

B**ÜBERNAHMEKOMMISSION
COMMISSIONE DELLE OPA****COMMISSION DES OPA
SWISS TAKEOVER BOARD**Selnastrasse 32
Postfach
CH - 8021 ZürichTel. 41 (0) 1 229 229 0
Fax 41 (0) 1 229 229 1
www.takeover.ch**EMPFEHLUNG****vom 23. Februar 2000****Zusammenschluss von Flughafen-Direktion Zürich und Flughafen-Immobilien-Gesellschaft**

A. Die Flughafen-Immobilien-Gesellschaft (FIG) ist eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr ausgewiesenes Kapital beträgt CHF 70'000'000.--, eingeteilt in 140'000 Namenaktien von je CHF 500.-- Nennwert. Die Aktien sind an der Schweizer Börse kotiert. Gemäss eigenen Angaben der FIG befinden sich seit ihrer Gründung 50% der Aktien im Besitz der öffentlichen Hand (23.2% Kanton Zürich, 18% Stadt Zürich, 4.3% Zürcher Kantonalbank, 3.6% Stadt Winterthur, 0.9% Stadt Kloten). Die anderen 50% verteilen sich auf über 1'000 private Aktionäre, von denen nur einer mehr als 5% hält (7.2% Credit Suisse).

B. Die Flughafendirektion Zürich (FDZ) ist eine unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt.

C. Am 12. Juli 1999 hat der Zürcher Kantonsrat ein neues Gesetz über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz) verabschiedet. Dieses Gesetz sieht vor, die FDZ aus der kantonalen Verwaltung herauszulösen und mit der FIG in einer neuen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft Flughafen Zürich zusammenzufassen. § 8 des Gesetzes bestimmt, dass der Kanton Zürich über mehr als ein Drittel des stimmberechtigten Kapitals verfügen muss. § 23 präzisiert, dass er so lange über eine Beteiligung von mehr als 50% verfügen muss, bis die Flughafenbetriebskonzession vom Bund an die Gesellschaft übertragen worden ist.

Das Flughafengesetz wurde in der Volksabstimmung vom 28. November 1999 angenommen. Es tritt am 1. März 2000 in Kraft.

D. Am 14. Dezember 1999 haben die FIG und der Kanton Zürich einen Zusammenschlussvertrag abgeschlossen. Gemäss diesem Vertrag wird die FIG ihr Aktienkapital von gegenwärtig CHF 70'000'000.-- um CHF 175'615'000.-- auf CHF 245'615'000.-- durch Emission von 351'230 neuen Aktien unter Ausschluss des Bezugsrechts erhöhen. Der Kanton Zürich wird den gesamten Erhöhungsbetrag zeichnen und die neu geschaffenen Aktien mittels Einbringung der FDZ liberieren. Dadurch wird die Beteiligung des Kantons Zürich von 23.2% auf 78.1% der Stimmrechte steigen. Der Abbau dieser Beteiligung auf unter 50% wird gemäss Zusammenschlussvertrag vom 14. Dezember 1999 und im Einklang mit § 23 des Flughafengesetzes innerhalb von sechs Monaten nach Übergang der Betriebskonzession auf die Gesellschaft erfolgen.

E. Am 18. Februar 1999 hatte die FIG eine schriftliche Anfrage an die Übernahmekommission gerichtet, ob der geplante Zusammenschluss zwischen der FIG und der FDZ eine Angebotspflicht des Kantons gegenüber den Aktionären der FIG infolge Überschreitung des Grenzwertes von $33\frac{1}{3}\%$ der Stimmrechte auslösen würde. Zum damaligen Zeitpunkt stand eine aktienrechtliche Fusion zwischen der FIG und der FDZ im Vordergrund (Annexion der FDZ durch die FIG oder Kombinationsfusion). Mit nicht-bindender Auskunft (Art. 57 UEV-UEK) vom 25. Februar 1999 teilte der Präsident der Übernahmekommission den Gesuchstellern mit, Art. 748 bzw. 749 OR regle den Sachverhalt der Fusion abschliessend. Das Überschreiten der Schwelle von $33\frac{1}{3}\%$ auf dem Weg über eine aktienrechtliche Fusion löse deshalb keine Angebotspflicht im Sinn von Art. 32 BEHG aus.

F. Mit Gesuch vom 11. Februar 2000 hat die FIG die Erteilung einer bindenden Auskunft durch die Übernahmekommission beantragt, ob die Einbringung der FDZ auf dem Weg einer Sacheinlagekapitalerhöhung (Quasifusion) eine Angebotspflicht auslöse.

G. Zur Prüfung dieser Angelegenheit ist ein Ausschuss, bestehend aus den Herren Hans Caspar von der Crone (Präsident) und Thierry de Marignac sowie Frau Maja Bauer-Balmelli, gebildet worden.

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG muss, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den bereits gehaltenen Papieren den Grenzwert von $33\frac{1}{3}\%$ der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft unterbreiten.

Unbestritten ist, dass der Kanton Zürich als Folge der geplanten Transaktion den Grenzwert von $33\frac{1}{3}\%$ der Stimmrechte überschreiten wird. Zu entscheiden bleibt, ob ein Aktionär der Angebotspflicht untersteht, der den Grenzwert durch die Zeichnung von Aktien überschreitet, die im Rahmen einer Sacheinlagekapitalerhöhung neu geschaffen und durch die Einlage eines Betriebsteils liberiert werden (Quasifusion).

2. Art. 32 Abs. 1 BEHG knüpft die Angebotspflicht an den Erwerb von Beteiligungspapieren an („*Wer ... Beteiligungspapiere erwirbt*“). Das Gesetz geht von einem weiten Begriff des Erwerbs aus. Belegt wird dies durch Art. 32 Abs. 3 BEHG. Wäre der Begriff des Erwerbs eng zu verstehen, etwa beschränkt auf Sachverhalte des entgeltlichen Erwerbs oder gar – was in casu einzig relevant wäre – beschränkt auf Sachverhalte des Erwerbs gegen Barzahlung, hätte sich eine ausdrückliche Privilegierung der hier aufgezählten Fälle erübrigt. Besonders ausgeprägt gilt dies für den Erwerb durch Erbgang als Tatbestand der Universalsukzession.

Bei dieser Ausgangslage ist es nicht selbstverständlich, dass das Überschreiten der Schwelle von $33\frac{1}{3}\%$ auf dem Weg der aktienrechtlichen Fusion keine Angebotspflicht auslösen soll. Ob solche Sachverhalte durch Art. 748 bzw. 749 OR abschliessend geregelt werden, wie dies die Präsidialauskunft vom 25. Februar 1999 vorsah, kann hier allerdings offen bleiben. Zur Diskussion steht heute nämlich nicht mehr eine Fusion, sondern die Einbringung eines Betriebsteils durch Sacheinlagekapitalerhöhung und damit eine Quasifusion. Die Sacheinlegerin erwirbt dabei im Tausch gegen den mit Singularsukzession und Schuldübernahme nach Art. 181 OR eingebrachten Betriebsteil das Eigentum an neu ausgegebenen Aktien. Die künftige Aktionärsstellung ist nicht wie bei der Fusion nach Art. 748 oder 749 OR die Fortführung einer früheren Aktionärsstellung in der annektierten Gesellschaft (mitgliedschaftsrechtliche Kontinuität). Vielmehr werden die Aktien im

Rahmen der Sacheinlagekapitalerhöhung neu erworben. Damit fällt der Erwerb durch Sacheinlagekapitalerhöhung klar unter Art. 32 Abs. 1 BEHG.

Der Vollzug der vorgesehenen Transaktion löst deshalb eine Angebotspflicht im Sinn von Art. 32 BEHG aus. Immerhin steht es der Generalversammlung frei, vor oder zusammen mit dem Entscheid über die Sacheinlagekapitalerhöhung gestützt auf Art. 22 Abs. 3 BEHG eine Opting-out-Klausel in die Statuten aufzunehmen, sei es allgemein, sei es mit Wirkung nur zugunsten des Kontrollerwerbers aus gerade dieser einen Sacheinlagekapitalerhöhung. Angesichts des Ausnahmecharakters eines Opting out muss der Beschluss der Generalversammlung diese Rechtsfolge allerdings ausdrücklich vorsehen. Nur so wird Klarheit über den Abstimmungsgegenstand und seine für die Aktionäre nicht trivialen Konsequenzen geschaffen.

3. In Übereinstimmung mit Art. 35 Abs. 2 BEHV-EBK wird diese Empfehlung der Eidgenössischen Bankenkommision mitgeteilt.

4. In Anwendung von Art. 23 Abs. 5 BEHG und Art. 62 Abs. 6 UEV-UEK wird für die Prüfung des Auskunftsgesuches eine Gebühr erhoben. Die Gebühr wird vorliegend auf CHF 10'000.-- festgelegt.

Gestützt auf diese Erwägungen erlässt die Übernahmekommission die folgende Empfehlung:

1. Art. 32 BEHG kommt auf den Zusammenschluss der Flughafen-Direktion Zürich mit der Flughafen-Immobilien-Gesellschaft zur Anwendung.
2. Die Gebühr beträgt CHF 10'000.--.

Der Präsident

Hans Caspar von der Crone

Die Parteien können diese Empfehlung ablehnen, indem sie dies der Übernahmekommission spätestens fünf Börsentage nach Empfang der Empfehlung schriftlich melden. Die Übernahmekommission kann diese Frist verlängern. Sie beginnt bei Benachrichtigung per Telefax zu laufen. Eine Empfehlung, die nicht in der Frist von fünf Börsentagen abgelehnt wird, gilt als von den Parteien genehmigt. Wenn eine Empfehlung abgelehnt, nicht fristgerecht erfüllt oder wenn eine genehmigte Empfehlung missachtet wird, überweist die Übernahmekommission die Sache an die Bankenkommision zur Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens.

Mitteilung an:

- die Parteien, durch ihren Vertreter
- die EBK.