



Verfügung 414/01

vom 29. Mai 2009

Öffentliches Rückkaufangebot von shaPE Capital AG, Pfäffikon SZ – Gesuch um Freistellung von der Anwendung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote

Sachverhalt

A.

shaPE Capital AG (**shaPE** oder **Gesuchstellerin**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Freienbach (SZ). Ihr im Handelsregister eingetragenes Aktienkapital beträgt CHF 91'466'700, eingeteilt in 914'667 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 100 sowie über genehmigtes Kapital von CHF 31'000'000 zur Ausgabe von 310'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 100. Die Namenaktien von shaPE sind an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) im Segment der Investmentgesellschaften kotiert (SIX: SHPN).

B.

Am 28. November 2008 wurde ein Aktienrückkaufprogramm von shaPE zwecks Kapitalherabsetzung im Umfang von maximal 10% des Aktienkapitals im Rahmen der Mitteilung Nr. 1 der Übernahmekommission vom 28. März 2000 (**Mitteilung Nr. 1**) freigestellt. Am 4. Dezember 2008 lancierte shaPE das Programm. Per 15. Mai 2009 verfügte shaPE über 72'712 eigene Aktien (entsprechend 7.95%). An der ordentlichen Generalversammlung von shaPE vom 19. Mai 2009 wurde beschlossen, 64'667 eigene Aktien (entsprechend 7.07% des bestehenden Aktienkapitals) mittels Kapitalherabsetzung zu vernichten. Nach Herabsetzung wird das neue Aktienkapital (**reduziertes Aktienkapital**) CHF 85'000'000 (eingeteilt in 850'000 Namenaktien zu nominal CHF 100) betragen.

C.

Am 15. Mai 2009 reichte shaPE ein Gesuch bezüglich eines neuen Rückkaufs mit dem folgenden Antrag ein:

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

Dem Gesuch wurden das Formular "Gesuch um Freistellung durch Meldeverfahren", der Entwurf des Rückkaufinsets, der Prüfungsbericht der PriceWaterhouseCoopers AG (**PwC**) betreffend die geplante Herabsetzung des Aktienkapitals an die ausserordentliche Generalversammlung vom 24. Juni 2009 (**a.o. GV**) und der Entwurf der Einladung zur a.o. GV beigelegt. Im Formular "Gesuch um Freistellung durch Meldeverfahren" beantragte die Gesuchstellerin einen Rückkauf im Umfang von maximal 170'000 Aktien, entsprechend maximal 18.59% des aktuell im Handelsregister eingetragenen Kapitals, resp. maximal 20% des reduzierten Kapitals.



D.

An der am 24. Juni 2009 zur Durchführung geplanten a.o. GV soll ein Aktienrückkaufprogramm zwecks Kapitalherabsetzung im Umfang von maximal CHF 17'000'000, entsprechend einer Anzahl von 170'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 100 beschlossen werden. Dieses Rückkaufvolumen entspricht 18.59% des aktuell im Handelsregister eingetragenen resp. 20% des reduzierten Aktienkapitals. Das Programm wird voraussichtlich am 6. Juli 2009 lanciert und dauert bis längstens am 30. Juni 2011. Mit dem Prüfungsbericht der PwC zuhanden der a.o. GV soll festgestellt werden, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach einer Kapitalherabsetzung im Maximalumfang voll gedeckt sind. Die Gesuchstellerin bezweckt damit, die 10%-Schwelle eigener Aktien gemäss Art. 659 OR zu überschreiten, ohne dabei Art. 659 OR zu verletzen.

E.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus den Herren Luc Thévenoz (Präsident), Walter Knabenhans und Henry Peter gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung

1. Anwendbarkeit der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote auf Aktienrückkäufe

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

[2] Die Übernahmekommission kann die Anbieterin von der Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote befreien. Voraussetzungen und Verfahren dieser Freistellung sind in Mitteilung Nr. 1 festgelegt. Danach ist die Bekanntgabe von Rückkäufen eigener Beteiligungspapiere im Umfang von maximal 2% des Kapitals generell freigestellt (Mitteilung Nr. 1 Ziff. II). Bezieht sich der Rückkauf auf mehr als 2%, so wird die Freistellung im sogenannten Meldeverfahren bewilligt, wenn die Voraussetzungen gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziff. III erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, so ist eine Freistellung (im ordentlichen Verfahren mittels Verfügung) dennoch möglich, soweit dies mit den Zielsetzungen des BEHG zu vereinbaren ist (vgl. Mitteilung Nr. 1 Ziff. IV).

—

2. Rückkauf von über 10% des Aktienkapitals und der Stimmrechte

[3] Die Gesuchstellerin beabsichtigt den Rückkauf von Beteiligungspapieren einer einheitlichen Kategorie (Namenaktien mit Nennwert von CHF 100) im Umfang von mehr als 2% des Kapitals



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

[4] Da die Gesuchstellerin mit dem beantragten Rückkaufvolumen im Umfang von maximal 18.59% des aktuell im Handelsregister eingetragenen Kapitals, resp. 20% des reduzierten Kapitals (vgl. Sachverhalt lit. C) die Voraussetzung gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 1.1 (Rückkaufvolumen von höchstens 10% des Kapitals oder der Stimmrechte) nicht erfüllt, hat die Freistellung im ordentlichen Verfahren mittels Verfügung zu erfolgen. Die Freistellung eines öffentlichen Rückkaufangebots von den Bestimmungen des 5. Abschnittes des BEHG ist bei Überschreitung des Rückkaufvolumens von 10% des Kapitals insbesondere dann heikel, wenn der Rückkauf zu einer massgeblichen Veränderung der Kontrollverhältnisse führt. Auch darf der Rückkauf nicht zu einer übermässigen Reduktion des handelbaren Teils der Aktien (**Free Float**) führen (vgl. Empfehlung vom 25. Februar 2008 in Sachen *Swiss Re*, Erw. 2.2.1).

[5] Das Aktionariat der shaPE setzt sich gemäss Angaben der Gesuchstellerin wie folgt zusammen:

- Der Eigenbestand der Gesuchstellerin beträgt per 15. Mai 2009 gesamthaft 7.95% (vgl. Sachverhalt lit. B).
- Horizon21 Finance (Cayman) Ltd, Cayman Islands (indirektes Halten: Horizon21 Holding AG, Pfäffikon SZ) hält 5.83%.
- Swiss Reinsurance Company Ltd, Zürich hält 4.37%.
- Der Rest der Aktien im Umfang von über 81% ist im Publikum gestreut. Unter Berücksichtigung der 64'667 eigenen Aktien (entsprechend 7.07% des bestehenden Aktienkapitals), welche vernichtet werden (vgl. Sachverhalt lit. B), erhöht sich der Anteil der Aktien im Publikum auf ca. 89%.

[6] Bei dieser Aktionariatsstruktur haben der Rückkauf und die anschliessende Vernichtung von insgesamt bis zu 20% des Aktienkapitals keine massgebliche Veränderung der Kontrollverhältnisse und keine übermässige Reduktion des Free Float zur Folge. Das vorliegende Rückkaufprogramm kann daher trotz der Überschreitung der Schwelle von 10% gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziffer III. 1.1 von der Einhaltung der Bestimmungen des 5. Abschnittes des BEHG über öffentliche Kaufangebote bis zu einem Umfang von insgesamt maximal 170'000 Aktien, entsprechend 20% des reduzierten Aktienkapitals und der Stimmrechte, freigestellt werden.

—

3. Übrige Voraussetzungen gemäss Mitteilung Nr. 1

[7] shaPE hat in ihrem Gesuch vom 15. Mai 2009 festgehalten, dass sie alle übrigen Voraussetzungen bei Rückkäufen zum Marktpreis gemäss der Mitteilung Nr. 1 einhält.

[8] Der vorgesehene Rückkauf:

- führt nicht zur Dekotierung des betroffenen Titels (vgl. Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 1.2) und

—
—
—



- bezieht sich auf die kotierten Namenaktien. Andere kotierte Beteiligungspapiere bestehen nicht. Damit ist die Bestimmung in Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 1.3 eingehalten.

[9] Die Gesuchstellerin bestätigt, dass sie:

- die Übernahmekommission und mindestens eines der bedeutenden elektronischen Medien, welches Börseninformationen verbreitet, über die Anzahl der angedienten Titel zu informiert (Formular Ziff. 14 Abs. 1, vgl. Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 1.4) und
- den Rückkauf in den Fällen gemäss Mitteilung Nr. 1 Ziffer III. 3.1 Punkt 2 und Punkt 3 unterbricht (Formular Ziff. 11).

[10] Die Rückkaufpreise bilden sich gemäss dem eingereichten Entwurf des Angebotsinsetats „in Anlehnung an die Kurse der auf der ersten Linie gehandelten Aktien von shaPE“. Die Gesuchstellerin beachtet damit die Bestimmung von Mitteilung Nr. 1 Ziff. III. 3.5, gemäss welcher der auf der zweiten Handelslinie angebotene Preis den auf der ersten Linie angebotenen Preis grundsätzlich nicht um mehr als 5% übersteigen darf.

[11] Die Einhaltung der Bestimmungen der Mitteilung Nr. 1, Ziff. III ist von der mit dem Rückkauf beauftragten Bank, der Zürcher Kantonalbank, am ersten Börsentag nach Ablauf des Angebots oder, wenn der Rückkauf mehr als ein Jahr dauert, jeweils bei Einberufung der ordentlichen Generalversammlung mit dem Formular „Bestätigung Nr. 2“ zu bestätigen.

—

4. Höchstbestand eigener Aktien gemäss Art. 659 OR

[12] Nach Art. 659 Abs. 1 OR darf eine Gesellschaft eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10% des Aktienkapitals nicht überschreitet. Art. 659 OR ist grundsätzlich auch auf Rückkäufe zum Zweck einer Kapitalherabsetzung anwendbar. Eine Ausnahme wird in der Lehre für den Fall gemacht, dass bei einem Rückkauf die Vorschriften von Art. 732 ff. OR eingehalten werden (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage 2004, § 4 Rn 232: „Zur Vernichtung erworbene eigene Aktien [zählen] nicht mit, wenn die Kapitalherabsetzung mindestens im Grundsatz beschlossen ist und die Regeln ihres Verfahrens eingehalten werden. Dieser Erwerb fällt nicht unter den in Art. 659 Abs. 1 geregelten Tatbestand, sondern ist eine Teilhandlung im Kapitalherabsetzungsverfahren. An die Stelle des Schutzkonzeptes von Art. 659 tritt jenes von Art. 732 ff.“; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 53 Rn 108). Nach dieser Auffassung dürfen die Schwellen von Art. 659 OR überschritten werden, wenn das Schutzkonzept von Art. 732 ff. OR bereits greift (vgl. dazu ausführlich auch Verfügung 408/01 der Übernahmekommission vom 2. April 2009 in Sachen *Partners Group Holding AG*, Erw. 2).

[13] Vorliegend hält shaPE bereits 7.95% eigene Aktien. Das geplante Rückkaufprogramm über maximal 20% kann dazu führen, dass die 10%-Schwelle eigener Aktien gemäss Art. 659 OR

—
—
—



überschritten wird. Die Gesuchstellerin schlägt das bereits in der Verfügung 408/01 der Übernahmekommission vom 2. April 2009 in Sachen *Partners Group Holding AG*, Erw. 2 erläuterte Vorgehen vor, um Art. 659 OR einzuhalten: Zunächst soll in einem Grundsatzbeschluss der a.o. GV die maximale Kapitalherabsetzung festgelegt werden. Dies geschieht gestützt auf den Prüfungsbericht betreffend die geplante Herabsetzung des Aktienkapitals, in welchem die PwC als zugelassene Revisionsexpertin bestätigt, dass die Forderungen der Gläubiger trotz Herabsetzung des Aktienkapitals im geplanten Maximalbetrag voll gedeckt sind. Zeitnah nach dem Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung publiziert der Verwaltungsrat das Rückkaufprogramm und veröffentlicht den Schuldenruf dreimal im SHAB. shaPE darf mit dem Rückkaufprogramm nach Publikation des Angebotsinserterates beginnen, wird aber (unter Berücksichtigung bereits gehaltener eigener Aktien) die Schwelle von 10% eigener Aktien erst nach Ablauf der Frist von zwei Monaten nach der dritten Veröffentlichung des Schuldenrufes überschreiten. Dies wird voraussichtlich im September 2009 der Fall sein. Spätestens an der ordentlichen Generalversammlung 2011 wird voraussichtlich beschlossen, die im Rahmen des Aktienrückkaufprogramms (d.h. über die zweite Handelslinie) gekauften Aktien zu vernichten (Durchführungsbeschluss über den effektiven [allenfalls reduzierten] Kapitalherabsetzungsbetrag) und das Kapital entsprechend herabzusetzen (Statutenänderung). Gegebenenfalls wird zu diesem Zeitpunkt erneut eine Bestätigung des Revisors bzw. ein besonderer Revisionsbericht erstellt und erneut ein Schuldenruf erfolgen. Anschliessend erfolgt die Anmeldung der Herabsetzung beim Handelsregisteramt.

—

5. Abschluss des am 4. Dezember 2008 lancierten Rückkaufprogramms

[14] shaPE hat im Rahmen des von ihr am 4. Dezember 2008 lancierten Rückkaufprogramms bis zum Eingang des Gesuchs bezüglich des neuen Rückkaufprogramms Aktien im Umfang von 7.07% der eigenen Aktien erworben (vgl. Sachverhalt lit. B). Damit besteht grundsätzlich unter diesem Programm die Möglichkeit, nach wie vor bis zu 2.93% eigene Aktien zu erwerben. Um eine Überschneidung mit dem neuen Programm zu vermeiden und so insgesamt ein Rückkaufvolumen von mehr als den beantragten 20% des reduzierten Kapitals zu erhalten, ist das am 4. Dezember 2008 lancierte Programm ordnungsgemäss abzuschliessen, bevor das neue Programm lanciert wird.

—

6. Publikation

[15] Diese Verfügung wird am Tag der Publikation der Einladung zur a.o. GV von shaPE auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.

—



7. Gebühr

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

—

Die Übernahmekommission verfügt:

1. Der Rückkauf von eigenen Aktien von shaPE Capital AG zum Zweck der Kapitalherabsetzung im Umfang von maximal 170'000 Aktien über eine spezielle Handelslinie der SIX Swiss Exchange wird von der Anwendung der Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote freigestellt.
2. shaPE Capital AG hat im Übrigen die Bestimmungen der Mitteilung Nr. 1 der Übernahmekommission vom 28. März 2000 einzuhalten.
3. shaPE Capital AG wird aufgefordert, der Übernahmekommission die definitive Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 24. Juni 2009 am Tag ihres Versands an die Aktionäre einzureichen.
4. shaPE Capital AG wird aufgefordert, der Übernahmekommission das definitive Angebotsinserat in deutscher und französischer Sprache vor dessen Veröffentlichung einzureichen.
5. shaPE Capital AG hat das am 4. Dezember 2008 lancierte Rückkaufprogramm vor der Veröffentlichung des definitiven Angebotsinserats abzuschliessen.
6. Diese Verfügung wird am Tag der Publikation der Einladung zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 24. Juni 2009 von shaPE Capital AG auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
7. Die Gebühr zu Lasten von shaPE Capital AG beträgt CHF 20'000.

Der Präsident:

Luc Thévenoz

—
—
—



Diese Verfügung ergeht an die Partei:

- shaPE Capital AG (vertreten durch Dr. Christoph Balsiger und Arie Gerszt, Niederer Kraft & Frey AG).

Rechtsmittelbelehrung:

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

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

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

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens 2 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV) und am Verfahren bisher nicht teilgenommen hat, kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

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

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

—