

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

26

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. X. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
B-7107/2009 und B-7139/2009 vom 15. Februar 2010

Internationale Amtshilfe bei Verdacht auf Marktmanipulation.**Art. 38 BEHG.**

1. Die British Columbia Securities Commission ist eine Finanzmarktaufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 Abs. 2 BEHG (E. 3).
2. Verdacht auf Marktmanipulation (E. 5.1–5.3).
3. Entkräftung des Verdachts auf Marktmanipulation (E. 5.4).
4. Umfang der Amtshilfe (E. 5.5).
5. Spontane Amtshilfe (E. 5.6).

Assistance administrative internationale en cas de soupçon de manipulation des marchés.**Art. 38 LBVM.**

1. La British Columbia Securities Commission est une autorité de surveillance des marchés financiers au sens de l'art. 38 al. 2 LBVM (consid. 3).
2. Soupçon de manipulation des marchés (consid. 5.1–5.3).
3. Levée du soupçon de manipulation des marchés (consid. 5.4).
4. Etendue de l'assistance administrative (consid. 5.5).
5. Assistance administrative spontanée (consid. 5.6).

Assistenza amministrativa internazionale in caso di sospetto di manipolazione del mercato.**Art. 38 LBVM.**

- 1. La British Columbia Securities Commission è un'autorità di vigilanza sui mercati finanziari ai sensi dell'art. 38 cpv. 2 LBVM (consid. 3).**
- 2. Sospetto di manipolazione del mercato (consid. 5.1–5.3).**
- 3. Eliminazione del sospetto di manipolazione del mercato (consid. 5.4).**
- 4. Estensione dell'assistenza amministrativa (consid. 5.5).**
- 5. Assistenza amministrativa spontanea (consid. 5.6).**

Am (Datum) ersuchte die United States Securities and Exchange Commission (SEC) die Eidgenössische Bankenkommision (EBK, seit dem 1. Januar 2009 Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA], Vorinstanz) um internationale Amtshilfe wegen Verdachts auf Marktmanipulationen im Zusammenhang mit Aktien der M. Gegenstand des Ersuchens sind über die X. durchgeführte Transaktionen.

Am (Datum) ersuchte auch die British Columbia Securities Commission (BCSC) die Vorinstanz um Amtshilfe wegen Verdachts auf Marktmanipulationen im Zusammenhang mit M.-Aktien. Gegenstand ihres Ersuchens sind über die X., die Y. sowie die Z. durchgeführte Transaktionen.

Mit Verfügung vom (Datum) vereinigte die Vorinstanz die genannten Amtshilfeverfahren und gab den Ersuchen beider Behörden vollumfänglich statt: Sie ordnete die Übermittlung der erbetenen Informationen an und entschied, der SEC im Sinne der spontanen Amtshilfe die selben Informationen zu übermitteln wie der BCSC, deren Ersuchen umfassender ist.

Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerin 1 und die Beschwerdeführerinnen 2–7 am (Datum) – zunächst getrennt, jedoch alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco Niedermann – Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Sämtliche Beschwerdeführerinnen beantragen, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und die Amtshilfe an die BCSC und die SEC zu verweigern. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die in Frage stehenden Unterlagen an die jeweiligen Finanzinstitute zu retournieren. Zudem beantragen die Beschwerdeführerinnen 2–7 eventualiter, den Amtshilfeersuchen sei lediglich in

eingeschränktem Umfang Folge zu leisten und die weiterzuleitenden Informationen seien auf bestimmte Unterlagen zu beschränken. Die Beschwerdeführerinnen 1 und 7 rügen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Beschwerdeführerinnen 2–7 machen im Wesentlichen geltend, die Kursveränderungen des M.-Titels im Sommer (Jahr) rechtfertigten keinen Verdacht auf Marktmanipulation. Zur Begründung legen sie ausführlich dar, welche Umstände (Strukturänderungen der Gesellschaft, kursrelevante Informationen gegenüber der Öffentlichkeit, Aufbau einer ungedeckten Shortposition durch einen ehemaligen SEC-Beamten) zu den Kursveränderungen geführt haben sollen. Die beiden Amtshilfeersuchen würden zudem das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen und stellten mangels ausreichenden sachlichen Zusammenhangs zwischen dem untersuchten Sachverhalt und den in Frage stehenden Unterlagen eine unzulässige reine Beweisausforschung dar.

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 38 Abs. 2 Bst. a und b des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) darf die Aufsichtsbehörde ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und sachbezogene Unterlagen übermitteln, sofern die Informationen ausschliesslich zur Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (sog. Spezialitätsprinzip) und die ersuchenden Behörden an ein Amts- und Berufsgeheimnis gebunden sind; dabei bleiben Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren und die Orientierung der Öffentlichkeit über solche vorbehalten (sog. Vertraulichkeitsprinzip).

3.1 Die SEC ist eine ausländische Aufsichtsbehörde, der die Vorinstanz im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BEHG Amtshilfe leisten kann (vgl. Urteil des BVGer B-3053/2009 vom 17. August 2009 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Sie sichert in ihrem Gesuch die Zweckgebundenheit und vertrauliche Behandlung der Informationen zu. Der angefochtene Entscheid enthält in den Ziffern 3 und 4 des Dispositivs die entsprechenden Vorbehalte.

Damit sind in dieser Hinsicht die Voraussetzungen für die Leistung von Amtshilfe an die SEC ohne Weiteres gegeben.

3.2 Mit Bezug auf die BCSC als ersuchende Behörde machen die Beschwerdeführerinnen geltend, in Amtshilfeverfahren nach Börsenrecht gehe es ausschliesslich um die Durchsetzung marktaufsichtsrechtlicher Regeln an jenem Markt, auf welchem mutmassliche Unregelmässigkeiten festgestellt würden. Dies sei vorliegend nicht derjenige der kanadischen Provinz British Columbia. Zudem sei gemäss British Columbia Securities Act (section 175) ausschliesslich der British Columbia Supreme Court für die Beschaffung von Auskünften und Beweisunterlagen im Ausland zur Durchsetzung der Aufsichtsregeln am Heimmarkt ermächtigt. Schliesslich seien K. und L., die als Ziel der Ermittlungen der BCSC genannt seien, keine « stock promoters », nämlich Personen, die Dritten gegenüber Effekten vermarkteten. Sie seien zwar ursprünglich in British Columbia als Broker tätig gewesen, seit 1997 kümmerten sie sich jedoch nur noch um ihre eigenen Investments. Den Beschwerdeführerinnen könne die Beweislast für dieses Negativum nicht auferlegt werden.

3.2.1 Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung fest, die BCSC sei die für die Überwachung des Wertschriftenmarkts und dessen Händler in British Columbia zuständige Behörde. Sie habe im Amtshilfeersuchen ihre Aufsichtsfunktionen beschrieben und zugesichert, die schweizerischen Amtshilfebedingungen erfüllen zu können. Die territoriale Zuständigkeit der BCSC, die von den Beschwerdeführerinnen angezweifelt werde, sei trotz Aktiengeschäften in einem Drittstaat eindeutig gegeben, da die wirtschaftlich Berechtigten, die die Aufträge für die in Frage stehenden Transaktionen erteilt hätten, in British Columbia als « stock promoters » tätig seien. Unter diesen Umständen könnten die herauszugebenden Informationen auch in British Columbia aufsichtsrechtlich von Bedeutung sein. Damit sei ein genügender Bezug zu dem von der BCSC beaufsichtigten Finanzmarkt erstellt.

In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, für das vorliegende Verfahren sei es ohne Bedeutung, ob K. und L. in British Columbia als « stock promoters » tätig seien. Die BCSC habe nämlich bereits in der Vergangenheit die finanzmarktrechtlich relevanten Aktivitäten einer lediglich in British Columbia wohnhaften und von dort aus auf beziehungsweise im amerikanischen Markt tätigen Privatperson untersucht. Allein die Tätigkeit von Kanada aus habe ausgereicht, um die Zuständigkeit der BCSC zu begründen. Zudem könne die Schweiz in analog gelagerten Fällen bei der Rechtshilfe in Strafsachen die Zuständigkeit einer ersuchenden Behörde nur im Falle offensichtlich missbräuchlicher Gesuchstellung verneinen, da die Auslegung des Rechts des ersuchenden Staats Sache jener Behörde selbst sei. Nichts anderes müsse deshalb hin-

sichtlich der BCSC gelten. Auf Grund des Wohnsitzes von K. und L. sei die Zuständigkeit der BCSC für die Untersuchung der beiden, letztlich allein oder gemeinsam an den vorliegend Beschwerde führenden Gesellschaften wirtschaftlich berechtigten Personen gegeben.

3.2.2 Die BCSC ist « Associate Member » der International Organisation of Securities Commission. Sie ist die in der Provinz British Columbia für die Überwachung des Wertschriftenmarktes und dessen Händler zuständige Behörde (British Columbia Securities Act [Securities Act], Revised Statutes of British Columbia 1996, chap. 418, section 57).

Gemäss ihrem Amtshilfeersuchen vom (...) ermittelt die BCSC wegen Verdachts auf Marktmanipulationen im Zusammenhang mit M.-Titeln; sie nennt als Ziel ihrer Ermittlungen K. und L., « residents of British Columbia » und « well known stock promoters in British Columbia ».

Mit Bezug auf die Zuständigkeit der BCSC wird in section 142 Securities Act (« Investigation order by commission ») Folgendes festgehalten:

1. The commission may, by order, appoint a person to make an investigation the commission considers expedient
 - a) for the administration of this Act,
 - b) to assist in the administration of the securities or exchange contracts laws of another jurisdiction,
 - c) in respect of matters relating to trading in securities or exchange contracts in British Columbia, or
 - d) in respect of matters in British Columbia relating to trading in securities or exchange contracts in another jurisdiction.
2. In its order, the commission must specify the scope of an investigation to be carried out under subsection (1).

Es ist unbestritten, dass K. und L. kanadische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Vancouver und jeweils allein oder gemeinsam an den vorliegend Beschwerde führenden Gesellschaften wirtschaftlich berechtigt sind. Damit stellen ihre Marktaktivitäten auf Grund ihres Wohnsitzes in British Columbia « matters in British Columbia » dar, die auf Grund der Käufe von M. an der US-Börse durch die Beschwerdeführerinnen « relating to trading in securities in another jurisdiction » sind. Damit sind die Voraussetzungen für die Zuständigkeit der BCSC gemäss section 142, Abs. 1 Bst. d Securities Act erfüllt und die Frage, ob K. und L. tatsächlich « well known stock promoters » sind beziehungsweise ob durch ihre Aktivitäten kanadische Anleger geschädigt wurden, für die Zuständigkeit der BCSC nicht von Bedeutung.

3.2.3 Die Beschwerdeführerinnen machen unter Berufung auf section 175 Securities Act (« Extrajurisdictional evidence ») geltend, für die Beschaffung von Auskünften und Beweisunterlagen im Ausland sei ausschliesslich der British Columbia Supreme Court ermächtigt. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

On an application made by the commission, if it appears to the Supreme Court that a person outside British Columbia may have evidence that may be relevant to

- a) an investigation ordered by the commission under section 142, or
- b) a hearing required or permitted under this Act,

the Supreme Court may issue a letter of request directed to the judicial authority of the jurisdiction in which the person to be examined is believed to be located.

Dem Einwand der Beschwerdeführerinnen ist entgegen zu halten, dass section 175 Untersuchungen gegen Personen « outside British Columbia » regelt, worunter K. und L., wie dargelegt, nicht fallen. Deshalb schliesst diese Bestimmung die Zuständigkeit der BCSC im vorliegenden Fall nicht aus.

3.2.4 Aus den genannten Gründen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die BCSC eine Finanzmarktaufsichtsbehörde im Sinne von Art. 38 Abs. 2 BEHG ist.

4 (...)

5. In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, den Amtshilfeersuchen der BCSC und der SEC liege jeweils kein genügend konkreter Verdacht auf eine Marktmanipulation zugrunde. Die beiden Amtshilfeersuchen stellten eine reine Beweisausforschung dar, und der angefochtene Entscheid verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, einen allfälligen Verdacht entkräften zu können und begründen dies ausführlich.

Eventualiter beantragen die Beschwerdeführerinnen, den Amtshilfeersuchen sei lediglich in eingeschränktem Umfang Folge zu leisten; in den herauszugebenden Unterlagen seien sämtliche nicht mit M.-Titeln in direktem Zusammenhang stehenden (Konto-)Bewegungen abzudecken.

5.1 Gemäss Art. 38 Abs. 4 BEHG berücksichtigt die Aufsichtsbehörde bei ihrem Entscheid über die Gewährung und den Umfang der Amtshilfe den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Mit dieser gesetzlichen Regelung wurde per 1. Februar 2006 der allgemeine Rechtsgrundsatz ausdrücklich im Gesetz verankert und auf die dazu bestehende, differen-

zierte bundesgerichtliche Praxis Bezug genommen (vgl. Botschaft zur internationalen Amtshilfe, BBl 2004 I 6747, 6766 f.). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht der internationalen Amtshilfe wird die Verhältnismässigkeit einerseits durch das Verbot konkretisiert, Informationen über Personen zu übermitteln, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (unbeteiligte Dritte), und andererseits durch die Pflicht, sachbezogene, das heisst für die Abklärung des in Frage stehenden Verdachts potentiell relevante Informationen zu übermitteln.

Da im Zeitpunkt eines Amtshilfeersuchens beziehungsweise der Übermittlung von Informationen in der Regel noch nicht feststeht, ob diese der ersuchenden Behörde dienlich sein werden, sind an das Vorliegen eines Verdachts auf Verletzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und -händler keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Es genügt vielmehr, wenn die Informationen zur Durchführung des ausländischen Aufsichtsverfahrens potentiell relevant erscheinen und dies im Gesuch angemessen dargetan ist. Konkret muss die ersuchende Aufsichtsbehörde den Sachverhalt darstellen, welcher ihren Verdacht auslöst, die gesetzlichen Grundlagen der Untersuchung nennen sowie die benötigten Informationen und Unterlagen aufführen. Es reicht, wenn in diesem Stadium erst Indizien oder abstrakte Hinweise auf eine mögliche Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften angeführt werden. Das BGer hat im Zusammenhang mit einer vermuteten Marktmanipulation wiederholt festgehalten, die ersuchte Behörde müsse lediglich prüfen, ob genügend Indizien für eine mögliche Marktverzerrung vorliegen würden. Es genüge die Feststellung, dass die ersuchten Informationen nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stünden. Von den Behörden des ersuchenden Staates kann nicht erwartet werden, dass sie den Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darlegen, da bisher im Dunkeln gebliebene Punkte gestützt auf die ersuchten Informationen und Unterlagen erst noch geklärt werden müssen. Verboten sind jedoch reine Beweisausforschungen ohne hinreichend begründeten Verdacht, sogenannte « fishing expeditions » (vgl. BGE 129 II 484 E. 4.1, BGE 128 II 407 E. 5.2.1; BVGE 2007/28 E. 5; Urteil des BVGer B-3703/2009 vom 3. August 2009 E. 4.1 und Urteil des BVGer B-2980/2007 vom 26. Juli 2007 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

Die Vorinstanz ihrerseits hat sich nicht darüber auszusprechen, ob der dem Ersuchen zugrunde liegende Verdacht zutrifft. Sie ist vielmehr an die Darstellung des Sachverhalts gebunden, soweit diese nicht offensichtlich fehler- oder lückenhaft oder widersprüchlich erscheint und sich daraus hinreichende Anhaltspunkte für die untersuchte Unregelmässig-

keit ergeben. In ihrer Eigenschaft als um Amtshilfe ersuchte Behörde übt die Vorinstanz eine blosse « Hilfsfunktion » bei der Sachverhaltsermittlung aus, das heisst sie liefert lediglich unter den Voraussetzungen von Art. 38 BEHG spezifische Sachverhaltselemente. Die eigentlichen Abklärungen, wie die vollständige Sachverhaltsermittlung und die korrekte Auslegung und Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des ausländischen Aufsichtsrechts, obliegen der ausländischen Aufsichtsbehörde; erst sie hat die ihr amtshilfeweise gelieferten Informationen im Zusammenhang mit eigenen weiteren Abklärungen im Rahmen des Hauptverfahrens umfassend zu würdigen. Ist der Verdacht auf eine mögliche Rechtsverletzung im Ersuchen hinreichend und schlüssig dargetan, und gelingt es den an den kritischen Transaktionen beteiligten, in das Aufsichtsverfahren einbezogenen Personen nicht, den das Ausgangsbeziehungsweise Hauptverfahren auslösenden Verdacht zu entkräften, ist die Amtshilfe grundsätzlich zu gewähren (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.1 und 5.2.3; Urteil des BVGer B-3703/2009 vom 3. August 2009 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

5.2 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, eine blosse Behauptung sei nicht mit einem Verdacht gleichzusetzen. Eine Behauptung sei lediglich eine Darstellung eines Sachverhalts, ohne dass ersichtlich werde, ob dieser sich als Tatsache verwirklicht habe. Die Vorinstanz müsse die Verdachtsmomente zwar nicht selbst im Einzelnen abklären. Dies bedeute jedoch nicht, dass eine Behauptung in allgemeiner Form für die Begründung eines Verdachts genüge. Die BCSC und die SEC würden als Verdacht in den Raum stellen, die bei der M. im Sommer (Jahr) durchgeführten Änderungen der Gesellschaftsstruktur seien darauf angelegt gewesen, auf die Nachfrage nach M.-Titeln einzuwirken, um Shortverkäufer beziehungsweise deren Broker verheerenden Verbindlichkeiten auszusetzen. Die Beschwerdeführerinnen legen ausführlich dar, weshalb die von der BCSC genannten « share cancelations » und « forward splits » geschäftsmässig begründet gewesen seien. Sie seien offen durchgeführt und der amerikanischen Aufsichtsbehörde jeweils zeitgerecht gemeldet worden. Die statutarischen Strukturveränderungen der M. seien zudem von der Gesellschaft selbst, nicht von den Beschwerdeführerinnen veranlasst worden. Damit sei ein allfälliger Verdacht nach Massgabe des Zumutbaren entkräftet. Was die Darstellung der BCSC, « Canadian citizens were encouraged to purchase small blocks of shares in M. at \$ (...) per share, with an intention to creating an artificial share price » angehe, so sei diese derart allgemein, dass sie als lückenhaft zu bezeichnen sei. Es gebe keinerlei konkrete Angaben zu den genannten Käufen, und es würden auch keine kanadischen Bürger genannt, die in einem be-

stimmten Zeitraum kleinere Käufe getätigt haben sollten. Damit liege eine reine Beweisausforschung vor. Schliesslich fehle es auch an einem ausreichenden sachlichen Konnex zwischen dem angeblich untersuchten Sachverhalt und den Dokumenten, deren Herausgabe verlangt werde, da kein Zusammenhang zwischen den Strukturänderungen der M. oder den auf den Depots der Beschwerdeführerinnen durchgeführten Transaktionen und den in Frage stehenden Shortpositionen bestehe. Für einen « apparent fraud » gebe es keinen logisch nachvollziehbaren Hinweis.

5.3 Sowohl die SEC als auch die BCSC geben in ihren Amtshilfeersuchen an, sie führten eine Untersuchung wegen Verdachts auf Marktmanipulation mit M. Aktien im (...) (...) beziehungsweise im Zeitraum vom (...) bis zum (...) (...) durch. Sie legen in ihren Amtshilfeersuchen die gesetzlichen Grundlagen für ihre Untersuchungen (BCSC: Securities Act, section 57; SEC: Securities Act of 1993, section 17[a] und Securities Exchange Act of 1934, section 10[b]) und die Gründe für den geltend gemachten Verdacht dar. Diesen begründen sie im Wesentlichen mit der Tatsache, dass der Preis der M.-Aktie, der über längere Zeit unverändert gewesen sei, nach einem Aktiensplit im Verhältnis 100:1 Anfang (...), (...) atypisch gestiegen sei. In der Folge habe sich der Kurs bis zum (...) auf hohem Niveau gehalten und sei am (...) von \$ (...) auf \$ (...) abgestürzt. Es hätten keine unternehmensrelevanten Informationen vorgelegen, die die geschilderten Kursentwicklungen rechtfertigten. Die BCSC legt zudem dar, während des in Frage stehenden Zeitraums seien kanadische Staatsbürger dazu bewegt worden, kleine Mengen M.-Aktien zum Preis von \$ (...) zu kaufen, um einen künstlichen Preis zu schaffen. Ihr Verfahren richte sich gegen den Hauptaktionär der M. sowie die beiden « stock promoters » K. und L.

Der von der SEC und der BCSC geäusserte Verdacht auf Marktmanipulation ist angesichts der im Gesuch dargelegten Anhaltspunkte nachvollziehbar und hinreichend begründet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Darstellung der SEC oder der BCSC offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche enthält, welche die Zuverlässigkeit des Amtshilfegesuchs in Frage stellen würden. Wie dargelegt, wird von den ersuchenden Behörden nicht erwartet, dass sie den Sachverhalt lückenlos und völlig widerspruchsfrei darlegen; vielmehr werden sie bisher im Dunkeln gebliebene Punkte gestützt auf die ersuchten Informationen und Unterlagen erst noch zu klären haben. Auf Grund der Tatsache, dass es beim Handel mit M.-Aktien zu einer atypischen Kursentwicklung gekommen ist, beruht der geschilderte Sachverhalt auf hinreichend konkreten Indizien, die aufsichtsrechtlich untersuchungswürdig erscheinen, und es besteht ein genügend

dargelegter Verdacht auf Verletzung gesetzlicher Marktaufsichtsregeln. Von einer reinen Beweisausforschung kann deshalb keine Rede sein. Konkrete schriftliche Beweismittel für den Verdacht sind nicht erforderlich, insbesondere dann nicht, wenn es sich bei den in Frage stehenden Umständen um öffentlich bekannte Tatsachen wie Kursverläufe und andere über Internet erhältliche Informationen handelt und auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen oder vorgebracht werden, dass die von der ersuchenden Behörde behaupteten Sachverhaltsmomente lediglich fingiert sind.

Mit den von der SEC und der BCSC gelieferten Anhaltspunkten ist der nach der Rechtsprechung geforderte, hinreichend begründete Verdacht im Zusammenhang mit Marktmanipulationen gegeben.

5.4 Es bleibt zu prüfen, ob die Einwände der Beschwerdeführerinnen geeignet sind, den Verdacht der Marktmanipulation zu entkräften. Sie legen dazu ausführlich dar, welche Umstände (Strukturänderungen der Gesellschaft, kursrelevante Informationen gegenüber der Öffentlichkeit, Aufbau einer ungedeckten Shortposition durch einen ehemaligen SEC-Beamten) ihrer Ansicht nach zu den untersuchten Kursveränderungen geführt haben.

Um einen ein Amtshilfeverfahren auslösenden Verdacht entkräften zu können, muss ein Beschwerdeführer beispielsweise nachweisen, dass er mit dem in Frage stehenden Geschäft offensichtlich und unzweifelhaft nichts zu tun hat, weil ein umfassender Vermögensverwaltungsvertrag vorliegt und die Transaktion ohne sein Wissen erfolgte (vgl. BGE 128 II 407 E. 5.2.3). Dies trifft vorliegend nicht zu, wurden die Aufträge – mit Ausnahme zweier, die gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerinnen von der depotführenden Bank ohne Auftrag ausgeführt und danach wieder storniert wurden – doch unbestrittenermassen durch die Beschwerdeführerinnen als Kontoinhaberinnen erteilt. Sowohl das Volumen der Transaktionen als auch die Höhe eines allfälligen Gewinns oder Verlusts sind für die Begründung des Verdachts unerheblich.

Das Hauptargument der Beschwerdeführerinnen zur Entkräftung des Verdachts ist, dass die Kursentwicklung im untersuchten Zeitraum einzig auf die Publikation kursrelevanter Informationen zurückzuführen sei. Damit betreffen ihre ausführlichen Vorbringen einzig die genaueren Umstände der in Frage stehenden Transaktionen. Die Amtshilfe ist jedoch nicht schon dann unverhältnismässig, wenn der betroffene Kunde in mehr oder weniger plausibler Weise darzutun vermag, dass er seinen Kaufentscheid gestützt auf öffentlich zugängliche Informationen getroffen hat. Ob und inwiefern die in den Ersuchen dargelegten «share

cancelations » und « forward splits » geschäftsmässig begründet waren beziehungsweise ob die von den Beschwerdeführerinnen getätigten Transaktionen objektiv geeignet waren, um den Kurs der M.-Aktie künstlich zu beeinflussen, sind Fragen, deren Würdigung Aufgabe der BCSC und der SEC im jeweiligen Hauptverfahren sein wird, wenn sie auf Grund der eingeholten Auskünfte und ihrer übrigen Untersuchungen darüber entscheiden werden, ob es tatsächlich zu einer Verletzung börsenrechtlicher Vorschriften gekommen ist. Da es Aufgabe der ausländischen Behörde ist, über die Begründetheit des Verdachts im Hauptverfahren zu entscheiden, kann die Unterscheidung zwischen verdächtigen und unverdächtigen Transaktionen nicht Aufgabe der Vorinstanz sein. Dies umso weniger, als die Vorinstanz zu einer solchen Beurteilung – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt in der Lage wäre, da sie lediglich über die in der Schweiz eingeholten Auskünfte verfügt; auch durch das BVGer kann im Rahmen des Amtshilfeverfahrens keine derartige Würdigung der Sachverhaltselemente vorgenommen werden.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sind aus diesen Gründen nicht geeignet, den Verdacht auf Marktmanipulation, der sich aus den in den Amtshilfeersuchen der SEC und der BCSC geschilderten Umständen ergibt, zu entkräften.

5.5 Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrem Eventualbegehren, die Amtshilfe sei auf Informationen zu beschränken, die eine zeitliche Nähe zum Kursanstieg am (...) aufwiesen; Unterlagen betreffend Transaktionen vom (...) sowie (...) würden keinen zeitlichen Konnex zum untersuchten Sachverhalt aufweisen. Am sachlichen Konnex fehle es bei zwei Transaktionen vom (...), die nicht von den Kontoinhaberinnen in Auftrag gegeben worden seien, sondern von der depotführenden Bank ohne Auftrag ausgeführt und danach wieder storniert beziehungsweise fälschlich als Kauf statt Depotübertrag verbucht worden seien. Zudem seien bestimmte von den Beschwerdeführerinnen zunächst in Auftrag gegebene Umbuchungen von M.-Aktien auf andere Depots im (...) wieder storniert worden. In der Replik beantragen die Beschwerdeführerinnen schliesslich, sämtliche nicht mit M.-Titeln in direktem Zusammenhang stehenden (Konto-)Bewegungen seien abzudecken.

5.5.1 Die SEC und die BCSC ersuchen um die Zustellung von Kontoauszügen ab dem (...) beziehungsweise (...). Bisher wurde in der Rechtsprechung zur börsenrechtlichen Amtshilfe kein zeitlicher Rahmen für das Vorliegen eines genügenden Bezugs zum untersuchten Sachverhalt festgelegt. Es kann aber darauf hingewiesen werden, dass sogar ein Zeitraum von über einem Jahr als genügend beurteilt wurde (vgl. Urteil des

BVGer B-1589/2008 vom 2. Juni 2008 E. 6.4). Es liegt im Ermessen der ersuchenden Aufsichtsbehörde festzulegen, welche Informationen sie für die Durchführung ihres Verfahrens benötigt. Die Vorinstanz wird dies kaum abschliessend überprüfen können. Sie ist im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nur gehalten, keine Informationen zu übermitteln, die für das ausländische Verfahren nicht potentiell relevant erscheinen (vgl. HANS-PETER SCHAAD, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Börsengesetz, Basel 2007, N. 126 zu Art. 38).

In zeitlicher Hinsicht erscheint die Herausgabe von Informationen über Transaktionen, die sechs bis sieben Monate vor dem untersuchten Kursanstieg im (...) erfolgt sind, mit dem Ziel, die SEC und die BCSC in die Lage zu setzen, dessen Hintergründe zu untersuchen, nicht per se als unverhältnismässig. Ein Kursanstieg kann nicht isoliert betrachtet und untersucht werden; beim Tatbestand der Marktmanipulation ist zu erwarten, dass die Urheber in einem kritischen Zeitpunkt, das heisst vor beziehungsweise nach der Phase des atypischen Kursanstiegs, entsprechende Banktransaktionen tätigen. Vorliegend rechtfertigt sich die Untersuchung der genannten Zeitspanne insbesondere mit Blick auf die vor dem (...) aufgebaute Shortposition. Die Beschwerdeführerinnen legen im Übrigen auch nicht dar, dass im Vorfeld des Kursanstiegs getätigte Transaktionen mit M.-Titeln keinen Bezug zu diesem haben beziehungsweise haben können.

5.5.2 Bei der börsengesetzlichen Amtshilfe bleibt grundsätzlich kein Raum für eine eigenständige Anwendung des Art. 6 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1). Art. 38 BEHG enthält vielmehr eine eigene, spezifische Datenschutzregelung, welche dem Datenschutzgesetz vorgeht (vgl. Urteil des BVGer B-5297/2008 vom 5. November 2008 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

Wer in der kritischen Zeitspanne M.-Aktien gekauft beziehungsweise verkauft hat, unterliegt dem dargelegten Verdacht und kann nicht als unbeteiligter Dritter gelten. Dies ist mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich unbestritten und aktenkundig; K. und L. – die im Ersuchen der BCSC auf Grund ihrer Beziehungen zum Hauptaktionär der M. namentlich aufgeführt sind – haben als wirtschaftlich Berechtigte Transaktionen mit M.-Titeln über die Konten der Beschwerdeführerinnen getätigt, womit diese wiederum nicht als unbeteiligte Dritte gelten.

Was die stornierten Aufträge und die von der Beschwerdeführerinnen exemplarisch aufgeführten Kreditkartenbelastungen, Währungskäufe, Rechnungsbegleichungen und dergleichen angeht, so ist es nicht Sache

der Vorinstanz, darüber zu befinden, ob und welche der darin enthaltenen Informationen zur Abklärung des Verdachts dienlich sind. Es genügt, wenn die Informationen zur Abwicklung des ausländischen Aufsichtsverfahrens potentiell geeignet erscheinen, also nicht ohne jeden Bezug zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen. Gleiches gilt für die zwei Transaktionen im (...), bezüglich derer die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Bank hätte diese ohne ihren Auftrag durchgeführt und wieder storniert. Wie bereits dargelegt, lassen sich die verschiedenen, über die Konten der Beschwerdeführerinnen getätigten Transaktionen von den schweizerischen Vollzugsbehörden nicht in verdächtige und unverdächtige aufteilen. Kontobewegungen, die in einem hinreichend nahen zeitlichen Zusammenhang zu den vermuteten Unregelmässigkeiten stehen, können vielmehr bei der Abklärung des Verdachts dienen und sind damit als potentiell erheblich einzustufen. Im Übrigen ist es gerade Sinn eines Amtshilfeverfahrens, den ersuchenden Behörden zu ermöglichen, generell Unregelmässigkeiten im fraglichen Marktzusammenhang abzuklären, also auch allfällige Verfehlungen Dritter, wozu die ersuchten Informationen ohne weiteres dienen können.

Es ist somit kein Grund ersichtlich, die an die BCSC und SEC zu überliefernden Unterlagen auf einen bestimmten Zeitraum zu begrenzen, einzelne Textstellen integral unleserlich zu machen oder nicht zu übermitteln. Die Eventualbegehren der Beschwerdeführerinnen sind unbegründet und abzuweisen.

5.6 Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz angeordnet, der SEC die gleichen Informationen zu übermitteln, wie der BCSC, deren Ersuchen umfassender ist, was auf eine spontane Amtshilfe hinausläuft.

Unter spontaner Amtshilfe versteht man diejenige Informationsübermittlung an ausländische Behörden, welche ohne oder ohne konkretes Ersuchen erfolgt. Im Bereich der internationalen Amtshilfe in Börsensachen hat das BGer wiederholt entschieden, dass die FINMA grundsätzlich befugt ist, Informationen spontan und sogar ohne konkrete Anfrage zu liefern, wenn diese aufsichtsrechtlich relevant sind. Nach dieser Praxis setzt Art. 38 BEHG gerade nicht ein ausdrückliches Amtshilfeersuchen voraus (vgl. BGE 126 II 409 E. 6c/aa, BGE 125 II 65 E. 7; Urteil des BGer 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3.1; Urteil des BVGer B-6040/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Die selbständige oder antizipierte spontane Amtshilfe bezeichnet die spontane Übermittlung von Informationen ohne vorgängiges Amtshilfeersuchen, während die ergänzende spontane Amtshilfe die zusätzliche Amtshilfeleistung im

Rahmen eines bereits gestellten Amtshilfegesuchs darstellt (vgl. SCHAAD, a. a. O., N 94 ff.). Gegenstand der selbständigen spontanen Amtshilfe können jedoch nur öffentlich zugängliche Informationen sein. Für die Zulässigkeit der ergänzenden spontanen Amtshilfe ist einerseits zwischen nicht-kundenbezogenen Informationen, namentlich solchen Informationen, welche den Effektenhändler selber und nicht seine Kunden betreffen, und andererseits kundenbezogenen Informationen zu unterscheiden. Mit Bezug auf die Ergänzung der Informationsübermittlung mittels nicht-kundenbezogener Daten hat das BGer in ständiger Rechtsprechung die Zulässigkeit der spontanen Amtshilfe bejaht (vgl. BGE 126 II 409 E. 6c/aa, BGE 125 II 65 E. 7). Bezieht sich diese ergänzende spontane Amtshilfe auf kundenbezogene Informationen und stimmt ihr der betroffene Kunde nicht zu, so ist sie hingegen nur zulässig, wenn zur Ermöglichung des Kundenschutzverfahrens eine entsprechende Verfügung erlassen wird (vgl. SCHAAD, a. a. O., N 95 f.).

Die Vorinstanz hat vorliegend die Informationsübermittlung im Sinne der ergänzenden spontanen Amtshilfe angeordnet. Bei den weiteren gegenüber dem Ersuchen der SEC zusätzlichen Unterlagen handelt es sich um solche, die Transaktionen mit M.-Titeln betreffen, die über die X., die Y. sowie die Z. durchgeführt wurden. Da den Untersuchungen der SEC und der BCSC im Wesentlichen der gleiche Sachverhalt zu Grunde liegt, rechtfertigt es sich, den beiden Behörden auch die gleichen Unterlagen zu übermitteln. Die zusätzlichen Informationen sind aufsichtsrechtlich von Bedeutung, weil es sich dabei um Informationen zum Handel mit M.-Aktien in dem von den Amtshilfegesuchen abgedeckten Zeitraum handelt. Deshalb können diese Daten auch im Verfahren der SEC zu einer sachgerechten Entscheidung beitragen (vgl. Urteil des BGer 2A.50/2005 vom 16. März 2005 E. 2.3 und Urteil des BGer 2A.170/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3.2).

Abgesehen von der grundsätzlich ablehnenden Haltung gegenüber der verfügbaren Amtshilfe widersetzen sich die Beschwerdeführerinnen der Übermittlung zusätzlicher Informationen an die SEC, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angeordnet hat, denn auch nicht.