

# **BVGer BVGE 2009/9 vom 22. Dezember 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2009\\_9](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2009_9)

FR: TAF BVGE 2009/9 du 22 décembre 2008

IT: TAF BVGE 2009/9 del 22 dicembre 2008

## **Regeste**

Finanzmarktaufsicht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das BVGer prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist.

#### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das BVGer Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Dazu gehören Verfügungen der EBK, welche diese bei Ablehnung einer Empfehlung der UEK betreffend Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote gestützt auf Art. 23 Abs. 4 i. V. m. Art. 34 BEHG erlässt. Die vorliegend angefochtene Verfügung der Übernahmekammer der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Es liegt kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vor. Das BVGer ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerden gemäss Art. 31 und 33 Bst. f VGG zuständig.

#### **E. 1.2**

Zunächst ist die Frage zu prüfen, ob die Beschwerdeführer zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Als Adressaten sind sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben insofern ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Die Beschwerdeführer sind daher grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG).

##### **E. 1.2.1**

Gemäss ständiger Rechtsprechung müssen die Beschwerdeführer nicht nur bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles praktisches Interesse an der Überprüfung der von ihnen erhobenen Rügen verfügen (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 5A\_656/2007 vom 13. März 2008 E. 1.2, Urteil des BGer 2D\_45/2007 vom 1. April 2008 E. 1.2, Urteil des BGer 2C\_89/2007 vom 14. November 2007 E. 1, Urteil des BGer 2C\_108/2007 vom 9. Mai 2007 E. 2.1). Das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses soll sicherstellen, dass die zuständige Behörde oder das Gericht konkrete, und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet (vgl. Urteil des BGer 5A\_656/2007 vom 13. März 2008 E. 1.2; BVGE 2007/12 E. 2.1, je mit weiteren Hinweisen). Danach liegt ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung des angefochtenen Entscheids nur dann vor, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der

Beurteilung durch das Gericht noch besteht und durch die beantragte Aufhebung des angefochtenen Akts beseitigt würde. Das Interesse ist sodann schutzwürdig, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführenden noch beeinflusst werden kann. Hingegen fehlt es am aktuellen und praktischen Interesse an der Beschwerde, wenn der angefochtene Akt im Zeitpunkt des Urteils keine Rechtswirkungen mehr entfaltet, weil er in der Zwischenzeit ausser Kraft getreten ist oder das Ereignis, auf welches er sich bezogen hatte, bereits stattgefunden hat (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, zu Art. 89 N 17; ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, zu Art. 48 N 21). Nach der durch die Justizreform neu in die Bundesverfassung eingefügten Rechtsweggarantie von Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat nun jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Lediglich in Ausnahmefällen können Bund und Kantone die richterliche Beurteilung ausschliessen, wofür jedoch eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist (vgl. Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 sowie vom 8. März 2005, AS 2002 3148, AS 2006 1059; BBl 1997 I 1, BBl 1999 8633, BBl 2000 2990, BBl 2001 4202). Nur im Rahmen dieser eng auszulegenden Ausnahmefälle kann das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses daher bei abgeschlossenem Sachverhalten zu einer Beschränkung der in die BV neu eingefügten Rechtsweggarantie von Art. 29a führen. In einem solchen Fall wären jedoch zusätzlich die völkerrechtlichen Mindestgarantien von Art. 6 und Art. 13 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) sowie von Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, nachfolgend: UNO-Pakt II) zu prüfen (vgl. BVGE 2007/12 E. 2; HÄNER, a. a. O., zu Art. 48 N 21 und Fn. 64; MARION SPORI, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, in: Aktuelle Juristische Praxis 2008 S. 147 ff.). Auf Grund der besonderen Umstände kann diese Rechtsfrage in casu, wie sogleich zu zeigen sein wird, jedoch offen gelassen werden.

### **E. 1.2.2**

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführer zumindest in Bezug auf die Kostenverlegung des vorinstanzlichen Verfahrens (...) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung haben. Die Beschwerdeführer haben ausserdem weder geltend gemacht noch substantiiert, dass bei einer materiellen Entscheidung im vorliegenden Fall Fragen grundsätzlicher Natur zu beantworten wären, die sich unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte. In Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 machen beide Beschwerdeführer geltend, die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache treffe sie in ihrer Ehre und schädige ihren Ruf. Der Beschwerdeführer 1 führt in seiner Eingabe vom 11. August 2008 aus, sowohl die Publikation der Empfehlung IV der UEK als auch die Publikation der angefochtenen Verfügung der EBK hätten seine direkten und indirekten Geschäftsbeziehungen und seinen Ruf als Bankier beeinträchtigt. Er habe deshalb ein schützenswertes Interesse daran, dass dieser Ruf durch die Aufhebung der angefochtenen Feststellungsverfügung wiederhergestellt werde. Abgesehen davon sei die

angefochtene Feststellung auch ehrenrührig und verletze ihn in seinen persönlichen Verhältnissen und seinem Ruf als gesetzestreuer Bürger. Ausserdem führt er an, dass wenn die angefochtene Verfügung gerechtfertigt wäre, er dafür mitverantwortlich wäre, dass der erste Angebotsprospekt keinen Hinweis auf ein in gemeinsamer Abstimmung erfolgreiches Angebot enthalten habe. Die Verpflichtung gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. d UEV-UEK treffe aufgrund von Art. 12 Abs. 1 Bst. a UEV-UEK auch ihn. Die Beschwerdeführerin 2 bringt in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 vor, falls die angefochtene Feststellung in Rechtskraft erwachsen sollte, würde dies bedeuten, dass sie in ihrem ursprünglichen Angebotsprospekt unter Verletzung von Art. 19 Abs. 1 Bst. d UEV-UEK Offenlegungspflichten missachtet habe. Obschon dies mit der Veröffentlichung der Angebotsänderung korrigiert worden sei, bliebe der Makel eines rechtswidrigen und intransparenten Verhaltens an ihr hängen. Deshalb habe sie ein aktuelles Interesse an der Richtigstellung und Wahrung ihres unbescholtenen Rufes. Schliesslich begründe auch die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV ein Recht auf gerichtliche Beurteilung aller Rechtsstreitigkeiten und die Rechtmässigkeit einer Verfügung müsse gerichtlich festgestellt werden können. Auf eine Beschwerde müsse daher eingetreten werden, wenn eine gerichtliche Beurteilung anders nicht möglich sei. Die Beschwerdeführerin 2 ist überdies der Ansicht, dass sowohl die rechtskräftige Feststellung, wonach die Beschwerdeführer in Absprache gehandelt hätten, als auch die Begründung dieser Feststellung, all jenen Medien und Personen Recht geben würden, welche die Anschuldigungen des über die Medien geführten Abwehrkampfes der Converium übernommen und die Beschwerdeführerin 2 in ein schlechtes Licht gestellt hätten, indem sie ihr im Zusammenhang mit der Übernahme von Converium intransparentes und unlauteres Verhalten vorwarfen. Des Weiteren stelle die Begründung der EBK-Verfügung der Beschwerdeführerin 2 das Zeugnis der völligen Unglaubwürdigkeit, Intransparenz sowie Unbelehrbarkeit aus. Obschon nicht rechtskräftig, habe die Vorinstanz ihre Verfügung im Internet publiziert und damit ein für die Beschwerdeführerin 2 schädliches Medienecho ausgelöst. Der Vorwurf des unlauteren und widerrechtlichen Verhaltens und der Unglaubwürdigkeit verletze die Rechtspersönlichkeit der Beschwerdeführerin 2 und schädige ihren Ruf, was sich auch negativ auf ihr Geschäft und auf ihre Kreditwürdigkeit auswirke. Die Beschwerdeführerin 2 könne und müsse die behördlich « festgestellten » Vorwürfe nicht stehen lassen und habe ein erhebliches Interesse an ihrer Rehabilitierung.

### **E. 1.2.3**

Der Schutz der Ehre und der Würde sowie des guten Rufes gehören zum Schutzbereich des in Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten Grundrechtsanspruchs auf Achtung des Privatlebens (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit weiteren einschlägigen Erlassen - Kommentar, Zürich 2007, zu Art. 13 N 5; STEPHAN BREITENMOSER, in: Bernhard Ehrenzeller/Klaus A. Vallender/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, zu Art. 13 Abs. 1 N. 17; LUZIUS WILDHABER, IntKomm EMRK zu Art. 8 N 127 ff.). Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II schützt den Einzelnen ausdrücklich vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz - Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 142). Durch die getroffene Feststellung in der Verfügung der Vorinstanz, welche in der Öffentlichkeit implizierte, es habe im Rahmen des Übernahmeangebots durch die Beschwerdeführer bereits eine Pflichtverletzung

stattgefunden und im Speziellen mit dem dadurch einhergehenden Medienecho sind beide Beschwerdeführer ohne Zweifel in ihrer Ehre betroffen, weshalb sie - zumindest im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung - zur Beschwerde legitimiert sind. Ihre Beschwerdelegitimation ist selbst unter Berücksichtigung des bisherigen, d. h. unter der früheren Bundesverfassung durch die Rechtsprechung entwickelten Erfordernisses des aktuellen praktischen Interesses gegeben (Art. 48 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG). Aus diesem Grund kann hier die Frage offen gelassen werden, ob das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses sich überhaupt vereinbaren lässt mit dem Recht auf eine wirksame Beschwerde im Sinne von Art. 13 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. BVGE 2007/12 E. 2).

### **E. 1.3**

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschriften sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG), die Kostenvorschüsse wurden fristgemäß bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 47 ff. VwVG i. V. m. Art. 37 VGG).

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerden ist somit grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.5**

(Nichteintreten auf Antrag der Beschwerdeführerin 2, soweit dieser über Rechtsbegehren im vorinstanzlichen Verfahren hinaus geht.)

## **E. 2**

Nach der Rechtsprechung hat das Gericht auf die gegen eine zu Unrecht erlassene Feststellungsverfügung eingereichte Beschwerde einzutreten und diese Verfügung in der Folge von Amtes wegen aufzuheben. Vorweg ist daher zu untersuchen, ob die Vorinstanz befugt war, die strittige Rechtsfrage mittels einer Feststellungsverfügung zu klären (BGE 129 V 289 E. 3.3 f.; Entscheid der Rekurskommission EVD [REKO/EVD] MC/2005-3 vom 3. Juli 2006 E. 1.3). Die Beschwerdeführer wenden sich aus formellen Gründen gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2007, welche feststellt, dass der Beschwerdeführer 1 im Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot der Beschwerdeführerin 2 in Bezug auf Converium mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelt. Sie machen geltend, die Bestätigung der in der Empfehlung IV der Erstinstanz gemachten Feststellung, dass der Beschwerdeführer 1 mit der Beschwerdeführerin 2 in gemeinsamer Absprache gehandelt habe, sei von der Vorinstanz zu Unrecht erfolgt und sei insbesondere mangels eines Feststellungsinteresses unzulässig.

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer 1 bringt vor, die Erstinstanz sei erstens nicht befugt gewesen, festzustellen, dass der Beschwerdeführer 1 in gemeinsamer Absprache mit der Beschwerdeführerin 2 gehandelt habe. Sie habe damit ihre Kompetenz überschritten. Entsprechend hätte die Vorinstanz diese Feststellung auch nicht bestätigen dürfen. Zweitens habe bei Erlass der angefochtenen Verfügung am 13. Juli 2007 kein Feststellungsinteresse bestanden. Nachdem die Vorinstanz eine Feststellungsverfügung getroffen habe, welche mangels eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses zu Unrecht ergangen sei, müsse das Gericht diese aufheben. Drittens sei die Feststellungsverfügung unzulässig, da sie nicht den

Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten beinhalte; die Verfügung sei weder konkret noch individuell oder bestimmbar. Viertens sei die angefochtene Verfügung insbesondere deshalb unzulässig, weil alle in Betracht kommenden schutzwürdigen Interessen mit rechtsgestaltenden Verfügungen nicht nur hätten gewahrt werden können, sondern tatsächlich auch gewahrt worden seien. Die Beschwerdeführerin 2 macht gleichermassen geltend, dass erstens die Empfehlung bzw. die Verfügung anstatt öffentlich-rechtliche individuelle und konkrete Rechte und Pflichten, d. h. Rechtsfolgen im Sinne von Art. 25 VwVG, vorfrageweise zu prüfende Tatbestandsmerkmale, eine abstrakte Rechtslage oder zivilrechtliche Rechtsverhältnisse feststellen würde. Zweitens fehle der Feststellung jede Eingrenzung bezüglich Zeitraum und Gegenstand der Absprache sowie anwendbarer Rechtsnormen. Drittens fehle es an einem Feststellungsinteresse, so dass letztlich die sachliche Zuständigkeit und Kompetenz der Behörde nicht gegeben seien, weshalb Letztere ihre Befugnisse überschreite und gar nicht hätte verfügen dürfen. Entsprechend sei die Feststellungsverfügung von Amtes wegen aufzuheben. Die Erstinstanz führt an, wer in gemeinsamer Absprache handle, dem komme die konkrete rechtliche Eigenschaft zu, in seinem Verhalten im Hinblick auf und im Rahmen des Angebots den für den Anbieter geltenden Regeln unterstellt zu sein. Das Handeln in Absprache im Sinne von Art. 24 Abs. 3 BEHG bezeichne also einen übernahmerechtlichen Status. Ein solches Abspracheverhältnis begründe daher Pflichten, welche bei den im Zuge des Angebots erfolgenden Handlungen zu beachten seien. Die Anbieterin habe die mit ihr in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf ein Angebot handelnden Personen im Prospekt anzugeben. Tue sie dies nicht freiwillig und vorbehaltlos, weil sie der Auffassung sei, dass kein Handeln in Absprache vorliege, müsse die Frage - im Interesse der Angebotsempfänger und des Marktes an Lauterkeit und Transparenz - in einer feststellenden Verfügung geklärt werden. Es bestehe damit ein spezifisches, öffentliches Interesse an dieser sofortigen Feststellung. Aus den Erwägungen gehe ausserdem unmissverständlich hervor, dass mit der Feststellung eine Absprache im Hinblick auf ein Angebot im Sinne von Art. 24 Abs. 3 BEHG i. V. m. Art. 11 UEV-UEK gemeint sei, wodurch die Verfügung ausreichend konkretisiert sei. Die Feststellung bezeichne hingegen nicht ein tatsächliches Tätigwerden während eines Angebots, und auch die Betrachtung ex post, ob und wie die Betreffenden im Zuge des Angebots tatsächlich tätig geworden seien, bilde nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Im Übrigen sei die UEK frei, im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags Feststellungen zu treffen. Die Frage des Abspracheverhältnisses sei sowohl im Zeitpunkt des Erlasses der Empfehlung als auch der Verfügung noch aktuell gewesen, habe die Nachfrist des Angebots doch erst am 26. Juli 2007 geendet und die Pflicht zur Einhaltung der Regeln der Gleichbehandlung und damit der « Best Price Rule » noch während der nachfolgenden sechs Monaten bestanden. Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die Feststellung treffe nicht reine Tatsachen, denn den in gemeinsamer Absprache handelnden Personen würden in Bezug auf ihr Verhalten im Hinblick auf und im Rahmen des Angebots konkrete rechtliche Eigenschaften zukommen. Die Feststellung bezeichne daher einen rechtlichen Status und sei überdies genügend konkret. Wenn ausserdem, wie vorliegend, die Parteien der Auffassung seien, es liege kein Handeln in gemeinsamer Absprache vor, bestünde ein spezifisches öffentliches Interesse, diese Frage zu klären. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass im Zeitpunkt der Feststellung allenfalls bereits einzelne sich aus dieser Feststellung ergebende Pflichten aktuell geworden und deshalb gleichzeitig in einer rechtsgestaltenden Verfügung festgehalten oder konkretisiert hätten werden können.

## E. 2.2

Die Feststellungsverfügung dient ihrem Wesen nach der Klarstellung von Rechtslagen, indem sie bestehende Rechte und Pflichten feststellt. Im Unterschied zur Gestaltungsverfügung legt eine Feststellungsverfügung keine neuen Rechte und Pflichten fest, ändert diese nicht und hebt sie auch nicht auf. Die feststellende Verfügung dient lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgelegt wird (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 895; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976, Bd. I, Nr. 36, S. 223). Gestützt auf eine Feststellungsverfügung können sich aber weitere Rechtsfolgen ergeben. Indem die Feststellungsverfügung eine wesentliche Teilfrage vorab verbindlich beantworten und damit gewissermassen eine Vorstufe allfälliger späterer Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen darstellen kann, dient sie ferner der Verfahrensökonomie (vgl. ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 230). Auch die Feststellungsverfügung muss die einzelnen Elemente des Verfügungsbegriffs aufweisen, die sich aus Art. 5 VwVG ergeben. Gegenstand einer Feststellungsverfügung können deshalb nur zweifelsfrei bestimmbar sowie eindeutig individuelle und konkrete, d. h. sich aus einem bestimmten Sachverhalt ergebende verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten sein. Auch mit Feststellungsverfügungen können mithin nur Rechtsfragen geklärt, nicht aber Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Es ist daher insbesondere nicht möglich, die abstrakte Rechtslage, wie sie für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Tatbeständen gilt, autoritativ festzustellen. Die Feststellungsverfügung ist überdies subsidiärer Natur, sofern durch Verweis auf eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 25 N 2 und 16; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 34 Rz. 2.29; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 207 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Voraussetzung für den Erlass einer Feststellungsverfügung wird ein schutzwürdiges Interesse verlangt (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Dieses wird allerdings nur vorausgesetzt, wenn ein Einzelner ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung stellt. Trifft eine Behörde von sich aus, d. h. von Amtes wegen, eine Feststellungsverfügung, so wird einzig vorausgesetzt, dass sie in der betreffenden Sache zuständig ist und mit Erlass der Verfügung ein spezifisches öffentliches Interesse verfolgt. Dieses spezifische öffentliche Interesse ist gegeben, wenn die Behörde einem gesetzlichen Vollzugauftrag folgt und die übrigen Voraussetzungen, wie namentlich die Subsidiarität, für den Erlass einer Feststellungsverfügung vorliegen (vgl. KLEY, a. a. O., S. 239). Ist eine Feststellungsverfügung zu Unrecht ergangen, so ist auf die Beschwerde dagegen einzutreten und die Verfügung aufzuheben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 895 mit weiteren Hinweisen). Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die vorgenannten Anforderungen sowohl bei Erlass der Empfehlung durch die Erstinstanz als auch bei Erlass der Verfügung der Vorinstanz erfüllt waren. Denn in einem Beschwerdeverfahren hat die einer Behörde nachfolgende Instanz gleichermassen zu prüfen, ob die

Prozessvoraussetzungen bei der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung materiell entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (vgl. KÖLZ/HÄNER, a. a. O., N. 412).

### **E. 2.3**

Vorliegend gelangte Converium am 2. März 2007 mit dem Antrag an die Erstinstanz, es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer 1 und weitere durch ihn kontrollierte Personen als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnde Personen nach Art. 24 Abs. 3 BEHG zu betrachten seien. Converium zog diese Anträge im Nachgang des Abschlusses der Transaktionsvereinbarung vom 10. Mai 2007 wieder zurück. Trotzdem erliess die Erstinstanz am 9. Juni 2007 die Empfehlung IV, welche unter anderem in der Dispositiv-Ziffer 3 die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache enthielt. Insbesondere diese Feststellung in dieser Empfehlung wurde von den Parteien innert Frist am 15. Juni 2007 abgelehnt. Aufgrund dieser Ablehnung gelangte die Frage des Handelns in gemeinsamer Absprache zur Abklärung an die Vorinstanz, welche sodann das Verwaltungsverfahren eröffnete. Dieses Verfahren führte schliesslich zum Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 13. Juli 2007. Die Vorinstanz lehnte darin die Begehren der Parteien ab und bestätigte - rund einen Monat nach Erlass der Empfehlung - in Bezug auf die Feststellung des Handelns in Absprache nach einer eingehenden materiellen Prüfung die Empfehlung IV der Erstinstanz. Diese Feststellung ist in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht isoliert zu betrachten. Das BEHG bezweckt, für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen, und es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten (Art. 1 BEHG). Gemäss Art. 23 Abs. 3 BEHG überprüft die UEK die Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote im Einzelfall. Sie erlässt gegenüber den Beteiligten Empfehlungen und kann diese veröffentlichen. Werden ihre Empfehlungen abgelehnt oder missachtet, so meldet sie dies der EBK, welche eine Verfügung erlassen kann (Abs. 4). Die EBK trifft die zum Vollzug des Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 35 Abs. 1 BEHG). Vorliegend war daher die Zuständigkeit sowohl der Erstinstanz als auch der Vorinstanz als die in übernahmerechtlichen Fragen kompetenten Behörden gegeben. Sie haben jeweils ihre Aufgabe als Finanzmarktaufsichtsbehörden wahrgenommen und aufgrund des sich ihnen im damaligen Zeitpunkt präsentierenden Sachverhalts eine Empfehlung bzw. eine Verfügung erlassen. Ein weitergehendes Feststellungsinteresse war deshalb nicht zwingend vorausgesetzt. Zu prüfen ist überdies, ob die Rechtsfrage, welche Gegenstand der Feststellungsverfügung bzw. der Empfehlung bildet, nicht ebenso gut in einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung hätte geklärt werden können, mit der Folge, dass für den Erlass einer Feststellungsverfügung wegen ihres subsidiären Charakters kein Raum bleiben würde. Die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache war vorliegend Teil einer Empfehlung der Erstinstanz sowie einer Verfügung der Vorinstanz, welche neben dieser Feststellung die Adressaten auch zu Leistungen verpflichteten. Die Empfehlung bzw. Verfügung ergingen zudem zu einem Zeitpunkt, in welchem die sich im Zusammenhang mit einer Übernahme daraus ergebenden Verpflichtungen noch im Raum standen. Es waren dies verschiedene, an die in der Empfehlung IV der Erstinstanz bzw. der Verfügung der Vorinstanz enthaltene Feststellung anknüpfende, im Hinblick auf die Übernahme eintretende oder bereits eingetretene Rechtsfolgen. Diese ergaben sich für die Beschwerdeführerin 2 in erster Linie aus Art. 24 BEHG (Angaben im Prospekt und Gleichbehandlung) und für den Beschwerdeführer 1 insbesondere aus Art. 12 UEV-UEK

(Beschreibung im Angebotsprospekt, Einhaltung der Regeln der Transparenz, Gleichbehandlung und Lauterkeit sowie die Regeln der Meldepflicht). Auf der einen Seite betreffen diese Rechtsfolgen den weiteren Verlauf des Übernahmeverfahrens und werden allenfalls erst mit dessen Fortschreiten oder unter Umständen nur bei tatsächlichem Vollzug der Übernahme massgebend (siehe auch E. 3.3). Daher war es teils auch gar nicht möglich, entsprechende damit zusammenhängende Verpflichtungen den Parteien explizit aufzuerlegen. Auf der anderen Seite erscheint es schwierig, alle diese Rechtsfolgen lückenlos und abschliessend in Form einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung explizit aufzuzählen. Es ist unter diesen Umständen aus formellen Gründen nicht zu beanstanden, dass die Erstinstanz in ihrer Empfehlung bzw. die Vorinstanz in der anschliessenden Verfügung - anstelle einer abschliessenden Leistungs- oder Gestaltungsverfügung - auch eine entsprechende Feststellung getroffen haben. Aus diesen Gründen war die Erstinstanz befugt, im vorliegenden Zusammenhang und mit der entsprechenden Bestimmtheit eine Feststellung zu treffen. Die Empfehlung IV war im genannten Kontext und ihrem Zweck entsprechend durchaus ausreichend konkretisiert. Die Vorinstanz ihrerseits musste diese Empfehlung im nachfolgenden Verwaltungsverfahren auch nicht aus formellen Gründen aufgrund einer fehlenden Prozessvoraussetzung im erstinstanzlichen Verfahren aufheben. Sie hat diese zumindest unter dem formellen Gesichtspunkt zu Recht geschützt und die Feststellung in ihrer Verfügung im betreffenden Rahmen in gültiger Form bestätigt. Vorliegend besteht daher für das BVGer kein Anlass, die angefochtene Verfügung mangels einer Prozessvoraussetzung der Vorinstanzen von Amtes wegen aufzuheben.

#### **E. 2.4**

Die Begehren der Beschwerdeführer, die angefochtene Feststellung aus formellen Gründen von Amtes wegen aufzuheben, vermögen deshalb nicht zu überzeugen und sind abzuweisen.

#### **E. 3**

Die Beschwerdeführer machen in materieller Hinsicht geltend, Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 sei aufzuheben, da an der Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache heute kein Interesse mehr bestehe.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin 2 bringt in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 vor, sie sei von der Verfügung der Vorinstanz nachteilig betroffen. Der Schlussbericht der Prüfstelle vom 22. April 2008 (mit Ergänzung vom 13. Mai 2008) bewirke keine formell oder materiell rechtskräftige Entlastung. Die Beschwerdeführerin 2 habe und hätte keine Kontrolle über den Beschwerdeführer 1 und die von ihm beherrschten juristischen Personen (Patinex und die BZ Bank) bzw. deren Handlungen gehabt und besitze auch keine Untersuchungs- und Einsichtsrechte. Die Beschwerdeführerin 2 könne daher nicht ausschliessen, dass die Feststellung in Dispositiv-Ziffer 1 noch Rechtsfolgen gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. c UEV-UEK zeitigen könnte. Überdies erwachse der Beschwerdeführerin 2 aus der Verfügung ein erhebliches Risiko nachteiliger Präjudizwirkungen. So könne eine derart allgemein gehaltene Feststellung, dass der Beschwerdeführer 1 in Absprache mit der Beschwerdeführerin 2 handle, auch im Zusammenhang mit anderen Tatbeständen, z. B. börsenrechtlichen Offenlegungspflichten in der Schweiz oder in den USA, Bedeutung erlangen und vorentscheidend sein. Selbst wenn diese Feststellung für andere Tatbestände oder Behörden nicht verbindlich oder sachlich nicht unmittelbar relevant sein sollte, wäre

die faktische Präjudizwirkung dieser offiziellen Feststellung der Vorinstanz als höchster schweizerischer Marktaufsichtsbehörde dennoch ganz erheblich und würde kaum hinterfragt werden. Schliesslich sei das « Handeln in Absprache » gemäss vorliegend vorgebrachter Ansicht der Behörden ein Rechtsverhältnis zwischen den Beschwerdeführern, dessen daraus folgenden Rechte und Pflichten die Behörden jedoch in ihren Eingaben nicht substantiiert hätten. Die Beschwerdeführerin 2 habe ein Interesse daran, dass ihr keine Rechtsverhältnisse mit dem Beschwerdeführer 1, Patinex oder der BZ Bank unterstellt werden. Die Erstinstanz führt in ihrer Eingabe vom 18. August 2008 - im Hinblick auf die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer - aus, mit dem Schlussbericht vom 22. April 2008 und dessen Ergänzung vom 13. Mai 2008 habe die Prüfstelle zuhanden der Erstinstanz bestätigt, dass das Angebot gesetzeskonform abgewickelt worden und die Beschwerdeführerin 2 sowie die mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen die « Best Price Rule » auch während der sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist eingehalten hätten. Im vorliegenden Fall würde daher das festgestellte Abspracheverhältnis keine über diese sechs Monate andauernden Folgen zeitigen. Die Vorinstanz macht in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 - ebenfalls mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer - geltend, das bestrittene Abspracheverhältnis würde im übernahmerechtlichen Kontext keine über die Dauer des Übernahmeverfahrens und die sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist hinaus reichenden Folgen zeitigen. Allerdings gelte es im Auge zu behalten, dass das vorliegend in der angefochtenen Verfügung festgestellte Abspracheverhältnis auch eine Verletzung der offenlegungsrechtlichen Bestimmungen indiziere und Art. 41 BEHG für die vorsätzliche Missachtung der Meldepflicht einer qualifizierten Beteiligung einschneidende Sanktionen vorsehe.

### **E. 3.2**

Das « Handeln in gemeinsamer Absprache mit Dritten » oder als « koordinierte Gruppe » wird im Börsenrecht an verschiedenen Stellen erfasst. Sowohl bei der Offenlegungspflicht (Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG), der Meldepflicht (Art. 31 Abs. 1 und 2 BEHG) und der Angebotspflicht (Art. 32 Abs. 1 und 2 Bst. a sowie Art. 52 BEHG) als auch bei öffentlichen Kaufangeboten (Art. 24 BEHG) wird auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache mit Dritten oder als Gruppe abgestellt.

#### **E. 3.2.1**

Die Generalklausel über das Handeln in gemeinsamer Absprache findet sich in der Legaldefinition von Art. 15 Abs. 1 der Börsenverordnung-BEHV vom 25. Juni 1997 (BEHV-EBK, AS 1997 2045, AS 2005 5671, AS 2007 2953, 5759) (vgl. Empfehlung der UEK i. S. Helvetia Holding AG vom 20. Juni 2008 E. 2.1, Empfehlung der UEK i. S. Helvetia Holding AG vom 8. Dezember 2008 E. 2.2). Nach Art. 15 Abs. 1 BEHV-EBK handelt in gemeinsamer Absprache oder als Gruppe, wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abstimmt. Art. 15 Abs. 2 BEHV-EBK enthält eine beispielhafte Aufzählung solcher allgemein gefasster Tatbestände. Demnach liegt eine solche Abstimmung der Verhaltensweise namentlich vor bei Rechtsverhältnissen zum Erwerb oder der Veräusserung von Beteiligungspapieren (Bst. a), bei Rechtsverhältnissen, welche die Ausübung der Stimmrechte zum Gegenstand haben, d. h. bei stimmrechtsverbundenen Aktionärsgruppen (Bst. b), oder bei der Zusammenfassung von natürlichen oder juristischen

Personen durch die Mehrheit von Stimmrechten oder Kapitalanteilen oder durch eine Beherrschung auf andere Weise zu einem Konzern oder einer Unternehmensgruppe (Bst. c). Art. 15 BEHV-EBK ist allerdings nur auf das Handeln in gemeinsamer Absprache im Rahmen der offenlegungsrechtlichen Meldepflicht gemäss Art. 20 BEHG direkt anwendbar (vgl. Empfehlung der UEK i. S. Helvetia Holding AG vom 20. Juni 2008 E. 2.1, Empfehlung der UEK i. S. Helvetia Holding AG vom 8. Dezember 2008 E. 2.2). Mit Bezug auf öffentliche Kaufangebote erklärt Art. 11 Abs. 1 UEV-UEK die Bestimmungen von Art. 15 Abs. 1 und 2 BEHV-EBK für im Hinblick auf ein Angebot in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit dem Anbieter handelnde Personen als sinngemäss anwendbar.

### **E. 3.2.2**

Auch in der Lehre wird betont, dass die Gruppentatbestände im gesamten Börsenrecht nicht identisch seien, sondern dass zu unterscheiden sei zwischen der organisierten Gruppe bei der Offenlegungspflicht gemäss Art. 20 BEHG, bei der Meldepflicht gemäss Art. 31 BEHG, beim öffentlichen Übernahmeangebot gemäss Art. 22 ff. BEHG sowie beim Pflichtangebot gemäss Art. 32 BEHG. Je nachdem, in welchem Zusammenhang die Begriffe des « Handelns in gemeinsamer Absprache » oder « als organisierte Gruppe » verwendet würden, seien sie unterschiedlich auszulegen (vgl. PETER V. KUNZ, Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Nedim Peter Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs [Hrsg.], Unternehmen - Transaktion - Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, S. 246 f.; JAKOB HÖHN, « Acting in concert » im schweizerischen Übernahmerecht: Die Begriffe « Handeln in gemeinsamer Absprache » und « organisierte Gruppe », in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, S. 25 ff., je mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.2.3**

Das BGer hatte bislang erst einmal die Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob in einem konkreten Fall eine organisierte Gruppe vorliegt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist insbesondere eine gemeinsame Absprache im Zusammenhang mit der Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG wegen der damit verbundenen Rechtsfolgen zurückhaltender anzunehmen als im Offenlegungsrecht nach Art. 20 BEHG (vgl. BGE 130 II 530 E. 6.3 und 6.5.5).

### **E. 3.2.4**

Mithin ist allerdings nicht immer ganz klar, was dem Themenbereich des Übernahmerechts und was demjenigen des Offenlegungsrechts zuzuordnen ist, d. h. ob mit Bezug auf das Übernahmerecht jeweils ausschliesslich die Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG oder auch die Anbieterpflichten gemäss Art. 24 BEHG gemeint sind bzw. das Offenlegungsrecht die allgemeine Meldepflicht nach Art. 20 BEHG und auch die spezielle Meldepflicht nach Art. 32 BEHG umfassen soll. Es wird jedoch allgemein dafür plädiert, dass Zurückhaltung in Bezug auf die Annahme des Handelns in Absprache dann angezeigt sein soll, wenn diese Annahme zu sehr drastischen Konsequenzen führt (vgl. HÖHN, a. a. O., S. 28 f. mit weiteren Hinweisen).