

BVGer B-635/2008 vom 18. Dezember 2008

Bundesverwaltungsgericht, 2008-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-635_2008

FR: TAF B-635/2008 du 18 décembre 2008

IT: TAF B-635/2008 del 18 dicembre 2008

Regeste

Wirtschaft ? Technische Zusammenarbeit (Übriges)

Erwägungen

E. 1.1

Gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG. Um eine solche handelt es sich beim angefochtenen Entscheid. Die Eidgenössische Bankenkommision ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts i.S.v. Art. 33 Bst. f VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde OrchideHEH zuständig. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.2

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, von der angefochtenen Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerinnen haben am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sind als Adressatinnen der Verfügung in besonderem Masse vom angefochtenen Entscheid betroffen.

E. 1.3

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Verfügung einen Nachteil erlitten haben. Es stellt sich hingegen die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen an einer Aufhebung bzw. Änderung der angefochtenen Verfügung zum heutigen Zeitpunkt noch ein aktuelles und praktisches Interesse haben.

E. 1.3.1

Ein Rechtsschutzinteresse ist dann aktuell, wenn der durch die angefochtene Verfügung erlittene OrchideHEHNachteil im Zeitpunkt des Entscheids noch besteht (Isabelle Häner in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Rz. 21 zu Art. 48). Um ein praktisches Interesse handelt es sich, wenn besagter Nachteil im Fall einer Gutheissung der Beschwerde beseitigt würde (BGE 128 II 34 E. 1b). Folge mangelnden Rechtsschutzinteresses ist ein Nichteintretensentscheid, sofern das Interesse schon vor der Einreichung der Beschwerde nicht mehr bestand. Fällt das Rechtsschutzinteresse hingegen nach Einreichung der Beschwerde dahin, ist das Verfahren bzw. der entsprechende Verfahrensteil gegenstandslos zu erklären (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich

1998, Rz. 681 f.). In der vorliegend zu beurteilenden Verfügung vom 12. Dezember 2007 wird festgestellt, dass die von den Beschwerdeführerinnen abstrakt umschriebene Investitionsstrategie offenkundig rechtlich relevant ist. Die angefochtene Verfügung geht nicht über diese generelle Feststellung hinaus. Die Beschwerdeführerinnen haben jedoch bereits vor der Gesuchseingabe an die Offenlegungsstelle vom 13. Juli 2007 mit der Umsetzung der von ihnen umschriebenen Investitionsstrategie begonnen. Dies, obwohl der Zweck eines Vorabentscheids i.S.v. Art. 20 Abs. 6 BEHG in der Prüfung offenkundig rechtlicher Fragen vor der Umsetzung der Investitionsstrategie liegt. Das Verhalten der Beschwerdeführerinnen hatte ein von der Vorinstanz eröffnetes Parallelverfahren zur Folge, welches sie mit Verfügung vom 7. März 2008 abschloss und feststellte, die Beschwerdeführerinnen hätten im April 2007 die Meldepflicht gemäss Art. 20 BEHG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 BEHV-EBK in ihrer damaligen Fassung verletzt. Auch gegen diese Verfügung führten die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 24. April 2008 Beschwerde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2775/2008 vom 18. Dezember 2008). Durch die Verfügung der Vorinstanz vom 7. März 2008 wurde die Rechtsfrage der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die bis am 30. November 2007 geltende Rechtslage beantwortet. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerinnen daran, die weitgehend selbe Rechtsfrage in Bezug auf die vorliegend angefochtene Verfügung vom 12. Dezember 2007 nochmals in einem abstrakten Kontext beantwortet zu haben, ist folglich nicht gegeben. Dies umso weniger, als an der Überprüfung der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 12. Dezember 2008 auch kein praktisches Interesse mehr bestünde: Indem im Parallelverfahren festgestellt wurde, dass die Beschwerdeführerinnen durch ihre Investitionsstrategie die Meldepflicht gemäss Art. 20 BEHG i.V.m. Art. 9 Abs. 3 BEHV-EBK in ihrer damaligen Fassung verletzt haben, könnte ein allfälliger rechtlicher oder faktischer Nachteil durch die Gutheissung der vorliegenden Beschwerde auch nicht mehr beseitigt werden. Die Beschwerdeführerinnen reichten ihre Beschwerde gegen die vorliegend angefochtene Verfügung am 28. Januar 2008 ein. Die Vorinstanz stellte im Parallelverfahren mit Verfügung vom 7. März 2008 fest, dass die Beschwerdeführerinnen die Meldepflicht unter der damaligen Rechtslage verletzt haben. Das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerinnen für den Hauptantrag fiel demnach nach Einreichung der Beschwerde und durch den Erlass der vorinstanzlichen Verfügung vom 7. März 2008 im Parallelverfahren dahin, weshalb die Rechtsfolge die Gegenstandslosigkeit ist. Das Begehren, wonach festzustellen sei, dass die Beschwerdeführerinnen für die Zeit bis zum 30. November 2007 durch die von ihnen gewählte Investitionsstrategie keiner Offenlegungspflicht unterlagen, ist demzufolge mangels eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses gegenstandslos geworden und abzuschreiben.

E. 1.3.2

Grundsätzlich anders präsentiert sich die Interessenlage der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf das Eventualbegehren, wonach festzustellen sei, dass die Beschwerdeführerinnen durch die gewählte Investitionsstrategie keiner Offenlegungspflicht gemäss Art. 20 BEHG in seiner ab dem 1. Dezember 2007 gültigen Fassung unterstehen. Der Entscheid im Parallelverfahren bezieht sich ausschliesslich auf die Rechtslage bis zum 30. November 2007, nicht jedoch auf die danach in Kraft getretene Rechtslage. Wie in E. 1.3.1 ausgeführt, handelte es sich bei der durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung behandelten Rechtsfrage um eine abstrakte. Dies hat zur Folge, dass sich die Rechtsfrage nicht lediglich für die Zeit bis zum 30. November 2007 stellen kann, sondern auch für die Zeit danach. Dies umso mehr, als sich die Vorinstanz auch zur Rechtslage ab dem 1. Dezember 2007

äusserte und die angefochtene Verfügung teilweise in Anwendung von Art. 20 Abs. 2bis BEHG erliess, welcher zur Zeit des für das Parallelverfahren massgeblichen Sachverhalts noch nicht in Kraft war. Insofern hat die Vorinstanz innerhalb der angefochtenen Verfügung eine Rechtsfrage beurteilt, welche sich im Parallelverfahren nicht stellte. Am 22. Juni 2007 hat das Parlament nach der geplanten Übernahme der Beschwerdegegnerin durch die Beschwerdeführerin Art. 20 Abs. 2bis BEHG erlassen, wobei u.a. und insbesondere die gewählte Übernahmestrategie der Beschwerdeführerinnen Anlass für die Gesetzesnovelle war (Votum Schneider-Ammann, Amtl. Bull. 2007 N 104). Die Beschwerdeführerinnen haben folglich ein aktuelles Interesse an der Nachprüfung, ob die Vorinstanz Art. 20 Abs. 2bis BEHG korrekt angewendet hat. Beim dargelegten Interesse handelt es sich auch um ein praktisches: die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Rechtsfrage könnte sich jederzeit wieder stellen. Es besteht demnach für die Beschwerdeführerinnen OrchideHEH sowie für eine nicht überschaubare Vielzahl anderer Investoren auch ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass in diesem Punkt Rechtssicherheit herrscht (Isabelle Häner, a.a.O., Rz. 22 zu Art. 48). Auf das Eventualbegehren, wonach festzustellen sei, dass die Beschwerdeführerinnen mit der von ihnen gewählten Investitionsstrategie für die Zeit ab dem 1. Dezember 2007 keiner Offenlegungspflicht gemäss Art. 20 BEHG unterliegen, ist demnach einzutreten.

E. 1.4

Unter Berücksichtigung des Fristenstillstands vom 18. Dezember 2007 bis und mit dem 2. Januar 2008 (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) ist die Beschwerde nach Art. 50 Abs. 1 rechtzeitig erhoben worden. Die Beschwerdeschrift erfüllt bezüglich Inhalt und Form Art. 52 Abs. 1 VwVG.

E. 2

Unter diesen Umständen ist zu prüfen und zu entscheiden, ob der Beteiligungsaufbau der Beschwerdeführerinnen an der Beschwerdegegnerin mittels CFD, welche zusammen mit Aktien der Beschwerdegegnerin die massgeblichen Grenzwerte überschreiten, i.S.v. Art. 20 Abs. 2bis BEHG offenlegungspflichtig ist.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerinnen bringen im Wesentlichen vor, Art. 20 Abs. 2bis BEHG sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, weil Derivate ohne Realerfüllung nur dann meldepflichtig seien, wenn sie einen Aktienerwerb in wirtschaftlicher Hinsicht ermöglichten. Damit dies der Fall sei, müsse im Markt eine Usanz bestehen, dass die aus dem Derivat berechnete Partei anstelle einer Barabrechnung eine Lieferung von Aktien verlangen könne. Wenn weder eine entsprechende Abrede noch eine Marktusanz bestehe, habe die berechnete Partei auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine Möglichkeit zu einem Aktienerwerb. Hinzu komme, dass die berechnete Partei die Derivate im Hinblick auf die Abgabe eines öffentlichen Kaufangebots erwerben müsse. Dies setze voraus, dass ein solcher Plan schon zum Zeitpunkt des Erwerbs des Derivats bestanden habe. Im vorliegenden Fall seien beide Voraussetzungen nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerinnen seien mit der Credit Suisse (CS) einen Vertrag eingegangen, welcher die CS nicht einmal verpflichtet habe, den Basiswert zu beschaffen, geschweige denn, diesen an die Beschwerdeführerinnen zu liefern. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen das Gesuch, welches zum vorliegenden Verfahren Anlass gegeben habe, ausschliesslich deshalb gestellt, weil sie ein Übernahmeangebot hätten vermeiden wollen. Ein Übernahmeangebot sei in der

Folge nur deshalb unterbreitet worden, weil die Beschwerdeführerinnen weder mit dem vorliegenden Gesuch noch mit dem Gesuch bzgl. Verkaufsgemeinschaft Erfolg gehabt hätten. Die Vorinstanz bestreitet die Darstellung der Beschwerdeführerinnen und bringt insbesondere vor, die Beschwerdeführerinnen hätten jederzeit vorgehabt, ihre Beteiligung an der Beschwerdegegnerin auf über 331/3% zu erhöhen. Dabei sei nicht massgeblich, ob die Beschwerdeführerinnen vorgehabt hätten, ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten oder nicht. Massgebend sei lediglich der Wille zur Kontrolle der Beschwerdegegnerin.

E. 2.2

Art. 20 Abs. 2bis BEHG lautet folgendermassen: "Als indirekter Erwerb gelten namentlich auch Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot zu erwerben."

E. 2.2.1

Inwiefern es den Beschwerdeführerinnen tatsächlich wirtschaftlich nicht möglich (gewesen) sein soll, über CFD Beteiligungspapiere zu erwerben, ist nicht ersichtlich. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst vorbringen, braucht es keine vertragliche Abrede, um mittels CFD Beteiligungspapiere zu erwerben (Beschwerdeschrift S. 8, 12 ff., 20, 24). Ebensowenig muss das zwecks Erwerb beigezogene Derivat eine Realerfüllung zum Gegenstand haben. Vielmehr reicht es aus, dass die Möglichkeit besteht, sich bei Auflösung des CFD die Differenz mit dem Basiswert begleichen zu lassen, oder gar, den Basiswert nach dessen Freiwerden beim Schreiber der CFD zu erwerben. Ob diesbezüglich im Zusammenhang mit CFD und anderen Derivaten mit ähnlichen Eigenschaften eine Marktusanz besteht oder nicht, ist für die Anwendbarkeit von Art. 20 Abs. 2bis BEHG somit nicht massgeblich. Dass CFD ohne weiteres zum Erwerb von Beteiligungspapieren geeignet sein können, anerkennen sogar die Beschwerdeführerinnen, indem der Miteigentümer der Beschwerdeführerin 1 und Direktor der Beschwerdeführerin 3 auf der Internetseite der Beschwerdeführerin 3 schreibt: "As long as the fund manager doesn't have a stated right to unwind a CFD and take delivery to the shares then he has no obligation to declare his position. However, we all know that's complete nonsense in practice and that it would be highly unusual not to be able to ask for those shares. It's never happened to us and I have never even heard of it happening to anybody...ever!". (Hervorhebungen durch das Gericht) Auch wenn die oben stehende Aussage in einem anderen Zusammenhang und lediglich in theoretischer Hinsicht gemacht worden sein sollte, so indiziert sie doch eindeutig, dass CFD in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle durchaus geeignet sind, den Basiswert nach deren Auflösung zu übernehmen. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass die Beschwerdeführerinnen genau diese Strategie auch verfolgten. Dieses Vorgehen führte bekanntlich zum Parallelverfahren. Inwiefern die Beschwerdeführerinnen unter diesen Umständen begründet in Abrede stellen wollen, dass CFD zum Erwerb von Beteiligungspapieren geeignet sind, ist damit nicht nachvollziehbar.

E. 2.2.2

Soweit die Beschwerdeführerinnen vorbringen, Aktienerwerb über Derivate würde gemäss Art. 20 Abs. 2bis BEHG nur dann als indirekter Erwerb angesehen, wenn damit ein öffentliches Kaufangebot bezweckt wird, so kann ihnen grundsätzlich gefolgt werden. Es ist hingegen schon aus rechtstheoretischen Überlegungen heraus offensichtlich, dass Art. 20 Abs. 2bis BEHG mit dem Rechtsbegriff des Kaufangebots die Überschreitung eines Grenzwerts, welcher die gesetzliche Pflicht für ein Kaufangebot zur Folge hat, mit

einschliesst. Die Beschwerdeführerinnen bezweckten mit ihrer Investitionsstrategie, eine massgebliche Beteiligung an der Beschwerdegegnerin aufzubauen. Dabei nahmen die Beschwerdeführerinnen die Überschreitung der offenlegungsrechtlich relevanten Grenzwerte in Kauf, indem sie u.a. mittels CFD, welche ihnen die Möglichkeit zum Zugriff auf den entsprechenden Basiswert eröffneten, ihre Beteiligung an der Beschwerdegegnerin entsprechend erhöhen wollten. Selbst wenn sich die Beschwerdeführerinnen nicht zu jedem Zeitpunkt sicher waren, ob sie die CFD jemals in einem offenlegungsrechtlich relevanten Ausmass auflösen würden, so hielten sie sich doch die Möglichkeit dazu offen. In diesem Zusammenhang ist denn auch das Votum Schneider-Amman (Amtl. Bull. 2007 N 105) zu verstehen, wonach der Regelungsadressat der Übernahmeinteressent sei: durch ihre Investitionsstrategie bezweckten die Beschwerdeführerinnen die Übernahme der Beschwerdegegnerin oder wollten sich diese Option zumindest offen halten. Damit hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die beabsichtigte Investitionsstrategie seit dem 1. Dezember 2007 Art. 20 Abs. 2bis BEHG untersteht. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

E. 3

Bei diesem Verfahrensausgang ist schliesslich auch das Auferlegen der Verfahrenskosten des vorinstanzlichen Verfahrens an die Beschwerdeführerinnen sowie deren Höhe nicht zu beanstanden.

E. 4

Die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Die Spruchgebühr richtet sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 1 und 4 VwVG). Die Gerichtsgebühr beträgt bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse bis Fr. 5 Mio. maximal Fr. 40'000.- (Art. 4 Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE; SR 173.320.2). Vorliegend wurde ein Teil des nachzuprüfenden Verfahrens gegenstandslos. Gemäss Art. 5 VGKE werden die Kosten grundsätzlich jener Partei auferlegt, deren Verhalten Anlass für die Gegenstandslosigkeit gegeben hat. Ansonsten werden die Kosten aufgrund der Sachlage vor dem Erledigungsgrund auferlegt. Im konkreten Fall kann dahingestellt bleiben, wer Anlass zur Gegenstandslosigkeit gegeben hat. Wie im Parallelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht (B-2775/2008) festgestellt, hat die Vorinstanz zu Recht die Meldepflicht der Beschwerdeführerinnen als verletzt angesehen. Durch diese Feststellung wurde der Hauptantrag im vorliegenden Verfahren gegenstandslos. Der Eventualantrag wurde abgewiesen. Dies hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten für das vorliegende Verfahren zu tragen haben. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass lediglich Eventualbegehren materiell beurteilt werden konnte, rechtfertigt es sich, die Spruchgebühr reduziert und im mittleren Bereich des Kostenrahmens auf Fr. 15'000.- festzusetzen. Sie wird den Beschwerdeführerinnen solidarisch auferlegt. Die Gerichtsgebühr wird mit dem von den Beschwerdeführerinnen am 13. Februar 2008 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 38'500.- verrechnet. Die daraus resultierende Differenz von Fr. 23'500.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils von der Gerichtskasse zurückerstattet.

E. 5

Da die Beschwerdeführerinnen unterliegen, haben sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Aufgrund ihres Obsiegens hat die Beschwerdegegnerin Anspruch auf eine Parteientschädigung, welche das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen oder auf Begehren zuspricht (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdegegnerin hat eine Parteientschädigung beantragt, weshalb die Höhe der Parteientschädigung gemäss Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE von Amtes wegen auf Grund der Akten festzusetzen ist. Die Beschwerdegegnerin hat eine Beschwerdeantwort von 58 Seiten eingereicht, was angesichts der Bedeutung der Rechtsfrage als angemessen erscheint. Die Parteientschädigung wird somit auf insgesamt Fr. 7'000.- (inkl. MWSt) festgelegt. Sie wird den Beschwerdeführerinnen solidarisch auferlegt (Art. 64 Abs. 3 VwVG).

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