



Verfügung 699/01

vom 31. Juli 2018

Öffentliches Kaufangebot der Basler Kantonalbank an die Aktionäre der **Bank Cler AG** – Voranmeldung, Angebotsprospekt und Verwaltungsratsbericht

Sachverhalt:

A.

Die Bank Cler AG (**Bank Cler** oder **Zielgesellschaft**) ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel, Kanton Basel-Stadt, Schweiz (UID: CHE-101.390.939). Der hauptsächliche Gesellschaftszweck der Bank Cler ist der Betrieb einer Universalbank und die Tätigkeit aller möglichen Bank- und Finanzgeschäfte. Sie kann sich in bankähnlichen oder mit ihrer Tätigkeit als Universalbank in Beziehung stehenden Branchen, je schwergewichtig im Inland, nach Massgabe des Organisations- und Geschäftsreglements auch im Ausland, betätigen, Liegenschaften erwerben, belasten, verkaufen und verwalten sowie sich an anderen Unternehmen, namentlich an anderen Bank-, Finanz- und Dienstleistungsgesellschaften, beteiligen (vgl. Art. 2 der Statuten der Bank Cler). Gemäss Geschäftsbericht 2017 (Stichtag: 31. Dezember 2017) hatte die Bank Cler eine Bilanzsumme von rund CHF 17.5 Milliarden, verfügte über Kundengelder von total rund CHF 12.0 Milliarden, erzielte einen Jahresgewinn von rund CHF 38.3 Millionen und beschäftigte rund 445 Mitarbeiter. Per 31. Juli 2018 sind 16'875'000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je CHF 20.00 (**Bank Cler-Aktien**), entsprechend einem Aktienkapital von CHF 337'500'000.00, ausgegeben und an der SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) im *Swiss Reporting Standard* kotiert (Valorensymbol: BC; ISIN: CH0018116472; Valorennummer: 1'811'647). Die Bank Cler verfügt weder über bedingtes noch genehmigtes Aktienkapital und hält per 31. Juli 2018 337 eigene bzw. Bank Cler-Aktien. Die Statuten der Bank Cler enthalten seit dem 23. April 1999 ein *Opting out* (vgl. Art. 5 der Statuten der Bank Cler), wonach ein Erwerber von Bank Cler-Aktien nicht zu einem öffentlichen Kaufangebot gemäss den Art. 125, 135 und 163 FinfraG verpflichtet ist. Das *Opting out* wurde vor der Kotierung der Bank Cler-Aktien am 7. Mai 2004 sowie innert der Übergangsfrist von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Börsengesetzes (also zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 31. Dezember 1999; vgl. dazu aArt. 53 BEHG in der bis zur Teilrevision des BEHG per 1. Mai 2013 gültigen Fassung) eingeführt.

Die Bank Cler ist seit dem 14. Februar 2000 eine mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaft der Basler Kantonalbank, Basel (vgl. zu Letzterer auch die Ausführungen in Sachverhalt Bst. B), und gehört zu deren Konsolidierungskreis. Per 31. Juli 2018 hielt die Basler Kantonalbank direkt insgesamt 13'081'374 Bank Cler-Aktien, entsprechend 77.52% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Bank Cler. Gemäss den Angaben der Datenbank der SIX über bedeutende Aktionäre gibt es neben der Basler Kantonalbank keine weiteren Aktionäre, die über mind. 3% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Bank Cler verfügen.



B.

Die Basler Kantonalbank (**BKB** bzw. **Anbieterin**) ist eine nach Schweizer Recht am 1. Oktober 1899 gegründete (respektive am 4. Oktober 1899 in das Handelsregister eingetragene) selbständige, öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Basel-Stadt gemäss dem Gesetz über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015 (**BKB-Gesetz**) mit Sitz in Basel, Kanton Basel-Stadt, Schweiz (UID: CHE-108.954.493). Der Gesellschaftszweck der BKB ist im § 2 des BKB-Gesetzes wiedergegeben und liegt im Wesentlichen im Betrieb einer Universalbank. Die BKB ist mit einer Staatsgarantie des Kantons Basel-Stadt ausgestattet (vgl. § 9 des BKB-Gesetzes). Gemäss Geschäftsbericht 2017 (Stichtag: 31. Dezember 2017) hatte das Stammhaus BKB (ohne deren Tochtergesellschaft Bank Cler) eine Bilanzsumme von rund CHF 24.1 Milliarden, verfügte über Kundengelder von total rund CHF 12.3 Milliarden, erzielte einen Jahresgewinn von rund CHF 102.6 Millionen und beschäftigte rund 797 Mitarbeiter. Das Gesellschaftskapital der BKB besteht aus einem (i) Dotationskapital von CHF 304'000'000.00, welches vollständig direkt vom Kanton Basel-Stadt gehalten wird, der damit über sämtliche Stimmrechte an der BKB verfügt, und einem (ii) Partizipationskapital von CHF 50'150'000.00, eingeteilt in 5'900'000 stimmrechtslose Partizipationsscheine mit einem Nennwert von je CHF 8.50 (**BKB-Partizipationsscheine**). Die im *Swiss Reporting Standard* eingeteilten BKB-Partizipationsscheine werden seit dem 1. Juli 1986 an der SIX gehandelt (Valorensymbol: BSKP; ISIN: CH0009236461; Valorennummer: 923'646).

C.

Am 20. Juni 2018 wurde die Voranmeldung des öffentlichen Kaufangebots der BKB für alle sich im Publikum befindlichen Bank Cler-Aktien veröffentlicht (**Voranmeldung**). Die Anbieterin bietet als Angebotspreis CHF 52.00 netto in bar für jede Bank Cler-Aktie (vgl. Voranmeldung, Ziff. 3).

D.

Am 17. Juli 2018 reichte die Anbieterin ein Gesuch um Vorprüfung des Angebotsprospekts gemäss Art. 59 Abs. 1 UEV mit den folgenden Anträgen bei der Übernahmekommission ein:

- „1. *Es sei der Angebotsprospekt gemäss überarbeitetem Entwurf (Beilage 1) (der "Angebotsprospekt") zu prüfen und festzustellen, dass das öffentliche Kaufangebot der Basler Kantonalbank zum Erwerb der sich im Publikum befindlichen Aktien der Bank Cler AG den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel ("FinfraG") und den ausführenden Verordnungen entspricht.*
2. *Die Verfügung der Übernahmekommission sei frühestens nach oder gleichzeitig mit der Veröffentlichung des Angebotsprospekts zu veröffentlichen.“*

E.

Am 31. Juli 2018 schlossen die Bank Cler und die BKB eine Transaktionsvereinbarung (**Transaktionsvereinbarung**) ab, in welcher sich die BKB u.a. verpflichtet, ein öffentliches Kaufangebot zwecks Übernahme aller sich im Publikum befindenden Bank Cler-Aktien zu lancieren (**Angebot**



von BKB), und sich die Bank Cler und deren Verwaltungsrat u.a. verpflichten, das Angebot von BKB zu unterstützen und es den Aktionären der Bank Cler zur Annahme zu empfehlen (vgl. im Einzelnen Angebotsprospekt, Abschnitt D, Ziff. 4.1).

F.

Der Angebotsprospekt, der Verwaltungsratsbericht und die *Fairness Opinion* von PricewaterhouseCoopers AG, Zürich (**PwC**), wurden der Übernahmekommission vor der Publikation zur Prüfung unterbreitet.

G.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus dem Präsidenten Thomas A. Müller, Mirjam Eggen und Thomas Rufer gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Voranmeldung

[1] Gemäss Art. 5 Abs. 1 UEV kann eine Anbieterin ein Angebot vor der Veröffentlichung des Angebotsprospekts voranmelden. Die daran anknüpfenden Rechtswirkungen ergeben sich aus Art. 8 UEV.

[2] Im vorliegenden Fall wurde die Voranmeldung am 20. Juni 2018 vor Börsenbeginn in Übereinstimmung mit Art. 7 UEV in deutscher und französischer Sprache veröffentlicht. Die Voranmeldung entfaltete ihre Wirkung somit an diesem Tag. Die Voranmeldung enthielt sämtliche gemäss Art. 5 Abs. 2 UEV geforderten Angaben.

[3] Nach Art. 8 Abs. 1 UEV muss der Anbieter innerhalb von sechs Wochen nach der Voranmeldung einen Angebotsprospekt veröffentlichen.

[4] Falls die Veröffentlichung des Angebotsprospekts zum Angebot von BKB wie angekündigt (vgl. Voranmeldung, Ziff. 4) spätestens am 2. August 2018 erfolgt, ist die sechswöchige Frist gemäss Art. 8 Abs. 1 UEV i.V.m. Art. 9 Abs. 2 FinfraV-FINMA eingehalten.

—

2. Gegenstand des Angebots

[5] Das Angebot von BKB bezieht sich auf alle sich im Publikum befindenden Bank Cler-Aktien. Es erstreckt sich weder auf Bank Cler-Aktien, die von der BKB oder einer von deren (direkten oder indirekten) Tochtergesellschaften gehalten werden, noch auf Bank Cler-Aktien, die von der Zielgesellschaft oder anderen mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnden Personen gehalten werden (siehe dazu auch die Aufstellung im Angebotsprospekt, Abschnitt A, Ziff. 2).

[6] Die Anbieterin erfüllt damit die Anforderungen gemäss Art. 9 Abs. 2 UEV.



3. Handeln in gemeinsamer Absprache

3.1 Grundsatz

[7] Für Personen, die im Hinblick auf ein Angebot in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit der Anbieterin handeln, gilt Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA sinngemäss (Art. 11 Abs. 1 UEV). Solche Personen haben die Pflichten nach Art. 12 UEV einzuhalten, was von der Prüfstelle zu überprüfen ist.

[8] Aufgrund der Transaktionsvereinbarung bzw. der seit dem 14. Februar 2000 bestehenden Beherrschung der Bank Cler durch die BKB (vgl. Sachverhalt Bst. A, zweiter Absatz) handelt die Bank Cler in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin im Sinne von Art. 11 Abs. 1 UEV.

[9] Der Kanton Basel-Stadt jedoch und die von diesem direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaften (mit Ausnahme der Zielgesellschaft) handeln nicht in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin, da der Kanton Basel-Stadt – wie nachfolgend dargelegt – weder auf die angestrebte vollständige Übernahme der Zielgesellschaft oder auf vorangegangene Entscheidungen tatsächlich Einfluss genommen, noch in allgemeiner Weise auf strategische Entscheidungen der Anbieterin eingewirkt hat (vgl. Verfügung 624/02 vom 7. März 2016 in Sachen *Syngenta AG*, Erw. 3.2.1; Verfügung 562/02 vom 3. Juli 2014 in Sachen *PubliGroupe AG*, Erw. 3.2.1):

- Der Kanton Basel-Stadt ist mit Blick auf die Bereitstellung des Dotationskapitals (rund 85.8% des gesamten Gesellschaftskapitals, vgl. Sachverhalt Bst. B) gesetzlich dazu verpflichtet, eine Mehrheitsbeteiligung an der BKB zu halten (§ 7 Abs. 2 BKB-Gesetz).
- Die strategische und operative Leitung der BKB obliegt ausschliesslich deren Organen. Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle der Geschäftsführung der BKB werden durch den Bankrat wahrgenommen (§ 12 Abs. 1 BKB-Gesetz), in den keine Magistratspersonen oder Vertreter mit Bindungen zum Kanton Basel-Stadt wählbar sind (§ 11 Abs. 5 BKB-Gesetz).
- Der Regierungsrat erlässt alle vier Jahre eine primär an den Bankrat gerichtete Eignerstrategie für die BKB (**Eignerstrategie**) zwecks Vorgabe der Eckwerte für die strategische Ausrichtung der Bank (§ 19 Abs. 1 BKB-Gesetz und Ziffer 1 der Eignerstrategie). Die Umsetzung dieser Strategie obliegt alleine dem Bankrat (§ 19 Abs. 3 BKB-Gesetz), womit der Kanton Basel-Stadt trotz seiner Eigentümerstellung nicht in strategische Entscheidungen der BKB eingreifen kann, welche ihre unternehmerische Tätigkeit betreffen.
- Bei Entscheiden über den Erwerb von wesentlichen Beteiligungen ist lediglich eine Konsultations- bzw. Meldepflicht gegenüber der Eignervertretung vorgesehen (Ziffer 5 der Eignerstrategie). Die Kompetenz zur Fällung sämtlicher Entscheide in Zusammenhang mit der Unterbreitung des Übernahmeangebots liegt einzig und allein bei der BKB bzw. deren Bankrat (§ 5 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 BKB-Gesetz).



3.2 Offenlegung im Angebotsprospekt

[10] Die in gemeinsamer Absprache handelnden Personen sind im Angebotsprospekt offen zu legen (Art. 19 Abs. 1 lit. d UEV).

[11] Die Anbieterin führt diese Gesellschaften und Personen im Angebotsprospekt in Abschnitt B, Ziff. 2 auf.

3.3 Fazit

[12] In Bezug auf die in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin im Sinne von Art. 11 UEV handelnden Personen entspricht der Angebotsprospekt somit den gesetzlichen Anforderungen.

—

4. Keine Anwendung der Mindestpreisvorschriften

4.1 Anwendungsbereich der Mindestpreisvorschriften

[13] Art. 135 Abs. 2 FinfraG i.V.m. Art. 42 – 47 FinfraV-FINMA sehen einerseits für Pflichtangebote, d.h. Angebote, die gemacht werden müssen, wenn der Aktienbesitz einer Person die Limite von 33 1/3% übersteigt (vgl. dazu Art. 135 Abs. 1 FinfraG), einen Mindestpreis vor (**Mindestpreisvorschriften**). Gemäss Art. 9 Abs. 6 UEV finden die Mindestpreisvorschriften andererseits sodann auch auf alle Angebote Anwendung, bei denen der Erwerber – im Fall eines erfolgreichen Angebots – so viele Aktien erwirbt, dass er zusammen mit einer allfälligen bereits vorher existierenden Beteiligung den Grenzwert von 33 1/3% überschreitet (sog. Kontrollwechsel-Angebot).

4.2 Kein Pflicht- bzw. Kontrollwechsel-Angebot

[14] Bei der Bank Cler handelt es sich bereits seit dem 14. Februar 2000 um eine mehrheitlich kontrollierte Tochtergesellschaft der BKB (vgl. Sachverhalt Bst. A, zweiter Absatz). Bei dem Angebot von BKB handelt es sich demzufolge weder um ein Pflicht-, noch um ein Kontrollwechsel-Angebot. Zudem besteht ein *Opting out*, welches vor der Kotierung der Bank Cler-Aktien am 7. Mai 2004 sowie innert der Übergangsfrist von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Börsengesetzes und damit übernahmerechtlich gültig eingeführt wurde (vgl. Sachverhalt Bst. A).

4.3 Ergebnis

[15] Aufgrund der Tatsache, dass es sich beim Angebot von BKB weder um ein Pflichtangebot, noch um ein Kontrollwechsel-Angebot handelt sowie aufgrund der gültigen *Opting out*-Regel in den Statuten der Bank Cler finden die Mindestpreisvorschriften auf das Angebot von BKB keine Anwendung.

—



5. Best Price Rule und Bestätigung der Prüfstelle

[16] Gemäss Art. 10 Abs. 1 UEV müssen der Anbieter und die mit ihm in gemeinsamer Absprache handelnden Personen, die von der Veröffentlichung des Angebots bis sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu einem über dem Angebotspreis liegenden Preis erwerben, diesen Preis allen Empfängern des Angebots anbieten (*Best Price Rule*).

5.1 Mitarbeiterbeteiligungspläne

[17] Die vorbestehenden Mitarbeiterbeteiligungspläne bzw. -vergütungen der Bank Cler wurden im Hinblick auf das Angebot von BKB angepasst (d.h. Anordnung der ersatzlosen Aufhebung der Sperrfrist für gesperrte Aktien; vgl. dazu Angebotsprospekt, Bst. F, Abschnitt B, Ziff. 2.1 ff., insbesondere Ziff. 2.4). Gemäss Praxis der Übernahmekommission gelten die in diesem Zusammenhang an die Mitarbeiter ausgerichteten Bank Cler-Aktien infolgedessen als materiell von diesem Angebot erfasst, da die Zielgesellschaft in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handelt (siehe Erw. 3; vgl. Verfügung 638/03 vom 18. Oktober 2016 in Sachen *Charles Vögele Holding AG*, Erw. 5.2; Verfügung 416/03 vom 28. Dezember 2009 in Sachen *Jelmoli Holding AG*, Erw. 1.2, Rz 9; bestätigt durch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2010, Erw. 1). Demzufolge ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf diese Titel anzuwenden.

[18] Da die Mitarbeiter im vorliegenden Fall infolge der Anpassung (d.h. mit der Aufhebung der Sperrfrist) ihre Beteiligungspapiere während der Nachfrist zu den Konditionen des Angebots von BKB andienen können und insbesondere kein Erwerb von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft vorliegt, ist die Gleichbehandlung gewährleistet.

5.2 Bestätigungen der Prüfstelle

[19] Die Prüfstelle hat die Einhaltung dieser Regel zu bestätigen (Art. 28 Abs. 1 lit. d UEV). Es wird Deloitte AG, Zürich, hierfür eine Frist von einem Monat angesetzt, beginnend mit dem Ende des für die *Best Price Rule* relevanten Zeitraums von sechs Monaten nach Ablauf der Nachfrist.

[20] Die Einhaltung der *Best Price Rule* vom Zeitpunkt der Publikation der Voranmeldung bis zur Publikation des Angebots von BKB hat die Prüfstelle bestätigt (vgl. Angebotsprospekt Abschnitt E).

—

6. Bedingungen

[21] Nach Art. 8 Abs. 1 UEV muss der Anbieter einen Angebotsprospekt veröffentlichen, der den Konditionen der Voranmeldung entspricht.

[22] Die Bedingungen des Angebotsprospekts (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt A, Ziff. 7 sowie die untenstehenden Erw. 6.1 und 6.2) waren bereits in der Voranmeldung enthalten. Da die



Zielgesellschaft über keine Tochtergesellschaften verfügt, wurde die entsprechende Bezugnahme darauf in Bedingung (a) im Angebotsprospekt gestrichen. Diese Korrektur wirkt sich nicht zum Nachteil der Angebotsempfänger aus und ist unproblematisch, womit Art. 8 Abs. 1 UEV erfüllt ist.

[23] Das Angebot steht unter den folgenden beiden Bedingungen, welche hiernach wörtlich wiedergegeben werden (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt A, Ziff. 7.1):

6.1 Bedingung (a): Mindestandienungsquote

„Der Anbieterin liegen bei Ablauf der (allenfalls verlängerten) Angebotsfrist gültige und unwiderrufliche Annahmeerklärungen für Bank Cler-Aktien vor, die zusammen mit den von der Anbieterin und ihren Tochtergesellschaften bei Ablauf der (allenfalls verlängerten) Angebotsfrist gehaltenen Bank Cler-Aktien (aber unter Ausschluss der Bank Cler-Aktien, welche die Zielgesellschaft hält) mindestens 90% aller Bank Cler-Aktien entsprechen, die bei Ablauf der (allenfalls verlängerten) Angebotsfrist ausgegeben sind.“

[24] Wenn der Anbieter sein Angebot an das Erreichen einer Mindestbeteiligung an der Zielgesellschaft knüpft, darf die festgesetzte Schwelle nicht unrealistisch hoch sein. Andernfalls würde es im Belieben des Anbieters stehen, ein Angebot, das auf Grund einer nicht realistischen Bedingung von Anfang an zum Scheitern verurteilt wäre, mittels Verzicht auf die entsprechende Bedingung als zustande gekommen zu erklären. Eine solche Bedingung käme so einer unzulässigen Potestativbedingung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 UEV gleich.

[25] Die Bedingung (a) sieht vor, dass unter Ausschluss der Bank Cler-Aktien, welche die Zielgesellschaft hält, mindestens 90% aller Bank Cler-Aktien angedient werden. Angesichts der Tatsache, dass die Anbieterin per 31. Juli 2018 direkt insgesamt bereits 13'081'374 Bank Cler-Aktien hielt, entsprechend 77.52% des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Bank Cler, ist es realistisch, dass diese Schwelle erreicht wird. Um die 90%-Schwelle zu erreichen, müssen der Anbieterin rund 55.5% der vom Angebot erfassten, sich im Publikum befindenden Bank Cler-Aktien angedient werden (vgl. Verfügung 678/01 vom 1. Februar 2018 in Sachen *Goldbach Group AG*, Erw. 7.1; Verfügung 474/04 vom 28. September 2011 in Sachen *FMB Energie AG*, Erw. 3.3; für eine Zusammenfassung der Praxis der Übernahmekommission siehe auch RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/JACQUES IFFLAND/TINO GABERTHÜEL, *Öffentliche Kaufangebote*, Zürich/Basel/Genf 2014, Rn 459). Die Bedingung (a) ist damit bis zum Ende der (allenfalls verlängerten) Angebotsfrist zulässig.

6.2 Bedingung (b): Keine Untersagung

„Es wurde kein Urteil, kein Entscheid, keine Verfügung und keine andere hoheitliche Massnahme erlassen, welche das Angebot oder dessen Vollzug verhindert, verbietet oder für unzulässig erklärt.“



[26] Die genannte Bedingung ist gemäss ständiger Praxis der Übernahmekommission bis zum Vollzug des Angebots zulässig (vgl. Verfügung 685/01 vom 27. März 2018 in Sachen *QINO AG*, Erw. 8).

6.3 Fazit

[27] Nach Gesagtem kann festgestellt werden, dass die Bedingungen des Angebots von BKB zulässig sind.

—

7. Bedeutende Aktionäre der Anbieterin

[28] Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b UEV hat der Angebotsprospekt Informationen zur Identität der Aktionärinnen und Aktionäre oder der Aktionärsgruppen, die über mehr als drei Prozent der Stimmrechte am Anbieter verfügen, sowie zum Prozentsatz ihrer Beteiligung zu enthalten. Anzugeben sind die direkt haltenden Aktionäre und die allenfalls wirtschaftlich Berechtigten (vgl. Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA sowie Verfügung 630/03 vom 22. November 2017 in Sachen *gate-group Holding AG*, Erw. 2.1 und insbesondere 2.1.1; die Empfehlung 171/02 vom 21. August 2003 in Sachen *EIC Electricity SA*, Erw. 6.1).

[29] Der Angebotsprospekt enthält die diesbezüglichen Angaben in Abschnitt B, Ziff. 3.

—

8. Verwaltungsratsbericht der Bank Cler

[30] Gemäss Art. 132 Abs. 1 FinfraG hat der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft einen Bericht zu veröffentlichen, in dem er zum Angebot Stellung nimmt. Die darin abgegebenen Informationen müssen wahr und vollständig sein. Der Verwaltungsratsbericht der Zielgesellschaft hat nach Art. 30 Abs. 1 UEV sämtliche Informationen zu enthalten, die notwendig sind, damit die Angebotsempfänger ihre Entscheidung in Kenntnis der Sachlage treffen können (vgl. dazu im Einzelnen auch die Art. 30 ff. UEV).

8.1 Interessenkonflikte und Empfehlung

8.1.1 Anforderungen gemäss UEV

[31] Gemäss Art. 32 Abs. 1 UEV hat der Bericht des Verwaltungsrats auf allfällige Interessenkonflikte von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder der obersten Geschäftsleitung hinzuweisen. Im Bericht des Verwaltungsrats ist gemäss der Aufzählung des Art. 32 Abs. 2 UEV speziell darauf hinzuweisen, ob die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats vertragliche Vereinbarungen oder andere Verbindungen mit dem Anbieter eingegangen sind (Bst. a); auf Antrag des Anbieters gewählt wurden (Bst. b); wiedergewählt werden sollen (Bst. c); Organ oder Arbeitnehmer des Anbieters oder eine Gesellschaft sind, die mit dem Anbieter in wesentlichen Geschäftsbeziehungen



stehen (Bst. d) sowie ihr Mandat nach Instruktionen des Anbieters ausüben (Bst. e). Der Bericht des Verwaltungsrats muss insbesondere auch auf die (finanziellen) Folgen hinweisen, die das Angebot für die einzelnen Mitglieder des Verwaltungsrats und der obersten Geschäftsleitung hat (Art. 32 Abs. 3 UEV). Der Bericht hat zudem offenzulegen, ob die Mandate der Mitglieder des Verwaltungsrats und der obersten Geschäftsleitung zu gleichwertigen Bedingungen weitergeführt werden bzw. die neuen Konditionen aufzuführen. Die entsprechenden Angaben müssen des Weiteren individuell erfolgen (vgl. u.a. Empfehlung 260/01 vom 13. Dezember 2005 in Sachen *Berna Biotech AG*, Erw. 6.2.2).

[32] Gemäss der Praxis der Übernahmekommission (vgl. Verfügung 682/01 vom 9. April 2018 in Sachen *lastminute.com N.V.*, Erw. 7.3; Empfehlung 274/01 vom 6. April 2006 in Sachen *Generali (Schweiz) Holding*, Erw. 6.2.2.2) begründet der Umstand, dass ein Verwaltungsratsmitglied mit den Stimmen eines beherrschenden Aktionärs gewählt wurde, die Vermutung eines Interessenkonflikts in Bezug auf dieses Mitglied des Verwaltungsrates. Bei Anwesenheit eines Mehrheitsaktionärs befinden sich selbst faktisch unabhängige Verwaltungsräte der Zielgesellschaft zumindest in einem potenziellen Interessenkonflikt (vgl. Verfügung 427/01 vom 29. September 2009 in Sachen *Canon Schweiz AG*, Erw. 6.2). Ein Interessenkonflikt wird sodann auch nach Art. 32 Abs. 2 Bst. b UEV vermutet, wenn ein Verwaltungsratsmitglied auf Antrag des Anbieters gewählt wurde.

[33] Die Vermutung des Vorliegens eines Interessenkonflikts kann widerlegt werden, indem der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft oder das betroffene Mitglied des Verwaltungsrats den Nachweis der Unabhängigkeit erbringt, was in der Praxis durch die Abgabe einer Negativbestätigung im Verwaltungsratsbericht selbst geschieht (vgl. DIETER GERICKE/KARIN WIEDMER, Kommentar Übernahmeverordnung (UEV), Zürich/Basel/Genf 2011, Rn 17 zu Art. 32). Auch kann ein Verwaltungsratsmitglied gemäss Praxis der Übernahmekommission trotz Wahl durch den Anbieter als unabhängig gelten, wenn dieses ein nichtexekutives Mitglied ist und nebst der Wahl keine anderen Aspekte gemäss Art. 32 Abs. 2 UEV vorliegen, welche auf einen Interessenkonflikt hindeuten (Verfügung 478/01 vom 27. Mai 2011 in Sachen *Edipresse SA*, Erw. 8.2).

[34] Liegen Interessenkonflikte vor, so gibt der Bericht des Verwaltungsrats Rechenschaft ab über die (geeigneten) Massnahmen (wie z.B. Ausstand der vom Interessenkonflikt betroffenen Mitglieder des Verwaltungsrats; Bildung eines Ausschusses bestehend aus den unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrats zur Beurteilung des Angebots und Ausarbeitung des Berichts des Verwaltungsrats; Prüfung der finanziellen Angemessenheit des öffentlichen Kaufangebots im Rahmen einer von einem unabhängigen Dritten erstellten Fairness Opinion), welche die Zielgesellschaft getroffen hat, um zu vermeiden, dass sich diese Interessenkonflikte zu Nachteil der Angebotsempfänger auswirken (Art. 32 Abs. 4 UEV; vgl. zum Ganzen auch CATRINE LUCHSINGER GÄHWILER/ROGER AMMANN/MARK MONTANARI, in: ROLF SETHE/OLIVIER FAVRE/MARTIN HESS/STEFAN KRAMER/ANSGAR SCHOTT (Hrsg.), Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG, Zürich/Basel/Genf 2017, Rn 27 ff. zu Art. 132 FinfraG).



[35] Der Bericht kann unter Angabe des Abstimmungsverhältnisses empfehlen, das Angebot anzunehmen oder es zurückzuweisen; er kann aber auch die Vor- und Nachteile des Angebotes darlegen, ohne eine Empfehlung abzugeben (Art. 30 Abs. 3 und 4 UEV).

8.1.2 Ausführungen im Verwaltungsratsbericht der Bank Cler

[36] Gemäss den Ausführungen im Verwaltungsratsbericht der Bank Cler (vgl. dazu Angebotsprospekt, Bst. F, Abschnitt B, Ziff. 1.1 bzw. Ziff. 1.2) setzen sich der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Bank Cler gegenwärtig wie folgt zusammen:

- Als Mitglieder des Verwaltungsrats fungieren der Präsident Andreas Sturm (ebenfalls Mitglied des Konzern- und Strategieausschuss, wie nachfolgend beschrieben), der Vizepräsident Christian Wunderlin, Sebastian Frehner, Barbara A. Heller, Christine Keller, Ralph Lewin sowie Andreea Prange.
- Die Geschäftsleitung besteht aus der Vorsitzenden Sandra Lienhart (ebenfalls Mitglied der Konzernleitung, wie nachfolgend beschrieben), René Saluz und Peter Schnellmann (ebenfalls Mitglied der Konzernleitung, wie nachfolgend beschrieben).

[37] Mit Blick auf mögliche Interessenkonflikte führt der Verwaltungsratsbericht der Bank Cler zunächst aus, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrats, welche an der Beschlussfassung über das Angebot von BKB teilgenommen hätten, nach der Evaluation durch den Vergütungs- und Nominationsausschuss der Bank Cler (VNA) auf Antrag des Verwaltungsrats an der Generalversammlung vom 6. April 2018 mit den Stimmen der Anbieterin gewählt worden seien. Die Verantwortung für das Nominationsverfahren für neue respektive wiederzuwählende Mitglieder des Verwaltungsrats liege dabei ausschliesslich beim VNA der Bank Cler. Die Interessen der Anbieterin könnten in diesem dreiköpfigen Gremium grundsätzlich mit Andreas Sturm und Ralph Lewin, beide gleichzeitig Mitglieder des Bankrates der Anbieterin, vertreten werden. Die Anbieterin selbst habe jedoch im Rahmen der Nominationsverfahren lediglich eine informelle Möglichkeit zur Stellungnahme betreffend der vorgeschlagenen Kandidaten (vgl. dazu Angebotsprospekt, Bst. F, Abschnitt B, Ziff. 1).

[38] Des Weiteren statuiert der Verwaltungsratsbericht der Bank Cler, dass die Zielgesellschaft zum Konsolidierungskreis der Anbieterin gehöre, weshalb im Zusammenhang mit der konsolidierten, regulatorischen Beaufsichtigung für die Bank Cler relevante Aufgaben teilweise durch Gremien der Anbieterin bzw. durch gemeinsam bestellte Gremien wahrgenommen würden. Der Bankrat der Anbieterin nehme die mit der Konzernoberleitung in regulatorischer Hinsicht verbundenen Aufgaben sowohl der Anbieterin als auch der Bank Cler wahr und auf der exekutiven Ebene würden die Anbieterin und die Bank Cler gemeinsam einen Konzern- und Strategieausschuss (KSA) sowie eine Konzernleitung einsetzen, wobei Letztere die Geschäfte des Ersteren vorbereite, diesem Bericht erstatte und Anträge zur Behandlung stelle. Der KSA bestehe aus fünf bis sieben Personen. Der Bankratspräsident und der Präsident des Verwaltungsrats der Bank Cler gehörten dem KSA von Amtes wegen an. Die weiteren Mitglieder des Konzern- und Strategieaus-



schusses würden auf Antrag des jeweiligen VNA vom Bankrat und dem Verwaltungsrat der Bank Cler gewählt, wobei der Bankrat zwei bis drei Mitglieder des KSA und der Verwaltungsrat der Bank Cler ein bis zwei Mitglieder des KSA ernenne. Gemäss den weiteren Ausführungen im Verwaltungsratsbericht der Bank Cler hätten weder die Konzernleitung noch der KSA Weisungsbefugnis gegenüber der Bank Cler, womit diese Gremien keine unmittelbar geschäftswirksamen Beschlüsse für die Bank Cler fassen könnten.

[39] Der Bericht des Verwaltungsrats der Bank Cler gelangt zur Ansicht, dass lediglich die beiden Verwaltungsratsmitglieder Andreas Sturm sowie Ralph Lewin, aufgrund ihrer gleichzeitigen Mitgliedschaft im Bankrat der BKB (Doppelmandat), einem Interessenkonflikt im Sinne des Aktienrechts im Zusammenhang mit dem Angebot von BKB unterliegen. Alle anderen Mitglieder des Verwaltungsrats sowie sämtliche Geschäftsleitungsmitglieder der Bank Cler werden als frei von Interessenkonflikten im Sinne des Aktienrechts erachtet (vgl. dazu Angebotsprospekt, Bst. F, Abschnitt B, Ziff. 1.1 bzw. Ziff. 1.2).

[40] Um zu vermeiden, dass sich die Interessenkonflikte bezüglich Andreas Sturm bzw. Ralph Lewin zum Nachteil der Empfänger des Angebots von BKB auswirken, wurden im vorliegenden Fall die folgenden beiden Massnahmen ergriffen (vgl. dazu Angebotsprospekt, Bst. F, Abschnitt B, Ziff. 1.1):

- *Ausstand der vom Interessenkonflikt betroffenen Mitglieder des Verwaltungsrats:* Es wurde dafür gesorgt, dass Andreas Sturm und Ralph Lewin an Beratungen und Beschlüssen des Verwaltungsrats der Bank Cler, welche das Angebot von BKB betreffen, nicht mitwirken und diesbezüglich permanent bis zu dessen Abschluss in den Ausstand treten.
- *Prüfung der finanziellen Angemessenheit des Angebots von BKB im Rahmen einer Fairness Opinion:* Es wurde bei PwC, eine *Fairness Opinion* im Sinne von Art. 30 Abs. 5 UEV in Auftrag gegeben. Als von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde nach Art. 9a Abs. 1 RAG zugelassene Prüfgesellschaft (vgl. Art. 128 2 FinfraG) gilt PwC in dieser Hinsicht als „besonders befähigt“ im Sinne von Art. 30 Abs. 6 UEV.

[41] Unter Ausschluss von Andreas Sturm und Ralph Lewin hat der Verwaltungsrat der Bank Cler sodann unter Berücksichtigung der bei PwC in Auftrag gegebenen *Fairness Opinion*, welche einen integrierenden Bestandteil des Berichts des Verwaltungsrats bildet, mit einem Abstimmungsverhältnis von vier zu eins beschlossen, den Aktionären der Bank Cler das Angebot von BKB zur Annahme zu empfehlen (vgl. dazu Angebotsprospekt, Bst. F, Abschnitt B, Ziff. 1).

8.1.3 Würdigung der Ausführungen im Verwaltungsratsbericht der Bank Cler

[42] In casu wurden sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats der Bank Cler mit den Stimmen der die Zielgesellschaft beherrschenden Anbieterin gewählt. Damit gilt die Vermutung, dass sämtliche Verwaltungsratsmitglieder der Bank Cler (nicht bloss Andreas Sturm und Ralph Lewin) einem Interessenkonflikt unterliegen.



[43] Obwohl in Bezug auf den Verwaltungsrat Christian Wunderlin, aufgrund dessen Mitgliedschaft im KSA (vgl. Erw. 8.1.2) (bzw. auch in Bezug auf die Geschäftsleitungsmitglieder Sandra Lienhart und Peter Schnellmann, aufgrund deren Mitgliedschaft in der Konzernleitung), nicht ganz auszuschliessen ist, dass ein Interessenkonflikt vorliegt, akzeptiert die Übernahmekommission im vorliegenden Fall, vor dem Hintergrund, dass als zusätzliche Massnahme eine *Fairness Opinion* eingeholt wurde, die Einschätzung des Verwaltungsrats der Bank Cler.

8.1.4 Fazit

[44] Der Bericht des Verwaltungsrats enthält die gemäss Art. 30 ff. UEV erforderlichen Informationen, insbesondere die mit Blick auf Art. 32 UEV relevanten Angaben bezüglich der Mitglieder des Verwaltungsrats.

8.2 Fairness Opinion

[45] Wie hiervor erwähnt, hat der Verwaltungsrat der Bank Cler PwC als unabhängige Expertin mit der Erstellung einer *Fairness Opinion* beauftragt zwecks Beurteilung der Frage, ob das Angebot von BKB aus Sicht der Publikumsaktionäre finanziell angemessen ist.

[46] PwC hat für die Beurteilung der finanziellen Angemessenheit des vorliegenden Angebots von BKB Wertüberlegungen und Analysen zur Bank Cler durchgeführt (vgl. zum Vorgehen und zur Bewertungsmethodik Ziff. 1.3 sowie Ziff. 3 der *Fairness Opinion* von PwC).

[47] PwC hat die *Dividend Discount Model (DDM)*-Methode als primäre Bewertungsmethode angewandt. Um die Plausibilität der Ergebnisse der *DDM*-Methode zu prüfen, wurden ausgewählte weitere Methoden (Analyse vergleichbarer börsenkotierter Unternehmen [*Trading Multiple*]; Analyse vergleichbarer Transaktionen [*Transaction Multiple*]; Analyse des Aktienkurses und des Handelsvolumens) angewandt. Bezogen auf den Bewertungsstichtag vom 30. Juni 2018 ergab die *DDM*-Methode eine Bewertungsbandbreite von CHF 49.00 bis 55.00 je Bank Cler-Aktie. Basierend auf dieser Bewertungsbandbreite beurteilt PwC das Angebot von BKB von CHF 52.00 je Bank Cler-Aktie aus finanzieller Sicht als fair und angemessen.

[48] Die von PwC für ihre Meinungsbildung verwendeten Informationen und Bewertungsmethoden, die Bewertungsannahmen und die angewandten Parameter sowie deren Herleitung sind in der *Fairness Opinion* offengelegt. Die Angebotsempfänger können die Einschätzung von PwC nachvollziehen und ihren Entscheid über die Annahme oder Ablehnung des Angebots in Kenntnis der Sachlage treffen. Die *Fairness Opinion* ist transparent, plausibel und nachvollziehbar und damit im Sinne von Art. 30 Abs. 5 UEV hinreichend begründet.

8.3 Jahres- oder Zwischenabschluss

[49] Gemäss Praxis der Übernahmekommission dürfen zwischen dem Bilanzstichtag des letzten veröffentlichten Jahres- oder Zwischenabschlusses der Zielgesellschaft und dem Ende der Ange-



botsfrist nicht mehr als sechs Monate vergangen sein. Zudem hat der Verwaltungsrat Angaben über wesentliche Änderungen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der Geschäftsaussichten zu machen, die seit der letzten Veröffentlichung des Jahres- oder Zwischenabschlusses eingetreten sind (vgl. Verfügung 685/01 vom 27. März 2018 in Sachen *QINO AG*, Erw. 9.3; Verfügung 652/01 vom 14. Februar 2017 in Sachen *Actelion Ltd*, Erw. 10.3).

[50] Der am 19. Juli 2018 publizierte Halbjahresbericht 2018 (Stichtag 30. Juni 2018) konstituiert den letzten veröffentlichten Jahres- oder Zwischenabschluss der Bank Cler. Damit werden zwischen dem Bilanzstichtag des letzten Abschlusses (30. Juni 2018) und dem Ende der Angebotsfrist, voraussichtlich am 13. September 2018 (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt J.), weniger als sechs Monate vergangen sein.

[51] Der Bericht des Verwaltungsrats bestätigt, dass sich seit dem 19. Juli 2018, dem Datum der Veröffentlichung des letzten Halbjahresberichts keine wesentlichen Veränderungen in der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage oder in den Geschäftsaussichten der Zielgesellschaft ergeben haben.

[52] Der Bericht des Verwaltungsrats entspricht insoweit den gesetzlichen Anforderungen.

8.4 Übrige Informationen

[53] In Bezug auf die Offenlegung weiterer Informationen entspricht der Bericht des Verwaltungsrats den gesetzlichen Anforderungen.

—

9. Publikation

[54] Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation des Angebotsprospekts auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht (Art. 138 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 65 Abs. 1 UEV).

—

10. Gebühr

[55] Gemäss Art. 117 Abs. 2 FinfraV wird die Gebühr im Verhältnis zum Wert der Transaktion berechnet. Hierfür sind sämtliche vom Angebot erfassten Titel (Beteiligungspapiere und/oder Finanzinstrumente) sowie jene Titel zu berücksichtigen, welche in den zwölf Monaten vor der Veröffentlichung des Angebots erworben wurden (vgl. Verfügung 624/02 vom 7. März 2016 in Sachen *Syngenta AG*, Erw. 15). Des Weiteren werden zur Bestimmung des Werts der Transaktion auch jene Titel herangezogen, welche die Anbieterin und die mit der Anbieterin gemeinsamer Absprache handelnden Personen seit Veröffentlichung der Voranmeldung erworben haben.



[56] Gemäss Angebotsprospekt umfasst das Angebot von BKB 3'793'289 Bank Cler-Aktien zum Angebotspreis von CHF 52.00. Ein vorausgegangener Erwerb hat nicht stattgefunden. Seit dem Datum der Voranmeldung bis und mit 31. Juli 2018 haben die Anbieterin und die mit dieser in gemeinsamer Absprache handelnden Personen insgesamt 304'773 Bank Cler-Aktien gekauft. Der Wert des gesamten Angebots von BKB liegt somit bei CHF 213'099'224. Daraus ergibt sich gestützt auf Art. 117 Abs. 2 und 3 FinfraV eine Gebühr von CHF 106'550 zulasten der BKB.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Das öffentliche Kaufangebot der Basler Kantonalbank an die Aktionäre der Bank Cler AG entspricht den gesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote.
2. Diese Verfügung wird am Tag der Publikation des Angebotsprospekts auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht.
3. Die Gebühr zu Lasten der Basler Kantonalbank beträgt CHF 106'550.

Der Präsident:

Thomas A. Müller



Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Basler Kantonalbank, vertreten durch Dr. Robert Bernet und Dr. Peter Kühn, VISCHER AG;
- Bank Cler AG, vertreten durch Urs Brügger und Dr. Dieter Dubs, Bär & Karrer AG.

Mitteilung an:

Deloitte AG (Prüfstelle).

Rechtsmittelbelehrung:

Beschwerde (Art. 140 des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes, SR 958.1):

Diese Verfügung kann innert einer Frist von fünf Börsentagen bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, CH-3003 Bern, angefochten werden. Die Anfechtung hat schriftlich zu erfolgen und ist zu begründen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 52 VwVG zu genügen.

—

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

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens drei 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 innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung der vorliegenden Verfügung einzureichen. Sie muss einen Antrag und eine summarische Begründung sowie den Nachweis der Beteiligung gemäss Art. 56 Abs. 3 und 4 UEV enthalten (Art. 58 Abs. 3 UEV).

—