

## VERFÜGUNG

### des Übernahmeausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA

Bruno Frick, Prof. Dr. Yvan Lengwiler, Franz Wipfli

vom 13. November 2014

in Sachen

#### **SWOCTEM GmbH**

vertreten durch Dr. Beat Brechbühl und RA Christophe Scheidegger, Kellerhals Anwälte, Effingerstrasse 1, Postfach 6916, 3001 Bern

#### **Grenzebach Maschinenbau GmbH**

vertreten durch Dr. Thomas Rihm, Thouvenin Rechtsanwälte & Partner, Klausstrasse 22, 8034 Zürich

gegen

#### **Übernahmekommission**

Selnaustrasse 30, 8021 Zürich



Referenz: b1042575-0000086

und

### **KUKA Aktiengesellschaft**

vertreten durch Dr. Mariel Hoch und Dr. Ralph Malacrida, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich

### **Swisslog Holding AG**

vertreten durch RA Theodor Härtsch, Baker & McKenzie Zurich, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich

betreffend die

## **Verfügung der Übernahmekommission 580/01 vom 16. Oktober 2014 i.S. öffentliches Kaufangebot von KUKA Aktiengesellschaft an die Aktionäre der Swisslog Holding AG**

Referenz: b1042575-0000086

## Sachverhalt und Verfahrensverlauf

(1) Im Rahmen ihrer Verfügung 580/01 vom 16. Oktober 2014 betreffend das öffentliche Kaufangebot der KUKA Aktiengesellschaft (KUKA oder Anbieterin) für alle sich im Publikum befindlichen Aktien der Swisslog Holding AG (Swisslog oder Zielgesellschaft) stellte die Übernahmekommission (UEK) in Ziffer 1 des Dispositivs fest, dass die Grenzebach Maschinenbau GmbH (Grenzebach) und die SWOCTEM GmbH (SWOCTEM) sowie die sie beherrschenden Personen und Gesellschaften und die von ihnen beherrschten Personen und Gesellschaften ab dem 25. September 2014 in gemeinsamer Absprache mit KUKA im Hinblick auf deren Angebot für Swisslog handeln.

(2) Gegen diese Verfügung erhoben Grenzebach und SWOCTEM (beide zusammen die Beschwerdeführerinnen) am 23. Oktober 2014 Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA und beantragten, es sei die Ziffer 1 des Dispositivs der Verfügung 580/01 soweit die jeweilige Beschwerdeführerin betreffend unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben. SWOCTEM beantragte eventualiter, die Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und zu neuem Entscheid an die UEK zurückzuweisen.

(3) Gleichzeitig reichten SWOCTEM und Grenzebach für den Fall, dass die FINMA auf die Beschwerden nicht eintritt, je einzeln bei der UEK eine Einsprache gegen die Verfügung 580/01 der UEK vom 16. Oktober 2014 ein, wobei jeweils um Sistierung des Einspracheverfahrens bis zum Eintretensentscheid der FINMA gebeten wurde. Die UEK hat das Einspracheverfahren mit verfahrensleitender Verfügung des Präsidenten vom 24. Oktober 2014 bis zum Entscheid der FINMA über die Eintretensfrage sistiert.

(4) Swisslog ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Buchs AG. Sie bezweckt als Holdinggesellschaft das Halten von Beteiligungen an Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen insbesondere auf dem Gebiet der Entwicklung, Herstellung und Verkauf von Materialfluss- und Logistikanlagen und verwandten Gebieten. Swisslog verfügt über ein Aktienkapital von CHF 2'512'769.84, eingeteilt in 251'276'984 Namenaktien mit einem Nennwert von CHF 0.01 (Swisslog-Aktien). Die Swisslog-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange AG (SIX) im Main Standard kotiert (SIX: SLOG).

(5) KUKA ist eine Aktiengesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in Augsburg/Deutschland. Sie verfügt derzeit über ein Aktienkapital von EUR 88'180'120.60, eingeteilt in 33'915'431 nennwertlose Inhaber-Stammaktien (KUKA-Aktien). Im Zuge des vorliegend zu beurteilenden Kaufangebots beschlossen Vorstand und Aufsichtsrat am 5. November 2014 eine Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital auf bis zu EUR 92'841'619.00 durch Ausgabe von bis zu 1'792'884 neuen, auf den Inhaber lautenden Stückaktien mit einem rechnerischen Anteil am Aktienkapital von EUR 2.60 je Aktie gegen Bareinlagen. Die KUKA-Aktien sind im Prime Standard der Frankfurter Wertpapierbörse und an der Börse München (ISIN DE0006204407; Ticker: KU2) kotiert.

(6) SWOCTEM ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts mit Sitz in Hailer/Deutschland. SWOCTEM wird von Friedhelm Loh kontrolliert. SWOCTEM hält 18 Prozent der Stimmrechte an Swisslog und verfügt zusammen mit Friedhelm Loh über eine offengelegte Beteiligung von 10 Prozent an KUKA.

Referenz: b1042575-0000086

(7) Grenzebach ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts mit Sitz in Asbach-Bäumenheim/Deutschland. Grenzebach wird von Grenzebach GmbH & Co KG, mit Sitz in Asbach-Bäumenheim, Deutschland kontrolliert, die wiederum von Grenzebach Verwaltungs-GmbH, mit Sitz in Asbach-Bäumenheim, Deutschland, kontrolliert wird. Die Grenzebach Verwaltungs-GmbH wird von Rudolf Grenzebach kontrolliert (alle zusammen die Grenzebach-Gruppe). Die Grenzebach-Gruppe hält 25 Prozent der Stimmrechte an Swisslog und hat eine Beteiligung von über 15 Prozent an KUKA offengelegt.

(8) Am 25. September 2014 veröffentlichte KUKA in den elektronischen Medien die Voranmeldung eines öffentlichen Kaufangebots für alle sich im Publikum befindlichen Swisslog-Aktien mit einem Angebotspreis von CHF 1.35 je Swisslog-Aktie. Die Publikation der Voranmeldung in den Zeitungen folgte am 30. September 2014.

(9) Gleichentags verpflichteten sich SWOCTEM und Grenzebach je in einer Andienungserklärung, ihre Swisslog-Aktien inklusive allfälliger zwischen dem 25. September 2014 bis zum Ende der Angebotsfrist erfolgter Zukäufe in das Angebot von KUKA anzudienen. Überdies schlossen KUKA und Swisslog am 25. September 2014 eine Transaktionsvereinbarung ab, worin sich KUKA zur Unterbreitung des Angebots verpflichtete und Swisslog bzw. deren Verwaltungsrat, den Aktionären das Angebot zur Annahme zu empfehlen.

(10) Zuvor hatte KUKA am 19. September 2014 mit SWOCTEM und Friedhelm Loh eine Vertraulichkeits- und Stillhalteerklärung abgeschlossen, in welcher sich SWOCTEM und Friedhelm Loh verpflichteten, die ihnen im Zusammenhang mit Swisslog offengelegten vertraulichen Informationen geheim zu halten und bis zum 25. September 2014 nicht mit Swisslog-Aktien oder sich auf Swisslog-Aktien beziehenden Finanzinstrumenten zu handeln. Am 20. September 2014 hatten zudem KUKA und Swisslog eine Vertraulichkeitsvereinbarung abgeschlossen und am 22. September 2014 hatte sich die Grenzebach-Gruppe gegenüber KUKA zur Geheimhaltung der ihnen von KUKA im Zusammenhang mit Swisslog offengelegten vertraulichen Informationen und zum Verzicht auf den Handel mit Swisslog-Aktien sowie daraus abgeleiteten Finanzinstrumenten bis zum 25. September 2014 verpflichtet.

(11) Im Hinblick auf den Erlass ihrer Verfügung stellte die Übernahmekommission (UEK) mit Schreiben vom 2. und 6. Oktober 2014 sowohl der Anbieterin und der Zielgesellschaft als auch SWOCTEM und Grenzebach Fragen betreffend ein allfälliges Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot. Die jeweiligen Antworten wurden in der Folge lediglich der Zielgesellschaft und der Anbieterin zur Stellungnahme zugestellt.

(12) Am 6. Oktober 2014 wurden mit unverändertem Angebotspreis das Angebotsinserat in den Zeitungen sowie der Angebotsprospekt in den elektronischen Medien publiziert.

(13) Nach Eingang der Beschwerden teilte die FINMA den Parteien mit Schreiben vom 24. Oktober 2014 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. KUKA, Swisslog und die UEK wurden eingeladen bis Mittwoch, 28. Oktober 2014 eine Stellungnahme zu den Beschwerden einzureichen; Grenzebach und SWOCTEM wurden eingeladen, bis zum

Referenz: b1042575-0000086

selben Zeitpunkt eine Stellungnahme zur Beschwerde der jeweils andern Beschwerdeführerin einzureichen.

(14) Mit Eingaben vom 29. Oktober 2014 nahmen Grenzebach, SWOCTEM, Swisslog, KUKA und die UEK zu den Beschwerden Stellung.

(15) Die FINMA leitete diese Eingaben am 30. Oktober 2014 an sämtliche Parteien weiter, verbunden mit der Aufforderung an Grenzebach und SWOCTEM zur Stellungnahme bis Dienstag, 4. November 2014, und der Information, dass die FINMA mit Blick auf das laufende Übernahmeverfahren beförderlich in der Sache zu entscheiden gedenke, ohne vorgängig einen separaten Entscheid über die Eintretensfrage zu erlassen.

(16) Von dieser Gelegenheit zur Stellungnahme machten KUKA am 30. Oktober, SWOCTEM am 31. Oktober 2014 sowie Grenzebach am 4. November Gebrauch.

(17) Diese Eingaben leitete die FINMA am 5. November 2014 an sämtliche Parteien weiter und setzte diesen Frist zur abschliessenden Stellungnahme bis Freitag, 7. November 2014.

(18) Ihre abschliessenden Stellungnahmen reichten Swisslog und Grenzebach am 6. November 2014 sowie SWOCTEM und die UEK am 7. November 2014 ein. KUKA verzichtete mit Schreiben vom 7. November 2014 auf eine weitere Stellungnahme.

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

(20) Der Übernahmeausschuss der FINMA ist im vorliegenden Fall aus den Herren Bruno Frick (Präsident), Prof. Dr. Yvan Lengwiler (Mitglied) sowie Franz Wipfli (Mitglied) zusammengesetzt.

## Erwägungen

### A Formelles

#### 1. Frist

(21) 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).

(22) 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 Art. 21 VwVG. Die UEK hat die angefochtene Verfügung 580/01 am 16. Oktober 2014 erlassen und den Parteien gleichentags eröffnet. Die Beschwerdeführerinnen haben ihre Beschwerden der FINMA am 23. Oktober 2014 auf elektronische Weise bzw. per Fax übermittelt. Die Erhebung der Beschwerden erfolgte somit fristgerecht (Art. 33c Abs. 3 i.V.m. Art. 33b Abs. 5 BEHG).

Referenz: b1042575-0000086

## **2. Parteistellung**

(23) Im Übernahmeverfahren kommt die Parteistellung gemäss Art. 33b Abs. 2 BEHG und Art. 56 Abs. 1 der Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. August 2008 (Übernahmeverordnung, UEV; SR 954.195.1) dem Anbieter, den mit diesem in gemeinsamer Absprache handelnden Personen sowie die Zielgesellschaft zu. Die UEK hat die Beschwerdeführerinnen in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd qualifiziert und ihnen somit unabhängig von ihrer Eigenschaft als qualifizierte Aktionärinnen mit einer Beteiligung von mindestens 3 Prozent der Stimmrechte der Zielgesellschaft (vgl. Art. 33b Abs. 3 BEHG) Parteistellung zuerkannt.

## **3. Beschwerdelegitimation**

(24) Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

(25) Die Beschwerdeführerinnen sind Adressatinnen der angefochtenen Verfügung und durch deren Dispositiv-Ziffer 1, die sie als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd qualifiziert, besonders berührt. Da Art. 24 Abs. 3 BEHG und Art. 12 UEV den mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnden Personen besondere Pflichten auferlegen, haben die Beschwerdeführerinnen zudem ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung.

(26) Die UEK hat die Beschwerdeführerinnen im Übernahmeverfahren gleichermassen wie die Anbieterin und die Zielgesellschaft zur Beantwortung spezifischer Fragen im Zusammenhang mit einem allfälligen Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot aufgefordert. Allerdings wurden die Beschwerdeführerinnen – anders als die Anbieterin und die Zielgesellschaft – anschliessend nicht zur Stellungnahme zu den übrigen Eingaben eingeladen. Den Beschwerdeführerinnen wurde somit im Verfahren vor der Vorinstanz das rechtliche Gehör nicht vollumfänglich gewährt, was gemäss Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG bei Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind zulässig ist.

(27) Gemäss Art. 58 UEV können qualifizierte Aktionäre, die am Verfahren vor der UEK nicht teilgenommen haben oder die trotz rechtzeitiger Beantragung der Parteistellung nicht vor Erlass der Verfügung angehört werden konnten, bei der UEK gegen die erste zum Angebot erlassene Verfügung innerhalb von fünf Börsentagen nach deren Veröffentlichung Einsprache erheben, worauf die UEK nach Anhörung der Parteien erneut verfügt.

(28) Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen bereits zur Anhebung der Beschwerden legitimiert waren oder ob sie vorgängig auf den Einspracheweg zu verweisen sind, wie es die UEK in ihrer Eingabe vom 29. Oktober 2014 beantragt. Dabei kann es nicht darauf ankommen, dass die Beschwerdeführerinnen die Behandlung der Beschwerde durch die FINMA offensichtlich präferieren und die Sistierung des Einspracheverfahrens vor der UEK und nicht jene des Beschwerdever-

Referenz: b1042575-0000086

fahrens vor der FINMA beantragt haben. Art. 7 Abs. 2 VwVG schliesst die Begründung einer Zuständigkeit durch Prorogation im Verwaltungsverfahren explizit aus.

(29) Während das Vorliegen einer Einsprachemöglichkeit im Regelfall ein Nichteintreten auf eine Beschwerde in gleicher Sache indiziert, rechtfertigt sich im konkret zu beurteilenden Fall deren Anhandnahme aus folgenden Gründen: Die Beschwerdeführerinnen wurden im Verfahren vor der UEK materiell angehört und ihre Positionen flossen in die Beurteilung des Handelns in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot mit ein. Es liegt somit abgesehen von der nur eingeschränkten Gewährung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz eine typische Beschwerdesituation vor. Hinzu kommt, dass die UEK in ihrer Eingabe vom 29. Oktober 2014 zu verstehen gegeben hat, dass sie in der Sache auch bei nochmaliger Anhörung der Beschwerdeführerinnen voraussichtlich gleich entscheiden würde. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es sich beim Übernahmeverfahren um ein einfaches, rasches Verfahren mit kurzen Fristen handelt, das im Interesse des Kapitalmarkts und der beteiligten Parteien eine speditive Abwicklung der Angebote gewährleisten soll, ist im Sinne der Verfahrensökonomie auf den durch ein Einspracheverfahren entstehenden verfahrenstechnischen Leerlauf zu verzichten und auf die Beschwerden einzutreten.

(30) Dieses Ergebnis stimmt mit den für die Heilung einer Verletzung des Gehörsanspruchs geltenden Grundsätzen überein, wonach eine Beschwerdeinstanz eine Sache selbst bei schweren Verletzungen des rechtlichen Gehörs an die Hand nehmen und nicht an die Vorinstanz zurückweisen soll, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer förderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wären (vgl. Verfügung des Übernahmeyausschusses vom 3. Juli 2014 i.S. Tamedia AG, Rz. 41 f., m.w.H.).

## **B Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot**

### **1. Rechtliche Grundlagen**

(31) Für im Hinblick auf ein Angebot in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit dem Anbieter handelnde Personen gilt Art. 10 Abs. 1 und 2 der Börsenverordnung-FINMA (BEHV-FINMA; SR 954.193) sinngemäss (Art. 11 Abs. 1 UEV).

(32) Art. 12 UEV beschreibt die den mit dem Anbieter zusammenwirkenden Personen obliegenden Pflichten. Diese umfassen die Einhaltung der Regeln a) über die Transparenz (Art. 23 UEV), b) über die Gleichbehandlung, insbesondere die Best Price Rule (Art. 9a und 10 UEV), c) der Lauterkeit (Art. 13 Abs. 1 UEV) sowie d) über die Meldepflicht der Transaktionen (Art. 38 ff. UEV).

(33) Nach der Praxis der UEK handeln diejenigen Personen in gemeinsamer Absprache mit dem Anbieter, welche hinsichtlich des Unterbreitens eines öffentlichen Kaufangebots und dessen Bedingungen ihr Verhalten koordinieren bzw. sich über das Angebot und dessen Bedingungen geeinigt haben (statt vieler Verfügung 428/01 vom 12. Oktober 2009 in Sachen Athris Holding AG, Erw. 6).

(34) Für die Bejahung übernahmerechtlich relevanten Handelns in gemeinsamer Absprache bzw. für die Annahme einer organisierten Gruppe ist nicht Voraussetzung, dass die Beteiligten einen (schriftlichen oder mündlichen) Vertrag abgeschlossen haben, sondern es reicht auch eine abge-

Referenz: b1042575-0000086

stimmte Verhaltensweise (BGE 130 II 530, 550 f., Erw. 6.4.4). Dieses Verhalten ist abzugrenzen vom Parallelverhalten, welches sich aus gleichgerichteten Interessen ergibt (vgl. hierzu BGE 130 II 530, Erw. 6.4.1.). In der Doktrin besteht Einigkeit darüber, dass ein blosses Parallelverhalten noch keine gemeinsame Absprache darstellt, sondern dass es hierfür einer qualifizierten Intensität und einer minimalen Organisation des Zusammenwirkens bedarf. Insbesondere muss die Absprache eine Intensität und „innere Verbindlichkeit“ aufweisen, die dazu führt, dass die Aktionäre nicht mehr völlig frei über ihre Stimmrechtsausübung entscheiden können (BGE 130 II 530, 549 f., Erw. 6.4.1 f.). Massgeblich ist im Einzelfall, ob eine Ausrichtung auf ein gemeinsames Ziel hin durch den Einsatz gemeinsamer Mittel und Kräfte vereinbart ist und dabei die Einzelinteressen den Gesamtinteressen der organisierten Gruppe bzw. der gemeinsamen Absprache hintenanstehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1215/2009 vom 9. November 2010, E. 9.1.). Eine Koordination des gemeinsamen Verhaltens setzt somit eine bewusste intensive Kommunikation voraus (Weber, in: Watter/ Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2010, N90 zu Art. 20 BEHG).

(35) Dem klaren Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 UEV zufolge ist entscheidend, dass die Absprache im Hinblick auf ein Angebot erfolgt. Dies verdeutlicht, dass nur Verhaltensabstimmungen erfasst sind, die einen zeitlichen und inhaltlichen Bezug zum fraglichen Angebot aufweisen. Weiter kann auch eine punktuelle, einmalige sowie gegenständlich limitierte Abstimmung für die Annahme einer organisierten Gruppe im Sinne von Art. 11 UEK genügen, sofern sie bloss einen Bezug zum öffentlichen Angebot hat (vgl. zum Ganzen Gotschev, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz 711).

(36) Ein Handeln in gemeinsamer Absprache setzt keinen Vertragsabschluss voraus, sondern ist auch durch andere organisierte Vorkehren möglich. Eine Absprache kann konkludent abgeschlossen werden, d.h. durch ein Verhalten, das vernünftigerweise auf Grund der Lebensgewohnheiten (bspw. Familien oder enge Geschäftspartnerschaften) den Schluss auf das Vorhandensein des Willens rechtfertigt (vgl. BGE 130 II 530, Erw. 6).

(37) Die Unterzeichnung einer Andienungsvereinbarung alleine führt nach der überwiegenden Auffassung der Lehre nicht zu einem Handeln in gemeinsamer Absprache. Beschränken sich die Aktionäre darauf, sich zur Hingabe ihrer Aktien zu verpflichten, wenn das Angebot zustande kommt und haben sie sonst keine aktive Rolle in Bezug auf das Angebot, so ist eine gemeinsame Absprache zu verneinen (Tschäni, Die Gruppe im Übernahmerecht, "Are we really all one?", in Mergers & Acquisition VI, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 214; Gericke/Wiedmer, Kommentar Übernahmeverordnung (UEV), Zürich/Basel/Genf 2011, N 21 zu Art. 11-12). Auch die UEK geht in ihrer Verfügung davon aus, dass die Andienungsverpflichtung eines Aktionärs keine gemeinsame Absprache begründet, soweit der Aktionär sein Verhalten im Übrigen nicht mit dem Anbieter koordiniert und keinen Einfluss auf Modalitäten und Bedingungen des Angebots nimmt (vgl. Verfügung 580/01 vom 16. Oktober 2014, E. 11 m.w.H.).

## **2. Vorbringen der Parteien**

(38) In Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung 580/01 vom 16. Oktober 2014 hat die UEK festgestellt, dass die beiden Beschwerdeführerinnen sowie die diese beherrschenden Personen und Gesellschaften und die von ihnen beherrschten Personen und Gesellschaften ab dem 25. September 2014 in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin im Hinblick auf deren Angebot auf

Referenz: b1042575-0000086

Swisslog Holding AG handeln. Entsprechend ordnete sie im Dispositiv der angefochtenen Verfügung des Weiteren die Ergänzung des Angebotsprospekts sowie die Prüfung derselben durch die Prüfstelle an (vgl. Verfügung der UEK vom 16. Oktober 2014, Dispositiv-Ziff. 2 und 3).

(39) Zur Begründung dieser Feststellung führt die UEK aus, grundsätzlich handle in gemeinsamer Absprache mit dem Anbieter, wer sein Verhalten hinsichtlich des Unterbreitens eines öffentlichen Kaufangebots und dessen Bedingungen koordiniere bzw. sich über das Angebot und dessen Bedingungen geeinigt habe (Verfügung der UEK vom 16. Oktober 2014, N 8). Dabei gehe sie praxisgemäss nicht von vornherein von einem Handeln in gemeinsamer Absprache aus, wenn sich die Aktionäre der Zielgesellschaft darauf beschränken, mit der Anbieterin eine Andienungsvereinbarung abzuschliessen. Im zu beurteilenden Fall lägen jedoch zusätzliche Elemente vor, die in Verbindung mit den Andienungsvereinbarungen ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot begründen.

(40) Konkret führt die UEK als zusätzliche Elemente an, die Anbieterin habe im Moment der Lancierung des Angebots über keine Aktien der Zielgesellschaft verfügt, sondern sich die Andienung der Aktien der Beschwerdeführerinnen gesichert, die gleichzeitig an der Anbieterin selbst beteiligt sind. Zudem sei es Grenzebach möglich, einen gewissen Einfluss auf die künftigen Entscheide bei der Anbieterin auszuüben, da Grenzebach zwei der zwölf Mitglieder des Aufsichtsrats der Anbieterin stelle, wobei der Vorsitzende der Geschäftsführung von Grenzebach zugleich Aufsichtsratspräsident der Anbieterin sei. Insgesamt erachtet die UEK „diese langfristige und bedeutende Verbindung zwischen KUKA, Grenzebach und Swoctem sowie die für den Erfolg des vorliegenden Angebots entscheidende Unterstützung, welche Grenzebach und Swoctem mit der Andienung ihrer Swisslog-Beteiligung für KUKA leisten“ als Beweis für ein Zusammenwirken der Parteien im Hinblick auf das Angebot (Verfügung der UEK vom 16. Oktober 2014, N 11 f.). Aufgrund der Verknüpfungen zwischen den Parteien auf Beteiligungs- und Organebene sowie vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerinnen ihre Beteiligungen mit einem Gegenwert von rund CHF 85 bzw. 51 Mio. innerhalb kürzester Zeit ins Angebot von KUKA anzudienen bereit gewesen seien, hält es die UEK für unwahrscheinlich, dass sich SWOCTEM und Grenzebach nicht vor dem 19. bzw. 22. September 2014 mit der Anbieterin abgesprochen hätten (Stellungnahme der UEK vom 29. Oktober 2014, S. 4 ff.), weshalb spätestens ab Unterzeichnung der Andienungsvereinbarungen ein Handeln in gemeinsamer Absprache anzunehmen sei. Zudem sei auch die Stellung der Beschwerdeführerinnen als Aktionärinnen sowohl der Zielgesellschaft als auch der Anbieterin ein Hinweis auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot, da die Beschwerdeführerinnen auch als Aktionärinnen der Anbieterin am Erfolg des Angebots interessiert seien (Stellungnahme der UEK vom 7. November 2014).

(41) Die beiden Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, die UEK habe sie zu Unrecht als in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handelnd qualifiziert:

(42) SWOCTEM legt dar, dass sie mit der Anbieterin einzig die Stillhalte- und Vertraulichkeitsvereinbarung vom 19. September 2014 sowie die Andienungsvereinbarung vom 25. September 2014 abgeschlossen habe. Eine nach der Rechtsprechung der UEK für ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot notwendige und seitens der UEK zu beweisende Koordination oder Einflussnahme hinsichtlich der Modalitäten und Bedingungen des Angebots habe es nicht gegeben. SWOCTEM sei erst in einem Zeitpunkt über das Angebot informiert worden, zu welchem eine Einflussnahme auf die Bedingungen und Konditionen des Angebots gar nicht mehr möglich gewesen sei

Referenz: b1042575-0000086

und dementsprechend auch nicht stattgefunden habe (Beschwerde der SWOCTEM vom 23. Oktober 2014, N 16 ff.). Ebenso wenig könne aus der Minderheitsbeteiligung von SWOCTEM an der Anbieterin ein gemeinsames Handeln mit dieser abgeleitet werden (Beschwerde der SWOCTEM vom 23. Oktober 2014, N 21 f und 28 ff.). Auch mit Grenzebach handle SWOCTEM nicht in gemeinsamer Absprache, das Parallelverhalten beschränke sich auf den jeweiligen Abschluss einer Andienungsvereinbarung (Beschwerde der SWOCTEM vom 23. Oktober 2014, N 29 und 32; Eingabe der SWOCTEM vom 29. Oktober 2014, S. 1).

(43) Schliesslich hält SWOCTEM fest, ihr Alleinaktionär Friedhelm Loh agiere als unabhängiger und selbständiger Unternehmer mit kurzen und effizienten Entscheidungswegen, weshalb er in der Lage gewesen sei, den Angebotspreis sofort einzuordnen und ohne weitere Informationen oder Verhandlungen hinsichtlich des Angebots die Andienungsvereinbarung zu unterzeichnen (Beschwerde der SWOCTEM vom 23. Oktober 2014, N 23; Eingabe der SWOCTEM vom 29. Oktober 2014, S. 2). Friedhelm Loh habe sich seit Mitte 2008 mit der Anbieterin beschäftigt und ursprünglich die Position eines stabilen Ankeraktionärs einnehmen wollen, wobei ihm Grenzebach schliesslich zuvor gekommen sei. Die Beteiligung an der Zielgesellschaft habe er nach dem Einstieg Grenzebachs bei Swisslog als Absicherung seines Investments in die Anbieterin aufgebaut, da ihm klar geworden sei, dass die beiden Gesellschaften einen strategischen Zusammenhang hätten und zudem die Hauptaktionärin Grenzebach bei der Anbieterin bereits gezeigt habe, dass sie in der Lage sei, richtige strategische Entscheidungen zu treffen und so erhebliche Wertsteigerungen zu realisieren. Die persönlichen Kontakte mit Grenzebach hätten sich jedoch auf einige wenige Male beschränkt und obwohl sowohl die Anbieterin als auch Grenzebach zu den Zielkunden der Loh-Gruppe gehören, habe der Einstieg als Aktionär bei der Anbieterin und der Zielgesellschaft nicht zu einer Vertiefung der Geschäftsbeziehungen geführt (Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014).

(44) Auch Grenzebach gibt an, weder direkt noch indirekt Einfluss auf das Angebot von KUKA genommen zu haben und nicht vor dem 22. September 2014 davon erfahren zu haben. Insbesondere hätten sich die beiden Vertreter von Grenzebach im Aufsichtsrat von KUKA im Ausstand befunden und keinen Einfluss auf die Planung, die Konditionen und die Beschlussfassung bezüglich des Angebots gehabt. Über die Vertraulichkeits- und Stillhaltevereinbarung vom 22. September 2014 und die Andienungsvereinbarung vom 25. September 2014 hinaus seien zwischen der Anbieterin und Grenzebach keine Vereinbarungen getroffen worden (Beschwerde von Grenzebach vom 23. Oktober 2014, N 1 ff.). Grenzebach führt zudem aus, weshalb kein zusätzliches Element vorliege, das in Kombination mit der Andienungsvereinbarung ein Handeln in gemeinsamer Absprache zu begründen geeignet wäre: Insbesondere könne aus der Tatsache, dass sich die Anbieterin mit den Andienungsvereinbarungen überhaupt erst Aktien der Zielgesellschaft gesichert habe nicht als zusätzliches Element gewertet werden, dies sei Andienungsvereinbarungen ja gerade inhärent. Ebenso wenig könne aus der Beteiligung von Grenzebach an der Anbieterin auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache geschlossen werden. Dafür sei die Beteiligung einerseits zu gering, andererseits liege ihr Aufbau schon so weit zurück, dass auch deshalb nicht von einem Zusammenwirken im Hinblick auf das Angebot gesprochen werden könnte. Es genüge auch nicht, dass Grenzebach nahestehende Personen gegebenenfalls die Möglichkeit hätten, auf Entscheide der Anbieterin Einfluss zu nehmen. Entscheidend sei, ob ein Zusammenwirken tatsächlich stattgefunden habe, was vorliegend nicht der Fall sei (Beschwerde von Grenzebach vom 23. Oktober 2014, N 13 ff.).

Referenz: b1042575-0000086

(45) Der Entscheid, sich ab 2008 bzw. 2012 an der Anbieterin bzw. der Zielgesellschaft zu beteiligen, sei bei Grenzebach aus strategischen Gründen gefallen. Die zwischenzeitliche Reduktion der Beteiligung an der Anbieterin sowie die jetzige Andienung der Swisslog-Aktien ins Angebot seien einem operativen Verlust bei der Grenzebach-Gruppe geschuldet gewesen, der die Liquidität belaste. Eine Kontaktaufnahme mit SWOCTEM bzw. Friedhelm Loh habe es im Zusammenhang mit diesen Beteiligungen nicht gegeben (Eingaben von Grenzebach an die UEK vom 2. und 7. Oktober 2014).

(46) Die Anbieterin schliesst sich in ihren Stellungnahmen gegenüber der FINMA den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen an und führt aus, auf ein Rechtsmittel gegen die Verfügung 580/01 der UEK verzichtet zu haben, damit der publizierte Zeitplan des Angebots eingehalten werden konnte (Eingabe der KUKA vom 29. Oktober 2014, Ziff. 2). Ferner bringt sie vor, das gewählte Vorgehen der Lancierung eines Angebots ohne vorherige gesicherte Beteiligung und die kurzfristigen Andienungsvereinbarungen entsprächen der Marktpraxis (Eingabe der KUKA vom 30. Oktober 2014). Zudem führt sie aus, mit der Zielgesellschaft bereits 2012 über die Einbringung eines ihrer Geschäftsbereiche in Swisslog verhandelt zu haben, was aber gescheitert sei. Die vorliegende Transaktion sei ab Frühjahr 2014 vorangetrieben worden. Dabei sei zunächst auf Basis öffentlich zugänglicher Quellen ein indikativer Angebotspreis von CHF 1.30-1.40 je Swisslog-Aktie ermittelt worden. Nach erfolgter Due Dilligence und Bewertung durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sei der Preis sodann anlässlich der Vorstandssitzung vom 19. September 2014 auf CHF 1.35 festgesetzt worden (Eingabe der KUKA an die UEK vom 7. Oktober 2014).

(47) Die Zielgesellschaft gibt an, ihrem Verwaltungsrat lägen gestützt auf die Ausführungen und die vorherigen Aussagen der Parteien keine Anhaltspunkte vor, die darauf schliessen liessen, dass die Anbieterin mit den Beschwerdeführerinnen in gemeinsamer Absprache handle (Eingabe der Swisslog vom 29. Oktober 2014; Eingabe der Swisslog an die UEK vom 9. Oktober 2014).

### **3. In concreto**

#### **3.1 Ausgangslage**

(48) Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist die Frage zu beantworten, ob die Beschwerdeführerinnen gemeinsam oder gegebenenfalls je einzeln mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot der Anbieterin für alle Aktien der Zielgesellschaft handeln, wie es die UEK in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung für den Zeitraum ab dem 25. September 2014 festgestellt hat. Dabei ist unbestritten, dass die der bisherigen Praxis entsprechende Definition des Handelns in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf ein Angebot auch in der zu beurteilenden Situation zur Anwendung gelangt (vgl. N 8 der angefochtenen Verfügung; Beschwerde von SWOCTEM vom 23. Oktober 2014, N 11; Beschwerde von Grenzebach vom 23. Oktober 2014, N 6). Demgemäss handelt in gemeinsamer Absprache mit dem Anbieter, wer hinsichtlich des Unterbreitens eines öffentlichen Kaufangebots und dessen Bedingungen sein Verhalten koordiniert bzw. sich über das Angebot und dessen Bedingungen einigt (vgl. N (33) hiervor). Ebenso stimmen alle Verfahrensparteien richtigerweise überein, dass der Abschluss einer Vereinbarung, mit der sich Aktionäre der Zielgesellschaft verpflichten, ihre Aktien in ein allfälliges Angebot der Anbieterin anzudienen, für sich alleine kein derartiges Handeln in gemeinsamer Absprache darstellt (vgl. N 11 der angefochtenen Verfügung; Beschwerde von SWOCTEM vom 23. Oktober 2014, N 14 ff.; Beschwerde von Grenzebach vom 23. Oktober 2014, N 7, sowie zur Rechtsprechung dazu N (37) hiervor). Strittig und nachfolgend zu prüfen ist

Referenz: b1042575-0000086

somit, ob im konkreten Fall wie von der UEK festgestellt Elemente bestehen, die zusammen mit den zwischen den Beschwerdeführerinnen je einzeln mit der Anbieterin abgeschlossenen Andienungsvereinbarungen ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot begründen.

(49) Tatsächlich drängt sich aufgrund der Besonderheiten der zu beurteilenden Situation eine eingehende Prüfung eines allfälligen Handelns in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot auf: Nicht nur sind die Beschwerdeführerinnen sowohl an der Zielgesellschaft als auch an der Anbieterin in meldepflichtigem Umfang beteiligt und haben sie diese Beteiligungen im Verlauf der vergangenen sechs Jahre teilweise parallel aufgebaut. Seitens Grenzebach besteht zudem eine Mehrzahl personeller Verflechtungen. So ist der Vorsitzende der Geschäftsleitung von Grenzebach, Bernd Minning, zugleich seit 2009 Vorsitzender des Aufsichtsrats der Anbieterin und gehört seit 2013 dem Verwaltungsrat der Zielgesellschaft an. Ein weiteres Mitglied des zwölfköpfigen Aufsichtsrats der Anbieterin, Michael Proeller, ist zudem mit Sonja Grenzebach-Proeller, einer indirekten Miteigentümerin von Grenzebach, verheiratet. Darüber hinaus war der seit 2009 im Amt befindliche CEO von KUKA, Till Reuter, zuvor Berater bei Grenzebach und gehörte der CEO von Swisslog, Peter Hettich, zuvor Geschäftsleitung von Grenzebach an (vgl. Eingabe von Grenzebach an die UEK vom 2. Oktober 2014; Eingabe von KUKA an die UEK vom 2. Oktober 2014; Stellungnahme der UEK vom 29. Oktober 2014, S. 4).

(50) Die UEK hat ein Handeln in gemeinsamer Absprache zwischen Grenzebach, SWOCTEM und der Anbieterin für die Zeit nach dem 25. September 2014 festgestellt. Da sie sich bei der Feststellung zusätzlicher Elemente insbesondere auch mit dem Verhalten der Parteien vor dem 25. September 2014 auseinandergesetzt hat, drängt sich eine Analyse dieser Vorgeschichte im Rahmen der Beurteilung eines allfälligen gemeinsamen Handelns im Hinblick auf das Angebot auf.

### **3.2 Parallelität des Beteiligungsaufbaus**

(51) Hinsichtlich der Anbieterin hat Grenzebach im Dezember 2008 mit einer Beteiligung von 5.45 Prozent zum ersten Mal einen meldepflichtigen Grenzwert überschritten. Die Beteiligung wurde bis Juni 2009 kontinuierlich bis zu 29.22 Prozent aufgestockt und fluktuierte in den Folgejahren zunächst um die 25 Prozent, bevor sie im November 2011 unter 20 Prozent fiel. Aktuell liegt die Beteiligung von Grenzebach an KUKA zwischen 15 und 20 Prozent. SWOCTEM meldete hinsichtlich der Anbieterin im Februar 2014 erstmals eine meldepflichtige Beteiligung, die bis im August 2014 auf 10.018 Prozent anstieg. Zuvor hatte SWOCTEM seit 2008 knapp unter 3 Prozent der Aktien der Anbieterin gehalten (vgl. Eingabe von KUKA an die UEK vom 2. Oktober 2014, S. 3, sowie Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014). Das Total der von Grenzebach und SWOCTEM gehaltenen Aktien der Anbieterin beträgt aktuell zwischen 25 und maximal 30 Prozent.

(52) Bei der Zielgesellschaft ist Grenzebach im Mai 2012 mit einer meldepflichtigen Beteiligung von 11.26 Prozent eingestiegen, die zunächst im September 2012 auf 21.45 Prozent erhöht wurde, um schliesslich im Dezember 2013 den 25-Prozent-Grenzwert zu überschreiten. SWOCTEM hat den 3-Prozent-Grenzwert hinsichtlich der Zielgesellschaft im April 2013 überschritten. Die Überschreitungen der Grenzwerte von 5, 10 und 15 Prozent folgten im Juni 2013 bzw. im Januar und September 2014 (vgl. Eingabe der Swisslog an die UEK vom 3. Oktober 2014, S. 1). Zusammengerechnet hielten Grenzebach und SWOCTEM bei Lancierung des öffentlichen Kaufangebots über 40 Prozent der Aktien der Zielgesellschaft.

Referenz: b1042575-0000086

(53) Für den zeitlichen Ablauf ihres Beteiligungsaufbaus an der Anbieterin bringt SWOCTEM wirtschaftliche Gründe vor und legt dar, dass die Anbieterin aufgrund deren führender Marktposition bei schweren Industrierobotern und der frühen und engen Einbindung in die Weiterentwicklung der Automatisierungstechnik für die Automobilindustrie bereits Mitte 2008 in den Fokus ihres Alleingesellschafters Friedhelm Loh geraten war. Nach Gesprächen mit damaligen Vorstandsmitgliedern der Anbieterin erwarb Friedhelm Loh über SWOCTEM Anfang September 2008 zunächst eine Beteiligung von knapp unter der Meldeschwelle von 3 Prozent und strebte den Aufbau einer Sperrminorität bei der Anbieterin an, wobei ihm Grenzebach unerwartet zuvor kam. Aufgrund der Überzeugung, dass dem Roboter die Zukunft in der Industrie und auch in neuen Anwendungsfeldern gehört, beschloss Friedhelm Loh in der Folge, seine Beteiligung an der Anbieterin zu behalten. Die Zukäufe ab Anfang 2014 begründet SWOCTEM mit der erfolgreichen Entwicklung der Anbieterin unter der Führung von Grenzebach und des neu formierten Vorstands in Verbindung mit den akzeptablen preislichen Bedingungen (Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014, S. 1 ff.).

(54) Bereits beim Einstieg bei der Anbieterin habe Friedhelm Loh erkannt, dass die Anbieterin sich aus der Abhängigkeit von der Automobilindustrie lösen und sich andere Anwendungsbereiche erschliessen müsse. Im Engagement von Grenzebach bei Swisslog habe er daher einen strategischen Zusammenhang erkannt und sich im Interesse seiner Beteiligung an der Anbieterin auch an der Zielgesellschaft beteiligt, zumal Grenzebach bereits bei der Anbieterin in der Lage gewesen sei erhebliche Wertsteigerungen zu realisieren. Aufgrund der moderaten Börsenbewertung der Zielgesellschaft sei es – anders als bei der Anbieterin – gelungen, die aus steuerlichen Gründen angestrebte Beteiligung von 15 Prozent zu erreichen (Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014, S. 3).

(55) Ein Zusammenwirken mit Grenzebach im Zusammenhang mit den Beteiligungen an der Anbieterin und der Zielgesellschaft wird seitens SWOCTEM durchgehend verneint. Im Gegenteil, der Einstieg als Aktionär bei der Anbieterin und der Zielgesellschaft habe nicht zu einer Intensivierung der vorbestehenden Geschäftsbeziehungen geführt und die Loh-Gruppe setze auch in den Bereichen, in welchen eine Zusammenarbeit mit Grenzebach, der Anbieterin und/oder der Zielgesellschaft möglich wäre nach wie vor regelmässig Dritte ein (Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014, S. 4 f.).

(56) Auch Grenzebach verneint jegliches Zusammenwirken mit SWOCTEM hinsichtlich der hier interessierenden Beteiligungen und begründet die Beteiligungen an der Anbieterin und der Zielgesellschaft mit strategischen Überlegungen, da der Einsatz von Robotern zur Kerntechnologie von Grenzebach-Produktionsanlagen gehöre. Das Engagement bei der Zielgesellschaft trage zum weiteren Ausbau des Business Units „General Industry“ speziell im Logistik-Bereich bei. Gemäss Angaben von Grenzebach beschränken sich die Kontakte zu SWOCTEM bzw. Friedhelm Loh auf den Erwerb von Schaltschränken bzw. Software-Lizenzen von Unternehmen der Loh-Gruppe (vgl. Eingabe von Grenzebach an die UEK vom 2. Oktober 2014, S. 1 und 4).

(57) Das Verwaltungsverfahren ist ein vornehmlich schriftliches, im Fall des Übernahmeverfahrens zudem einfaches und rasches Verfahren, in welchem die Behörden den Sachverhalt von Amtes wegen gestützt auf Urkunden, Auskünfte der Parteien, Auskünfte oder Zeugnis von Dritten, Augenschein und/oder Gutachten von Sachverständigen feststellen (vgl. Art. 12 VwVG; Art. 33b Abs. 4 und 5 BEHG; Art. 63 Abs. 1 UEV; vgl. auch Auer in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich /St. Gallen 2008, N 34 zu Art. 12). Die Par-

Referenz: b1042575-0000086

teien sind hierbei zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 33a Abs. 2 BEHG; Scherrer, Aktionäre der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 60 f.; Höhn/Lang/Roelli, Öffentliche Übernahmen, Basel 2011, S. 436). Die UEK hat die Beschwerdeführerin schriftlich ausführlich zum Aufbau ihrer Beteiligungen an der Anbieterin und der Zielgesellschaft befragt. In ihren Antworten haben die Beschwerdeführerin nachvollziehbar die Gründe für den jeweiligen Beteiligungsaufbau dargelegt und sich von einem allfälligen Handeln in gemeinsamer Absprache distanziert. Da grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass in einem Verfahren zur Mitwirkung verpflichtete Parteien gegenüber einer Behörde die Wahrheit sagen und sich die Parteien weder gegenseitig widersprochen noch in sonstige Widersprüche verwickelt haben, können vorliegend keine klaren Hinweise ausgemacht werden, die einen konzertierten Aufbau der Beteiligungen der Beschwerdeführerinnen an der Zielgesellschaft bzw. der Anbieterin nahelegen würden. Ebenso kann aufgrund des langen zeitlichen Vorlaufs nicht von einem Erwerb der jeweiligen Beteiligungen im Hinblick auf ein Angebot i.S.v. Art. 11 UEV gesprochen werden. Insgesamt bestehen somit nicht genügend Hinweise, um ein Parallelverhalten von Grenzebach und SWOCTEM beim Beteiligungsaufbau an der Anbieterin und der Zielgesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschliessen.

### 3.3 Keine Beherrschung der Anbieterin durch die Beschwerdeführerinnen

(58) In gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handeln gemäss Lehre und ständiger Rechtsprechung alle Gesellschaften, die dem Konzern der Anbieterin angehören bis zur obersten kontrollierenden Gesellschaft sowie diejenigen natürlichen und juristischen Personen, die einzeln oder gemeinsam mit andern Personen die Anbieterin oder eine mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnde Gesellschaft direkt oder indirekt beherrschen (vgl. statt vieler Tschäni/Diem/Iffland/Gaberthüel, Öffentliche Kaufangebote, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 565 f.). Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c BEHV-FINMA kann ein solches Beherrschungsverhältnis namentlich durch eine Mehrheit von Stimmrechten oder Kapitalanteilen einerseits sowie durch eine Beherrschung auf andere Weise andererseits entstehen.

(59) Grenzebach hält zwischen 15 und 20 Prozent der Beteiligungspapiere der Anbieterin, SWOCTEM ist mit 10 Prozent an der Anbieterin beteiligt. Keine der beiden grössten Aktionärinnen der Anbieterin beherrscht diese somit durch eine Mehrheit von Stimmrechten i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. c BEHV-FINMA, da von einer solchen Beherrschung erst ab einer Beteiligung von 50 Prozent der Stimmrechte auszugehen ist (vgl. Verfügung 540/01 der UEK vom 25. Juli 2013 i.S. Schmolz + Bickenbach, N 11, m.w.H.). Eine Beherrschung der Anbieterin durch die Beschwerdeführerinnen wäre überdies selbst dann nicht gegeben, wenn deren Beteiligungen aggregiert betrachtet würden; eine gemeinsame Beteiligung läge bei maximal 30 Prozent der Stimmrechte der Anbieterin.

(60) Zur Prüfung der Frage, ob eine Beherrschung „auf andere Weise“ i.S.v. Art. 10 Abs. 2 lit. c BEHV-FINMA vorliegt, sind die Umstände des Einzelfalls massgebend (vgl. Verfügung 540/01 der UEK vom 25. Juli 2013 i.S. Schmolz + Bickenbach, N 12). Der Aufsichtsrat der Anbieterin umfasst zwölf Mitglieder, wovon lediglich zwei von Grenzebach entsandt werden. Das Beschlussquorum beträgt die Hälfte der Mitglieder; es entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Eingabe von KUKA an die UEK vom 26. September 2014). Der CEO der Anbieterin, Till Reuter, hatte zuvor auf Vorschlag von Grenzebach im Aufsichtsrat der Anbieterin Einsitz genommen und hatte ursprünglich Grenzebach bei deren Einstieg bei KUKA beraten. Er stand jedoch nie in einem Arbeitsverhältnis zu Grenzebach und pflegt mit dieser gemäss übereinstimmenden Angaben von Grenzebach und der An-

Referenz: b1042575-0000086

bieterin seit Antritt seines Amtes als CEO der Anbieterin diejenigen Kontakte, die zwischen einem CEO und einer Grossaktionärin üblich sind. Zudem besteht der Vorstand der Anbieterin aus zwei gleichberechtigten Mitgliedern, wobei Till Reuter kein Stichtenscheid zukommt und das andere Vorstandsmitglied noch nie in näherer Beziehung zu Grenzebach stand. Die Beschwerdeführerinnen haben untereinander keine Vereinbarungen bezüglich der Ausübung der Stimmrechte getroffen und koordinieren ihre Beteiligungen an der Anbieterin auch anderweitig nicht, ebenso wenig liegen Stimmrechtsvereinbarungen mit andern Aktionärinnen der Anbieterin vor (vgl. auch N (55) ff. hiervor). Insgesamt kann somit im Aktionariat der Anbieterin keine beherrschende Stellung „auf andere Weise“ weder einer Aktionärin alleine noch einer Gruppe von Aktionären festgestellt werden.

### **3.4 Andienung der Beteiligungen an der Zielgesellschaft**

(61) Grenzebach gibt an, durch den Chefsyndikus der Anbieterin telefonisch am Montag, 22. September 2014 erstmals im Hinblick auf das Angebot kontaktiert worden zu sein. Tags darauf seien Grenzebach die Entwürfe einer Vertraulichkeits- und Stillhalteerklärung sowie einer Andienungsvereinbarung zugestellt worden. Die finale Version der Andienungsvereinbarung habe Grenzebach gestützt auf einen bereits am 22. September 2014 eingeholten Gesellschafterbeschluss der Gesellschafterin Grenzebach GmbH & Co KG am 25. September 2014 unterzeichnet. Die Andienung sei erfolgt, weil die Liquidität der Grenzebach-Gruppe aktuell durch einen Fehlbetrag im operativen Ergebnis belastet werde. Über den Preis sei nicht verhandelt worden, dieser gelte für alle Aktionäre der Zielgesellschaft gleichermassen (vgl. Eingaben von Grenzebach an die UEK vom 2. bzw. 7. Oktober 2014).

(62) SWOCTEM bringt vor, sich auf Initiative von Till Reuter am Freitag, 19. September 2014, mit dem CEO und dem Chefsyndikus der Anbieterin getroffen zu haben und anlässlich dieses Termins erstmals über die beabsichtigte Übernahme informiert worden zu sein. Noch während des Termins habe SWOCTEM telefonisch die bestehende Kauforder für Swisslog-Aktien storniert und dies später gegenüber der Bank schriftlich bestätigt. Daraufhin sei zwischen den Parteien eine Andienungsvereinbarung verhandelt und am 25. September 2014 unterzeichnet worden (vgl. Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014). Den angebotenen Preis von CHF 1.35 je Swisslog-Aktie habe Friedhelm Loh aufgrund seiner engen Verbundenheit mit seinem Geschäft und seinen Investments ohne Weiteres einordnen und seinen Vorstellungen gegenüberstellen können, weshalb er das Angebot ohne Preisverhandlung und weitere Abklärungen habe annehmen können (vgl. Stellungnahme von SWOCTEM vom 31. Oktober 2014 sowie N (42) hiervor).

(63) Die Angaben der Beschwerdeführerinnen stimmen in zeitlicher und tatsächlicher Hinsicht mit jenen der Anbieterin überein (vgl. Eingabe der Anbieterin an die UEK vom 7. Oktober 2014). Die Anbieterin bringt überdies unter Nennung entsprechender Beispielfälle vor, die Annahmen der UEK, wonach öffentliche Kaufangebote mit einer Andienungsschwelle von 66 2/3 Prozent üblicherweise nicht ohne gesicherte Beteiligung lanciert würden und wonach die Beschwerdeführerinnen sich vorliegend derart kurzfristig zur Unterzeichnung der Andienungsvereinbarungen entschlossen hätten, dass das Fehlen vorgängiger Interaktionen unwahrscheinlich sei, seien unzutreffend (Stellungnahme von KUKA vom 30. Oktober 2014).

(64) Hinsichtlich der Ausarbeitung des Angebots gibt die Anbieterin an, im Frühjahr 2014 erste Gespräche mit Beratern geführt zu haben. Im Juni 2014 habe der CEO der Anbieterin dem Leiter der

Referenz: b1042575-0000086

Abteilung Corporate Development und M&A den Auftrag erteilt, sich dem Thema Swisslog konkret anzunehmen. Daraufhin seien externe Finanzberater engagiert worden, wovon einer am 6. Juli 2014 eine erste Analyse mit einem indikativen Angebotspreis von CHF 1.30 – 1.40 je Swisslog-Aktie unterbreitet habe. Anlässlich der Vorstandssitzung vom 4. August 2014 sei beschlossen worden, der Zielgesellschaft ein erstes indikatives und unverbindliches Schreiben zu übermitteln, das am 6. August 2014 versendet worden sei. Nach Due Diligence und Unternehmensbewertung durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie auf der Basis der im Entwurf vorliegenden Fairness Opinions zweier Finanzberater sei der Angebotspreis anlässlich der Vorstandssitzung vom 19. September 2014 auf CHF 1.35 je Swisslog-Aktie fixiert worden. Dabei habe die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft den Angebotspreis als einem Transaktionspreis zwischen Unabhängigen entsprechend bestätigt, was von § 57 des deutschen Aktiengesetzes gefordert werde, wonach Geschäfte zwischen deutschen Aktiengesellschaften und ihren Aktionären nur zu marktüblichen Konditionen zulässig seien. Der Beschluss, den Aktionären der Swisslog ein Angebot zum Preis von CHF 1.35 je Swisslog-Aktie zu unterbreiten, sei unter dem Vorbehalt der einvernehmlichen Verständigung mit der Zielgesellschaft bzw. deren Verwaltungsrats auf dem Wege eines Transaction Agreements sowie der Zustimmung des Aufsichtsrats gestanden, nicht aber unter dem Vorbehalt des Abschlusses von Andienungsvereinbarungen oder Aktienkaufverträgen mit den Beschwerdeführerinnen (vgl. Eingaben von KUKA an die UEK vom 2. bzw. 7. Oktober 2014).

(65) Der Aufsichtsrat der Anbieterin hat dem Angebot in der vom Vorstand genehmigten Version anlässlich seiner Sitzung vom 25. September 2014 zugestimmt, wobei auch hier festgehalten wurde, dass nicht nur von einem fairen Preis, sondern auch von einem Preis, wie er von andern bezahlt würde, ausgegangen werden könne (vgl. Eingaben von KUKA an die UEK vom 2. bzw. 7. Oktober 2014). Die UEK hat sich die Rolle des Aufsichtsrats einer deutschen Aktiengesellschaft von der Anbieterin bzw. deren Anwälten erläutern lassen. Demgemäss kommt die Rolle der Leitung und rechtsgeschäftlichen Vertretung der Aktiengesellschaft ausschliesslich dem Vorstand zu, während der Aufsichtsrat den Vorstand kontrolliert und berät. Dafür stehen dem Aufsichtsrat vornehmlich die Instrumente der Berichterstattung durch den Vorstand sowie des Zustimmungsvorbehalts bei bestimmten Geschäften zur Verfügung. Das Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats zu bestimmten Massnahmen des Vorstands entfaltet seine Wirkung im Innenverhältnis, beschränkt aber nicht die Vertretungsmacht des Vorstands nach aussen. Die Mitglieder des Aufsichtsrats sind dem Unternehmensinteresse verpflichtet, das auch den Interessen des Aktionärs vorgeht, der ein Aufsichtsratsmitglied gegebenenfalls entsandt hat (vgl. Eingabe von KUKA an die UEK vom 26. September 2014, Anhang 2).

(66) Die Beschwerdeführerinnen wurden somit zwischen der Beschlussfassung des Vorstands der Anbieterin über das Angebot sowie dessen Bedingungen sowie der Genehmigung durch den Aufsichtsrat kontaktiert. Die Tatsache, dass die vom Vorstand beschlossene Transaktion derjenigen entspricht, der auch der Aufsichtsrat zugestimmt hat, zeigt, dass die am 19. bzw. 22. September 2014 kontaktierten Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Verhandlung über die Andienungsvereinbarungen keinen Einfluss auf das Angebot und dessen Bedingungen genommen haben. Die Beschwerdeführerinnen und die Anbieterin bringen zudem schlüssig vor, dass eine Kontaktaufnahme hinsichtlich des Angebots vor den genannten Daten nicht stattgefunden hat. Auch hier bestehen keine hinreichenden Hinweise, die entgegen der Aussagen der Parteien für die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer früher im Hinblick auf das Angebot stattgefundenen Absprache sprechen.

Referenz: b1042575-0000086

(67) Auch aus dem verhältnismässig raschen Abschluss der Andienungsvereinbarungen seitens der Beschwerdeführerinnen kann nichts zu deren Lasten abgeleitet werden. Zum einen zeigen die von der Anbieterin angeführten Fälle, dass dieses Vorgehen nicht so unüblich ist wie es die UEK darlegt (vgl. auch Bieri/Rüdlinger, Börsenrechtliche Meldepflichten bei Unternehmensübernahmen, in: Tschäni, [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XIV, Zürich 2012, S. 159; Stellungnahme von KUKA vom 30. Oktober 2014; Stellungnahme der UEK vom 29. Oktober 2014). Und zum andern hätten selbst eine frühere Information der Beschwerdeführerinnen durch die Anbieterin und ein damit einhergehender längerer Entscheidungszeitraum vor Unterzeichnung einer Andienungserklärung kein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot zur Folge, so lange keine konkreten und überwiegend wahrscheinlichen Anzeichen für eine Einflussnahme auf die Ausgestaltung und die Bedingungen des Angebots sowie für ein Zusammenwirken im Hinblick auf das Angebot vorliegen.

(68) Insgesamt zeigen die Umstände, unter welchen die Beschwerdeführerinnen ihre Swisslog-Aktien der Anbieterin angedient haben, keine über das Übliche hinausgehenden Elemente, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot schliessen lassen.

### **3.5 Verflechtung der Organe**

(69) Wie in N (49) hiavor dargestellt, haben bzw. hatten verschiedene Personen aus dem Umkreis der Grenzebach-Gruppe Organpositionen bei der Anbieterin und/oder der Zielgesellschaft inne. Insbesondere sticht die Einsitznahme von Bernd Minning in der Geschäftsführung von Grenzebach, im Aufsichtsrat der Anbieterin sowie im Verwaltungsrat der Zielgesellschaft ins Auge. Ebenso fällt auf, dass Michael Proeller als zweiter von Grenzebach entsandtes Aufsichtsratsmitglied der Anbieterin mit derjenigen indirekten Miteigentümerin von Grenzebach verheiratet ist, welche für die Grenzebach GmbH & Co KG die Anweisung zur Andienung der Swisslog-Aktien ins Angebot von KUKA unterzeichnet hat (vgl. Eingabe von Grenzebach an die UEK vom 7. Oktober 2014).

(70) Aus den Eingaben der Anbieterin und von Grenzebach geht hervor, dass Bernd Minning und Michael Proeller auf Seiten der Anbieterin nicht in die Planung, Ausarbeitung und Beschlussfassung hinsichtlich des öffentlichen Kaufangebots auf Swisslog einbezogen wurden. Bernd Minning habe von der geplanten Transaktion in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsvorsitzender der Anbieterin am 4. August 2014 sowie in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratsmitglied der Zielgesellschaft am 6. August 2014 Kenntnis erlangt. Michael Proeller habe am 19. September 2014 im Rahmen des Versands der Unterlagen für die Aufsichtsratssitzung vom 25. September 2014 von der Transaktion erfahren, zu einem Zeitpunkt also, in welchem der Vorstand die Transaktion bereits mit ihren später in der Voranmeldung veröffentlichten Charakteristika genehmigt hatte. Bernd Minning und Michael Proeller sind in der Aufsichtsratssitzung vom 25. September 2014, anlässlich welcher die Zustimmung zur Transaktion erteilt wurde, in den Ausstand getreten (Eingaben von KUKA an die UEK vom 26. September 2014 sowie vom 2. bzw. 7. Oktober 2014; Eingabe von Grenzebach an die UEK vom 2. Oktober 2014). Dem den beiden von Grenzebach entsandten Mitgliedern des Aufsichtsrats der Anbieterin inhärente Interessenkonflikt wurde somit durch den Ausstand der beiden Aufsichtsratsmitglieder begegnet. Aus dem im Angebotsprospekt veröffentlichten Bericht des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft geht hervor, dass Bernd Minning bei der Zielgesellschaft ebenfalls in den Ausstand getreten ist und weder an der Beurteilung des Angebots noch am Bericht des Verwaltungsrats mitgewirkt oder an den Sitzungen

Referenz: b1042575-0000086

des Verwaltungsrats teilgenommen hat, an welchen das Angebot diskutiert wurde (vgl. Angebotsprospekt vom 6. Oktober 2014, F.3.).

(71) Für den Verwaltungsrat der Zielgesellschaft stellt Art. 32 UEV Regeln zum Umgang mit Interessenkonflikten auf. Diese müssen zunächst im Bericht des Verwaltungsrats der Zielgesellschaft offengelegt werden, wobei insbesondere darauf einzugehen ist, ob die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats in besonderer Nähe zum Anbieter stehen. Zudem hat der Bericht die Massnahmen aufzuzeigen, die zur Vermeidung nachteiliger Auswirkungen eines Interessenkonflikts für die Empfänger des Angebots getroffen wurden. Gemäss Praxis der UEK kommen als probates Mittel der Ausstand der fraglichen Verwaltungsratsmitglieder oder die Bildung eines unabhängigen Verwaltungsratsausschusses sowie das Einholen einer Fairness Opinion in Frage (vgl. bspw. Tschäni/Diem/Iffland/Gaberthüel, Öffentliche Kaufangebote, Zürich/Basel/Genf 2014, N 647, m.w.H.; Höhn/Lang/Roelli, Öffentliche Übernahmen, Basel 2011, S. 364 f., m.w.H.). Diese Regeln können mutatis mutandis auch bei Interessenkonflikten bei den Organen der Anbieterin beigezogen werden.

(72) Vorliegend sind die mit einem Interessenkonflikt belasteten Mitglieder des Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrats sowohl bei der Zielgesellschaft als auch bei der Anbieterin in Ausstand getreten. Zudem haben die Zielgesellschaft und auch die Anbieterin Fairness Opinions in Auftrag gegeben, die insbesondere die Angemessenheit des Angebotspreises beurteilten (vgl. für die Zielgesellschaft den Angebotsprospekt sowie für die Anbieterin die Eingabe von KUKA an die UEK vom 7. Oktober 2014). Doch selbst wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, könnte aus dem Einsitz von Bernd Minning und Michael Proeller im Aufsichtsrat der Anbieterin nicht ohne weitere Hinweise auf eine Beeinflussung des Angebots durch Grenzebach geschlossen werden. So hat die UEK unlängst selbst dann kein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf ein Angebot angenommen, als die Vertreter bedeutender Aktionäre der Anbieterin eines Kauf- und Tauschangebots in deren Verwaltungsrat an sämtlichen Sitzungen teilnahmen, in welchen das Angebot Gegenstand von Diskussionen und/oder Beschlussfassungen war. Im Ergebnis bejahte die UEK damit das Vorliegen von Informationsbarrieren innerhalb der jeweiligen Personen, indem sie diesen ohne Weiteres glaubte, dass sie das im Verwaltungsrat über das geplante Angebot erhaltene Wissen nicht zu den Aktionären weitertrugen, die sie in den Verwaltungsrat der Anbieterin entsandt hatten und bei welchen sie ebenfalls eine Organstellung inne haben. Dabei hat die UEK explizit festgehalten, dass die fraglichen Aktionäre durch ihre Vertreter im Verwaltungsrat der Anbieterin zwar eine besondere Nähe zur Anbieterin aufwiesen, diese „jedoch aus einem (späteren) Parallelverhalten keine gemeinsame Absprache mit der Anbieterin zu kreieren“ vermöchte, zumal andernfalls Aktionäre mit Vertretern im Verwaltungsrat einer Anbieterin faktisch gezwungen wären, ein Angebot selbst gegen ihre eigenen Interessen allein deshalb abzulehnen, damit sie nicht als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd qualifiziert würden und die entsprechenden Rechtsfolgen zu tragen hätten (vgl. Verfügung 573/01 vom 8. August 2014 i.S. Öffentliches Kauf- und Tauschangebot der Helvetia Holding AG an die Aktionäre der Schweizerischen National-Versicherungs-Gesellschaft AG, Erw. 3.3.2). Unabhängig davon, ob die Beurteilung in der referenzierten Verfügung zutreffend war, kann vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der Tatsache, dass Bernd Minning und Michael Proeller an der Ausarbeitung des Angebots und der Beschlussfassung infolge Ausstands gar nicht beteiligt waren ohne Vorliegen konkreter Hinweise auf ein Zusammenwirken von Grenzebach mit der Anbieterin und/oder der Zielgesellschaft oder einer Einflussnahme von Grenzebach auf das Angebot nicht auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache geschlossen werden.

Referenz: b1042575-0000086

(73) Der CEO der Anbieterin, Till Reuter, war nie in einer Organstellung bei Grenzebach tätig, sondern hat diese anlässlich des Erwerbs der Beteiligung an der Anbieterin im Jahr 2009 beraten. Hinweise für eine nach wie vor bestehende über das übliche Mass hinaus gehende Nähe zwischen Till Reuter und Grenzebach ergeben sich aus den Darstellungen der Parteien nicht (vgl. dazu auch N (60) hiervor).

(74) Aus den organschaftlichen Verflechtungen bei Grenzebach, der Anbieterin sowie der Zielgesellschaft lässt sich vorliegend mangels Hinweisen auf ein versuchtes Zusammenwirken oder eine Einigung über das Angebot und dessen Bedingungen kein Handeln in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 11 UEV i.V.m. Art. 10 Abs. 1 und 2 BEHV-FINMA ableiten.

### **3.6 Gleichzeitige Beteiligung an Anbieterin und Zielgesellschaft**

(75) Die UEK bringt vor, dass insbesondere die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen sowohl an der Zielgesellschaft als auch der Anbieterin beteiligt seien und ihre Beteiligungen an der Anbieterin behalten würden, die Annahme eines Handelns in gemeinsamer Absprache rechtfertige, da die Beschwerdeführerinnen sowohl in ihrer Eigenschaft als Aktionärinnen der Zielgesellschaft als auch in ihrer Eigenschaft als Aktionärinnen der Anbieterin am Erfolg des Angebots interessiert seien (Stellungnahme der UEK vom 7. November 2014).

(76) Die Beschwerdeführerinnen stehen aufgrund ihrer doppelten Beteiligungen auf beiden Seiten des Angebots. Ihre Interessenlage wird dadurch aber anders als von der UEK angenommen gerade nicht klar. Während sie als Aktionärinnen der Zielgesellschaft an einem hohen Angebotspreis interessiert sind, bevorzugen sie als Aktionärinnen der Anbieterin einen moderaten Preis. Bei der Beurteilung, ob ein Handeln in gemeinsamer Absprache vorliegt, ist jedoch gemäss Lehre und ständiger Rechtsprechung ohnehin nicht allein die Interessenlage entscheidend, sondern die Frage, ob die Parteien ihr Verhalten hinsichtlich des Unterbreitens eines öffentlichen Kaufangebots und dessen Bedingungen koordiniert bzw. sich über das Angebot und dessen Bedingungen geeinigt haben (vgl. N (33) hiervor).

(77) Die Anbieterin hat den Angebotspreis vorliegend gestützt auf Bewertungen und Fairness Opinions so festgelegt, dass er auch den Anforderungen an einen Transaktionspreis zwischen Unabhängigen zu genügen vermag (vgl. N (64) f. hiervor). Die Beschwerdeführerinnen haben sich entschieden, das Angebot zu diesen von ihnen nicht beeinflussten, für alle Angebotsempfänger geltenden Bedingungen anzunehmen, ohne darüber hinaus öffentlich Stellung zum Angebot zu beziehen oder die Anbieterin anderweitig zu unterstützen. Vor diesem Hintergrund aufgrund der Doppelbeteiligung in Verbindung mit der Unterzeichnung der Andienungsvereinbarungen auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot zu schliessen, überzeugt nicht.

### **3.7 Keine drohende unerkannte Umgehung der Anbieterpflichten**

(78) Die UEK befürchtet, die Anbieterin könnte ihre Anbieterpflichten umgehen, wenn die Beschwerdeführerin nicht als mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnd betrachtet und den Anbieterpflichten unterstellt werden (vgl. N 13 der angefochtenen Verfügung). Vorliegend bestehen keine Anzeichen für ein solches Umgehungsverhalten. Hinsichtlich des Mindestpreises gemäss Art. 9 UEV i.V.m. Art. 32 Abs. 4 BEHG und Art. 40 ff. BEHV-FINMA kann zudem festgehalten werden, dass die

Referenz: b1042575-0000086

Beschwerdeführerinnen in den zwölf Monaten vor Veröffentlichung der Voranmeldung keine Swisslog-Aktien zu einem den Angebotspreis übersteigenden Preis erworben haben (Eingabe von Grenzebach an die UEK vom 2. Oktober 2014; Eingabe von SWOCTEM an die UEK vom 7. Oktober 2014). Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen bereits ab einem früheren Zeitpunkt als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd qualifiziert worden wären – wofür es wie in N (51) ff. hiervor dargelegt keine hinreichenden Anzeichen gibt –, hätte dies somit keinen Einfluss auf den Angebotspreis gehabt. Während bezüglich der Einhaltung der Best Price Rule keine Prognosen für die Zukunft gemacht werden können, ist im vorliegenden Fall auf Art. 39 lit. a UEV hinzuweisen, wonach die Meldepflicht von Art. 38 UEV auch von denjenigen eingehalten werden muss, die direkt oder indirekt über eine Beteiligung von mindestens 3 Prozent der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügen. Dies bedeutet, dass die Beschwerdeführerinnen seit der Veröffentlichung des Angebots bis zum Ablauf der Nachfrist alle von ihnen getätigten Transaktionen in Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft und in den sich auf sie beziehenden Finanzinstrumenten der Übernahmekommission und der zuständigen Offenlegungsstelle melden müssen. Solche Meldungen enthalten neben dem Gegenstand und der Art der Transaktion auch den Preis, die Abschlusszeit, die Art der Abwicklung, den Effekthändler sowie die Art und Anzahl sämtlicher von einem Meldepflichtigen am Ende des Tages gehaltenen Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft (Art. 41 UEV). Die UEK ist somit in der Lage, eine Umgehung der Best Price Rule durch die Anbieterin unter Zuhilfenahme der Beschwerdeführerinnen jederzeit festzustellen, auch ohne dass die Beschwerdeführerinnen den Pflichten gemäss Art. 12 UEV unterliegen. Hinzu kommt, dass die Beteiligungen der Beschwerdeführerinnen an der Anbieterin und der Zielgesellschaft ohnehin offengelegt sind und dass die Andienungsvereinbarungen gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b UEV im Prospekt offengelegt werden mussten.

### 3.8 Ergebnis

(79) Es ist der UEK zuzustimmen, dass der für sich alleine kein Handeln in gemeinsamer Absprache begründende Abschluss einer Andienungsvereinbarung bei Vorliegen zusätzlicher Elemente zu einem Handeln in gemeinsamer Absprache von Anbieterin und Aktionärinnen der Zielgesellschaft im Hinblick auf das Angebot führen kann. Die vorliegend zu beurteilende Situation ist ein Grenzfall. Die Parallelität der Ereignisse und eine Nähe von Grenzebach zur Anbieterin sind unübersehbar. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen kann jedoch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerinnen untereinander und/oder je einzeln mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Angebot im vorstehend definierten Sinn gehandelt haben. Die als zusätzliche Elemente in Frage kommenden Sachverhaltselemente geben einzeln, aber auch in ihrer Gesamtheit keine überwiegenden Hinweise, um ein Parallelverhalten auszuschliessen. Vielmehr liegt es im Bereich des Möglichen und erscheint es aufgrund der Darstellungen der Parteien nicht unglaubwürdig, dass die Beschwerdeführerinnen die Beteiligungen an der Zielgesellschaft und der Anbieterin unabhängig voneinander aus unterschiedlichen Gründen erworben und auch unabhängig voneinander und aus unterschiedlichen Gründen ins Angebot angedient haben. Ein bloss gleiches (und nicht gemeinsames) Ziel stellt keine Absprache i.S.v. Art. 11 UEV dar. Ebenfalls ist es nicht per se unüblich, dass Anbieter ein öffentliches Kaufangebot mit einer Andienungsschwelle von 66 2/3 Prozent der Stimmrechte unterbreiten, ohne bereits an der Zielgesellschaft beteiligt zu sein und dass Andienungsvereinbarungen kurzfristig abgeschlossen werden. Hinzu kommt, dass keine Hinweise auf die Umgehung der Anbieterpflichten bestehen und dass der UEK vorliegendenfalls mit den Meldepflichten gemäss Art. 38 f. UEV ein Instrumentarium zur Feststellung allfälliger Umgehungsversuche durch die Anbieterin unter Zuhilfenahme der Beschwerdeführerinnen zur Verfü-

Referenz: b1042575-0000086

gung steht. Die Beschwerden sind deshalb gutzuheissen und Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben.

## **C Kosten**

(80) Im Beschwerdeverfahren sind die Verfahrenskosten in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihren Anträgen vollumfänglich obsiegt, sind ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

(81) Als obsiegende Parteien haben die Beschwerdeführerinnen je Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Für die Festsetzung der Parteientschädigung sind überdies sinngemäss die Art. 8-13 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) heranzuziehen (vgl. Maillard, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N 7 zu Art. 64). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte mindestens CHF 200 und höchstens CHF 400, ausschliesslich Mehrwertsteuer (Art. 10 VGKE). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse kann das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung angemessen erhöht werden (Art. 10 Abs. 3 VGKE). Wird keine Kostennote eingereicht, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 VGKE).

(82) Die Beschwerdeführerinnen liessen sich vor der FINMA anwaltlich vertreten und haben in ihren Eingaben einen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung gestellt. Sie reichten hingegen keine detaillierte Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist daher aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch die FINMA festzusetzen (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 15'000 (inkl. MwSt) anzuerkennen. Die Parteientschädigungen werden der Vorinstanz in ihrer Funktion als verfügende Behörde auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Referenz: b1042575-0000086

## **Der Übernahmeausschuss der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA verfügt:**

1. Auf die Beschwerden wird eingetreten.
2. Die Beschwerden werden gutgeheissen; Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung 580/01 der Übernahmekommission vom 16. Oktober 2014 wird aufgehoben.
3. Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von je CHF 15'000.00 (inkl. MwSt) zugesprochen. Dieser Betrag ist den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

## **Übernahmeausschuss der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA**

sig. Bruno Frick  
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: b1042575-0000086

**Zu eröffnen an:**

- SWOCTEM GmbH, c/o Kellerhals Anwälte, Dr. Beat Brechbühl und RA Christophe Scheidegger, Effingerstrasse 1, Postfach 6916 Bern (Einschreiben mit Rückschein)
- Grenzebach Maschinenbau GmbH, c/o Thouvenin Rechtsanwälte & Partner, Klausstrasse 33, 8034 Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- KUKA Aktiengesellschaft, c/o Bär & Karrer AG, Dr. Mariel Hoch und Dr. Ralph Malacrida, Brand-schenkestrasse 90, 8027 Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- Swisslog Holding AG, c/o Baker & McKenzie Zurich, RA Theodor Härtsch, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- Übernahmekommission, Sonja Blaas und Pascal Bovey, Selnaustrasse 30, 8021 Zürich (Ein-schreiben mit Rückschein)

**Versanddatum:**