

# **BGer 2A.334/2006 vom 10. Oktober 2006**

Bundesgericht, 2006-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2A.334\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2A.334_2006)

FR: TF 2A.334/2006 du 10 octobre 2006

IT: TF 2A.334/2006 del 10 ottobre 2006

## **Regeste**

Öffentliches Umtauschangebot, Ablehnung einer Empfehlung der Übernahmekommission |  
Wirtschaft

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission als Börsenaufsichtsbehörde unterliegen unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ( Art. 39 BEHG ; BGE 129 II 183 E. 3.2.1).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 103 lit. a OG ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Im Allgemeinen ist ein Interesse im Sinne dieser Bestimmung nur schutzwürdig, wenn der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles, praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat ( BGE 128 II 34 E. 1b S. 36, mit Hinweis). Das Bundesgericht verzichtet ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen Interesses, wenn sich die aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden kann ( BGE 131 II 670 E. 1.2, mit Hinweis).

### **E. 1.3**

Gestützt auf die in der angefochtenen Verfügung der Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission vom 3. Mai 2006 festgestellten rechtlichen Mängel des Umtauschangebotes vom 28. März 2006 haben die Motor-Columbus und die Atel zunächst den Fusionsvertrag vom 23. März 2006 aufgehoben. Am 1. Juni 2006 hat die Beschwerdeführerin sodann den Angebotsprospekt für das öffentliche Umtauschangebot entsprechend geändert. Nachdem sich die AEM S.p.A. zur Änderung des öffentlichen Umtauschangebotes geäußert hatte, stellte die Übernahmekommission mit Empfehlung (VII) vom 12. Juni 2006 fest, dass das geänderte Angebot gesetzeskonform sei; hingegen sei die Angebotsfrist bis zum 27. Juni 2006 zu verlängern. Nachdem die AEM S.p.A. auch diese Empfehlung abgelehnt hatte, stellte die Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission in Bestätigung der Empfehlung VII mit Verfügung vom 4. Juli 2006 fest, das geänderte Umtauschangebot entspreche nun - nach der Aufhebung des Fusionsvertrages und damit dem Wegfall des ursprünglich geplanten "reverse merger" - dem Börsengesetz. Gegen diese Verfügung hat die AEM S.p.A. am 4. September 2006 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben (Verfahren 2A.508/2006). Die Beschwerdeführerin hat damit, ohne dass ihr in der angefochtenen Verfügung

entsprechende Auflagen gemacht worden wären, ihr öffentliches Umtauschangebot - welches inzwischen abgeschlossen ist und in dessen Rahmen der Motor-Columbus insgesamt 16'640 Atel-Aktien (entsprechend 0,55 % des Aktienkapitals der Atel) angedient wurden - im Sinne der angefochtenen Verfügung abgeändert. Unter diesen Umständen hatte sie bereits bei Einreichung der vorliegenden Beschwerde kein aktuelles Interesse mehr an der Aufhebung der Verfügung. Auf die Beschwerde könnte daher nur eingetreten werden, wenn sich die gerügte Rechtsverletzung jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre. Diese Voraussetzung ist in Bezug auf die im angefochtenen Entscheid behandelte materielle Frage, ob das von der Beschwerdeführerin unterbreitete öffentliche Umtauschangebot - auch unter Berücksichtigung der vergleichsweise geringen Liquidität der zum Tausch angebotenen Titel - den gesetzlichen Anforderungen genüge, nicht erfüllt, denn es ist nicht damit zu rechnen, dass sich diese Frage unter gleichen oder ähnlichen Umständen je wieder stellen könnte; dazu sind im vorliegenden Fall die speziellen konkreten Umstände des Einzelfalles zu massgebend. Anders verhält es sich hingegen hinsichtlich der Frage der verfahrensrechtlichen Stellung des Minderheitsaktionärs (Beschwerde Ziff. IV/1, S. 14 ff.) bzw. der damit zusammenhängenden Frage der Zulässigkeit des Verfahrens vor der Vorinstanz (Beschwerde Ziff. IV/2, S. 26 ff.). Bejaht die Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommision die Legitimation des Minderheitsaktionärs, als Intervenant eine Empfehlung der Übernahmekommision bei ihr abzulehnen, und heisst sie dessen Einwände materiell mindestens teilweise gut, so lässt sich nicht bestreiten, dass der Unternehmer in eine Zwangslage gerät und sein Angebot - zu dessen Erlass er verpflichtet ist - entsprechend anpassen muss, wenn er den Umtausch dennoch innert den gesetzlich vorgesehenen Fristen zum Abschluss bringen will; die streitige Frage könnte in diesem Fall dem Bundesgericht nie rechtzeitig zur Beurteilung unterbreitet werden. Denkbar - wenn unter Umständen auch nur schwer zumutbar - wäre indessen auch ein Rückzug des Umtauschangebotes, bis entschieden ist, wie das Angebot lauten muss; nach dem Entscheid des Bundesgerichts könnte sodann das Angebot, allenfalls geändert, neu unterbreitet werden. Ist streitig, ob überhaupt eine Angebotspflicht besteht, dauert diese Ungewissheit ebenfalls bis zu einem allfälligen Entscheid des Bundesgerichts (vgl. BGE 130 II 530 ). Bejaht hingegen die Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommision - wie im vorliegenden Fall - die Legitimation des Minderheitsaktionärs und lehnt sie dessen Begehren materiell ab, so kann das Bundesgericht die Frage nach seiner verfahrensrechtlichen Stellung überprüfen, wenn der Minderheitsaktionär Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhebt, ohne dass dadurch der Anbieter in eine Zwangslage geriete. So verhält es sich denn auch hier, war doch die Minderheitsaktionärin AEM S.p.A. auch mit dem geänderten bzw. angepassten Umtauschangebot nicht einverstanden. Sie hat sich gegen die diesbezügliche positive Empfehlung VII der Übernahmekommision erfolglos an die Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommision gewandt, gegen deren Verfügung vom 4. Juli 2006 sie am 4. September 2006 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben hat. Es trifft somit nicht zu, dass eine rechtzeitige Prüfung der streitigen Frage der Legitimation der Minderheitsaktionärin im Einzelfall nie möglich wäre. Auch die Beschwerdeführerin selber ging offensichtlich davon aus, dass nach der Änderung des Umtauschangebotes vom 1. Juni 2006 kein aktuelles Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe, wiesen doch Motor-Columbus und Atel in ihrer am selben Tag veröffentlichten gemeinsamen Internet-Mitteilung darauf hin, dass nach Durchführung des angepassten Umtauschangebotes ein Rückzug der

Verwaltungsgerichtsbeschwerde absehbar sei.

## **E. 2**

Aus diesen Gründen ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht zu tragen ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Zudem hat sie der Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 159 OG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.