



Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

VERFÜGUNG

des Übernahmeausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA

Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey (Präsident), Prof. Dr. Anne Héritier Lachat, Prof. Dr. Yvan Lengwiler

vom 22. August 2013

in der Sache

Gebuka AG, Neuheim/ZG

vertreten durch Dr. J. Hoehn und Dr. Chr. Leuenberger, Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich

gegen

Schmolz + Bickenbach AG, Emmen/LU

vertreten durch Dr. R. Tschäni, Lenz&Stahelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich und J. Walther, Schärer Rechtsanwälte, Hintere Bahnhofstrasse 6, 5001 Aarau

Referenz: b1014769-0000030

Venetos Holding AG, Zürich/ZH

vertreten durch Dr. D. Dubs und Dr. R. Malacrida, Bär&Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich

Schmolz + Bickenbach GmbH & Co. KG, Düsseldorf/D

vertreten durch Dr. B. Brechbühl und Chr. Scheidegger, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern

Übernahmekommission

Selnaustrasse 30, 8021 Zürich

betreffend

**die Verfügung der Übernahmekommission 540/01 vom 25. Juli 2013
betreffend öffentliches Kaufangebot von Venetos Holding AG an die
Aktionäre der Schmolz + Bickenbach AG**

Referenz: b1014769-0000030

Sachverhalt

(1) Schmolz + Bickenbach AG („S+B AG“) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Emmen/LU und ist in der Herstellung, Verarbeitung und im Vertrieb von Edelstahl-Langprodukten tätig. Sie verfügt über ein Aktienkapital von CHF 413'437'500, eingeteilt in 118'125'000 Namenaktien zu je CHF 3.50 Nennwert (S+B-Aktien). Die S+B-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange AG („SIX“) gemäss Main Standard kotiert (SIX: STLN).

(2) Venetos Holding AG („Venetos“) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich/ZH und eine 100 % Tochtergesellschaft der Indesticoplaz Trading Ltd, Zypern, welche ihrerseits eine 100 % Tochtergesellschaft der Renova Industries Ltd, Bahamas, ist, welche wiederum eine 90 % Tochtergesellschaft der Renova Holding Ltd., Bahamas, ist, die zu 100 % durch die TZ Columbus Services Ltd, British Virgin Island, als Trustee des Columbus Trust beherrscht wird (einem Trust gemäss dem Recht der Cayman Islands), dessen wirtschaftlich Berechtigter Viktor F. Vekselberg ist (alle zusammen „Renova-Gruppe“).

(3) Schmolz + Bickenbach GmbH & Co. KG (bis Ende 2010 Schmolz + Bickenbach KG), Düsseldorf/DE („S+B KG“), ist eine GmbH & Co. KG deutschen Rechts. Es handelt sich im Wesentlichen um eine Kommanditgesellschaft, bei welcher es persönlich haftende Gesellschafter (Komplementäre) und beschränkt haftende Gesellschafter (Kommanditisten) gibt, wobei letztere nur bis zur Höhe ihrer jeweiligen Haftsumme haften, die in der Regel – so auch bei der S+B KG – identisch mit der Einlage ist. Einzige Komplementärin der S+B KG ist die Schmolz + Bickenbach Beteiligungs GmbH, Düsseldorf/DE („S+B Beteiligungs GmbH“), deren Geschäftsführer Dr. Oliver Thum ist. Der Komplementär vertritt die S+B KG und besitzt die Geschäftsführungsbefugnis. Als Kommanditisten an S+B KG sind sieben Personen beteiligt, welche vier Familien angehören, und je zwischen 4 % und 35 % an S+B KG halten (gemeinsam die „Gesellschafter“ oder „Anteilseigner“). Die Gesellschafter bestimmen den fünfköpfigen Beirat, welcher wiederum den Geschäftsführer bestellt. S+B KG hielt bis zu einem Verkauf eines Teils ihrer Beteiligung indirekt über die von ihr kontrollierten Gesellschaften (S+B Beteiligungs GmbH & Co. KG, Düsseldorf/DE; S+B Beteiligungs GmbH; Schmolz + Bickenbach Stahlcenter AG, Wil/SG [S+B Stahlcenter]; SCHMOLZ + BICKENBACH Finanz AG, Wil/SG [S+B Finanz] und Schmolz + Bickenbach Holding AG, Wil/SG [S+B Holding]; gemeinsam die „S+B KG-Gruppe“) insgesamt 40.46 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft (vgl. Offenlegungsmeldung vom 3. April 2013, publiziert am 9. April 2013).

(4) Eine weitere Hauptaktionärin der Zielgesellschaft ist die Gebuka AG („Gebuka“ oder „Beschwerdeführerin“), eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Neuheim/ZG, welche zu 100 % von Gerold Büttiker, Feldbach/ZH, gehalten wird. Gebuka hält per 1. Juli 2013 7'090'000 S+B-Aktien, welche 6 % der Stimmrechte der S+B AG entsprechen (vgl. Offenlegungsmeldung vom 13. Juli 2013). Zwischen Gerold Büttiker/Gebuka und der S+B KG-Gruppe besteht bzw. bestand ein Aktionärsbindungsvertrag, der sich seitens der S+B KG-Gruppe auf insgesamt 23'625'921 S+B-Aktien bezieht bzw. bezog, entsprechend 20 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, welche über die S+B Holding gehalten werden bzw. wurden (zur [umstrittenen] Kündigung dieses Aktionärsbindungsvertrages vgl. Sachverhalt lit. I der Verfügung 540/01 der Übernahmekommission [„UEK“] vom 25. Juli 2013).

Referenz: b1014769-0000030

(5) Mit Aktienkaufvertrag vom 28. Juni 2013, vollzogen am 30. Juni 2013, erwarb Venetos von S+B KG, S+B Beteiligungs GmbH und S+B Finanz insgesamt 24'170'926 S+B-Aktien, entsprechend 20.46 % der Stimmrechte, zu einem Preis von CHF 2.40 pro S+B-Aktie. Gleichtags schloss Venetos zudem mit S+B KG und S+B Holding eine bedingte Vereinbarung über den Erwerb von weiteren insgesamt 5'702'887 S+B-Aktien ab, entsprechend 4.83 % der Stimmrechte, zu einem Preis von ebenfalls CHF 2.40 pro S+B-Aktie. Gleichzeitig mit dem Abschluss dieser Aktienkaufverträge wurde zwischen Venetos und der S+B KG-Gruppe ein Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen.

(6) Am 28. Juni 2013 nach Börsenschluss kündigte Venetos in den elektronischen Medien an, dass sie ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden S+B-Aktien unterbreiten werde (Vor Anmeldung). Die Voranmeldung wurde am 2. Juli 2013 in den Zeitungen publiziert. Venetos bietet als Angebotspreis CHF 2.85 pro S+B-Aktie.

(7) Am 3. Juli 2013 wurde der bedingte Kauf von insgesamt 5'702'887 S+B-Aktien, entsprechend 4.83 % der Stimmrechte, zu einem Preis von CHF 2.40 vollzogen (vgl. Ziffer (5)), womit Venetos per 3. Juli 2013 eine Beteiligung von insgesamt 25.29 % der Stimmrechte an S+B AG hielt. Die von der S+B KG-Gruppe gehaltene Beteiligung an S+B AG reduzierte sich entsprechend auf noch 15.17 % der Stimmrechte.

(8) Am 11. Juli 2013 reichte die Prüfstelle Deloitte AG („Deloitte“) den Prüfstellenbericht und ein Memorandum betr. die Bewertung von wesentlichen Leistungen ein. Tags darauf publizierte die Anbieterin den Angebotsprospekt. Venetos bietet den Aktionären von S+B AG ebenso wie gemäss Voranmeldung CHF 2.85 pro S+B-Aktie und stellt das Kaufangebot unter gewisse Bedingungen (vgl. Sachverhalt lit. O der Verfügung 540/01 der UEK vom 25. Juli 2013). Die Angebotsfrist läuft bis zum 26. August 2013.

(9) Mit verfahrensleitender Verfügung der UEK vom 18. Juli 2013 erhielt Gebuka auf Antrag im Verfahren der UEK Parteistellung und Akteneinsicht.

(10) Mit Verfügung 540/01 vom 25. Juli 2013 stellte die UEK fest, dass das öffentliche Kaufangebot von Venetos an die Aktionäre von S+B AG unter dem Vorbehalt von Anpassungen und Ergänzungen des Angebotsprospekts den gesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote entspricht.

(11) Auf Antrag der S+B AG verfügte die UEK mit verfahrensleitender Verfügung vom 31. Juli 2013, dass S+B AG Einsicht in den Gesellschaftsvertrag vom 14. Juli 1981 (inkl. Schiedsvertrag vom 14. Juli 1981 und Ergänzung vom 27. Januar bzw. 9. Februar 1982) sowie den Gesellschaftsbeschluss vom 10. Dezember 2010 erhält.

(12) Mit Eingabe vom 2. August 2013 erhob Gebuka bei der Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) Beschwerde gegen die Verfügung 540/01 der UEK. Darin stellte sie folgende Anträge:

"1. Es sei die Verfügung 540/01 der UEK vom 25. Juli 2013 aufzuheben.

Referenz: b1014769-0000030

2. Es sei zu prüfen, ob die Anbieterin oder mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnde Personen während der letzten zwölf Monate vor der Publikation des Angebots im Zusammenhang mit dem Erwerb von S+B AG Aktien andere wesentliche Leistungen erbracht bzw. ob die S+B KG (wie nachfolgend definiert) sowie ihre Anteilseigner, insbesondere Herr Michael Storm, von der Anbieterin oder mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnde Personen während der letzten zwölf Monate vor der Publikation des Angebots im Zusammenhang mit dem Erwerb von S+B AG Aktien andere wesentliche Leistungen erhalten haben. Zu diesem Zweck sei bzw. seien

(a) die S+B KG zur Herausgabe folgender Unterlagen zu verpflichten:

(i) sämtliche Korrespondenz (inkl. Kommunikation in elektronischer Form sowie Aktennotizen von Telefonaten und Besprechungen) zwischen der Rothschild und der S+B KG sowie ihrem Geschäftsführer seit dem 1. Oktober 2012;

(ii) sämtliche Präsentationen und Dokumentationen, die die S+B KG oder ihre Berater zur Analyse der verschiedenen Angebote (insbesondere der Angebote Renova, Artemis, Sumitomo) erstellt haben;

(iii) sämtliche Korrespondenz zwischen ihr (namentlich ihrem Geschäftsführer) und den Anteilseignern der S+B KG;

(b) die Prüfstelle anzuweisen, Auskunft darüber abzugeben, welche Massnahmen sie getroffen hat, um abzuklären, ob sämtliche anderen wesentlichen Leistungen i. S. von Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA bei der Festsetzung des Mindestpreises erfasst wurden. Insbesondere ist zu prüfen, ob bzw. wie die Prüfstelle abklärte, ob andere wesentliche Leistungen an die Anteilseigner der S+B KG erbracht wurden;

(c) die Anbieterin anzuweisen, sämtliche Korrespondenz (inkl. Kommunikation in elektronischer Form sowie Aktennotizen von Telefonaten und Besprechungen) zwischen ihr bzw. den bei ihr involvierten Personen und der S+B KG, den Anteilseignern sowie dem Geschäftsführer der S+B KG seit dem 1. Oktober 2012 herauszugeben;

(d) die Bank Rothschild anzuweisen, sämtliche Korrespondenz (inkl. Kommunikation in elektronischer Form sowie Aktennotizen von Telefonaten und Besprechungen) zwischen ihr bzw. den bei ihr involvierten Personen und der S+B KG, den Anteilseignern sowie dem Geschäftsführer der S+B KG seit dem 1. Oktober 2012 an die FINMA herauszugeben;

(e) eine geeignete vertrauenswürdige Organisation (Anwaltskanzlei, Revisionsfirma) mit der Untersuchung auf Hinweise von zusätzlichen Abreden und Hinweisen auf zusätzliche andere wesentliche Leistungen im Sinne von Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA zu beauftragen;

(f) geeignete Partei- und/oder Zeugenbefragungen durchzuführen (z.B. von Mitarbeitern der Bank Rothschild und den Anteilseignern).

3. Der Vollständigkeit halber seien die Akten, welche gemäss verfahrensleitender Verfügung der UEK vom 31. Juli 2013 offengelegt wurden, auch der Beschwerdeführerin zuzustellen.

4. Nach der Durchführung dieser Prüfung sowie allenfalls weiterer geeigneter Untersuchungsmassnahmen und der anschliessenden Bewertung der zusätzlichen wesentlichen Leistungen sei die Anbieterin zu verpflichten, den Angebotspreis entsprechend anzupassen. Insbesondere sei bei Vorliegen einer Abrede über die Einstellung des Verantwortlichkeitsprozesses gegen den Anteilseigner Michael Storm die Anbieterin zu verpflichten, den Angebotspreis von CHF 2.85 um CHF 1.98 auf CHF 4.34 zu erhöhen. "

Referenz: b1014769-0000030

(13) Mit Schreiben vom 6. August 2013 teilte die FINMA den Parteien mit, dass sie gestützt auf Art. 33c des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) ein Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 1 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) eröffnet hat, und lud Venetos, S+B AG, S+B KG, Deloitte sowie die UEK gleichzeitig ein, bis Donnerstag, 8. August 2013, 12:00 Uhr, eine Stellungnahme zur Beschwerde der Gebuka einzureichen.

(14) Mit Eingaben vom 8. August 2013 nahmen Venetos, S+B AG sowie S+B KG zur Beschwerde der Gebuka Stellung. Gleichentags trafen die Stellungnahmen von UEK und Deloitte ein. Venetos und S+B KG beantragten in ihren jeweiligen Eingaben die Abweisung aller Anträge unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. S+B AG teilte in ihrer Eingabe mit, dass sie sich verpflichtet habe, keinen Aktionär der S+B AG in einem Verfahren in Bezug auf das Kaufangebot zu unterstützen, der allenfalls die Einhaltung der anwendbaren übernahmerechtlichen Regeln bestreitet, und deshalb auf Anträge verzichte. Die UEK hält gemäss ihrer Eingabe vollumfänglich an den Erwägungen der Verfügung 540/01 vom 25. Juli 2013 fest und beantragt die Abweisung der von Gebuka gestellten Anträge.

(15) Diese Eingaben leitete die FINMA am 9. August 2013 der Gebuka weiter, verbunden mit der Aufforderung zur Stellungnahme bis Montag, 12. August 2013.

(16) Mit Eingabe vom 12. August 2013 hielt die Beschwerdeführerin an den in der Beschwerde vom 2. August 2013 gestellten Anträgen, unter Kosten – und Entschädigungsfolge zulasten der Anbieterin, fest.

(17) Mit Schreiben vom 13. August 2013 stellte die FINMA die eingegangene Stellungnahme der Gebuka vom 12. August 2013 Venetos, S+B AG, S+B KG, Deloitte sowie der UEK zu und ersuchte diese gleichzeitig, ihre abschliessenden Stellungnahmen zu dieser Eingabe bis am Mittwoch, 14. August 2013, einzureichen.

(18) Mit Eingabe vom 14. August 2013 äusserte sich Venetos zur Stellungnahme der Gebuka vom 12. August 2013 und hielt an den Anträgen gemäss ihrer Stellungnahme vom 8. August 2013 fest. Gleichentags reichte Deloitte ihre Schlussstellungnahme ein. S+B KG, S+B AG sowie die UEK äusserten sich in ihren Eingaben vom 14. August 2013 dahingehend, dass sie auf eine weitere Stellungnahme verzichten.

(19) Mit Schreiben vom 15. August 2013 hiess die FINMA den Antrag der Beschwerdeführerin auf vollständige Akteneinsicht gut und stellte fest, dass Gebuka Einsicht in den Gesellschaftsvertrag vom 14. Juli 1981 (inkl. Schiedsvertrag vom 14. Juli 1981 und Ergänzung vom 27. Januar bzw. 9. Februar 1982) sowie den Gesellschafterbeschluss vom 10. Dezember 2010 erhält:

(20) Mit Brief vom 19. August 2013 räumte die FINMA der Gebuka die Möglichkeit ein, sich bis am Montag, 19. August 2013, 24:00 Uhr, zu den im Zusammenhang mit der gewährten Akteneinsicht offen gelegten Dokumenten zu äussern. Der S+B KG wurde mit gleichem Schreiben Gelegenheit gegeben, zur Stellungnahme der Gebuka bis am Dienstag, 20. August 2013, 18:00 Uhr, Stellung zu nehmen.

Referenz: b1014769-0000030

(21) Mit Eingabe vom gleichen Tag äusserte sich Gebuka zu den eingesehenen Dokumenten und hielt an ihren Anträgen fest. Mit Eingabe vom 20. August 2013 hielt S+B KG an ihren Anträgen und Ausführungen fest.

(22) Auf die vorgenannten Eingaben wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

(23) Der Übernahmeausschuss der FINMA ist im vorliegenden Fall aus Herrn Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey (Präsident), Frau Prof. Dr. Anne Héritier Lachat (Mitglied) sowie Herr Prof. Dr. Yvan Lengwiler (Mitglied) zusammengesetzt.

Erwägungen

A Formelles

1. Zuständigkeit und Frist

(24) Die UEK ist gemäss Art. 23 Abs. 3 BEHG zuständig, die Einhaltung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote im Einzelfall zu überprüfen. Sie erlässt die in diesem Zusammenhang notwendigen Verfügungen (Art. 33a Abs. 1 BEHG).

(25) Gemäss Art. 33c Abs. 1 BEHG können Verfügungen der UEK innerhalb einer Frist von fünf Börsentagen bei der FINMA angefochten werden. Für die Berechnung und die Einhaltung dieser Frist gelten Art. 20 und 21 VwVG. Die UEK hat die angefochtene Verfügung 540/1 am 25. Juli 2013 erlassen und den Parteien gleichentags eröffnet. Gebuka hat ihre Beschwerde an die FINMA am 2. August 2013 der Post übergeben. Die Erhebung der Beschwerde erfolgte somit fristgerecht.

2. Parteistellung

(26) Die UEK hat der Beschwerdeführerin mit verfahrensleitender Verfügung vom 18. Juli 2013 Parteistellung zuerkannt, da die Beschwerdeführerin während der Dauer des Verfahrens vor der UEK eine Beteiligung von mehr als 3 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft hielt (Verfahrensleitende Verfügung II der UEK vom 18. Juli 2013, Ziff. 1). Die Beschwerdeführerin ist somit Adressatin der angefochtenen Verfügung, wird in ihrer Stellung als bedeutende Aktionärin durch die Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung. Sie ist daher gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Anhebung einer Beschwerde legitimiert.

B Zu den Anträgen 1, 2 und 4

1. Ermittlung des Sachverhalts im Rahmen der Prüfung eines Übernahmeangebots

(27) Das vorliegende Verfahren dreht sich im Wesentlichen um die Frage, ob die UEK ihrer Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts mit Blick auf allfällige (verdeckte) Nebenleistungen beim dem

Referenz: b1014769-0000030

Übernahmeangebot vorangegangenen Erwerb von Titeln der Zielgesellschaft durch die Anbieterin rechtsgenügend nachgekommen ist.

1.1 Rechtliches

a. Verfahrensmaximen

(28) Die UEK überwacht und stellt sicher, dass die gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften des Übernahmerechts im Einzelfall eingehalten werden und erlässt die dazu notwendigen Verfügungen (Art. 23 Abs. 3 und Art. 33a Abs. 1 BEHG).

(29) Auf diese Tätigkeit finden die Official- und die Untersuchungsmaxime Anwendung (Art. 12 VwVG). Dies bedeutet, dass die UEK den Grundlage ihrer Verfügung bildenden Sachverhalt im Rahmen eines Beweisverfahrens selbst ermittelt, wobei ihr ein weites Ermessen zukommt. Sie ist dabei einerseits nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden, muss aber andererseits auch ohne entsprechende Anträge einschreiten, wenn sie Verletzungen übernahmerechtlicher Bestimmungen vermutet (vgl. Höhn/Lang/Roelli, Öffentliche Übernahmen, Basel 2011, S. 436, N 61 ff.; Schenker, Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009, S. 230; Gericke/Wiedmer, Kommentar zur Übernahmeverordnung, Zürich/Basel/Genf 2011, N 21 zu Art. 3; Scherrer, Aktionäre der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 58 ff.). Nicht erforderlich ist, dass sich die UEK ausdrücklich mit jedem Sachvorbringen auseinandersetzt (vgl. Verfügung der FINMA i.S. Quadrant vom 21. Dezember 2011, N 23). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es der UEK – und der FINMA als Beschwerdeinstanz – im Rahmen ihres „technischen Ermessens“ weitgehend freigestellt, die zur Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion erforderlichen Dokumente festzulegen (vgl. BGE 133 II 232, E. 4.1). Hinzu kommt, dass sowohl das Verfahren vor der Übernahmekommission als auch das Beschwerdeverfahren vor der FINMA gemäss gesetzgeberischem Willen besonders rasche Verfahren sein sollen, weshalb der Sachverhalt nicht mit der Gründlichkeit und Sorgfalt festgestellt und gewürdigt werden kann und muss, die einem Verwaltungsverfahren sonst angewandt würden. Dies betrifft insbesondere die Einvernahme von Zeugen und Auskunftspersonen sowie das Einholen von Gutachten. Eine gewisse Beschränkung der Prüfungsdichte ist in Übernahmeverfahren somit systemimmanent, soweit nicht im Einzelfall konkrete Hinweise eine vertiefte Prüfung erforderlich machen (vgl. Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 5.1, m.w.H.; Scherrer, a.a.O., S. 61). Die Parteien sind verpflichtet, bei der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken (Höhn/Lang/Roelli, a.a.O., S. 436, N 62, Scherrer, a.a.O., S. 60 f.).

(30) Gegen Verfügungen der UEK sind Rügen wegen unrichtiger oder unvollständiger Sachverhaltsermittlung, wegen falscher Rechtsanwendung einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie wegen Unangemessenheit zulässig; die FINMA hat volle Kognition (vgl. Art. 49 VwVG). Im Übrigen gelten die in N (29) hiervoor für die UEK genannten Besonderheiten des technischen Ermessens und des einfachen und raschen Verfahrens auch für die FINMA als Beschwerdeinstanz (Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 5.1, m.w.H.).

Referenz: b1014769-0000030

b. Rolle der Prüfstelle

(31) Gemäss Art. 25 Abs. 2 BEHG obliegt die Pflicht zur Prüfung der Gesetzes- und Verordnungskonformität eines öffentlichen Kaufangebots in erster Linie der Prüfstelle. Diese wird zwar von der Anbieterin mandatiert, muss von dieser jedoch gemäss Art. 26 Abs. 2 BEHV-FINMA unabhängig sein und erfüllt eine öffentliche Aufgabe. Die Rolle der Prüfstelle wird daher in Lehre und Rechtsprechung als „verlängerter Arm“ der UEK bezeichnet und mit jener der bankengesetzlichen Revisionsstelle verglichen (vgl. auch Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 2.2, m.w.H., sowie Urteil BVGer B-253/2012 vom 8. März 2012, E. 3.2).

(32) Mit Blick auf allfällige andere wesentlichen Leistungen – sogenannte Nebenleistungen –, die zu einer Erhöhung bzw. Minderung des Mindestpreises führen können, wenn sie im Zusammenhang mit einem vorausgegangenem Erwerb erbracht wurden, ist die Prüfstelle insbesondere verpflichtet, die Angemessenheit einer solchen Erhöhung oder Minderung zu bestätigen sowie ihre diesbezüglichen Berechnungen aufzuzeigen. Die Feststellung und Bewertung der zusätzlichen Leistungen obliegt in einem ersten Schritt zunächst der Anbieterin. Die Aufgabe der Prüfstelle besteht demgegenüber darin, die Angemessenheit dieser Beurteilung und Bewertung zu prüfen (Art. 41 Abs. 4 und 5 BEHV-FINMA; Verfügung der FINMA vom 8. Juli 2009 i.S. Quadrant AG, N 40). Das Resultat dieser Prüfungshandlungen ist auf eine Art und Weise darzulegen, die es der UEK ermöglicht sich zu vergewissern, dass die Beurteilung der Prüfstelle transparent, nachvollziehbar und schlüssig ist (Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 7.4).

(33) Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010 umfassend mit der Rolle der Prüfstelle bei der Ermittlung und Bewertung allfälliger Nebenleistungen im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebots auseinandergesetzt. Bei der Beurteilung des Erwerbs eines Kontrollpakets mit Blick auf die Mindestpreisregel hält es die Prüfstelle an, in jedem Fall eine eigene Bewertung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen, auch wenn keine Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Vertragskomplex insgesamt gegen die Mindestpreisregel verstösst. Diese Pflicht zur Vorsicht begründet das Bundesverwaltungsgericht mit dem gemeinsamen Interesse von Erwerber und Verkäufer eines Kontrollpakets an einem möglichst tiefen Mindestpreis, das dazu führen kann, dass die Leistungen des Erwerbers als möglichst gering, allfällige Nebenleistungen dafür als möglichst hoch ausgewiesen werden. Die Prüfstelle muss daher selbst dann die sich gegenüberstehenden Leistungen und Gegenleistungen unvoreingenommen je einzeln ermitteln und bewerten, wenn keine Hinweise auf allfällige weitere wesentliche Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA bestehen. Dies gilt umso mehr in Fällen wie dem vorliegenden, in welchem eine Partei geltend macht, die Anbieterin habe solche Nebenleistungen erbracht (Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 7.2, 7.3 und 7.4).

(34) Die Identifikation und Bewertung anderer wesentlicher Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA ist unbestritten eine Herausforderung (Wyss/Wunderle, in: Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XII, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 158). In der Praxis ist es daher unerlässlich, dass sich die Prüfstelle für bestimmte Prüfungshandlungen auf Angaben der Anbieterin stützt, indem sie schriftliche Bestätigungen oder sogenannte Vollständigkeitserklärungen einholt. Soweit sie diese kritisch hinterfragt und auf ihre Plausibilität prüft, soll sich die Prüfstelle gemäss Lehre und Praxis grundsätzlich auf

Referenz: b1014769-0000030

deren Richtigkeit verlassen dürfen (Tschäni/Iffland/Diem, in: Watter/Vogt [Hrsg.], BSK-BEHG/FINMAG, 2. Auflage, Basel 2011, N 14 zu Art. 25 BEHG; Lengnauer, Die Rolle der Prüfstelle bei öffentlichen Übernahmeangeboten, in Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions IV, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 33; a.M. Höhn/Lang/Roelli, a.a.O., S. 414, N 29; ebenfalls kritisch Gericke/Wiedmer, a.a.O., N 23 zu Art. 27; vgl. zur abweichenden Beurteilung des Bundesgerichts solcher Erklärungen im Zusammenhang mit der jährlichen Prüfung N (65) f. hiernach). Das Einholen schriftlicher Erklärungen von der Anbieterin sowie der mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen zur Prüfung der Wahrheit der im Angebotsprospekt enthaltenen Angaben ist im Übrigen auch im auf die Tätigkeit der Prüfstelle anwendbaren Schweizer Prüfungsstandard für die Prüfung von öffentlichen Kaufangeboten (PS 880) explizit vorgesehen (vgl. PS 880, Ziff. 43). Dies gilt gemäss Ziff. 57 i.V.m. Ziff. 54 des Prüfungsstandards insbesondere auch für die Prüfung der Einhaltung der Regeln zum Mindestpreis.

c. Rolle der UEK bei der Überprüfung des Mindestpreises

(35) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf sich die UEK bei ihrer Beurteilung des Angebots auf die Prüfung der Prüfstelle abstützen und muss nicht alle Sachverhaltsabklärungen selbst vornehmen (Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 2.2, m.w.H., sowie Urteil BVGer 532/2012 vom 8. März 2012, E. 3.2). Sie muss sich jedoch „vergewissern, dass die Prüfstelle die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt und die wesentlichen Gesichtspunkte gewürdigt hat, und sie muss prüfen, ob die Ausführungen der Prüfstelle zur Bewertung der in Frage stehenden Leistungen transparent, plausibel und nachvollziehbar sind“. Kommt die UEK zum Schluss, dass diese Anforderungen erfüllt sind, so darf sie davon ausgehen, keine weiteren Beweismittel einfordern zu müssen. Insbesondere die Mandatierung der Prüfstelle durch die Anbieterin und die Tatsache, dass die Prüfstelle ihre Informationen von der Anbieterin erhält, sind nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts alleine noch kein Grund, von der UEK die Anordnung weitergehender Beweismassnahmen zu verlangen (Urteil BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E. 2.3 und 2.4).

(36) Allerdings ist die UEK nicht an die Ergebnisse der Prüfstelle gebunden (Gericke/Wiedmer, a.a.O., N 10 zu Art. 29 mit dem Hinweis, dass die UEK in der Praxis regelmässig auch von der Prüfstelle geprüfte und für in Ordnung befundene Aspekte eines Angebots überprüfe). Entschliesst sie sich für weitergehende Beweismassnahmen, so stehen ihr die in Art. 12 VwVG vorgesehenen Beweismittel mit Ausnahme der Zeugeneinvernahme (vgl. Art. 14 Abs. 1 VwVG) zur Verfügung sowie ergänzend die Auskunftspflicht gemäss Art. 33a Abs. 2 BEHG, wonach Personen, die einer Meldepflicht gemäss Art. 31 BEHG unterliegen sowie Personen, die gemäss Art. 22b Abs. 2 und 3 BEHG Parteistellung erlangen können, der UEK alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben müssen, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt.

1.2 Vorbringen der Parteien

(37) Die Beschwerdeführerin vermutet, die Anbieterin oder mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnde Personen hätten im für die Ermittlung des Mindestpreises gemäss Art. 32 Abs. 4 lit. b BEHG relevanten Zeitraum im Zusammenhang mit dem Erwerb von Aktien der S+B AG neben dem

Referenz: b1014769-0000030

Kaufpreis versteckte andere wesentliche Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA; SR 954.193) erbracht. Insbesondere wird vermutet, dass solche Nebenleistungen an die S+B KG bzw. deren Anteilseigner geflossen sind.

(38) Zur Begründung dieser Annahme bringt die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben an die FINMA insbesondere die folgenden Argumente vor:

- Die S+B KG-Gruppe habe ihre Aktien zu billig an die Anbieterin verkauft. Anders als mit versteckten Leistungen lasse es sich nicht erklären, weshalb die S+B KG-Gruppe der Anbieterin ihre S+B-Aktien zu einem Preis von CHF 2.40 veräusserte, obgleich der Börsenkurs am Tag der Veräusserung bei CHF 2.90 lag, der volumengewichtete Durchschnittskurs gemäss Art. 32 Abs. 4 lit. a BEHG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 BEHV-FINMA CHF 2.85 betrug und zudem ein Angebot der Artemis Holding AG zu CHF 3.00 vorlag (Beschwerdeschrift, N 7; Stellungnahme Gebuka vom 12. August 2013, N 19). In diesem Zusammenhang sei zudem auffällig, dass die Berater der Renova-Gruppe dieser nur sehr spärliche Dokumentationen haben zukommen lassen (Beschwerdeschrift, N 32; Stellungnahme Gebuka vom 12. August 2013, N 19 und 22).
- Die Anbieterin habe sich mit Michael Storm über die hängige Verantwortlichkeitsklage der S+B AG gegen ihren ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten und Anteilseigner der S+B KG abgesprochen. Es sei nicht denkbar, dass die Klage in zweistelliger Millionenhöhe nicht auf irgendeine Weise – bspw. in Form einer Einigung auf einen geringen Vergleichsbetrag – in die Transaktion eingeflossen sei, was aufgrund der guten Chancen der Klage eine signifikante Erhöhung des Mindestpreises zur Folge haben müsste (Beschwerdeschrift, N 9 sowie N 17 ff.; Stellungnahme Gebuka vom 12. August 2013, N 20).
- Die von der Anbieterin und der S+B KG-Gruppe im Vorfeld zum Gesuch um Gewährung einer Sanierungsausnahme durch die UEK (vgl. UEK-Verfahren 535) abgeschlossenen und nach nicht erteilter Ausnahme wieder aufgelösten Verträge legten nahe, dass die Parteien in diesen Verträgen enthaltene Kostenübernahmen, Finanzierungszusagen, Dividendengarantien und Zusagen über Käufe bestimmter Aktiven mit Blick auf das öffentliche Kaufangebot als versteckte Leistungen vereinbart hätten (Beschwerdeschrift, N 8). Insbesondere sollen sich die Parteien über den überteuerten Kauf eines Grundstücks in Düsseldorf geeinigt haben (Beschwerdeschrift, N 26; Stellungnahme Gebuka vom 12. August 2013, N 21).

(39) Diese von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren angeführten tatsächlichen Argumente hat im Verfahren vor der UEK – teilweise in ausführlicherer Art und Weise – die Zielgesellschaft vorgebracht:

- Vgl. zum zu tiefen Angebotspreis Stellungnahme S+B AG vom 4. Juli 2013, N 12 ff.; Stellungnahme S+B AG vom 17. Juli 2013, N 20 ff.; Stellungnahme S+B AG vom 19. Juli 2013, N 11 ff.

Referenz: b1014769-0000030

- Vgl. zur Verantwortlichkeitsklage gegen Michael Storm Stellungnahme S+B AG vom 4. Juli 2013, N 18 und 20; Stellungnahme S+B AG vom 17. Juli 2013, N 19.
- Vgl. zu weiteren Nebenleistungen Stellungnahme S+B AG vom 4. Juli 2013, N 16 ff.; Stellungnahme S+B AG vom 17. Juli 2013, N 12 ff.; Stellungnahme S+B AG vom 19. Juli 2013, N 6 ff.

(40) Der UEK und der Prüfstelle wird vorgeworfen, den geschilderten Hinweisen auf verdeckte Nebenleistungen nicht in genügendem Umfang nachgegangen zu sein. Die Prüfstelle hätte sich bei ihren Abklärungen nach Ansicht der Beschwerdeführerin nicht lediglich auf die Aussagen der Anbieterin verlassen dürfen (Beschwerdeschrift, N 15 sowie 30 f.; Stellungnahme S+B AG vom 12. August 2013, N 49 ff.). Die UEK ihrerseits hätte die Überprüfung der Leistungen nicht alleine der Prüfstelle überlassen dürfen, sondern den Sachverhalt in diesem Punkt selber erstellen bzw. die Prüfstelle zur detaillierteren Ermittlung anhalten müssen, um ihr Ermessen pflicht- und sachgemäss auszuüben (Beschwerdeschrift, N 33 und 36; Stellungnahme S+B AG vom 12. August 2013, N 53 ff.). Dabei hätte sich die UEK nicht mit Bestätigungen zufrieden geben dürfen, sondern hätte weitere Sachverhaltsabklärungen anordnen müssen, zu deren Durchführung nur sie als Behörde in der Lage gewesen wäre (Stellungnahme S+B AG vom 12. August 2013, N 8).

(41) Die Anbieterin und die S+B KG-Gruppe bestreiten in ihren Eingaben sowohl gegenüber der FINMA als auch bereits im Verfahren vor der UEK, dass zwischen der Anbieterin und der S+B KG-Gruppe weitere als die gegenüber der Prüfstelle und im Angebotsprospekt offengelegten Nebenleistungen geflossen sind (Stellungnahme Venetos vom 22. Juli 2013, N 12, 45 und 49) und haben diesbezügliche Erklärungen abgegeben (vgl. dazu N (50) ff. hiernach). Sie bestreiten infolgedessen das Vorliegen klarer Hinweise auf angeblich versteckte Leistungen und halten die Vorbringen der Beschwerdeführerin und auch der Zielgesellschaft im Verfahren vor der UEK für Vermutungen und Spekulationen, wobei es nicht gelinge, die notwendigen Beweismittel zur Untermauerung vorzulegen (Stellungnahme Venetos vom 8. August 2013, N 3, 6, 11 und 17).

(42) Den hinsichtlich der Höhe des Verkaufspreises geäusserten Vorwürfen halten Anbieterin und S+B KG-Gruppe entgegen, die S+B KG-Gruppe sei grundsätzlich frei gewesen, an wen und zu welchem Preis sie ihre S+B-Aktien habe verkaufen wollen. Der Verkauf an die Anbieterin sei das Ergebnis eines langen Prozesses gewesen. Da sie nur einen Teil ihres Aktienpakets veräussern wollte, sei die S+B KG-Gruppe an einer Wertsteigerung ihres Restpakets und nicht an einem möglichst hohen Verkaufspreis interessiert gewesen. Im Ergebnis sei für den Verkauf an die Anbieterin deren industrielle Kompetenz entscheidend gewesen, verbunden mit der Tatsache, dass sie die jahrzehntelangen persönlichen Verbindungen der Anteilseigner der S+B KG respektiere und ihnen einen Sitz im Verwaltungsrat der S+B AG garantiere (Stellungnahme S+B KG vom 18. Juli 2013; Stellungnahme Venetos vom 22. Juli 2013, N 33). Darüber hinaus habe es sich beim angeblich besseren Angebot der Artemis Holding AG um eine nicht realisierbare Offerte gehandelt, weshalb es nicht zulässig sei, den von der Artemis Holding AG gebotenen dem von der Anbieterin bezahlten Preis gegenüberzustellen (Stellungnahme Venetos vom 22. Juli 2013, N 35 ff.).

Referenz: b1014769-0000030

(43) Betreffend die Verantwortlichkeitsklage der S+B AG gegen Michael Storm bestätigen sowohl die Anbieterin als auch die S+B KG und Michael Storm selber, dass es zwischen den Parteien keine Absprachen oder Nebenleistungen mit Blick auf die Erledigung dieser Klage gibt (Stellungnahme S+B KG vom 8. August 2013, N 10; Stellungnahme Venetos vom 8. August 2013, N 8 und 13; Schreiben Michael Storm an die FINMA vom 7. August 2013; zu den Bestätigungen der Venetos und der S+B KG vgl. N (50) ff. hiernach). Diese ist nach Ansicht der S+B KG im Übrigen als erheblich weniger chancenreich einzustufen als dies die Beschwerdeführerin tut (Stellungnahme S+B KG vom 8. August 2013, N 9).

(44) Schliesslich hält die Anbieterin fest, die unter dem Schirm der geplanten Sanierungsausnahme vereinbarten Verträge seien nach Abweisung des entsprechenden Gesuchs durch die UEK (vgl. Verfügung 535/01 der UEK vom 24. Mai 2013) aufgehoben worden. Die darin vereinbarten Nebenleistungen hätten entsprechend keine Gültigkeit mehr und seien auch später nicht mehr auf andere Weise vereinbart worden (Stellungnahme Venetos vom 8. August 2013, N 16; Stellungnahme Venetos vom 22. Juli 2013, N 46 und 48).

1.3 Durchgeführte Beweismassnahmen

(45) Mit verfahrensleitender Verfügung vom 1. Juli 2013 hat die UEK von der Anbieterin den Aktionärsbindungsvertrag zwischen der Anbieterin und der S+B KG-Gruppe, den Aktienkaufvertrag über den Erwerb von 20.46 % der S+B-Aktien, die Vereinbarung über den Erwerb von 4.83 % der S+B-Aktien sowie sämtliche weiteren, zwischen der Renova-Gruppe und der S+B KG-Gruppe geschlossenen Vereinbarungen einverlangt. Mit E-Mail desselben Datums hat die Anbieterin der UEK die namentlich genannten Dokumente sowie eine Vertraulichkeits- und Exklusivitätsvereinbarung vom 25./26. März 2013 (inkl. Änderungsvereinbarungen), einen Darlehensvertrag zwischen der S+B KG, der S+B Beteiligungs GmbH und der Metcombank vom 25./26. März 2013 sowie ein Intra Group Loan Facility Agreement zwischen der Anbieterin und der Wedgewood Management Ltd vom 25. Juni 2013 eingereicht. Mit E-Mail vom 4. Juli 2013 hat die Anbieterin ein Schreiben an die S+B KG vom 27. Juni 2013 nachgereicht, in welchem sie bestätigt, nach der Voranmeldung des Angebots die Hälfte der Kosten der Schweizer Rechtsberater der S+B KG bis zu einer Maximalhöhe von CHF 250'000 zu übernehmen.

(46) Deloitte hat als von der Anbieterin mandatierte Prüfstelle ihren Prüfbericht gemäss Art. 25 BEHG am 11. Juli 2013 abgeliefert. Sie bestätigte darin insbesondere, dass sie die Prüfung nach dem Schweizer Prüfungsstandard 880 (PS 880) durchgeführt habe, dass die Mindestpreisvorschriften unter Berücksichtigung der im Angebotsprospekt offengelegten Nebenleistungen ihrer Meinung nach eingehalten wurden und dass sie nicht auf Sachverhalte gestossen sei, aus denen sie schliessen müsste, dass der Angebotsprospekt nicht vollständig und wahr sei oder nicht dem Börsengesetz und den Verordnungen entspreche.

(47) Ebenfalls vom 11. Juli 2013 datiert das von der Prüfstelle erstellte Memorandum on ancillary services, benefits and costs, and minimum price rule compliance („Valuation Memorandum“), in welchem die Prüfstelle sich mit der Einhaltung der Mindestpreisregel und insbesondere mit der Identifikation und Bewertung allfälliger Nebenleistungen befasst. Einleitend hält Deloitte in den üblichen Haf-

Referenz: b1014769-0000030

tungsausschlüssen fest, dass das Valuation Memorandum auf den von der Renova-Gruppe zur Verfügung gestellten Informationen einschliesslich der Aktienkaufverträge und des Aktionärbindungsvertrags mit der S+B KG-Gruppe sowie öffentlich zugänglichen Informationen basiere und listet die vorhandenen Dokumente auf (vgl. Valuation Memorandum vom 11. Juli 2013, S. 7). Dabei handelt es sich mit Ausnahme des Aktionärbindungsvertrags zwischen der S+B KG und der Beschwerdeführerin durchwegs um Dokumente, die im Verlauf des Verfahrens auch der UEK zugänglich waren (vgl. N (45) hiervor sowie N (53) hiernach). Auf S. 9 ff. des Valuation Memorandums werden in einem Executive Summary die ermittelten Nebenleistungen dargestellt und bewertet, die detaillierte Betrachtung folgt auf S. 14 ff. Dabei kommt die Prüfstelle unter Anwendung zweier Vorgehensweisen zu gegenüber dem von Venetos an die S+B KG-Gruppe bezahlten Preis leicht abweichenden Ergebnissen, die jedoch allesamt unter dem Mindestpreis liegen (Valuation Memorandum vom 11. Juli 2013, S. 10).

(48) Hinsichtlich der Klage der S+B AG gegen Michael Storm hält Deloitte fest, dass eine Vereinbarung betreffend die Beilegung der Streitigkeit zwar nicht für die Anteilseigner der S+B KG, aber zweifelsohne für Michael Storm einen Vorteil darstellen würde. Die Renova-Gruppe habe jedoch zugesichert, dass keine entsprechende Vereinbarung mit Michael Storm abgeschlossen worden sei und dass aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte der S+B AG ein Vergleich oder ein Klagerückzug ohnehin unwahrscheinlich seien. Vor diesem Hintergrund sieht Deloitte zudem keine Nebenleistung zu Gunsten der S+B KG, weil die Klage noch hängig sei und daher keine Grundlage bestehe, den Verfahrensausgang bzw. den allfälligen Schaden einzuschätzen und weil zudem davon ausgegangen werden müsse, dass das Verfahren weitergezogen werde, so dass sich diese Unsicherheit auf unbestimmbare Zeit verlängere (Valuation Memorandum vom 11. Juli 2013, S. 21).

(49) Deloitte stützt die Aussagen im Valuation Memorandum auf sogenannte Management Representation Letters der Anbieterin und der S+B KG vom 11. Juli 2013.

(50) Seitens Venetos bestätigten zwei Mitglieder des Verwaltungsrats nach Rücksprache mit den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern von Venetos und den Verwaltungsräten und der Geschäftsleitung der übrigen Gesellschaften der Renova-Gruppe unter anderem, das Angebot halte die schweizerischen Übernahmeregeln ein und der Angebotsprospekt enthalte die notwendigen wahren, genauen, richtigen und vollständigen Informationen. Hinsichtlich allfälliger Nebenleistungen bestätigte Venetos, keine nicht im Angebotsprospekt veröffentlichten Vereinbarungen mit der Zielgesellschaft, ihrer Vertreter sowie ihrer Aktionäre einschliesslich der S+B KG und mit diesen verbundenen Parteien abgeschlossen zu haben. Die identifizierten Nebenleistungen seien Deloitte allesamt offengelegt worden und andere Vereinbarungen als die in Abschnitt D.3 des Angebotsprospekts genannten gäbe es nicht. Die im Entwurf des Valuation Memorandums enthaltenen Ausführungen zu den Nebenleistungen seien in jeder Hinsicht korrekt und Venetos seien keine wesentlichen Sachverhalte bekannt, die die von Deloitte im Memorandum erlangten Ergebnisse insbesondere hinsichtlich der Berechnung des Mindestpreises beeinflussen könnten. Venetos hielt zudem explizit fest, dass der Fall „Storm“ nicht Teil der Transaktion darstelle und dass es die Pflicht des Verwaltungsrats der S+B AG sei, diesen Fall ordnungsgemäss weiterzuverfolgen, diesbezügliche „gentlemen agreements“ gäbe es nicht (Schreiben Venetos an Deloitte vom 11. Juli 2013, Ziff. 2, 5, 7, 8, 9, 24 und 25).

Referenz: b1014769-0000030

(51) Der Geschäftsführer der S+B KG bestätigte Deloitte unter anderem ebenfalls Folgendes: Der Angebotsprospekt enthalte mit Blick auf die S+B KG und all ihre Tochtergesellschaften die notwendigen wahren, genauen, richtigen und vollständigen Informationen gemäss den übernahmerechtlichen Bestimmungen; die Deloitte im Zusammenhang mit der Prüfung des Angebots übermittelten Unterlagen seien wahr und genau; es seien keine schriftlichen oder mündlichen Vereinbarungen abgeschlossen worden, die sich auf die Berechnung des Mindestpreises gemäss Art. 32 Abs. 4 BEHG auswirken könnten und die in Abschnitt D.3 des Angebotsprospekts nicht offengelegt wurden; der Fall „Storm“ sei nicht Teil der Transaktion und es seien keine „gentlemen agreements“ abgeschlossen worden, um den Fall nach dem Aktienerwerb abzuschliessen (Schreiben S+B KG an Deloitte vom 11. Juli 2013, Ziff. 4, 6, 7 und 13).

(52) In einer verfahrensleitenden Verfügung vom 12. Juli 2013 befasste sich die UEK mit dem Antrag der Zielgesellschaft vom 4. Juli 2013 (Stellungnahme S+B AG vom 4. Juli 2013, Rechtsbegehren Ziff. 1 sowie N 21) auf Abgabe einer Bestätigung durch die Renova- und die S+B KG-Gruppe, dass mit Ausnahme der eingereichten bzw. offengelegten Vereinbarungen und Abreden keine weiteren mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen und Abreden bestehen. Die UEK hält fest, es sei aufgrund der übernahmeverfahrensrechtlichen Konzeption die Aufgabe der Prüfstelle zu überprüfen, ob im Angebotsprospekt alle Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA erfasst worden seien und hierfür die notwendigen Representation Letters und Vollständigkeitserklärungen einzuholen. Die UEK habe den Prüfstellenbericht und das Valuation Memorandum vom 11. Juli 2013 noch nicht überprüft und daher noch nicht beurteilen können, ob die einverlangten Representation Letters und Vollständigkeitserklärungen ausreichend seien. Sollte dies nicht der Fall sein, werde die Prüfstelle aufgefordert, zusätzliche Bestätigungen einzuholen (Verfahrensleitende Verfügung der UEK vom 12. Juli 2013, E. 2.2).

(53) In derselben Verfügung forderte die UEK die Anbieterin auf, ihr eine Vielzahl weiterer Vereinbarungen sowie die Berichte und Präsentationen der Bank Rothschild – insbesondere zur Bewertung der Angebote Artemis und Sumitomo im Vergleich mit dem Angebot der Renova-Gruppe – einzureichen (Verfahrensleitende Verfügung der UEK vom 12. Juli 2013, Ziff. 1 und 2). Mit E-Mail desselben Datums reichte die Anbieterin zunächst ein nicht in Kraft getretenes Investment Agreement vom 24. April 2013, einen Aktienpfandvertrag betreffend S+B-Aktien zwischen der S+B Beteiligungs GmbH und der Metcombank vom 25. März 2013 sowie ein Account Pledge Agreement zwischen der S+B Beteiligungs GmbH, der Metcombank und der UBS AG vom 25. März 2013 ein. Mit E-Mail vom 15. Juli 2013 reichte die Anbieterin sodann ein Confidentiality Agreement vom 12./19. Februar 2013 zwischen der Renova Management AG und der Rothschild GmbH, eine Grundschuldbestellung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung vom 19. April 2013, eine Zweckbestimmungserklärung einer Grundschuld vom 3. Mai 2013, einen Gesellschafterbeschluss betreffend Zustimmung zur Bestellung einer Grundschuld vom 30. April/2. Mai 2013 sowie ein Schreiben von Hogan Lovells an die Metcombank vom 2. Mai 2013 ein. Gleichentags wurde der UEK überdies die von der Anbieterin bei der IFBC AG in Auftrag gegebene Bewertung der wesentlichen Nebenleistungen zugestellt. Die S+B KG reichte mit E-Mail vom 15. Juli 2013 zwei Präsentationen der Bank Rothschild betreffend Gegenüberstellung der Angebote vom 29. Mai 2013 bzw. vom 4. Juni 2013 ein. Mit E-Mail vom 17. Juli 2013 reichte die S+B KG schliesslich die Auswertung der indikativen Angebote durch die Bank Rothschild mit Stand vom 12. März 2013 ein.

Referenz: b1014769-0000030

(54) Mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. Juli 2013 hat die UEK die S+B KG aufgefordert zu erklären, aus welchem Grund bzw. welchen Gründen die Beteiligung von 20.46 % und 4.83 % an S+B AG an Venetos verkauft wurde, obwohl es andere Interessenten gab, die offenbar einen höheren Kaufpreis zu zahlen bereit gewesen wären, namentlich die Artemis Group, welche CHF 3.00 pro S+B Aktie bot. Die Frage wurde von der S+B KG mit Stellungnahme vom 18. Juli 2013 wie in N (42) hiavor wiedergegeben beantwortet.

(55) Mit verfahrensleitender Verfügung vom 18. Juli 2013 hat die UEK die Venetos aufgefordert, ergänzend zu bestätigen, dass seitens der Anbieterin und der mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen und Gesellschaften zugunsten der Anteilseigner, der Geschäftsführung und des Beirats der S+B KG keine Verträge oder informelle Abreden bestehen oder Leistungen versprochen oder in Aussicht gestellt wurden, die nicht bereits offengelegt sind (Verfahrensleitende Verfügung I der UEK vom 18. Juli 2013, Ziff. 3). Die Abgabe solcher Bestätigungen hatte die Zielgesellschaft zuerst in ihrer Stellungnahme vom 4. Juli 2013 (vgl. dazu N (52) hiavor) und nochmals in ihrer Stellungnahme vom 17. Juli 2013 beantragt (Stellungnahme S+B AG vom 17. Juli 2013, Rechtsbegehren Ziff. 4 und N 16). Die Anbieterin ist dieser Aufforderung mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 19. Juli 2013 nachgekommen, der namens und im Auftrag der Venetos die von der UEK geforderte Bestätigung wortwörtlich abgab.

1.4 Beurteilung der Nebenleistungen durch Prüfstelle und UEK

(56) Die Prüfstelle kam in ihrem Prüfbericht zum Schluss, dass das Angebot der Venetos für alle sich im Publikum befindlichen Namenaktien der S+B AG den gesetzlichen Anforderungen entspricht (vgl. N (45) hiavor). In ihrem Valuation Memorandum hat Deloitte basierend auf entsprechenden Erklärungen der Renova-Gruppe und der S+B KG-Gruppe festgestellt, dass zwischen den Parteien keine über die im Angebotsprospekt offengelegten Vereinbarungen bestehen. Dabei hat sich die Prüfstelle explizit mit der Klage der S+B AG gegen Michael Storm auseinandergesetzt und festgestellt, dass diese nicht als weitere Leistung i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA zu qualifizieren ist (vgl. N (47) f. hiavor).

(57) Gegenüber der FINMA hat Deloitte mit Schreiben vom 8. August 2013 ausgeführt, die Beurteilung der Nebenleistungen sei ein Hauptbestandteil ihrer Arbeit als Prüfstelle gewesen und im Valuation Memorandum ausführlich dokumentiert worden. Aufgrund der eingeholten und erhaltenen Bestätigungen, Vollständigkeitserklärungen und Informationen und Durchsicht der angeforderten und erhaltenen Unterlagen hätten sich keine Anhaltspunkte für weitere nicht deklarierte Nebenleistungen ergeben. Des weiteren verweist Deloitte auf die in N (50) f. hiavor wiedergegebenen Bestätigungen der Venetos und der S+B KG betreffend die Klage der S+B AG gegen Michael Storm. Mit Blick auf den Erwerb eines Grundstücks in Düsseldorf sowie weitere früher zwischen den Parteien diskutierte Nebenleistungen hält Deloitte fest, dazu sei im effektiven Vertragswerk nichts vereinbart oder umgesetzt worden. Für Deloitte sei mangels neuer Tatsachen/Informationen in der Beschwerdeschrift nicht erkennbar, wo konkret auf weitere zu bewertende, bislang nicht berücksichtigte Nebenleistungen hätte geschlossen werden sollen. In ihrem Schreiben vom 14. August 2013 an die FINMA führte Deloitte ergänzend aus, es sei ihres Erachtens nicht die Pflicht der Prüfstelle, Befragungen von Minderheitsaktiönären generell durchzuführen oder auf Beweisaussagen zu bestehen.

Referenz: b1014769-0000030

(58) Die UEK setzte sich mit den anderen wesentlichen Leistungen nach Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA in Erwägung 5.3.1 der angefochtenen Verfügung auseinander. Nach Darlegung der Rechtslage und Erläuterung der von der Anbieterin und der Prüfstelle vorgenommenen Identifikations- und Bewertungshandlungen sowie der Argumente von Zielgesellschaft und Anbieterin hinsichtlich des Vorwurfs der informellen Vereinbarung weiterer Nebenleistungen kommt sie zum Schluss, weitere Abklärungen in dieser Sache erschienen weder notwendig noch sinnvoll. Deloitte habe die von der Zielgesellschaft vorgebrachten Punkte nicht übersehen. Vielmehr sei die Prüfstelle in ihrem Valuation Memorandum darauf eingegangen, habe aber werthaltige Leistungen mangels vertraglicher Vereinbarung bzw. aufgrund der Zusicherung seitens der Renova-Gruppe, dass keine Abrede hinsichtlich des Schadenersatzprozesses gegen Michael Storm bestehe und das Verfahren in Wahrung der Gesellschaftsinteressen fortgeführt werden, verneint. Deloitte habe somit die Prüfungshandlungen nach den massgebenden Vorgaben durchgeführt und die möglichen Vorteile zugunsten der Vertragsparteien auf ihre Angemessenheit überprüft, einzeln bewertet und sich anschliessend zur Rechtmässigkeit des Angebotspreises geäussert. Das Valuation Memorandum sei plausibel, transparent und nachvollziehbar und sowohl bezüglich der einzelnen Bewertungen als auch bezüglich des Ergebnisses nicht zu beanstanden (Verfügung 540/1 der UEK vom 25. Juli 2013, N 30 ff.).

(59) Gegenüber der FINMA hielt die UEK mit Schreiben vom 8. und 14. August 2013 an den vorstehend erläuterten Ausführungen fest und verzichtete auf eine weitergehende Stellungnahme.

1.5 In concreto

(60) Die Beschwerdeführerin wirft der UEK und der Prüfstelle vor, unübersehbare Hinweise auf Nebenleistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA nicht hinreichend abgeklärt und somit den Sachverhalt nicht pflichtgemäss erstellt zu haben (vgl. insbesondere für die Begründung dieser Vorbringen N (37) ff. hiervor). Die von der Prüfstelle und der UEK durchgeführten Beweismassnahmen wurden in N (45) ff. hiervor ausführlich dargestellt. Anders als die Beschwerdeführerin ist die FINMA aus den nachfolgend dargelegten Gründen der Ansicht, die UEK und die Prüfstelle seien den ihnen von Gesetz und Verordnung auferlegten Pflichten rechtsgenügend nachgekommen, weshalb keine weiteren Beweismassnahmen notwendig sind.

(61) Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten tatsächlichen Argumente lagen der UEK vor Erlass der angefochtenen Verfügung allesamt vor (vgl. N (39) hiervor) und wurden auch von der Prüfstelle bei der Erstellung des Valuation Memorandum berücksichtigt.

(62) Die Prüfstelle hat sich im Valuation Memorandum sorgfältig mit möglichen weiteren Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA auseinandergesetzt und sowohl diejenigen Leistungen erläutert, die sie als für die Berechnung des Mindestpreises relevant betrachtete als auch dargelegt, wieso aus anderen Sachverhalten ihres Erachtens nicht auf weitere Leistungen geschlossen werden kann. Dabei hat sie auch nicht ausser Acht gelassen, dass frühere Vertragswerke zwischen der Renova-Gruppe und der S+B KG-Gruppe weitere solche Leistungen vorgesehen hatten, hat jedoch im Rahmen ihrer Abklärungen festgestellt, dass diese im effektiven Vertragswerk nicht mehr enthalten sind (Stellungnahme Deloitte vom 8. August 2013).

Referenz: b1014769-0000030

(63) Zur Überprüfung der Angaben im Angebotsprospekt hat die Prüfstelle von der Anbieterin und der S+B KG-Gruppe Management Representation Letters eingeholt, die nicht nur generell die Vollständigkeit der offengelegten Informationen bestätigten, sondern konkret auf im Verfahren vor der UEK thematisierte und von der Beschwerdeführerin nun im Beschwerdeverfahren als mögliche Nebenleistungen genannte Sachverhalte eingingen und zudem spezifisch die Vereinbarung weiterer für die Berechnung des Mindestpreises relevanten Nebenleistungen verneinten (vgl. N (50) f. hiervor). Zudem hat sich die Prüfstelle ausführlich mit der Klage der S+B AG gegen Michael Storm auseinandergesetzt und diesbezüglich mit dem für das Übernahmeangebot zuständigen Verwaltungsratsmitglied der Anbieterin Gespräche geführt. Schliesslich wurden die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Themen – Verantwortlichkeitsklage und Kauf eines Grundstücks in Düsseldorf – von der Prüfstelle auch mit den zuständigen Vertretern des Sekretariats der Übernahmekommission diskutiert (Stellungnahme Deloitte vom 8. August 2013).

(64) Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Stellungnahme vom 12. August 2013 geltend, soweit die Prüfstelle im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärung Parteibefragungen durchführte, hätte sie den übrigen Verfahrensparteien das rechtliche Gehör gewähren müssen (Stellungnahme Gebuka vom 12. August 2013, N 57 ff.). Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Dadurch, dass die Prüfstelle bei der Prüfung der Angaben im Angebotsprospekt als „verlängerter Arm“ der UEK agiert, wird sie nicht selber dem VwVG unterstellt und kommen auf ihre Untersuchungen nicht auch die für die UEK selber geltenden Verfahrensvorschriften zur Anwendung (vgl. BGE 130 II 351, E. 3.3.2 f.). Dies folgt auch aus der Tatsache, dass die Rechtsanwendung und die Verfügungskompetenz allein bei der UEK liegen, die bei ihrer Beurteilung des Angebots nicht an die Ausführungen der Prüfstelle gebunden ist und diese auf Transparenz, Plausibilität und Nachvollziehbarkeit überprüfen muss, soweit sie sich darauf verlässt (vgl. N (35) f. hiervor). Im Übrigen sehen Ziff. 43 und Ziff. 57 i.V.m. Ziff. 54 des auf die Prüfhandlungen der Prüfstelle anwendbaren PS 880 Befragungen des Anbieters zu für die Abklärung der Wahrheit der im Angebotsprospekt enthaltenen Angaben sowie der Einhaltung der Mindestpreisregeln relevanten Sachverhalten ausdrücklich vor, ohne gleichzeitig den Einbezug der übrigen am Verfahren beteiligten Parteien vorzuschreiben. Hinzu kommt, dass die UEK der Zielgesellschaft mit Einholung ihrer Stellungnahme zum Valuation Memorandum das rechtliche Gehör hinsichtlich des Ergebnisses der Untersuchungen der Prüfstelle gewährte (vgl. Verfügung der UEK vom 12. Juli 2013, Ziff. 3). Mit verfahrensleitender Verfügung II der UEK vom 18. Juli 2013 wurde die Möglichkeit zur Akteneinsicht und Stellungnahme auch der Beschwerdeführerin gewährt, die mit Schreiben vom 22. Juli 2013 erklärte, auf eigene Anträge und weitere Begründungen zu verzichten.

(65) Auch hinsichtlich der Zuverlässigkeit von Vollständigkeitserklärungen und anderen Bestätigungen der Parteien kann der Beschwerdeführerin (vgl. Stellungnahme Gebuka vom 12. August, N 23 ff.) nicht gefolgt werden. Zwar kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Vollständigkeitserklärungen des Verwaltungsrats gegenüber der Revisionsstelle im Rahmen der jährlichen Prüfung keine erhöhte Glaubwürdigkeit zu (BGE 131 IV 12, E. 9.3) zu. Hinsichtlich der Aussagekraft solcher Bestätigungen im Übernahmeverfahren kann jedoch nicht unbesehen auf diese Rechtsprechung abgestellt werden. Bestätigungen im Rahmen eines Übernahmeverfahrens unterscheiden sich von Vollständigkeitserklärungen hinsichtlich der Jahresrechnung in Zweck und Ausgestaltung. Beim Übernahmeverfahren handelt es sich um ein isoliertes Verfahren mit einem konkreten Gegenstand, das eng durch eine Behörde begleitet wird und in dessen Verlauf sich den Einzelfall betreffende Fragen stellen.

Referenz: b1014769-0000030

Demgegenüber ist die Erstellung der Jahresrechnung eine periodische Aufgabe mit einer ungleich grösseren Menge an zu prüfenden Informationen. Während die zuständigen Organe mit Blick auf die Jahresrechnung jährlich eine generelle Bestätigung abgeben, die primär darauf abzielt, die Verantwortung für die erteilten Auskünfte zu übernehmen und andere Parteien einer Haftung zu entheben (vgl. BGE 131 IV 12, E. 9.3.1), beziehen sich Erklärungen der Parteien im Übernahmeverfahren explizit auf in den Angebotsunterlagen oder gegenüber der UEK und/oder der Prüfstelle offengelegte Informationen, deren Richtigkeit bestätigt werden soll. Dabei kann von der eine solche Erklärung abgebenden Partei erwartet werden, dass sie sich mit dem Gegenstand der Erklärung einlässlich auseinandergesetzt hat. Dies gilt umso mehr, wenn es sich nicht (nur) um pauschale Vollständigkeitserklärungen, sondern um spezifische Bestätigungen zu im Übernahmeverfahren aufgetretenen Sachverhalten handelt. Hinzu kommt, dass es bei solchen Bestätigungen regelmässig um den Beweis eines Negativums geht, der kaum auf andere Weise geführt werden kann. Vor diesem Hintergrund und auch mit Blick darauf, dass die Behörden im Rahmen eines einfachen und schnellen Verfahrens auf ein zügiges Erheben von Beweismitteln angewiesen sind (vgl. N (29) hiavor), stellen Bestätigungen der Parteien ein zentrales Element des Übernahmerechts dar, auf welche die Prüfstelle und die Übernahmekommission sich bei der Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts grundsätzlich abstützen darf.

(66) Von Bedeutung ist überdies, dass eine solche Erklärung oder Bestätigung im Übernahmeverfahren nicht lediglich im Verfahren vor der UEK oder in einem allfälligen Beschwerdeverfahren Bestand haben muss. Wie die UEK in der angefochtenen Verfügung zu Recht bemerkt, würde sie auch nach dem Vollzug des Angebots jedem Hinweis auf eine allfällige Verletzung der Mindestpreisregel nachgehen und gegebenenfalls ex post eine Erhöhung des Angebotspreises verfügen (Verfügung 540/1 der UEK vom 25. August 2013, N 36). Diese Pflicht zum Einschreiten nach abgeschlossenem Übernahmeverfahren ergibt sich aus Art. 33a Abs. 3 BEHG, wonach die UEK verpflichtet ist, für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und für die Beseitigung der Missstände zu sorgen, sobald sie Kenntnis von Verletzungen der übernahmerechtlichen Bestimmungen des Börsengesetzes oder sonstiger Missstände erlangt. Ab Veröffentlichung des Angebots bis sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist ist überdies auch die Prüfstelle gemäss Art. 29 Abs. 2 der Übernahmeverordnung (UEV; SR 954.195.1) und Ziff. 100 PS 880 verpflichtet, die UEK zu informieren und ihr einen speziellen Bericht vorzulegen, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass die übernahmerechtlichen Bestimmungen oder die Verfügungen der UEK hinsichtlich des Angebots nicht eingehalten werden. Dabei ist das Risiko des nachträglichen Einbezugs allfälliger Nebenleistungen durchaus vorhanden. Gerade bei leicht überprüfbaren Angelegenheiten wie dem Fortgang eines zivilrechtlichen Verfahrens und nachdem mögliche Nebenleistungen bereits im Übernahmeverfahren selbst einlässlich erörtert worden sind, muss damit gerechnet werden, dass solche Leistungen auch nach Vollzug des Angebots aufgedeckt und angezeigt werden. Die Abgabe einer unzutreffenden Zusicherung kann somit auch langfristig schwerwiegende Folgen zeitigen, weshalb nicht davon ausgegangen werden muss, dass solche Erklärungen oder Bestätigungen im Übernahmeverfahren leichtfertig wahrheitswidrig abgegeben werden.

(67) Im Übrigen hat im Verfahren vor der UEK gerade die Zielgesellschaft verlangt, die Renova-Gruppe und die S+B KG-Gruppe seien zur Abgabe von Bestätigungen zu verpflichten, dass mit Ausnahme der offengelegten Vereinbarungen und Abreden zwischen den Parteien keine mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen und Abreden bestehen (vgl. N (55) hiavor). Indem die Beschwerdeführe-

Referenz: b1014769-0000030

rin sich den Ausführungen der Zielgesellschaft vollumfänglich angeschlossen hat (vgl. Schreiben Gebuka vom 22. Juli 2013), hat sie implizit auch die Bedeutung anerkannt, die solchen Bestätigungen offenbar auch von der Zielgesellschaft zuerkannt wird.

(68) Mit der Vornahme der genannten Vorkehren zur Ermittlung allfälliger wesentlicher Leistungen hat die Prüfstelle gezeigt, dass sie den von der Zielgesellschaft und nun von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Hinweisen auf allfällige Nebenleistungen nachgegangen ist, die Interessenlage der Parteien nicht unberücksichtigt gelassen hat und nicht unkritisch davon ausgegangen ist, es seien keine weiteren Leistungen erfolgt (vgl. dazu die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in N (33) hiervor).

(69) Um bei ihrer eigenen Beurteilung des Angebots auf die Prüfung der Prüfstelle abstützen zu können, musste die UEK sich vergewissern, dass diese sorgfältig und umfassend abgeklärt, die wesentlichen Gesichtspunkte gewürdigt und ihre Schlussfolgerungen transparent, plausibel und nachvollziehbar dargestellt hat (vgl. N (36) hiervor). Dass sie im Rahmen dieser Prüfung die Aussagekraft der von der Prüfstelle eingeholten Erklärungen analysieren und im Falle der Unvollständig- oder Mangelhaftigkeit Weiteres anordnen musste, war der UEK bewusst (vgl. Verfahrensleitende Verfügung der UEK vom 12. Juli 2013, N 11). Entsprechend hat sie nach Durchsicht des Valuation Memorandum weitere Beweismassnahmen angeordnet: Zunächst wurde von der Anbieterin eine Vielzahl weiterer Dokumente einverlangt, bevor schliesslich eine Bestätigung eingefordert – und abgegeben – wurde, dass seitens der Anbieterin und der mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen und Gesellschaften zugunsten der Anteilseigner, der Geschäftsführung und des Beirats der S+B KG keine Verträge oder informelle Abreden bestehen oder Leistungen versprochen oder in Aussicht gestellt wurden, die nicht bereits offengelegt waren (vgl. dazu auch N 47 hiervor). In Ergänzung dazu wurde die S+B KG angehalten zu begründen, weshalb sie ihre S+B-Aktien zu einem vergleichsweise tiefen Preis an die Anbieterin veräussert hat (vgl. dazu N (42) und (54) hiervor). Diese im Anschluss an die Prüfung der Prüfstelle durchgeführten Beweismassnahmen machen deutlich, dass die UEK die von der Zielgesellschaft und nun von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Bedenken bezüglich allfälliger weiterer Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA ernstgenommen und entsprechende Nachforschungen durchgeführt hat.

(70) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin trifft es im Übrigen nicht zu, dass die Prüfstelle – oder auch die UEK – Grund zur Annahme hatten oder hätten haben müssen, „dass die zu prüfenden Informationen wesentliche falsche Angaben enthalten bzw. wesentliche Informationen nicht offengelegt“ waren (vgl. Stellungnahme Gebuka vom 12. August 2013, N 52). Sowohl der Prüfstelle als auch der UEK waren die diesbezüglichen Vermutungen der Zielgesellschaft bekannt. Sie haben sie geprüft und sind zum Schluss gekommen, dass eben gerade keine besonders klaren und qualifizierten Hinweise auf weitere Nebenleistungen vorlagen. Die Beschwerdeführerin liegt falsch, wenn sie davon ausgeht, dass allein von einem unter dem Börsenkurs und/oder dem volumengewichteten Durchschnittskurs gemäss Art. 32 Abs. 4 lit. a BEHG liegenden Kaufpreis ohne weitere Beweise auf das Vorliegen anderer wesentlicher Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA geschlossen werden kann. Der Preis ist nicht das einzige Kriterium für einen Verkaufsentscheid. Insbesondere wenn ein Aktionär wie vorliegend nur einen Teil seiner Beteiligung verkaufen und mit dem Rest in der Zielgesellschaft investiert bleiben sowie in Zukunft mit dem Anbieter eine Gruppe zur gemeinsamen Stimm-

Referenz: b1014769-0000030

rechtsausübung bilden will, kann die Beurteilung eines Angebots von einer Vielzahl weiterer Überlegungen beeinflusst werden. Jedenfalls kann ein unter dem Börsenkurs und/oder dem volumengewichteten Durchschnittskurs oder einer Konkurrenzofferte liegender Kaufpreis ohne Vorliegen weiterer Hinweise nicht dazu führen, dass der Anbieterin und der mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Verkäuferin der Aktien im Übernahmeverfahren ausufernde Offenlegungs- und Kooperationspflichten auferlegt werden. Gehen Prüfstelle und UEK den sich im Verfahrensverlauf ergebenden Hinweisen ergebnislos nach, stellen blosser Vermutungen oder Parteibehauptungen keine hinreichende Grundlage für weitergehende Abklärungen dar. Insbesondere besteht in Abwesenheit solch weiterer konkreter Hinweise keine Pflicht für die UEK, die Forderungen der Beschwerdeführerin mit Einrichtung eines Monitorings sämtlicher finanzieller Bewegungen der Renova-Gruppe, der S+B KG-Gruppe und deren Anteilseigner einzurichten.

(71) Aus den vorstehenden Erwägungen haben sich keine Sachverhaltselemente ergeben, die über das vom Gesetzgeber vorgesehene ordentliche Verfahren hinausgehende Abklärungen und Beweissmassnahmen der UEK hinsichtlich weiterer Nebenleistungen erforderlich gemacht hätten. Die UEK und die Prüfstelle sind den Hinweisen auf versteckte Nebenleistungen in pflichtgemässer Ausübung ihres Ermessens nachgegangen und sind zum Schluss gekommen, dass es keine solchen Nebenleistungen gab. Folgerichtig hat die UEK zu Recht keine Preisanpassung i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA verfügt, weshalb von einer erneuten Prüfung der Einhaltung der Mindestpreisregel gemäss Art. 32 Abs. 4 lit. b BEHG abgesehen werden kann. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Anbieterin oder mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnde Personen hätten für S+B-Aktien in den zwölf Monaten vor der Publikation des Angebots neben dem Kaufpreis andere wesentliche Leistungen erbracht, geht somit ins Leere, weshalb die Anträge auf Erhöhung des Angebotspreises abzuweisen sind.

2. Rolle der Anteilseigner der S+B KG

(72) Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerdeschrift vor, die Kommanditisten der S+B KG seien von der UEK fälschlicherweise nicht als Personen angesehen worden, die in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin i.S.v. Art. 32 Abs. 1 BEHG und Art. 31 BEHV-FINMA handeln. Sie vermutet, dass – obwohl keiner der Anteilseigner der S+B KG über 50% der Stimmrechte an der S+B KG verfügt – der tatsächliche Einfluss von Michael Storm es rechtfertige, ihn als die S+B KG beherrschend und daher mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd zu betrachten (vgl. dazu auch Stellungnahme Gebuka vom 19. August 2013). Zudem bringt die Beschwerdeführerin vor, allfällige wesentliche Leistungen der Anbieterin an die Anteilseigner der S+B KG seien in jedem Fall bei der Berechnung des Mindestpreises zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob die Anteilseigner in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handeln oder nicht (Beschwerdeschrift, N 11 ff.).

(73) Wie vorstehend dargelegt (vgl. N (71) hiervor), ist die UEK im Rahmen ihrer in rechtsgenügendem Umfang erfolgten Abklärungen zum Schluss gekommen, dass das Angebot von Venetos an alle Aktionäre der S+B AG die Mindestpreisregel gemäss Art. 32 Abs. 4 lit. b BEHG nicht verletzt, weil im relevanten Zeitraum weder von der Anbieterin noch von mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen weitere wesentliche Leistungen i.S.v. Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA an die S+B KG-Gruppe und/oder die Anteilseigner der S+B KG bezahlt worden sind. Vor diesem Hintergrund kann of-

Referenz: b1014769-0000030

fen bleiben, ob einzelne oder eine Gruppe der Anteilseigner als Mitglied der S+B KG-Gruppe und somit als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd zu betrachten sind oder nicht. Diese Frage müsste erst dann beantwortet werden, wenn tatsächlich Nebenleistungen an einzelne oder mehrere der Anteilseigner der S+B KG entrichtet worden wären, was vorliegend nicht der Fall ist.

3. Edition von weiteren Unterlagen sowie Partei- und/oder Zeugenbefragungen

(74) Die Beschwerdeführerin beantragt in prozessualer Hinsicht schliesslich weitere Beweismassnahmen, die nebst der Einforderung umfangreicher Korrespondenz auch die Einholung von Auskünften bei der Prüfstelle, die Durchführung von geeigneten Partei- und Zeugenbefragungen sowie einer unabhängigen Untersuchung beinhalten.

(75) Das VwVG macht keine Vorgaben zur Art der Partei- und Zeugenbefragungen. Die Behörde verfügt über einen Spielraum, innerhalb dessen sie sich für jene Art der Befragung entscheiden kann, die sich für die Wahrheitsermittlung des konkreten Verfahrens am besten eignet (vgl. Auer in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N 32 zu Art. 12). Für das Beschwerdeverfahren weisen Art. 52 Abs. 1 VwVG (Beschwerdeschrift) und Art. 57 VwVG (Schriftenwechsel) tendenziell auf die Schriftlichkeit des Verfahrens hin und damit auch auf die schriftliche Befragung der Parteien. Mündliche Verhandlungen sollten in Übernahmeverfahren in Anbetracht des Bedürfnisses der Praxis nach einem raschen definitiven Entscheid die Ausnahme bleiben (vgl. Tschäni/Iffland/Diem, a.a.O., N 261).

(76) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann das Beweisverfahren geschlossen werden, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung abgeht oder – gerade umgekehrt – die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist (anstelle vieler: BGE 131 I 153 E. 3, BGE 124 I 208 E. 4a, je mit Hinweisen; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1562/2006 vom 26. September 2008 E. 3.2.5.4, A-1444/2006 + A-1445/2006 vom 22. Juli 2008 E. 7.1;). Auch die Tatsache, dass ein Verfahren der Untersuchungsmaxime unterliegt, steht einer antizipierten Beweiswürdigung nicht entgegen (BGE 130 III 734, E. 2.2.3).

(77) Die FINMA erachtet den Sachverhalt aufgrund der vorhandenen Akten und gestützt auf die vorstehenden Erwägungen (vgl. N (28) bis (73) hiervor) für genügend geklärt. Überdies ist nicht ersichtlich, was die umfangreichen Beweisanträge zur Klärung des vorliegenden Falls beitragen könnten, was nicht ohnehin schon aus den Akten hervorgeht. Auf deren Einholung ist folglich zu verzichten, die Anträge 2(a) bis 2(f) sind abzuweisen.

C Zu Antrag 3

(78) Die Beschwerdeführerin beantragt weiter die Einsicht in die Akten, welche gemäss verfahrensleitender Verfügung der UEK vom 31. Juli 2013 der S+B AG offen gelegt wurden.

(79) Das Gesetz betrachtet die Gewährung der Akteneinsicht als Grundsatz (Art. 26 VwVG) und deren Verweigerung als Ausnahme (Art. 27 und 28 VwVG). Das Recht auf Akteneinsicht besteht wäh-

Referenz: b1014769-0000030

rend der vollen Dauer eines Verfahrens und kann nicht verwirkt werden (vgl. Waldmann/Oeschger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, N 48 zu Art. 26). Eine Einsichtnahme kann insbesondere nur verweigert werden, wenn wesentliche öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen dies gebieten. Die Akteneinsicht ist auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (vgl. BGE 132 V 387 E. 3.2).

(80) Vorliegend hat die S+B KG bei den von ihr eingereichten Dokumenten keine die Verweigerung der Akteneinsicht rechtfertigenden Argumente vorbringen können. In einem hängigen Verfahren muss die Akteneinsicht zu einem Zeitpunkt gewährt werden, in dem eine sachgemässe Äusserung noch möglich ist. Grundsätzlich ist die Einsicht daher vorgängig, d.h. vor dem Erlass eines Entscheids, zu gewähren. Indem die FINMA der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. August 2013 Akteneinsicht gewährt und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat, wurden diese gesetzlichen Vorgaben rechtzeitig erfüllt. Antrag 3 ist unter diesen Umständen gegenstandslos geworden.

D Unterbrechung der Angebotsfrist

(81) Die Beschwerdeführerin hat sich vorbehalten, bei der FINMA und der UEK eine Unterbrechung der Angebotsfrist zu beantragen, sofern eine solche Unterbrechung nicht von Amtes wegen angeordnet werden wird (Beschwerdeschrift, N 35).

(82) Nach klarer und konstanter Praxis der FINMA bleibt im Falle von Beschwerden gegen Entscheide der UEK die Steuerung bzw. Organisation des Übernahmeverfahrens grundsätzlich bei der UEK. Wenn überwiegende Interessen es rechtfertigen wie beispielsweise eine hängige Beschwerde bei der FINMA resp. beim Bundesverwaltungsgericht, kann die UEK die Angebotsfrist gestützt auf Art. 14 Abs. 4 UEV anpassen resp. verlängern. Die UEK ist als erstinstanzliche Behörde am besten dazu berufen, ein laufendes Übernahmeverfahren zu strukturieren und nach Erlass der fraglichen zweit- (bzw. drittinstanzlichen) Entscheide auch das betreffende Übernahmeverfahren zu Ende zu führen. Um eine möglichst reibungslose Steuerung komplexer und zeitsensitiver Übernahmeverfahren garantieren zu können, muss mithin eine einzige Instanz – nämlich eben die UEK – während der gesamten Verfahrensdauer für die Verfahrenssteuerung verantwortlich sein (vgl. Entscheid der FINMA vom 8. Juli 2009 i.S. Quadrant AG sowie Gericke/Wiedmer, a.a.O., N 18 zu Art. 63). Soweit die Beschwerdeführerin bei der FINMA die Unterbrechung der Angebotsfrist beantragt, wird dieser Antrag abgewiesen.

E Kosten- und Parteientschädigung

(83) Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in den materiellen Anträgen 1, 2 und 4 vollumfänglich unterlegen ist, sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

(84) Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Streitwert der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteressen

Referenz: b1014769-0000030

CHF 100 bis CHF 50'000 (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG). Die Verfahrenskosten werden auf CHF 45'000 festgesetzt.

(85) Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen.

(86) Venetos sowie S+B KG waren im Verfahren vor der FINMA anwaltlich vertreten und haben in ihren Eingaben einen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung gestellt. Sie haben indes keine Kostennoten eingereicht, weshalb die ihnen zuzusprechenden Parteientschädigungen aufgrund der Akten festzusetzen sind (vgl. Beusch, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008,, N 17 zu Art. 64). Angesichts der rechtlichen und sachverhaltlichen Fragen des vorliegenden Falles sind Parteikosten von je CHF 4'000 anzuerkennen. Gestützt auf Art. 64 VwVG und unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs sind diese der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Referenz: b1014769-0000030

Der Übernahmeausschuss der Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA verfügt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 45'000 werden Gebuka AG auferlegt. Sie werden mit separater Post in Rechnung gestellt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu überweisen.
3. Gebuka AG hat Venetos AG und Schmolz + Bickenbach GmbH & Co. KG für das vorliegende Verfahren mit je CHF 4'000 zu entschädigen.

Übernahmeausschuss der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA

sig. Prof. Dr. Jean-Baptiste Zufferey
Mitglied des Verwaltungsrates und
Präsident des Übernahmeausschusses

sig. Dr. David Wyss
Mitglied der Geschäftsleitung

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, CH-9023 St. Gallen) Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde ist zu begründen und in zwei unterschriebenen Exemplaren einzureichen. Die Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen.

Referenz: b1014769-0000030

Zu eröffnen an:

- Gebuka AG, Neuheim/ZG, c/o Dr. J. Hoehn und Dr. Chr. Leuenberger, Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- Schmolz + Bickenbach AG, Emmen/LU, c/o Dr. R. Tschäni, Lenz&Staehein Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich und J. Walther, Schärer Rechtsanwälte, Hintere Bahnhofstrasse 6, 5001 Aarau (Einschreiben mit Rückschein)
- Venetos Holding AG, Zürich/ZH, c/o Dr. D. Dubs und Dr. R. Malacrida, Bär&Karrer AG, Brand-schenkestrasse 90, 8027 Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- Schmolz + Bickenbach GmbH & Co. KG, Düsseldorf/D, c/o Dr. B. Brechbühl und Chr. Scheidegger, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern (Einschreiben mit Rück-schein)
- Übernahmekommission, Selnaustrasse 30, 8021 Zürich (Einschreiben mit Rückschein)

Zur Kenntnis:

- Deloitte AG, z.H. der Herren D. O. Flammer und J.-F. Lagassé, General Guisan-Quai 38, 8022 Zürich