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

63

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. Ronny Pecik
gegen Sulzer AG und Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
B-1215/2009 vom 9. November 2010

Börsenrecht. Finanzmarktaufsicht.

Art. 18 IPRG. Art. 20 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 BEHG. Art. 3, Art. 32 FINMAG. Art. 9 Abs. 1, Art. 15 BEHV-EBK (aufgehoben durch BEHV-FINMAG).

1. **Alle offenlegungspflichtigen Personen und Institutionen nach Art. 20 BEHG unterstehen der Finanzmarktaufsicht (E. 4).**
2. **Normen des schweizerischen Börsenrechts sind aufgrund ihres besonderen Zwecks auf internationale Sachverhalte zwingend anwendbar. Sie fallen somit unter Art. 18 IPRG (« lois d'application immédiate ») und verdrängen das ausländische Recht ohne Rücksicht auf das konkrete Ergebnis ihrer Anwendung (E. 7.1.2).**
3. **Der Destinatär einer Stiftung muss offengelegt werden, wenn sich dieser nicht als reiner Genussberechtigter ausserhalb der eigentlichen Stiftung befindet, sondern als wirtschaftlich Berechtigter anzusehen ist (E. 7.1.5).**
4. **Ein Handeln in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe ist zu bejahen, wenn der Erwerb der durch die Banken als Sicherheit gehaltenen Aktien in Ausrichtung auf ein gemeinsames Ziel, dem Beteiligungsaufbau an der Zielgesellschaft, hin erfolgt und die Gesamtinteressen den Einzelinteressen vorgehen (E. 9).**

5. Der Erwerb von Optionen mit Barausgleich löst dann die börsenrechtlichen Pflichten aus, wenn faktisch eine Beteiligung aufgebaut wird, die dazu führt, dass die Bank die bei der Ausgabe von Optionen mit Barausgleich oder mit Realerfüllung als Sicherheit gehaltenen Aktien dem Käufer der Barausgleichsoptionen aushändigt. Aus welchem Grund beziehungsweise mit welcher Absicht jemand eine massgebliche Beteiligung erwirbt, ist nicht von Belang (E. 11).

Droit boursier. Surveillance des marchés financiers.

Art. 18 LDIP. Art. 20 al. 1, art. 20 al. 3 LBVM. Art. 3, art. 32 LFINMA. Art. 9 al. 1, art. 15 OBVM-CFB (abrogée par l'OBVM-FINMA).

1. Toutes les personnes et institutions soumises à l'obligation de déclarer en vertu de l'art. 20 LBVM sont aussi soumises au contrôle de l'autorité de surveillance des marchés financiers (consid. 4).

2. En raison de leur but particulier, les règles du droit boursier suisse sont applicables de manière impérative aux situations à caractère international. Elles relèvent de l'art. 18 LDIP (« lois d'application immédiate ») et écartent le droit étranger quel que soit le résultat concret de leur application (consid. 7.1.2).

3. Le bénéficiaire d'une fondation doit être déclaré, lorsqu'il ne se présente pas comme un pur bénéficiaire en dehors de la fondation proprement dite, mais qu'il doit être considéré comme son ayant droit économique (consid. 7.1.5).

4. Il faut considérer que des personnes agissent de concert ou en groupe organisé lorsqu'elles acquièrent des actions détenues à titre de sûreté par les banques dans un but commun, à savoir l'augmentation de la participation dans la société-cible, et que l'intérêt commun prime leur intérêt individuel (consid. 9).

5. L'acquisition d'options de type « cash settlement » fait naître les obligations prévues par le droit boursier si, de facto, une participation dans une société est ainsi créée et qu'elle amène la banque à remettre à l'acquéreur des options « cash settlement » les actions détenues à titre de sûretés lors de l'émission d'options de type « cash settlement » ou de type « physical settlement ». Les

motifs pour lesquels une personne acquiert une participation prépondérante ou les intentions dans lesquelles elle le fait sont sans pertinence (consid. 11).

Diritto borsistico. Vigilanza sui mercati finanziari.

Art. 18 LDIP. Art. 20 cpv. 1, art. 20 cpv. 3 LBVM. Art. 3, art. 32 LFINMA. Art. 9 cpv. 1, art. 15 OBVM-CFB (abrogata dall'OBVM-FINMA).

1. **Tutte le persone e istituzioni soggette all'obbligo di dichiarazione in virtù dell'art. 20 LBVM sottostanno alla vigilanza sui mercati finanziari (consid. 4).**
2. **In ragione del loro scopo particolare, le norme del diritto borsistico svizzero sono applicabili in modo imperativo a fattispecie di carattere internazionale. Esse rientrano nell'art. 18 LDIP (« legge di applicazione diretta ») e scartano l'applicabilità del diritto straniero, senza tener conto del risultato concreto della loro applicazione (consid. 7.1.2).**
3. **Il beneficiario di una fondazione deve essere dichiarato, non se è realmente esterno alla fondazione a titolo di semplice beneficiario, ma se deve essere considerato come l'avente diritto economico (consid. 7.1.5).**
4. **Un agire di comune intesa o come gruppo organizzato è approvato allorquando l'acquisto delle azioni detenute a titolo di garanzia dalle banche avviene per raggiungere uno scopo comune, ossia la presa di partecipazione della società mirata, e quando l'interesse comune prevale sull'interesse individuale (consid. 9).**
5. **L'acquisto di opzioni di tipo « cash settlement » (opzioni che prevedono formalmente una liquidazione in contanti) fa scattare gli obblighi delle disposizioni di legge in ambito borsistico, se di fatto una partecipazione in una società è presa in modo da condurre la banca a concedere all'acquirente delle opzioni di tipo « cash settlement » le azioni che essa deteneva a titolo di garanzia al momento dell'emissione delle opzioni di tipo « cash settlement » o di tipo « physical settlement » (con consegna fisica). I motivi per i quali una persona acquista una**

partecipazione preponderante o le intenzioni con cui essa lo fa non hanno alcuna importanza (consid. 11).

Mit Schreiben vom 18. Januar 2007 ersuchte die Sulzer AG die Eidgenössische Bankenkommission (EBK, Vorinstanz, heute: Finanzmarktaufsicht FINMA), eine Untersuchung betreffend Verletzung der Meldepflichten 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 einer 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.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Mai 2007 setzte die Vorinstanz bei Banken, die im Handel mit Sulzer-Aktien aktiv gewesen waren (Zürcher Kantonalbank [ZKB], Deutsche Bank Zweigniederlassung Zürich [DBZ], Neue Zürcher Bank [NZB]), zwei Untersuchungsbeauftragte ein. Am 29. Februar 2008 eröffnete sie 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.

Mit Verfügung vom 22. Januar 2009 kam die Vorinstanz unter anderem zum Schluss, dass Ronny Pecik (Beschwerdeführer 1) und Georg Stumpf (Beschwerdeführer 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. Sie stellte zudem fest, dass sich im Rahmen der Offenlegungsmeldung der Everest Beteiligungs GmbH (nachfolgend: Everest GmbH) vom 26. April 2007 weder der Beschwerdeführer 1 noch der Beschwerdeführer 2 als wirtschaftlich Berechtigter bezeichnet haben.

Mit Beschwerde vom 23. Februar 2009 gelangte der Beschwerdeführer 1 ans Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Er beantragt, die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2009 sei vollumfänglich aufzuheben soweit sie nicht nichtig sei.

Mit Beschwerde vom 23. Februar 2009 gelangte der Beschwerdeführer 2 ans Bundesverwaltungsgericht (BVGer). 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. Mit Eingabe vom 17. März 2009 ergänzte der Beschwerdeführer 2 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.

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

Mit Verfügung vom 15. Januar 2010 hielt das BVGer fest, dass die Sulzer AG 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 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zur Beschwerdesache äussern zu können. Die Sulzer AG teilte dem BVGer mit Schreiben vom 26. Januar 2010 mit, dass sie von der Möglichkeit einer Stellungnahme zu den Eingaben der Beschwerdeführer absehe.

Das BVGer weist die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ab, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist. Die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird teilweise gutgeheissen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

Aus den Erwägungen:

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 Bereich des Offenlegungsrechts das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) zum

Erlass von Sanktionsverfügungen zuständig sei. Die Vorinstanz habe sodann zu Unrecht in Art. 3 und Art. 32 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1) 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 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), 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 gegen 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 Bereich bewegen könnten. Art. 32 FINMAG komme somit weder eine Auffangfunktion zu noch sei eine teleologische Auslegung vonnöten.

4.1 Nach aArt. 20 Abs. 1 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) 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, 33$^{1}/_{3}$, 50 und 66$^{2}/_{3}$ Prozent 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 Abs. 1 BEHG der heute aktuellen Fassung, in Kraft seit 1. Dezember 2007, AS 2007 1536).

Der FINMA 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/Frankfurt am Main 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 (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006 (BBl 2006 2829, 2858, nachfolgend: Botschaft zum FINMAG), mit welcher die Legaldefinition des « Beaufsichtigten » eingeführt wurde, noch die älteren Materialien zum BEHG (Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG] vom 24. Februar 1993 [BBl 1993 I 1369 ff.], nachfolgend Botschaft zum BEHG) 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 (HÄFELIN/MÜLLER/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 (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 243; HÄFELIN/HALLER/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; Urteil des BVGer 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. Art. 1–10 ZGB. Eine Einführung, 2. Aufl., Bern 2003, Rz. 45; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern/München/Wien 2005, S. 130 ff.). Um Sinn und Zweck zu ermitteln, muss nach den Interessen gefragt werden, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hatte. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf jedoch nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem 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 zum FINMAG, 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 aArt. 35 Abs. 3 BEHG sowie der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) 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 beziehungsweise (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 aArt. 35 Abs. 2 BEHG 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, Basel 2007, zu Art. 35 N 12 und 15). Obwohl sich die Frage der Unterstellung von Personen, die den Meldepflichten unterworfen sind, unter dem BEHG so nicht stellte und das FINMAG hierzu keine Antwort liefert, stützt die bislang weite Auslegung des BEHG durch das BGer die von der Vorinstanz ausgeübte Aufsicht und deren Massnahmen gegenüber den Beschwerdeführern erheblich. Denn Art und Umfang der Aufsichtspflichten ergeben sich nicht nur aus aArt. 35 BEHG, 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 überschritten, 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 zum BEHG, 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 zum FINMAG, 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 (HÄFELIN/MÜLLER/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; HÄFELIN/MÜLLER/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 aArt. 35 BEHG 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, das heisst 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 (Botschaft zum BEHG, BBl 1993 I 1381 f.).

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 (Botschaft zum BEHG, 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 – 6. (…)

7. Die Beschwerdeführer erklären, die Offenlegungsmeldung der Everest GmbH 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 GmbH beteiligten RPR Privatstiftung (RPR) beziehungsweise Millenium Privatstiftung (Millenium) nicht offengelegt worden seien. Die Frage, ob die Beschwerdeführer als Stifter der RPR beziehungsweise 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 beziehungsweise 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 beziehungsweise als wirtschaftlich berechtigt aufgeführt worden, was im Übrigen von der Vorinstanz in keiner Weise beanstandet worden sei. Sodann komme Prof. Christian Nowotny in seinem Gutachten unter Zugrundelegung des damals geltenden Art. 74a Kotierungsreglement der Swiss Exchange (SWX) sowie mit Verweis auf die einschlägigen Erläuterungen dieser Norm durch die SWX zum Schluss, dass die durch die Millenium getätigten Transaktionen dem Beschwerdeführer 2 nicht zugerechnet werden könnten. Die SWX 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 der Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-EBK, BEHV-EBK) vom 25. Juni 1997 (BEHV-EBK, AS 1997 2045) 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, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 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 beziehungsweise 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 (…)

7.1.2 Soweit die Beschwerdeführer vorbringen, für die Beurteilung der wirtschaftlichen Berechtigung an der RPR beziehungsweise der Millenium sei österreichisches Recht anwendbar, kann ihnen nicht gefolgt werden. Nach Art. 150 i.V.m. Art. 154 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (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, das heisst 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, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel 2007, 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 beziehungsweise 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 beziehungsweise 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 (…)

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 beziehungsweise 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 BVGer B-7126/2008 vom 20. Juli 2010 E. 6).

7.1.5 Diesbezüglich ist sodann die Praxis der Offenlegungsstelle der SWX 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 beziehungsweise Art. 9 BEHV-EBK verdichtet. Gemäss OLS muss ein Destinatär offengelegt werden, wenn dieser über offenlegungsrelevante Mitwirkungsrechte 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 SWX Swiss Exchange, Jahresbericht 2000, S. 3, Ziff. 3.1.3.6).

7.1.6 – 7.2 (…)

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 (…)

8.2 (…)

Festzuhalten ist (…), 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 beziehungsweise der Victory Einsitz hatte, zumal der von der österreichischen Finanzmarktaufsicht 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.

(…)

9. Es ist weiter zu prüfen, ob die beiden Beschwerdeführer in gemeinsamer Absprache nach Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG beziehungsweise 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 (…).

Eine gemeinsame Absprache nach Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG beziehungsweise 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 %-

Schwellenwertes 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 beziehungsweise der gemeinsamen Absprache hintenanstehen. Eine Koordination des gemeinsamen Verhaltens setzt somit eine bewusste intensive Kommunikation voraus (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 BGer 2A.500/2002 vom 24. März 2003 E. 3.5). Blosse Vermutungen sowie Möglichkeiten eines bestimmten Sachverhalts stellen hingegen keine hinreichende

Sachverhaltsfeststellung dar (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, 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 Deutschen Bank London (DBL) beziehungsweise 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 BGer 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. (…)

11. Wesentlich ist (…) 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, das heisst 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, das heisst 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 (…). 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. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). 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 beziehungsweise 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 (ZKB, NZB, Deutsche Bank AG, DBZ, DBL, 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 (…).

Gestützt auf die Akten ist festzuhalten, dass ähnlich wie im Fall Saurer (…) 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 (…) ersichtlich ist, wurde ein Teil der Aktien von der « Gegenpartei », das heisst der A.-Bank, geliefert (…).

Auf Grund von Aussagen von Händlern der ZKB kam die Untersuchungsbeauftragte KPMG Fides Peat (KPMG) bei der ZKB in

nicht zu beanstandender Weise zum Schluss, dass der Verkauf von SUN-Warrants an die A.-Bank beziehungsweise 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 beziehungsweise die B.-Bank führten demgegenüber nur 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 Anfang 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 (…). 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 Beschwerdeführer 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 (…).

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, das heisst, 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, 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 (…). Der Sulzer-Nostrobestand, das heisst die eigenen Effekten der ZKB, wurde von dieser nicht nur deltaneutral, sondern 1:1 zur Warrants-Position des Beschwerdeführers 1 ausgebaut. Diese ungewöhnlich hohe Absicherung der Sulzer-Optionspositionen und die bisherigen Erfahrungen der ZKB mit dem Beschwerdeführer 1 i. S. Saurer gegen Oerlikon deuten darauf hin, dass die ZKB davon ausgehen konnte beziehungsweise ausging, die Titel unabhängig von der Ausgestaltung der Optionen physisch an den Beschwerdeführer 1 liefern zu können.

Im Vorfeld der Offenlegungsmeldung der Everest GmbH 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 (…).

11.3.1 – 11.3.3 (…)

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. Mit

anderen Worten 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 beziehungsweise 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, Diss. 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 (…) 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 (aArt. 20 Abs. 1 BEHG).

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. (…)

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 aArt. 20 BEHG, 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 aArt. 20 BEHG vorhält. Demgegenüber stellte die Vorinstanz zu Recht fest, dass im Rahmen der Offenlegungsmeldung der Everest GmbH vom 26. April 2007 die beiden Beschwerdeführer unzulässigerweise nicht sich selbst als wirtschaftlich Berechtigte der RPR beziehungsweise der Millenium offenlegten (…). 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.