



Verfügung 598/01

vom 1. April 2015

Gesuch von William H. Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C. in Sachen Sika AG – Feststellung einer Angebotspflicht von Compagnie de Saint-Gobain

Sachverhalt:

A.

Sika AG (**Sika** oder **Zielgesellschaft**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Baar (ZG). Sika ist in der Entwicklung und Herstellung von Systemen und Produkten für die Bereiche Klebung, Dichtung, Dämpfung, Verstärkung und Schutz im Bau- und Kraftfahrzeugsektor tätig. Das Unternehmen Sika geht auf die 1911 von Kaspar Winkler gegründete Kaspar Winkler & Co. zurück, dem Urgrossvater der heutigen SWH-Aktionäre (vgl. nachstehend Sachverhalt lit. C). Das Aktienkapital von Sika beträgt CHF 1'524'106.80, eingeteilt in 2'333'874 vinkulierte Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.10 (**Sika-Namenaktien**) und 2'151'199 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.60 (**Sika-Inhaberaktien**). Die Sika-Inhaberaktien sind an der SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) im Main Standard kotiert (SIX: SIK). Die Sika-Namenaktien sind seit dem Jahr 2003 nicht mehr kotiert.

B.

Art. 5 der Statuten von Sika enthält ein Opting out, welches am 27. Mai 1998 durch einstimmigen Beschluss der Generalversammlung eingeführt wurde:

„5. ÖFFENTLICHES KAUFANGEBOT

Opting Out Ein Erwerber von Aktien der Gesellschaft ist nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach den Artikeln 32 und 52 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel verpflichtet.“

Art. 4 der Statuten von Sika enthält zudem folgende Vinkulierungsklausel:

„4. VINKULIERUNG

5% Schwelle Der Verwaltungsrat kann einen Erwerber von Namenaktien als Aktionär ablehnen, soweit die Anzahl der von ihm gehaltenen Namenaktien 5% der Gesamtzahl der im Handelsregister eingetragenen Namenaktien überschreitet.

Die Begrenzung auf 5% gilt auch für die Zeichnung oder den Erwerb von Namenaktien mittels Ausübung von Bezugs-, Options- oder Wandelrechten aus Namen- oder Inhaberaktien oder sonstigen von Gesellschaft oder Dritten ausgestellten Wertpapieren.



Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften, die untereinander kapital- oder stimmen- mässig, durch einheitliche Leitung oder auf ähnliche Weise zusammengefasst sind, sowie natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften, die im Hinblick auf eine Umgehung der Eintragungsbeschränkung koordiniert vorgehen, gelten in Bezug auf diese Bestimmung als ein Erwerber.

[...]“.

C.

Urs F. Burkard, Fritz Burkard, Gabriella Burkard, Carmita Burkard Kröber und Monica Burkard (zusammen die **Geschwister Burkard**) halten gemäss Offenlegungsmeldungen direkt und indirekt über die von ihnen beherrschte Schenker-Winkler Holding AG (**SWH**) insgesamt 52.92 % der Stimmrechte an Sika. Jeder der fünf Geschwister Burkard hält eine Beteiligung von 20 % an SWH, zwischen ihnen besteht ein Aktionärsbindungsvertrag. SWH ist eine nicht kotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Baar (ZG), welche 2'330'841 Sika-Namenaktien (51.97 % der Stimmrechte) sowie 28'998 Sika-Inhaberaktien (0.65 % der Stimmrechte), insgesamt also 52.62 % der Stimmrechte und 16.43 % des Aktienkapitals, von Sika hält.

D.

Am 5. Dezember 2014 schlossen die Geschwister Burkard mit der Compagnie de Saint-Gobain, eine Aktiengesellschaft französischen Rechts mit Sitz in Courbevoie, Frankreich (**Saint-Gobain**), einen Aktienkaufvertrag über den Verkauf ihrer gemeinsamen 100 %-Beteiligung an SWH ab (**SPA** oder die **Transaktion**). Das SPA untersteht gemäss Angaben der Vertragsparteien u.a. der Bedingung der Zustimmung der Kartellbehörden im Rahmen von Fusionskontrollverfahren. Das SPA soll vollzogen werden, sobald sämtliche Bedingungen erfüllt sind.

E.

Mit Medienmitteilung vom 8. Dezember 2014 informierte Saint-Gobain über das SPA und kündigte an, es sei nicht beabsichtigt, den Publikumsaktionären von Sika ein Übernahmeangebot zu unterbreiten.

F.

Mit Medienmitteilung vom 8. Dezember 2014 erklärte Sika, der Verwaltungsrat und das Management seien in die Transaktion nicht involviert gewesen und auch nicht beratend beigezogen worden. Der Verwaltungsrat und das Management von Sika würden den geplanten Kontrollwechsel ablehnen.

G.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2014 stellte SWH bei Sika das Begehren um Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung, bei der insbesondere die Abwahl und Zuwahl von Verwaltungsratsmitgliedern traktandiert werden sollte.

H.

Am 22. Dezember 2014 trat Saint-Gobain die Rechte und Pflichten aus dem SPA an die von ihr kontrollierte Société de Participations Financières et Industrielles, Courbevoie, Frankreich, ab



(vgl. Offenlegungsmeldung vom 26. Februar 2015, welche eine Publikation vom 7. Januar 2015 korrigierte und ersetzte).

I.

Mit Medienmitteilung vom 23. Dezember 2014 teilte Sika mit, Ethos - Fondation suisse pour un développement durable (**Ethos Stiftung**) und elf anderen Sika-Aktionären hätten ein Traktandierungsbegehren für die von SWH beantragte ausserordentliche Generalversammlung gestellt, welches die Streichung des Opting out von Sika beantrage.

J.

Mit Medienmitteilung vom 26. Januar 2015 teilte Sika mit, dass nach Ansicht des Verwaltungsrates das Stimmrecht der Familie Burkard/SWH auf die statutarische 5 %-Grenze zu beschränken sei. Die Statuten von Sika würden vorsehen, dass ein Namenaktionär nicht mehr als 5 % aller Namenaktien halten solle. Nur die Familie Burkard und SWH seien davon immer ausgenommen gewesen. Mit der eingetretenen Gruppierung zwischen der Familie Burkard/SWH und Saint-Gobain müsse die Stimmrechtsbeschränkung Anwendung finden. Damit entfalle das Recht, eine ausserordentlichen Generalversammlung einzuberufen (vgl. Sachverhalt lit. G).

K.

Mit Verfügung 594/01 vom 5. März 2015 (**Verfügung 594/01**) stellte die Übernahmekommission auf Gesuch von SWH die Gültigkeit des Opting out fest und entschied, dass bei einer allfälligen Abschaffung des Opting out Art. 22 Abs. 3 BEHG und die diesbezügliche Praxis der Übernahmekommission zur nachträglichen Einführung eines Opting out keine Anwendung finde. Zudem wurde u.a. die Frist für die Publikation der Stellungnahme des Verwaltungsrats in den Zeitungen festgelegt und mit einer weiteren Verfügung 594/02 vom 9. März 2015 (**Verfügung 594/02**) verlängert. Parteien dieses Verfahrens (**Verfahren 594**) waren SWH und Sika.

L.

Mit Eingabe vom 5. März 2015 reichten William H. Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C. (zusammen die **Gesuchsteller**) ein Gesuch ein mit folgenden Anträgen:

“It shall be declared that Compagnie de Saint-Gobain, Courbevoie (France), is obliged to submit a public tender offer for all the publicly held shares in Sika AG, Baar, in accordance with Art. 32 SESTA.

Eventualiter: It shall be declared that Compagnie de Saint-Gobain, Courbevoie (France), shall be obliged to submit a public tender offer for all the publicly held shares in Sika AG, Baar, in accordance with Art 32 SESTA upon closing of the share purchase agreement with the Family.

The Applicants shall be admitted as party to the TOB proceeding.

Eventualiter: The Takeover Board shall accept the Submission as notification (Anzeige) pursuant to Art. 62 TOO and initiate a formal proceeding to investigate a mandatory bid Obligation of Compagnie de Saint-Gobain, Courbevoie, France.”

Auf die Begründung dieser Anträge wird soweit erforderlich in den Erwägungen eingegangen.



M.

Mit Eingabe vom 9. März 2015 beantragte SWH, sie sei als Partei im vorliegenden Verfahren anzuerkennen und es sei ihr Frist zur Stellungnahme zum Gesuch vom 5. März 2015 einzuräumen.

N.

Mit Eingabe vom 9. März 2015 beantragte Saint-Gobain Einsicht in die Akten des Verfahrens 594.

O.

Mit Schreiben vom 12., 13. und 23. März 2015 teilten Threadneedle Asset Management Limited, UK (**Threadneedle**), Fidelity Worldwide Investment, UK (**Fidelity**) und Ethos Stiftung der Übernahmekommission ihre Bedenken bezüglich der Transaktion zwischen Saint-Gobain und den Geschwistern Burkard mit. Ethos Stiftung macht zudem geltend, das Opting out sei nichtig, weshalb die Transaktion eine Angebotspflicht für Saint-Gobain auslöse.

P.

Mit Eingaben vom 16. März 2015 nahmen Sika, Saint-Gobain und SWH aufforderungsgemäss zum Gesuch vom 5. März 2015 Stellung sowie zum Begehren von Saint-Gobain vom 9. März 2015 um Akteneinsicht. Der Stellungnahme von SWH waren Gutachten von Prof. von der Crone vom 24. Februar 2015 und von Prof. Böckli vom 11. Februar 2015 mit einer Ergänzung vom 5. März 2015 beigelegt. SWH und Saint-Gobain beantragen die Abweisung der Anträge der Gesuchsteller. Sika reichte ein Gutachten von Prof. Dr. Nobel vom 25. Januar 2015 mit einer Ergänzung vom 23. Februar 2015 ein und stellt folgende Anträge:

- „1. Das Gesuch von Compagnie de Saint-Gobain um Einsicht in die Akten des Verfahrens Nr. 0594 sei abzuweisen.
2. Die Compagnie de Saint-Gobain sei zu verpflichten, bei der Übernahmekommission umgehend den Kaufvertrag vom 5. Dezember 2014 betreffend den Erwerb der Aktien an der Schenker-Winkler Holding AG einzureichen.
3. Die Compagnie de Saint-Gobain und die Schenker-Winkler Holding AG seien zu verpflichten, bei der Übernahmekommission umgehend alle weiteren Abreden und Vereinbarungen zwischen der Compagnie de Saint-Gobain, der Société de Participations Financières et Industrielles, der Schenker-Winkler Holding AG und/oder deren Aktionären (einschliesslich Aktionärbindungsvertrag zwischen den Mitgliedern der Familie Burkard) sowie alle Verwaltungsratsprotokolle und weiteren Unterlagen (z.B. Due Diligence-Berichte, Information Memorandum, Anträge an den Verwaltungsrat der jeweiligen Gesellschaft inklusive Unterlagen dazu, etc.), welche den Verkauf der Aktien an der Schenker-Winkler Holding AG zum Gegenstand haben oder damit in Zusammenhang stehen, einzureichen und zu bestätigen, dass ausser den gemäss den Anträgen 2 und 3 eingereichten keine weiteren, für die Beurteilung des Gesuchs von William H Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C. und der Frage, ob eine Berufung auf das Opting out im vorliegenden Fall missbräuchlich ist, relevanten Abreden, Vereinbarungen oder Unterlagen bestehen.



4. Soweit die in den Anträgen 2 und 3 erwähnten Dokumente nicht bei der Schenker-Winkler Holding AG verfügbar sind, seien die Aktionäre der Schenker-Winkler Holding AG zu deren Einreichung bei der Übernahmekommission und zur Abgabe der Erklärung gemäss Antrag 3 zu verpflichten.
5. Der Sika AG und der Gesuchstellerin sei Einsicht in die gemäss den Anträgen 2 bis 4 bei der Übernahmekommission eingereichten Aktenstücke zu gewähren.“

Auf die Begründung der Anträge wird soweit erforderlich in den Erwägungen näher eingegangen.

Q.

Mit Medienmitteilung vom 17. März 2015 teilte Sika mit, das Kantonsgericht Zug habe das Begehren von SWH um Durchführung einer ausserordentlichen Generalversammlung abgewiesen, offenbar mit der Begründung, es mache keinen Sinn, kurz vor der ordentlichen Generalversammlung eine ausserordentliche Generalversammlung abzuhalten. Es bestehe dafür auch keine besondere Dringlichkeit. Das Gericht habe die Frage hinsichtlich der Beschränkung der Stimmrechte in diesem Verfahren ausdrücklich offengelassen.

R.

Mit Entscheid vom 20. März 2015 wies der Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug ein Gesuch von SWH um vorsorgliche Massnahmen ab, welches u.a. die Anerkennung der Stimmrechte von SWH zum Gegenstand hatte (vgl. hierzu auch eine Medienmitteilung der Sika vom 23. März 2015).

S.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Luc Thévenoz (Präsident), Henry Peter und Thomas Rufer gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Parteien und Verfahren

1.1 Sika, Saint-Gobain und SWH

[1] Gemäss Art. 33b Abs. 2 BEHG und Art. 56 Abs. 1 UEV haben die Zielgesellschaft, der Anbieter und Personen, die mit dem Anbieter in gemeinsamer Absprache handeln, Parteistellung. Im Verfahren betreffend die Angebotspflicht reicht es hierfür aus, dass es aufgrund einer summarischen Prüfung als möglich erscheint, dass die betreffende Person Anbieter oder eine mit dem Anbieter in gemeinsamer Absprache handelnde Person sein könnte (vgl. Verfügung 543/01 vom 7. August 2013 in Sachen *Schmolz + Bickenbach AG*, Erw. 2).

[2] Partei des vorliegenden Verfahrens ist zunächst Sika als Zielgesellschaft. Potentiell angebotspflichtig und damit Partei ist zudem Saint-Gobain. Ebenfalls Partei ist SWH, da auch SWH potentiell angebotspflichtig ist und/oder mit Saint Gobain als potentieller Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelt.

—
—



1.2 Gesuchsteller

[3] Gemäss Art. 33b Abs. 3 BEHG und Art. 56 Abs. 3 UEV haben Aktionäre mit mindestens 3 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, Parteistellung, wenn sie diese bei der Übernahmekommission beanspruchen (sog. qualifizierte Aktionäre).

[4] Die Gesuchsteller haben das vorliegende Verfahren eingeleitet. Sie halten 134'577 Sika-Inhaberaktien, entsprechend 3 % der Stimmrechte und sind damit qualifizierte Aktionäre. Zusätzlich haben sie in Bezug auf die von ihnen beantragte Feststellung der Angebotspflicht von Saint Gobain als (qualifizierte) Aktionäre von Sika auch ein Feststellungsinteresse (zum Feststellungsinteresse vgl. Verfügung 594/01, Erw. 1.1). Der Antrag der Gesuchsteller um Erhalt der Parteistellung ist gutzuheissen.

1.3 Anzeiger

[5] Threadneedle, Fidelity und Ethos Stiftung haben je separat gegenüber der Übernahmekommission ihre Bedenken bezüglich der Transaktion geäussert und machen im Wesentlichen geltend, Saint-Gobain sei angebotspflichtig (vgl. Sachverhalt lit. O). Diese Schreiben werden als Anzeigen i.S.v. Art. 62 UEV entgegengenommen, wonach jede Person bei der Übernahmekommission übernahmerechtlich relevante Sachverhalte anzeigen kann (Art. 62 Abs. 1 UEV). Als Anzeiger haben Threadneedle, Fidelity und Ethos Stiftung keine Parteistellung (Art. 62 Abs. 3 UEV).

1.4 Selbständiges Verfahren

[6] Bereits mit den Verfügungen 594/01 und 594/02 hat sich die Übernahmekommission mit der vorliegenden Transaktion befasst. Die Parteien dieses Verfahrens 594 waren SWH und Sika, während im vorliegenden Verfahren zusätzlich die Gesuchsteller sowie Saint Gobain als potentielle Anbieterin Parteien sind. Aus diesem Grund und da das vorliegende Verfahren eine neue Frage betrifft, werden die beiden Verfahren separat behandelt.

1.5 Keine Einsicht von Saint-Gobain in die Akten des Verfahrens 594

[7] Saint-Gobain verlangt Einsicht in die Akten des Verfahrens 594. Sie begründet dies damit, diese Akten seien für die Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Verfahren von wesentlicher Bedeutung, es würden darin doch offenbar Fragestellungen behandelt, die auch für das vorliegende Verfahren relevant seien. Namentlich werde in einer Erwägung der Verfügung 594/01 darauf hingewiesen, dass die Frage einer allfälligen Missbräuchlichkeit der Berufung auf das Opting out gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt geprüft würde. Zudem sei davon auszugehen, dass sich Sika mit den Gesuchstellern abspreche, was es auch aus Gründen der Waffengleichheit notwendig mache, dass Saint-Gobain Zugang zu den Akten des Verfahrens 594 erhalte.



[8] Anspruch auf Akteneinsicht haben die Parteien des jeweiligen Verfahrens (vgl. Art. 26 Abs. 1 VwVG). Saint-Gobain war nicht Partei im Verfahren 594 und kann mangels einer Beteiligung von 3 % der Stimmrechte an Sika auch keine Parteistellung beantragen. Saint-Gobain ist daher die Einsicht in die Akten des Verfahrens 594 zu verweigern.

[9] Allerdings stellt sich überdies die Frage, ob die Akten des Verfahrens 594 für das vorliegende Verfahren beigezogen werden sollen. Für die Wahrung des rechtlichen Gehörs von Saint-Gobain ist dies nicht notwendig. Es reicht aus, wenn sich Saint-Gobain im vorliegenden Verfahren zu den Anträgen und Ausführungen der Gesuchsteller äussern kann und Einsicht in die Akten des vorliegenden Verfahrens erhält. Die von Sika und SWH zuvor im Verfahren 594 eingereichten Gutachten, befinden sich auch in den Akten des vorliegenden Verfahrens. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Akten des Verfahrens 594 für die Wahrung der Rechte durch Saint-Gobain im vorliegenden Verfahren erforderlich sein könnten. Vor diesem Hintergrund wird von einem Beizug der Akten des Verfahrens 594 abgesehen.

—

2. Keine Angebotspflicht von Saint-Gobain

2.1 Gültigkeit der Opting out-Klausel

[10] Mit Verfügung 594/01 stellte die Übernahmekommission fest, dass das Opting out gemäss Artikel 5 der Statuten von Sika gültig ist. Die Frage, ob und unter welchen Umständen die Berufung auf das Opting out missbräuchlich sein könnte, war nicht Verfahrensgegenstand und wurde nicht behandelt (Verfügung 594/01, Erw. 1.2.3).

[11] Dementsprechend wird die grundsätzliche Gültigkeit der Opting out-Klausel von den Parteien vorliegend nicht mehr in Frage gestellt. Die Gegenargumente, die die Ethos Stiftung geltend macht, wurden schon in der Verfügung 594/01 in Erwägung gezogen.

[12] Im vorliegenden Verfahren ist jedoch zu entscheiden, ob sich Saint-Gobain als Erwerberin einer Kontrollbeteiligung an Sika auf die Opting out-Klausel berufen kann.

2.2 Auslegung der Opting out-Klausel

[13] Die Gesuchsteller machen gelten, Sika zeichne sich durch eine langjährige Aktionariats- und Kontrollstruktur aus. Stets habe die Schenker-Winkler-Familie Sika beherrscht, indirekt über SWH. Dieser Umstand sei bei der Auslegung der beiden Statutenbestimmungen zu berücksichtigen, welche sich mit einem möglichen Kontrollwechsel befassen, nämlich der Vinkulierungsklausel und dem Opting out. Das Opting out in den Statuten von Sika könne nicht isoliert betrachtet werden. Während die Vinkulierungsklausel bezwecke, Kontrollwechsel zu verhindern, wolle das Opting out solche Kontrollwechsel ermöglichen. Die beiden statutarischen Bestimmungen ständen daher in einem Widerspruch zueinander. Dieser Widerspruch sei durch Auslegung aufzulösen, mit dem Ergebnis, dass das Opting out nach seinem Sinn und Zweck nur auf die langfristigen



Ankeraktionäre Anwendung finde, also auf die Mitglieder der Schenker-Winkler-Familie bzw. heute auf die Geschwister Burkard, nicht aber auf Dritterwerber.

[14] Sika schliesst sich dem an und ergänzt hierzu, um die Bedeutung des Opting out zu verstehen, sei es zentral, weiter zurückzuschauen: Die wesentlichen Beratungen innerhalb des SWH-Verwaltungsrates hätten bereits im November 1994 stattgefunden. Zum damaligen Zeitpunkt habe die Beteiligung der SWH an Sika geringfügig unter 50 % der Stimmrechte gelegen. Entsprechend hätte SWH bei allfälligen Zukäufen nach Inkrafttreten des Börsengesetzes gestützt auf Art. 52 BEHG ein Pflichtangebot machen müssen. Zum Zeitpunkt der Einführung des Opting out habe SWH dann knapp über 50 % gehalten, so dass eine Angebotspflicht als Folge einer Unter- und späteren, erneuten Überschreitung der 50 %-Schwelle das wahrscheinlichere Szenario als ein Verkauf der Gesamtbeteiligung dargestellt habe. Doch selbst für diesen "undenkbaren" Fall eines Verkaufs an einen Dritten sei damals eine Ungleichbehandlung der Publikumsaktionäre explizit ausgeschlossen worden. Gemäss dem VR-Protokoll vom 4. November 1994 habe u.a. Dr. Roman Burkard, VR-Präsident bestätigt, dass das Opting-out „nur den status quo“ bewahre und „keine der bisherigen Rechte der Publikumsaktionäre“ beschränke.

[15] Entgegen der Ansicht der Gesuchsteller und von Sika können und müssen die Vinkulierungsklausel und die Opting out-Klausel separat betrachtet werden und zwar sowohl inhaltlich als auch verfahrensrechtlich. In Bezug auf ihren Inhalt ist festzuhalten, dass die Opting out-Klausel und die Vinkulierungsklausel unterschiedliche Regelungsgegenstände betreffen. Die Opting out-Klausel bezieht sich auf die börsenrechtliche Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG, die Vinkulierungsbestimmung ist Teil des Aktienrechts und regelt bei nicht-kotierten Aktien, ob ein Erwerber von Namenaktien Eigentum an diesen Aktien erwerben kann (Art. 685c Abs. 1 OR). In Bezug auf das Verfahren ergeben sich hieraus verschiedene Zuständigkeiten: Gültigkeit und Inhalt einer Opting out-Klausel (und damit zusammenhängend das Bestehen einer Angebotspflicht) wird durch die Übernahmekommission überprüft, eine Vinkulierungsklausel hingegen durch das Zivilgericht. Zwar kann die Übernahmekommission vorfrageweise zu Fragen des Aktienrechts Stellung nehmen, falls die Beantwortung einer gesellschaftsrechtlichen Frage einen Einfluss auf die börsen- bzw. übernahmerechtlich zu beurteilende Frage hat, sei es mit Blick auf die Einhaltung einer konkreten Bestimmung oder im Zusammenhang mit der Einhaltung eines börsenrechtlichen Grundsatzes (Empfehlung 127/01 vom 15. April 2002 in Sachen *Alpine Select AG*, Erw. 2). Vorliegend handelt es sich bei der Vinkulierungsklausel jedoch nicht um eine Vorfrage im Sinne dieser Praxis, sondern um eine selbständige Frage.

[16] Dabei wird nicht übersehen, dass im Rahmen der Auslegung des Opting out allenfalls auch die übrigen Statutenbestimmungen – und damit auch die Vinkulierungsklausel – zu berücksichtigen sind, falls der Wortlaut der Opting out-Klausel nicht ausreichend klar sein sollte.

[17] Statuten von Publikumsgesellschaften sind gemäss herrschender Lehre grundsätzlich wie Gesetze auszulegen. Dabei ist auf das Verständnis abzustellen, welches ein später hinzukommender Aktionär vernünftigerweise der einzelnen Bestimmung zuordnet (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 1 N 625, 634 mit Nachweisen). Ausgangspunkt für jede



Auslegung des Gesetzes ist der Wortlaut. Von einem klaren Wortlaut ist nur ausnahmsweise abzuweichen, etwa wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht (vgl. BGE 126 V 435, Erw. 3).

[18] Die Opting out-Klausel des Art. 5 der Statuten von Sika hat folgenden Wortlaut: „*Ein Erwerber von Aktien der Gesellschaft ist nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot nach den Art. 32 und 52 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel verpflichtet.*“ In Bezug auf den Adressatenkreis ist dieser Wortlaut klar: Von der Angebotspflicht befreit ist, wer „*Erwerber*“ ist, ohne dass dabei nach der Person des Erwerbes unterschieden wird. Es handelt sich um eine für Opting out-Klauseln typische Formulierung, welche nicht anders verstanden werden kann, als ein genereller Ausschluss der Angebotspflicht.

[19] In diesem Sinn – also generell – wurde das Opting out auch von der SIX verstanden, die auf ihrer Website darauf hinweist, dass die Statuten von Sika ein Opting out enthalten. Sika erwähnt in ihren Geschäftsberichten das Opting out ebenfalls in genereller Weise; ein Hinweis darauf, dass es in einem selektiven Sinn zu verstehen und nur auf die Familie Burkard anzuwenden wäre, findet sich nirgends. Schliesslich belegen auch die von Sika zitierten Auszüge aus dem VR-Protokoll vom 4. November 1994 nichts anderes: Die vom damaligen VR-Präsident getätigte Aussage, das Opting out bewahre den „*Status Quo*“ ist mit Blick auf die damalige Rechtslage zu verstehen, welche noch keine Angebotspflicht kannte. Das Opting out bewahrte diesen Zustand.

[20] Das davon abweichende Verständnis der Gesuchsteller und von Sika, welche den Adressatenkreis auf die Mitglieder der Schenker-Winkler-Familie bzw. heute auf die Geschwister Burkard beschränken und das Opting out damit als ein selektives verstehen möchten, ist mit dem klaren Wortlaut schlechterdings nicht vereinbar.

2.3 Kein Rechtsmissbrauch

[21] Sika macht geltend, die Geschwister Burkard würden rechtsmissbräuchlich handeln, indem sie für den Verkauf ihrer Kontrollbeteiligung bewusst einen Weg gewählt hätten, der ihre historisch privilegierte Position zum eigenen Vorteil ausnutze und den von ihnen gegenüber Sika, den Publikumsaktionären und übrigen Stakeholdern geschaffenen Vertrauenstatbestand missachte. Der eingeschlagene Weg stelle einen offenbaren Missbrauch der eigenen Rechte dar. Die Berufung auf das Opting out sei Teil des Missbrauchs. Das Opting out könne im vorliegenden Fall keine Wirkung entfalten, da es in Verletzung des Vertrauenstatbestandes und unter Missachtung der in den Statuten zum Schutz der Publikumsaktionäre verankerten Schranken (Vinkulierung) angerufen werde.

[22] Die Gesuchsteller machen zudem geltend, das Verhalten von Saint-Gobain sei widersprüchlich. Saint-Gobain könne nicht als Erwerber die Opting out-Klausel anrufen und gleichzeitig mit Blick auf eine mögliche Anwendung der Vinkulierungsklausel bestreiten, Erwerber zu sein.



[23] Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare (nach der französischen Fassung «manifeste») Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss hierfür ein materiell krasses Unrecht drohen (BGE 134 III 52, Erw. 2). Beim Verbot des Rechtsmissbrauchs handelt es sich um eine Schranke aller Rechtsausübung (BGE 45 II 398). Zu den Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs gehört u.a. die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts und widersprüchliches Verhalten (vgl. hierzu BSK ZGB I-HEINRICH HONSELL Art. 2 N 24 ff.)

[24] Saint-Gobain beruft sich beim Vollzug der Transaktion auf das Opting out und macht damit dessen eigentlichen Zweck geltend: Das generelle Ausserkraftsetzen der Regeln über Pflichtangebote. Demnach wird der Erwerber einer kontrollierenden Beteiligung von der Pflicht befreit, ein öffentliches Kaufangebot an die übrigen Aktionäre unterbreiten zu müssen. Indem Saint-Gobain davon absieht, freiwillig ein öffentliches Kaufangebot zu unterbreiten, beruft es sich auf diesen Zweck. In diesem Verhalten kann keine Missbräuchlichkeit gesehen werden, Saint-Gobain nimmt damit lediglich die gesetzlich vorgesehene Wirkung des Opting out in Anspruch.

[25] Daran würden auch allfällige öffentliche Aussagen der Geschwister Burkard über ihre stabilisierende Rolle und jene der SWH als Trägerin der Stimmenmehrheit im Kapitalmarkt nichts ändern. Es kann offen bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Aussagen Saint-Gobain zugerechnet werden könnten, da solche Aussagen jedenfalls nicht geeignet sind, die Anrufung des Opting out als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen, und zwar weder für Saint-Gobain noch für SWH und die Geschwister Burkard. Solche Aussagen könnten nur (aber immerhin) gegebenenfalls die Frage einer zivilrechtlichen Vertrauenshaftung aufwerfen. Dies zu beurteilen ist jedoch nicht Sache der Übernahmekommission.

[26] Schliesslich handelt Saint Gobain auch nicht widersprüchlich, indem sie als Erwerber die Opting out-Klausel anruft und gleichzeitig mit Blick auf eine mögliche Anwendung der Vinkulierungsklausel bestreitet, Erwerber zu sein. In einem solchen Verhalten ist – jedenfalls in Bezug auf das Opting out bzw. dessen Geltendmachung – kein Widerspruch zu sehen. Saint-Gobain hat diesbezüglich nie etwas anderes gesagt, als dass sie beabsichtigt, sich auf das Opting out zu berufen und dieses für gültig hält.

[27] Nach Gesagtem gibt es keine Hinweise dafür, dass die allfällige Inanspruchnahme der Opting out-Klausel rechtsmissbräuchlich ist.

2.4 Fazit

[28] Aufgrund des Gesagten kann festgestellt werden, dass die Opting out-Klausel gemäss Art. 5 der Statuten von Sika auf die vorliegende Transaktion Anwendung findet und Saint-Gobain sowie allenfalls in gemeinsamer Absprache handelnde Personen nicht verpflichtet sind, ein öffentliches Kaufangebot an die Aktionäre von Sika zu unterbreiten.



2.5 Keine Edition von Unterlagen

[29] Die Gesuchsteller beantragen, es seien sämtliche Vereinbarungen zwischen den Geschwistern Burkard und Saint-Gobain im Zusammenhang mit der Transaktion einzufordern und begründen dies wie folgt: Aufgrund der Offenlegungsmeldung der Geschwister Burkard und von Saint-Gobain hätten sich erstere offenbar verpflichtet, ihre Stimmrechte nach Instruktion von Saint-Gobain auszuüben. Es seien auch bereits erste Schritte zur Absetzung der unabhängigen Verwaltungsräte von Sika eingeleitet worden. Je nach Inhalt des SPA treffe Saint-Gobain bereits jetzt eine Angebotspflicht.

[30] Sika unterstützt diese Anträge und stellt ihrerseits Editionsbegehren (Anträge 2-4 von Sika, vgl. Sachverhalt lit. T). Aus den zu editierenden Unterlagen würden sich Erkenntnisse hinsichtlich der Auslegung der relevanten Statutenbestimmungen bzw. zur Missbräuchlichkeit des Vorgehens der Geschwister Burkard (bzw. SWH) und von Saint-Gobain ergeben. Andererseits dürften sich in den verlangten Dokumenten auch Informationen finden, welche die Gefährdung der Interessen der Publikumsaktionäre nach Vollzug der Transaktion (z.B. Absicht zur Dekotierung) belegen und über deren Ausmass Aufschluss geben würden.

[31] In Erw. 2.4 wurde festgestellt, dass die Opting out-Klausel gemäss Art. 5 der Statuten von Sika auf die vorliegende Transaktion Anwendung findet und Saint-Gobain sowie allenfalls in gemeinsamer Absprache handelnde Personen nicht verpflichtet sind, ein öffentliches Kaufangebot an die Aktionäre von Sika zu unterbreiten. Bei diesem Ergebnis spielt es keine Rolle, in welchem Zeitpunkt und gestützt auf welche kommerziellen oder finanziellen Vereinbarungen Saint-Gobain die Kontrolle über Sika erwirbt, da dieser Kontrollerwerb ohnehin keine Angebotspflicht auslöst. Vor diesem Hintergrund ist eine Edition des SPA, welcher Aufschluss über den Zeitpunkt des Kontrollerwerbs durch Saint Gobain geben würde, nicht angezeigt.

[32] Im weiteren ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die verlangten Dokumente für die Auslegung des Opting out relevant sein könnten. Mit Blick auf die Frage eines allfälligen Rechtsmissbrauchs kann zudem ausgeschlossen werden, dass die betreffenden Dokumente – namentlich das SPA – irgendetwas enthalten könnten, was das Verhalten von Saint-Gobain oder SWH und der Geschwister Burkard als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen könnte.

[33] In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass das Verfahren vor der Übernahmekommission nicht zur Beschaffung von Dokumenten dient, deren Inhalt für andere Fragen und andere Verfahren von Bedeutung sein kann.

[34] Nach Gesagtem ist der Sachverhalt durch die bereits erhobenen Beweismittel hinlänglich abgeklärt. Die Editionsanträge der Gesuchsteller und von Sika sind daher abzuweisen.

—



3. Stellungnahme des Verwaltungsrats

[35] Im Verfahren betreffend Angebotspflicht ist der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft verpflichtet, eine Stellungnahme abzugeben (Art. 61 Abs. 1 UEV). Diese Veröffentlichung ist für den Ablauf der Frist massgebend, in der qualifizierte Aktionäre Parteistellung beantragen oder Einsprache erheben dürfen (Art. 57 und 58 UEV).

[36] Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich der Verwaltungsrat von Sika bereits im Rahmen der Publikation seiner Stellungnahme im Verfahren 594 sowie in zahlreichen Medienmitteilungen zur Frage äussern konnte und geäußert hat, ob sich Saint-Gobain auf die Opting out-Klausel berufen kann. Eine weitere Stellungnahme wäre der Transparenz für die Marktteilnehmer nicht förderlich und ist daher entbehrlich. Insoweit wird eine Ausnahme zum Art. 61 Abs. 3 lit. a UEV verfügt (vgl. Art. 4 Abs. 1 UEV).

[37] Der Verwaltungsrat hat daher lediglich das Dispositiv der vorliegenden Verfügung und den Hinweis auf das Einspracherecht ohne eigene Stellungnahme zu publizieren.

—

4. Publikation

[38] Der Verwaltungsrat von Sika hat das Dispositiv der vorliegenden Verfügung und den Hinweis, innert welcher Frist und zu welchen Bedingungen eine qualifizierte Aktionärin oder ein qualifizierter Aktionär Einsprache gegen die Verfügung erheben kann, gemäss Art. 6 bis 6b UEV zu publizieren. Die Publikation in den Zeitungen hat bis spätestens am Donnerstag, 9. April 2015 zu erfolgen.

[39] Die vorliegende Verfügung wird am Mittwoch, 1. April 2015, nach Börsenschluss auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht.

—

5. Gebühr

[40] Gemäss Art. 69 Abs. 6 UEV wird für die Prüfung von Gesuchen betreffend Angebotspflicht eine Gebühr erhoben. Angesichts der Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen erscheint eine Gebühr von CHF 40'000 zulasten der Gesuchsteller, unter solidarischer Haftung, als angemessen.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Schenker-Winkler Holding AG und William H. Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C. erhalten Parteistellung im vorliegenden Verfahren.
2. Das Akteneinsichtsbegehren der Compagnie de Saint-Gobain in die Akten des Verfahrens 594 wird abgewiesen.
3. Es wird festgestellt, dass die Opting out-Klausel gemäss Art. 5 der Statuten von Sika AG auf die vorliegende Transaktion Anwendung findet und Compagnie de Saint-Gobain sowie allenfalls in gemeinsamer Absprache handelnde Personen daher nicht verpflichtet sind, ein öffentliches Kaufangebot an die Aktionäre von Sika AG zu unterbreiten.
4. Die Editionsbegehren von William H. Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C. und von Sika AG werden abgewiesen.
5. Alle übrigen Anträge werden abgewiesen.
6. Sika AG ist verpflichtet, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung und den Hinweis auf das Einspracherecht zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung in den Zeitungen hat bis spätestens am Donnerstag, 9. April 2015, zu erfolgen.
7. Diese Verfügung wird am Mittwoch, 1. April 2015, nach Börsenschluss auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht.
8. Die Gebühr zu Lasten von William H. Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C. beträgt CHF 40'000, unter solidarischer Haftung.

Der Präsident:

Prof. Luc Thévenoz
—

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Sika AG, vertreten durch Rudolf Tschäni, Lenz & Staehelin;
- William H. Gates III, Melinda French Gates (als Trustees des Bill & Melinda Gates Foundation Trust) und Cascade Investment, L.L.C., vertreten durch Philipp Haas, Andreas Casutt und Ulysses von Salis, Niederer Kraft & Frey AG;



- Compagnie de Saint-Gobain, vertreten durch Rolf Watter und Mariel Hoch, Bär & Karrer AG;
- Schenker-Winkler Holding AG, vertreten durch Paul Bürgi, Buis Bürgi AG.

Rechtsmittelbelehrung:

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

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, CH-3003 Bern erhoben werden. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach Eröffnung der Verfügung per Telefax oder auf elektronischem Weg zu laufen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 33c Abs. 2 BEHG und Art. 52 VwVG zu genügen.

—

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

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens 3 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV) und am Verfahren bisher nicht teilgenommen hat, kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnaustrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, counsel@takeover.ch, Telefax: +41 58 499 22 91) spätestens am fünften Börsentag nach der Veröffentlichung des Dispositivs der vorliegenden Verfügung in den Zeitungen einzureichen. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach der Veröffentlichung zu laufen.

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

—