



Verfügung 420/01

vom 4. September 2009

Öffentliches Rückkaufangebot von **HBM BioVentures AG** - Gesuch um Freistellung von der Anwendung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote

Sachverhalt:

A.

HBM BioVentures AG (**HBM** oder **Gesuchstellerin**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug. Ihr im Handelsregister eingetragenes Aktienkapital beträgt CHF 675'771'540, eingeteilt in 11'262'859 vinkulierte Namenaktien (**HBM-Aktien**) mit einem Nennwert von je CHF 60 sowie bedingtes Kapital von CHF 96'000'000 zur Ausgabe von 1'600'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 60. Die HBM-Aktien sind seit dem 14. Februar 2008 an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) im Segment der Investmentgesellschaften kotiert (SIX: HBMN).

B.

HBM hat im April 2006 eine Wandelanleihe über CHF 176'000'000 mit einer Stückelung von CHF 1'000 und einem Zinscoupon von 2.5% p.a. ausgegeben, welche in HBM-Aktien gewandelt werden kann (**Wandelanleihe**). Die Anleihe ist seit dem 12. April 2006 an der SIX kotiert (ISIN CH0024690049, SIX: HBM06) und hat eine Laufzeit bis zum 19. April 2010. Sie bezieht sich auf insgesamt 1'600'000 HBM-Aktien resp. einen Umfang von 14.21% der Stimmrechte. Der Wandelpreis beträgt CHF 110 pro HBM-Aktie. Das Wandelrecht entsteht jedoch erst mit Eintritt des sogenannten qualifizierenden Ereignisses, d.h. wenn der volumengewichtete Durchschnittskurs der HBM-Aktien an 20 von 25 aufeinanderfolgenden Börsentagen an der SIX mindestens CHF 100 beträgt. Ab diesem Zeitpunkt beträgt die Verzinsung 1.75% p.a. Dieses Ereignis ist bisher nicht eingetreten. Tritt das qualifizierende Ereignis bis zum Ende der Laufzeit der Wandelanleihe nicht ein, so wird die Wandelanleihe an diesem Tag zu 108.6% zurückbezahlt. Ist das qualifizierende Ereignis eingetreten, aber keine Wandelung erfolgt, so erfolgt eine Rückzahlung zu 100%.

C.

Am 19. September 2008 wurde ein Aktienrückkaufprogramm von HBM zwecks Kapitalherabsetzung im Umfang von maximal 10% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte im Rahmen der Mitteilung Nr. 1 der Übernahmekommission vom 28. März 2000 (**Mitteilung Nr. 1**) freigestellt. Am 24. September 2008 lancierte HBM das Programm. Per 17. August 2009 verfügte HBM über 743'348 eigene Aktien (entsprechend 6.6% des bestehenden Aktienkapitals). Der ordentlichen Generalversammlung von HBM vom 4. September 2009 wird die Vernichtung von 562'859 eigenen Aktien (entsprechend rund 5% des bestehenden Aktienkapitals) beantragt. Nach Herabsetzung wird das neue Aktienkapital (**reduziertes Aktienkapital**) CHF 642'000'000 (eingeteilt in 10'700'000 vinkulierte Namenaktien zu nominal CHF 60) betragen.



D.

Das am 24. September 2008 lancierte Rückkaufprogramm wurde am 3. September 2009 abgeschlossen. An der Generalversammlung vom 4. September 2009 wird voraussichtlich ein neues Rückkaufprogramm im Umfang von maximal 20% des reduzierten Aktienkapitals beschlossen. Das neue Rückkaufprogramm zum Zweck der Kapitalherabsetzung wird auf einer speziellen Linie der SIX durchgeführt und dauert längstens bis zum 31. August 2012.

E.

Am 17. August 2009 reichte HBM ein Gesuch bezüglich des neuen Rückkaufs mit dem folgenden Antrag ein:

„Der Rückkauf eigener Aktien der HBM BioVentures zum Zweck der Kapitalherabsetzung mit Handel auf der zweiten Linie an der SIX Swiss Exchange AG sei gemäss Ziffer IV der Mitteilung Nr. 1 der Übernahmekommission „Rückkäufe von Beteiligungspapieren“ vom 28. März 2000 von der Anwendung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote gemäss Art. 22 ff. BEHG zu befreien.“

Dem Gesuch wurden das Formular "Gesuch um Freistellung durch Meldeverfahren", der Entwurf des Rückkaufinserats, der Prüfungsbericht der Ernst & Young AG (E&Y) betreffend die geplante Herabsetzung des Aktienkapitals an die ordentliche Generalversammlung vom 4. September 2009 und der Entwurf der Einladung zur Generalversammlung beigelegt. Im Formular "Gesuch um Freistellung durch Meldeverfahren" beantragte die Gesuchstellerin einen Rückkauf im Umfang von maximal 2'140'000 Aktien, entsprechend maximal 20% des reduzierten Kapitals oder der Stimmrechte.

F.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Herrn Luc Thévenoz (Präsident), Frau Susanne Haury von Siebenthal und Herrn Henry Peter gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Anwendbarkeit der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote auf Aktienrückkäufe

[1] Öffentliche Angebote einer Gesellschaft für ihre eigenen Aktien, einschliesslich der Bekanntgabe der Absicht, eigene Beteiligungspapiere an der Börse zurückzukaufen, stellen öffentliche Kaufangebote im Sinne von Art. 2 lit. e BEHG dar (Mitteilung Nr. 1 Ziff. I). Damit unterstehen diese Transaktionen grundsätzlich den Bestimmungen des 5. Abschnitts des BEHG über öffentliche Kaufangebote.

[2] Die Übernahmekommission kann die Anbieterin von der Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote befreien. Voraussetzungen und Verfahren dieser Freistellung sind in Mitteilung Nr. 1 festgelegt. Sind die Voraussetzungen gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziff. III nicht

—
—
—



erfüllt, so ist eine Freistellung (im ordentlichen Verfahren mittels Verfügung) dennoch möglich, soweit dies mit den Zielsetzungen des BEHG zu vereinbaren ist (vgl. Mitteilung Nr. 1 Ziff. IV).

—

2. Keine Pflicht zur Ausdehnung des Rückkaufs auf die Wandelanleihe

[3] Bei einer Wandelanleihe handelt es sich um ein festverzinsliches Wertpapier, welches wie eine normale Anleiheobligation auf einen festen Kapitalbetrag lautet, mit einem festen Zins und einer festen Laufzeit. Neben den üblichen Rechten des Obligationärs, wie Verzinsung der Forderung und Rückzahlung des Kapitals räumt die Wandelanleihe dem Inhaber zusätzlich ein (allenfalls bedingtes, vgl. Sachverhalt lit. B) Wandelrecht ein: Die Obligationäre haben das Recht, an Stelle der Rückzahlung während einer bestimmten Zeit (Wandelfrist) zu im Voraus festgelegten Wandelbedingungen (Umtauschverhältnis, Wandelpreis, etc.) Aktien oder andere Beteiligungspapiere des Anleihenschuldners oder eines Drittunternehmens zu beziehen. Das Wandelrecht ist untrennbar mit der Obligation verbunden, wodurch der Anleihensgläubiger das Wandelrecht – im Gegensatz zur Optionsanleihe – nicht gesondert von der Obligation veräussern kann. Falls der Wandelobligationär von seinem Wandelrecht Gebrauch macht, gehen seine Gläubigerrechte unter und an ihre Stelle tritt ein gesellschaftsrechtliches Beteiligungsverhältnis. Wandelanleihen beinhalten somit sowohl Fremd- als auch Eigenkapitalelemente, wobei der Fremdkapitalcharakter normalerweise überwiegt, insbesondere wenn das Wandelrecht noch nicht bedingungslos ist.

[4] Gemäss Art. 2 lit. e BEHG sind zu den öffentlichen Kaufangeboten Angebote zum Kauf oder zum Tausch von Aktien, Partizipations- oder Genussscheinen sowie Angebote zum Kauf oder zum Tausch von anderen Beteiligungspapieren zu zählen. Gemäss Botschaft zum Börsengesetz zählen Wandel- und Optionsrechte zu den “anderen Beteiligungspapieren” nach Art. 2 lit. e BEHG (vgl. Botschaft zum Börsengesetz, BBl 1993 I 1398). Der BEHV-FINMA entsprechend unterteilt die UEV die Beteiligungspapiere im Sinne von Art. 2 lit. e BEHG in Beteiligungspapiere gemäss Art. 2 lit. a UEV und Finanzinstrumente gemäss Art. 2 lit. b UEV. Wandelrechte fallen unter den Begriff der Finanzinstrumente gemäss Art. 2 lit. b UEV.

[5] Art. 9 Abs. 2 UEV sieht vor, dass sich ein öffentliches Kaufangebot auf alle Kategorien von kotierten Beteiligungspapieren einer Zielgesellschaft erstrecken muss. Art. 9 Abs. 4 UEV sieht jedoch für Finanzinstrumente eine Ausnahme vor. Gemäss dieser Bestimmung muss sich ein Angebot nicht notwendigerweise auf Finanzinstrumente erstrecken. Für den Rückkauf von Beteiligungspapieren kann nichts anderes gelten. Demzufolge muss sich ein Rückkauf von Aktien, Partizipations- oder Genussscheinen nicht notwendigerweise auf Finanzinstrumente erstrecken.

—

3. Voraussetzungen im vorliegenden Fall

[6] Die Gesuchstellerin beabsichtigt den Rückkauf von Beteiligungspapieren einer einheitlichen Kategorie (Namenaktien mit Nennwert von CHF 60) im Umfang von mehr als 2% des Kapitals zu



Marktpreisen über eine spezielle Handelslinie. Zur Anwendung gelangen damit die Voraussetzungen gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 1.1 bis 1.4, 3.1, 3.5 und 3.8.

3.1 Rückkauf von über 10% des Aktienkapitals und der Stimmrechte

[7] Da die Gesuchstellerin mit dem beantragten Rückkaufvolumen im Umfang von maximal 20% des reduzierten Aktienkapitals oder der Stimmrechte (vgl. Sachverhalt lit. C) die Voraussetzung gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 1.1 (Rückkaufvolumen von höchstens 10% des Kapitals oder der Stimmrechte) nicht erfüllt, hat die Freistellung im ordentlichen Verfahren mittels Verfügung zu erfolgen. Führt ein Aktienrückkauf von über 10% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte weder zu einer massgeblichen Veränderung der Kontrollverhältnisse noch zu einer übermässigen Reduktion des handelbaren Teils der Aktien (Free Float), so kann er gleichwohl von den Bestimmungen des 5. Abschnitts des BEHG freigestellt werden (vgl. Empfehlung vom 25. Februar 2008 in Sachen *Swiss Re*, Erw. 2.2.1).

[8] Das Aktionariat von HBM setzt sich gemäss Angaben der Gesuchstellerin per 17. August 2009 wie folgt zusammen:

- Der Eigenbestand der Gesuchstellerin beträgt gesamthaft 6.6% (vgl. Sachverhalt lit. C).
- Die Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK), Zürich, hält 3.55%.
- Der Rest der Aktien im Umfang von über 89% ist im Publikum gestreut. Nach Vernichtung der eigenen Aktien anlässlich der Generalversammlung vom 4. September 2009 (vgl. Sachverhalt lit. C) wird der Streubesitz neu 96.3% betragen.

[9] Bei dieser Aktionariatsstruktur haben der Rückkauf und die anschliessende Vernichtung von insgesamt bis zu 20% des Aktienkapitals voraussichtlich keine massgebliche Veränderung der Kontrollverhältnisse und keine übermässige Reduktion des Free Float zur Folge. Das vorliegende Rückkaufprogramm kann daher trotz der Überschreitung der Schwelle von 10% gemäss Mitteilung Nr.1 Ziff. III. 1.1 von der Einhaltung der Bestimmungen des 5. Abschnitts des BEHG über öffentliche Kaufangebote bis zu einem Umfang von insgesamt maximal 2'140'000 Aktien, entsprechend 20% des reduzierten Aktienkapitals und der Stimmrechte, freigestellt werden.

3.2 Höchstbestand eigener Aktien gemäss Art. 659 OR

[10] Nach Art. 659 Abs. 1 OR darf eine Gesellschaft eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10% des Aktienkapitals nicht überschreitet. Art. 659 OR ist grundsätzlich auch auf Rückkäufe zum Zweck einer Kapitalherabsetzung anwendbar. Eine Ausnahme wird für den Fall gemacht, dass bei einem Rückkauf die Vorschriften von Art. 732 ff. OR eingehalten werden (vgl. dazu ausführlich auch Verfügung 408/01 vom 2. April 2009 in Sachen *Partners Group Holding AG*, Erw. 2).



[11] Vorliegend hält HBM bereits 6.6% eigene Aktien. Davon werden an der Generalversammlung vom 4. September 2009 rund 5% eigene Aktien vernichtet. Das geplante Rückkaufprogramm über maximal 20% des Aktienkapitals kann jedoch dazu führen, dass die 10%-Schwelle eigener Aktien gemäss Art. 659 OR überschritten wird. Die Gesuchstellerin schlägt das bereits in der Verfügung 408/01 vom 2. April 2009 in Sachen *Partners Group Holding AG*, Erw. 2 erläuterte Vorgehen vor, um Art. 659 OR einzuhalten. Das von der Gesuchstellerin vorgesehene Verfahren zur Einhaltung von Art. 659 OR entspricht grundsätzlich den von der Übernahmekommission gestellten Anforderungen.

3.3 Übrige Voraussetzungen gemäss Mitteilung Nr. 1

[12] HBM hat die übrigen Bestimmungen der Mitteilung Nr. 1 bei Rückkäufen zum Marktpreis einzuhalten. HBM bestätigt dies in ihrem Gesuch vom 17. August 2009.

—

4. Publikation

[13] Diese Verfügung wird am Tag der Publikation des Rückkaufinserats von HBM auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

—

5. Gebühr

[14] In Anwendung von Art. 23 Abs. 5 BEHG und Art. 69 Abs. 6 UEV ist für die Prüfung des Gesuchs zulasten der Gesuchstellerin eine Gebühr von CHF 20'000 zu erheben.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Der Rückkauf von eigenen Aktien von HBM BioVentures AG zum Zweck der Kapitalherabsetzung im Umfang von maximal 2'140'000 Aktien über eine spezielle Handelslinie der SIX Swiss Exchange wird von der Anwendung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote freigestellt.
2. HBM BioVentures AG hat im Übrigen die Bestimmungen der Mitteilung Nr. 1 der Übernahmekommission vom 28. März 2000 einzuhalten.
3. HBM BioVentures AG wird aufgefordert, der Übernahmekommission das definitive Angebotsinserat in deutscher und französischer Sprache vor dessen Veröffentlichung einzureichen.
4. Diese Verfügung wird am Tag der Publikation des Rückkaufinserats von HBM BioVentures AG auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
5. Die Gebühr zu Lasten von HBM BioVentures AG beträgt CHF 20'000.

Der Präsident:

Luc Thévenoz

Diese Verfügung geht an die Partei:

- HBM Bioventures AG (vertreten durch Homburger AG, Dr. Hansjürg Appenzeller und Carole Schenkel).

Rechtsmittelbelehrung:

Beschwerde (Art. 33c des Börsengesetzes, SR 954.1):

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), Schwanengasse 2, CH - 3003 Bern erhoben werden. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach Eröffnung der Verfügung per Telefax oder auf elektronischem Weg zu laufen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 33c Abs. 2 BEHG und Art. 52 VwVG zu genügen.

Einsprache (Art. 58 der Übernahmeverordnung, SR 954.195.1):

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens 2 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV) und am Ver-



fahren bisher nicht teilgenommen hat, kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnastrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, info@takeover.ch, Telefax: +41 58 854 22 91) innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung der Verfügung einzureichen. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach der Veröffentlichung zu laufen.

Die Einsprache muss einen Antrag und eine summarische Begründung sowie den Nachweis der Beteiligung gemäss Art. 56 UEV enthalten.

—