oder total 415,2 Mio. Franken beschränken können. Für die DBL stellte dieses Geschäft ein "Non-recourse-Financing" dar, d.h. bei einem Kurs von unter Fr. 1'038.– trüge sie das weitere Risiko vollumfänglich. Zur Neutralisierung dieses Risikos schloss die DBL mit der Everest und der Victory weitere Verträge (Custody Agreement, Security Agreement) ab, die ihr ermöglichten, auf die als Sicherheit verpfändeten Aktien der OC Oerlikon in der Höhe von 400 Mio. Franken (angerechnet zu 200 Mio. Franken) und der Pfandstellung der an der Everest verkauften 600'000 Sulzer-Aktien notfalls zuzugreifen (pag. 571 A06 02066 041, 051, 070, 078). Die Stimmrechte der verpfändeten Titel blieben für die Sulzer-Aktien bei der Everest und für die als Drittpfand eingereichten Aktien der OC Oerlikon bei der Victory. Die Everest trug zum Kauf der Sulzer-Aktien 200 Mio. Franken in bar bei.

Die strukturierte Transaktion per 20. April 2007 ermöglichte, dass die Everest nach Leistung von 200 Mio. Franken in bar sowie der Verpfändung der erworbenen 600'000 Sulzer-Aktien und der OC Oerlikon Aktien der Victory die Stimmrechte von 600'000 Sulzer-Aktien erhielt. Bei einem Kurs von Fr. 1'730.– und einem Investitionsvolumen von 1,038 Mia. Franken konnte die Everest auf einen Schlag einen Anteil von 16,5 % an Sulzer erwerben. Als wirtschaftlich berechtigte Personen an der RPR bzw. der Millenium Stiftung und somit auch zu Teilen an der Everest konnten die beiden Beschwerdeführer ihre Beteiligung bzw. ihre Position gegenüber der Sulzer wesentlich stärken (zur Frage des wirtschaftlich Berechtigten E. 7.1 f.).

**11.4**

Diese Vorgänge zeigen auf, dass der Beschwerdeführer 1 und die Gruppe durch den Einsatz von Derivaten Aktien und Optionen der Sulzer erwerben und damit unter ihre Kontrolle bringen konnten. M.a.W. die Investoren konnten trotz der ursprünglich vereinbarten Barabgeltung die physische Lieferung von Aktien erreichen, indem sie kurzfristig die Settlement-Methode änderten. Dies ist bei OTC Optionen – anders als bei börsengehandelten Optionen [Traded Options] – einfach durch Änderung der Vereinbarung unter den Parteien möglich. Demgemäss konnten die Beschwerdeführer die als Sicherheit gehaltenen Sulzer-Aktien der Banken mittels ihren Gesellschaften an sich ziehen, innert kurzer Zeit eine erhebliche Beteiligung an Sulzer aufbauen und die damit verbundenen Stimmrechte kontrollieren. Genau auf solche Ereignisse ist die Meldepflicht ausgerichtet. Damit soll das entsprechende Vorgehen gesetzlich nicht ausgeschlossen bzw. verboten werden. Die vom Gesetz bezweckte Offenlegung hat jedoch in derartigen Konstellationen wirksam zu werden, andernfalls die auf Transparenz und Kontrolle gerichtete Gesetzesordnung unvollkommen bliebe. Diese Transaktionen stellen somit einen indirekten Erwerb von Aktien im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EKB i.V.m. Art. 20 Abs. 1 BEHG dar (BGE 136 II 304 E. 7.9).

**11.5**

Nach Art. 10 Abs. 1 BEHV-EBK entsteht die Meldepflicht mit der Begründung des Anspruchs auf Erwerb oder Veräusserung von Beteiligungspapieren. Der Verordnungsgeber unterscheidet somit zwischen dem Zeitpunkt, in welchem eine faktische Zugriffsmöglichkeit auf den Erwerb von Aktien begründet wird, und demjenigen, in welchem die Übertragung der Aktien tatsächlich stattfindet (SUSANNE METTIER, Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz, Zürich 1999, S. 153). Vorliegend entstand die Meldepflicht demzufolge im Zeitpunkt des Erwerbs der Optionen mit Barausgleich. So verfügte der Beschwerdeführer 1 am 13. Dezember 2006 gemäss seinen eigenen Angaben (Replik Beschwerdeführer 1 S. 33 f.) über Optionen mit Realerfüllung von 4,40 % und über Optionen mit Barausgleich im Umfang von 1,37 % an Sulzer, ausmachend 5,77 %. Mit Abschluss von 50'000 Optionen mit Barausgleich am 13. Dezember 2006 überschritt der Beschwerdeführer 1 gleichentags den 5 %-Schwellenwert. Am 11. sowie 12. Januar 2007 erwarb der Beschwerdeführer 1 dann Optionen mit Barausgleich und kam auf einen auf Aktien umgerechneten Anteil

an Sulzer von 13,47 %. Damit wurde der Grenzwert von 10 % überschritten und die Gruppe am 12. Januar 2007 meldepflichtig (Art. 20 Abs. 1 BEHG von 1995).

Die Vorinstanz hat somit zu Recht das nicht fristgerechte Melden der Offenlegung der Beteiligung an Sulzer festgestellt und diese als indirekten Erwerb nach Art. 9 Abs. 3 Bst. d BEHV-EBK qualifiziert. Entgegen der Verfügung vom 22. Januar 2009 unterliess am 13. Dezember 2006 einzig der Beschwerdeführer 1, am 12. Januar 2007 hingegen die organisierte Gruppe die börsenrechtlichen Meldungen.

**12.**

Auch der nachträgliche Erlass von Art. 20 Abs. 2bis BEHG steht der oben ausgeführten Auslegung des Gesetzes nicht entgegen. Danach gelten nunmehr seit dem 1. Dezember 2007 als indirekter Erwerb namentlich Geschäfte mit Finanzierungsinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufgeschäft zu erwerben (RENN, a.a.O., S. 228 ff. und S. 238). Die entsprechende Gesetzesnovelle wurde unter anderem durch grössere Fälle in diesem Bereich ausgelöst und soll gewährleisten, dass derivative Handelsformen wie Barausgleichsoptionen, die zu einer Realerfüllung führen, ohne aber allenfalls eine rechtliche Erzwingbarkeit zu verschaffen, ausdrücklich gesetzlich erfasst und der Meldepflicht unterstellt sind. Daraus kann indes nicht gefolgert werden, dasselbe hätte früher nicht gegolten. Die neue Bestimmung dient vielmehr der Klarstellung der rechtlichen Tragweite der Meldepflicht beim indirekten Erwerb. Dafür spricht nebst dem teleologischen Zusammenhang, dass in Art. 20 Abs. 2bis BEHG wie in Art. 20 Abs. 1 BEHG der gleiche unbestimmte Rechtsbegriff des indirekten Erwerbs verwendet wird. Es handelt sich also nicht um einen neuen Tatbestand, sondern der alte Tatbestand wird neu nun teilweise unmittelbar im Gesetz konkretisiert. Der Begriff des indirekten Erwerbs hat dadurch keine Ausweitung erfahren. Hingegen wird seine Bedeutung, die bereits früher gegolten hat, offenkundig(er). Dem entspricht, dass Art. 15 Abs. 2 Bst. c BEHV-FINMA als Nachfolgeerlass der Börsenverordnung-EBK die Meldepflicht bei Barausgleichsoptionen nunmehr ausdrücklich vorsieht (BGE 136 II 304 E. 7.11).

**13.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ab dem 12. Januar 2007 eine

organisierte Gruppe zwischen den beiden Beschwerdeführern im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK bestanden hat. Dabei verletzte diese ihre Meldepflichten nach Art. 20 BEHG von 1995, indem sie am 12. Januar 2007 den 10 %-Schwellenwert an Sulzer überschritt und nicht fristgerecht meldete. Die von der Vorinstanz gerügte Meldepflichtverletzung vom 13. Dezember 2006 infolge Überschreitung des 5 %-Schwellenwertes an Sulzer erfolgte indes einzig durch den Beschwerdeführer 1. Die Verfügung der FINMA vom 22. Januar 2009 geht somit in Bezug auf die Meldepflichtverletzung vom 13. Dezember 2006 zu weit, als sie zwischen dem Beschwerdeführer 1 und 2 eine organisierte Gruppe annimmt und damit dem Beschwerdeführer 2 ebenfalls eine Verletzung nach Art. 20 BEHG von 1995 vorhält. Demgegenüber stellte die Vorinstanz zu Recht fest, dass im Rahmen der Offenlegungsmeldung der Everest vom 26. April 2007 die beiden Beschwerdeführer unzulässigerweise nicht sich selbst als wirtschaftlich Berechtigte der RPR bzw. der Millenium offenlegten (Ziff. 4 der Verfügung vom 22. Januar 2009). Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist demzufolge vollumfänglich abzuweisen. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 ist hingegen insoweit gutzuheissen, als dass ihm im Zeitpunkt des 13. Dezember 2006 keine Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflicht vorgeworfen werden kann. Soweit weitergehend ist die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 jedoch abzuweisen.

Sodann ist das Rechtsbegehren der Beschwerdeführer, das Verwaltungsverfahren Nr. 571/2008/02066 sei einzustellen, infolge Abschluss des Verfahrens durch die Vorinstanz seit 30. Oktober 2009 als gegenstandslos abzuschreiben.

**14.**

**14.1** Die Verfahrenskosten werden gemäss Art. 1 und 3 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) festgesetzt. Bei der Berechnung der Höhe der Verfahrenskosten wird auf die zu beurteilenden Vermögensinteressen abgestellt. Bei einem Streitwert von über 5 Mio. Franken können die Verfahrenskosten zwischen Fr. 15'000.– und Fr. 50'000.– festgelegt werden, wobei die Höhe unter Berücksichtigung der Grundsätze von Art. 2 VGKE bestimmt wird. Vorliegendes Verfahren war – obwohl eine Vereinigung der Verfahren B-1180/2009 und B-1215/2009 möglich war

– aufwändig und involvierte das Studium zahlreicher Eingaben und Akten. Weiter warf die zu behandelnde Materie Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auf. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Festsetzung der Verfahrenskosten je Beschwerdeführer auf Fr. 25'000.–.

**14.2** Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 erweist sich mit Ausnahme der Feststellung, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 bis zum 12. Januar 2007 keine organisierte Gruppe im Sinne von Art. 15 BEHV-EBK darstellten, als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer 1 seinen Anteil der Verfahrenskosten von Fr. 25'000.– vollumfänglich zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. VGKE).

**14.3** Dem Beschwerdeführer 2 werden die Verfahrenskosten aufgrund des teilweisen Obsiegens um ein Viertel auf Fr. 18'750.– reduziert und mit dem am 4. März 2009 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 25'000.– verrechnet. Der Überschuss von Fr. 6'250.– ist dem Beschwerdeführer 2 nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils von der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

**14.4** Schliesslich sieht das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, sich zur vorinstanzlichen Kostenverlegung zu äussern, zumal dieser Punkt von den Beschwerdeführern nicht gerügt worden ist.

**14.5** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE haben obsiegende oder teilweise obsiegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Parteientschädigung wird der verfügenden Behörde auferlegt, sofern sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Eine Parteientschädigung wird gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG dann der unterliegenden Gegenpartei je nach deren Leistungsfähigkeit auferlegt, wenn sie sich mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt hat. Die Beschwerdegegnerin hat mit Schreiben vom 26. Januar 2010 ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Stellungnahme mit Anträgen verzichtet.

Nach Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE hat der Rechtsvertreter der Partei dem Bundesverwaltungsgericht vor dem Entscheid unaufgefordert eine detaillierte Kostennote einzureichen. Diese wurde von Seiten des Beschwerdeführers 2 mit Schreiben vom 4. Februar 2010 eingereicht

und fordert bei einem Stundenaufwand von 296 Std. eine Parteientschädigung von Fr. 167'525.–. Dabei beträgt der verrechnete Stundenansatz für 43,5 Std. Fr. 300.– und für 252,5 Std. zwischen Fr. 500.– und Fr. 800.–.

Das Bundesverwaltungsgericht bemisst nach Art. 10 Abs. 1 VGKE das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters, wobei der Stundenansatz für Anwälte max. Fr. 400.– exkl. Mehrwertsteuer betragen kann (Art. 10 Abs. 2 VGKE). Ansätze über dem maximalen Stundensatz, vorliegend zwischen Fr. 500.– und Fr. 800.–, werden demzufolge auf Fr. 400.– gekürzt.

Dem Beschwerdeführer 1 steht infolge Unterliegens keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Der Beschwerdeführer 2 erstellte im Rahmen dieses Verfahrens zwei umfassende Rechtsschriften und hatte eine Analyse der Vorakten vorzunehmen. Der Umfang der gesamten Akten und die Qualität der eingereichten Rechtsschriften lassen einen Aufwand von 296 Std. als angemessen erscheinen. Der Beschwerdeführer 2 hat zu einem Viertel obsiegt, ihm sind dementsprechend 11 Std. zu einem Stundenansatz von Fr. 300.– sowie 63 Std. zu einem Stundenansatz von Fr. 400.–, sowie der Ersatz der Mehrwertsteuer (ausmachend Fr. 28'500.– + Fr. 2'166.– = Fr. 30'666.–) zu entschädigen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**
Die Verfahren B-1180/2009 und B-1215/2009 werden vereinigt.

**2.**
Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird abgewiesen. soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

**3.**
Die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird teilweise gutgeheissen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist. Dispositiv Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung wird insoweit aufgehoben, als darin festgestellt wird, der Beschwerdeführer 2 habe zusammen mit dem Beschwerdeführer 1 am 13. Dezember 2006 den 5 %-Schwellenwert an der Sulzer AG überschritten und nicht fristgerecht gemeldet. Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

**4.**
Dem Beschwerdeführer 1 werden Verfahrenskosten von Fr. 25'000.– auferlegt; sie werden mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**5.**
Dem Beschwerdeführer 2 werden Verfahrenskosten von Fr. 18'750.– auferlegt. Sie werden mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– verrechnet. Der Überschuss von Fr. 6'250.– wird dem Beschwerdeführer 2 nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

**6.**
Dem Beschwerdeführer 1 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**7.**
Dem Beschwerdeführer 2 wird zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 30'666.– inkl. MwSt. zugesprochen.

**8.**
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer 1 (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdeführer 2 (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref.-Nr. 2008-09-04/92; Gerichtsurkunde)
- Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange AG, Selnaustrasse 30, 8021 Zürich (auszugsweise, A-Post)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury Alexander Schaer

## Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 15. November 2010