



Verfügung 530/01

vom 9. April 2013

Öffentliches Kaufangebot von **Forty Plus AG** an die Aktionäre von **Fortimo Group AG** und
öffentliches Rückkaufangebot von **Fortimo Group AG**

Sachverhalt:

A.

Fortimo Group AG (**Fortimo** oder **Zielgesellschaft**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen. Fortimo und die von Fortimo beherrschten Gesellschaften (**Fortimo Gruppe**) sind in der Entwicklung sowie dem Halten und dem Verkauf von Wohnimmobilien tätig. Die Fortimo Gruppe ist in der ganzen Deutschschweiz, mit Schwerpunkt in den Kantonen St. Gallen, Thurgau, Appenzell AR, Aargau, Zürich, Luzern und Bern aktiv. Das Aktienkapital von Fortimo beträgt CHF 1'538'514, eingeteilt in 1'538'514 vollständig liberierte Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 1.00 (**Fortimo-Aktie**). Fortimo verfügt zudem über genehmigtes Aktienkapital im Umfang von CHF 300'000, welches mit Generalversammlungsbeschluss vom 3. April 2012 eingeführt wurde und den Verwaltungsrat ermächtigt – gegebenenfalls unter Ausschluss des Bezugsrechts – das Aktienkapital bis 31. März 2014 um höchstens 300'000 voll zu liberieren. Sodann verfügt Fortimo über ein unbefristetes bedingtes Aktienkapital im Umfang von CHF 40'000 zwecks Zuteilung von neuen Fortimo-Aktien an Mitglieder des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und weitere berechnigte Personen gemäss einem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm. Bisher wurden aus diesem bedingten Kapital insgesamt 16'014 voll liberierte Fortimo-Aktien ausgegeben. Die Fortimo-Aktien sind seit dem 29. April 2010 an der Berne eXchange (**BX**) kotiert (BX: FOGN). Die Statuten von Fortimo enthalten eine Opting Out-Klausel, welche vor der Börsenkotierung eingeführt wurde.

B.

Hauptaktionäre von Fortimo sind Remo Bienz, Philipp Bienz, Markus Schultz und Christoph Michel (**Hauptaktionäre**), welche zusammen mit weiteren in gemeinsamer Absprache handelnden Personen sowie unter Einbezug der eigenen Aktien von Fortimo per 9. April 2013 insgesamt 1'345'824 Fortimo-Aktien halten, entsprechend 87.48% der Stimmrechte und des Aktienkapitals von Fortimo. Im Detail setzt sich das Aktionariat von Fortimo wie folgt zusammen (Berechnungsbasis: aktuell im Handelsregister eingetragenes Aktienkapital):



	Aktionär bzw. Aktionärsgruppe	Anzahl Fortimo- Aktien	% der Stimmrechte
Aktionärsgruppe 1	Gruppe Remo Bienz, bestehend aus Remo Bienz, Jeanette Bienz, Lorin Bienz, Yanis Bienz, Niven Bienz und Elina Bienz sowie der Remo Bienz AG (je zu 50% beherrscht von Remo und Jeanette Bienz).	529'267	34.40 %
Aktionärsgruppe 2	Gruppe Philipp Bienz, bestehend aus Philipp Bienz, Daniela Bienz, Cornel Bienz, Daria Bienz und Livia Bienz sowie der Philipp Bienz AG (je zu 50% beherrscht von Philipp und Daniela Bienz)	528'635	34.36 %
Aktionärsgruppe 3	Gruppe Markus Schultz, bestehend aus Markus Schultz mit Doris Schultz und Marlin Schultz	80'723	5.25 %
Aktionärsgruppe 4	Gruppe Christoph Michel, bestehend aus Christoph Michel mit Kathrin Michel	27'681	1.80 %
Aktionärsgruppe 5	Gruppe Monika Bodenmann, bestehend aus Monika Bodenmann-Odermatt, Gregor Bodenmann, Anina Bodenmann	16'695	1.08 %
Aktionärsgruppe 6	Gruppe Rolf Odermatt, bestehend aus Rolf Odermatt, Verena Odermatt, Linda Odermatt und Devin Odermatt	15'045	0.98 %
Aktionärsgruppe 7	Gruppe Urs Bienz, bestehend aus Urs Bienz, Erbengemeinschaft Ingrid Bienz und Nicole Jenzer-Kuhn	11'205	0.73 %
Aktionärin 8	Marion Latzer	65'338	4.25 %
	Fortimo (Eigenbestand)	71'235	4.63 %
	Publikumsbesitz	192'690	12.52 %

C.

Die Hauptaktionäre planen, mit Unterstützung der übrigen Mitglieder der Aktionärsgruppen 1-4 sowie der Aktionärsgruppen bzw. Aktionärin 5-8, welche alle untereinander verwandt bzw. persönlich verbunden sind, und der Zielgesellschaft ein Going Private von Fortimo. Hintergrund ist der nicht wie erhofft positive Effekt einer Kotierung sowie die mit der Kotierung verbundenen hohen Kosten. Mit der vollständigen Übernahme soll Fortimo zudem wieder flexibler, schneller und kompetenter auf die Herausforderungen der Märkte reagieren können. Die Fortimo-Aktien sollen zudem von der BX dekotiert werden.



D.

Im Vorfeld des Going Private wurde Forty Plus AG mit Sitz in St. Gallen (**Forty Plus** oder **Anbieterin**) zwecks Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots gegründet. Das Aktienkapital von Forty Plus beträgt CHF 100'000, eingeteilt in 100'000 vollständig liberierte Namenaktien. Die Aktien von Forty Plus werden vollständig von den Mitgliedern der Aktionärsgruppen 1-4 gehalten, wobei die Beteiligungsverhältnisse an Forty Plus denjenigen der Mitglieder der Aktionärsgruppen 1-4 an Fortimo entsprechen.

E.

Das beabsichtigte Going Private soll aus zwei Elementen bestehen:

- Zum einen unterbreitet Forty Plus ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Fortimo-Aktien zum Angebotspreis von CHF 136 pro Fortimo-Aktie (**Kaufangebot**).
- Zum andern lanciert Fortimo gleichzeitig ein öffentliches Rückkaufangebot zum Festpreis zwecks Kapitalherabsetzung für maximal 82'616 Fortimo-Aktien, entsprechend 5.37 % der Stimmrechte (**Rückkaufangebot**). Der im Rückkaufangebot offerierte Preis entspricht dem Preis, welcher im öffentlichen Kaufangebot von Forty Plus offeriert wird, d.h. CHF 136 pro Fortimo-Aktie.

Das Kaufangebot und das Rückkaufangebot sollen zusammen publiziert werden und laufen im Wesentlichen parallel. Nach Ablauf der Karenzfrist soll für beide Angebote eine Angebotsfrist von 20 Börsentagen gelten. Die Publikumsaktionäre von Fortimo haben die freie Wahl, ihre Aktien entweder in das Kaufangebot oder in das Rückkaufangebot anzudienen. Falls unter dem Rückkaufangebot mehr als das maximale Rückkaufvolumen, also mehr als 82'616 Fortimo-Aktien, angedient werden, erfolgt eine proportionale Kürzung, wobei diejenigen Fortimo-Aktien, welche als Folge der Kürzung nicht unter dem Rückkaufangebot erworben werden können, während der Nachfrist des Kaufangebotes in letzteres angedient werden können. Werden hingegen unter dem Rückkaufangebot weniger als die maximal möglichen 82'616 Fortimo-Aktien angedient, so werden Remo Bienz AG und Philipp Bienz AG gerade so viele der von ihnen gehaltenen Fortimo-Aktien ins Rückkaufangebot andienen, bis dessen maximales Volumen erreicht ist. Remo Bienz AG und Philipp Bienz AG werden den hierfür erhaltenen Betrag für die Finanzierung des Kaufangebots als Darlehen an Forty Plus zur Verfügung stellen. Ein Teil der Finanzierung des Kaufangebots wird u.a. auch durch Fortyone AG, einer zu 100 % von den Hauptaktionären gehaltenen Gesellschaft, sichergestellt (vgl. dazu Angebotsprospekt, Abschnitt D).

F.

Sofern Forty Plus zusammen mit den mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen nach Abschluss der Angebote mehr als 98 % der Stimmrechte an Fortimo hält, sollen die restlichen Fortimo-Aktien für kraftlos erklärt werden. Sofern Forty Plus zusammen mit den mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen nach Abschluss der Angebote weniger als 98 % der Stimmrechte an Fortimo hält, behält sich Forty Plus die Möglichkeit vor, Fortimo zu gegebener Zeit mittels Barfusion zu 100 % zu übernehmen.



G.

Die Mitglieder der Aktionärsgruppen 1-7 und die Aktionärin 8 unterstützen das Going Private und wollen langfristig an Fortimo beteiligt bleiben. Sie werden daher ihre Fortimo-Aktien gestützt auf eine zwischen ihnen bestehende Vereinbarung (vgl. Sachverhalt lit. I) weder in das Kaufangebot noch in das Rückkaufangebot andienen. Eine Ausnahme bilden die Gesellschaften Remo Bienz AG (gehört zur Aktionärsgruppe 1) und Philipp Bienz AG (gehört zur Aktionärsgruppe 2), welche beabsichtigen, einen Teil der von ihnen gehaltenen Fortimo-Akten ins Rückkaufangebot anzudienen (vgl. Sachverhalt lit. E).

H.

Zwischen den Mitgliedern der Aktionärsgruppen 1-7, der Aktionärin 8 sowie der Zielgesellschaft wurde im Hinblick auf das Going Private am 8. April 2013 ein Aktionärsbindungsvertrag (**ABV**) geschlossen (zum Inhalt vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt E, Ziff. 4).

I.

Mit Medienmitteilung vom 13. Februar 2013 kündigte die Zielgesellschaft eine Agio-Rückzahlung von CHF 5 pro Fortimo-Aktie an. Diese müsste allerdings vorgängig noch von der Generalversammlung von Fortimo beschlossen werden. Da die Generalversammlung gemäss dem indikativem Zeitplan der Angebote erst nach dem vorgesehenen Vollzugsdatum der beiden Angebote stattfinden wird (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt K), wird eine allfällige Agio-Rückzahlung nach dem Vollzug der beiden Angebote erfolgen und daher keinen Einfluss auf den Angebotspreis haben.

J.

Die Voranmeldung, das Angebotsinserat, der Angebotsprospekt, der Verwaltungsratsbericht und die Fairness Opinion wurden der Übernahmekommission vor der Publikation zur Prüfung unterbreitet. Die Anbieterin und die Zielgesellschaft beantragen überdies, es sei der Zielgesellschaft eine Ausnahme vom Verbot des Kaufs von eigenen Aktien gemäss Art. 36 Abs. 2 lit. e UEV für die im Rahmen des Rückkaufangebots zu kaufenden Fortimo-Aktien zu gewähren.

K.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Raymund Breu (Vizepräsident), Lionel Aeschlimann und Henry Peter gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Zulässigkeit der vorliegenden Transaktionsstruktur

[1] Die vorliegende Transaktionsstruktur wirft die grundsätzliche Frage auf, ob es übernahmerechtlich zulässig ist, im Rahmen einer koordinierten Gesamttransaktion parallel zu einem Kaufangebot ein Rückkaufangebot zu lancieren.



1.1 Ausgangslage

[2] Die vorliegende Transaktionsstruktur weist die Besonderheit auf, dass gleichzeitig mit dem Kaufangebot auch ein Rückkaufangebot lanciert werden soll. Die beiden Angebote sollen nicht unabhängig voneinander durchgeführt werden, sondern bilden zusammenhängende Elemente einer Gesamttransaktion (vgl. Sachverhalt lit. E). Ziel dieser Gesamttransaktion ist das Going Private von Fortimo, also der Auskauf der Publikumsaktionäre und die anschliessende Dekotierung. Da die Fortimo-Aktien seit ihrer Kotierung am 29. April 2010 stets nur unregelmässig an der Börse gehandelt wurden (im Zeitraum vom 20. März 2012 bis 20. März 2013 fanden lediglich an 85 Börsentagen Transaktionen in Fortimo-Aktien statt), würde es die vorliegende Transaktion den Publikumsaktionären ermöglichen, aus diesem illiquiden Titel auszusteigen.

[3] Die Wahl der vorliegenden Transaktionsstruktur wird mit zwei Aspekten begründet: Erstens sei es für juristische Personen mit Sitz in der Schweiz steuerlich vorteilhafter, ihre Fortimo-Aktien in das Rückkaufangebot (statt ins Kaufangebot) anzudienen, da sie je nach Umfang ihrer Beteiligung den Beteiligungsabzug (Art. 69 ff. DBG) geltend machen könnten. Dies betreffe namentlich die Gesellschaften Remo Bienz AG und Philipp Bienz AG, welche beabsichtigen, in demjenigen Umfang Fortimo-Aktien in das Rückkaufangebot anzudienen, in welchem die Publikumsaktionäre das maximale Rückkaufvolumen nicht „ausschöpfen“ (vgl. Sachverhalt lit. E). Die aus dem Rückkaufangebot an die Remo Bienz AG und Philipp Bienz AG ausbezahlten Mittel sollen zur Finanzierung des öffentlichen Kaufangebots von Forty Plus eingesetzt werden. Ob sich darüber hinaus auch unter den Publikumsaktionären solche befinden, die vom erwähnten Steuervorteil profitieren können, ist nicht bekannt.

[4] Zweitens stelle die gleichzeitige Abwicklung von Kaufangebot und Rückkaufangebot aus Sicht der Publikumsaktionäre ein transparentes und effizientes Verfahren sicher, bei dem die Publikumsaktionäre in Kenntnis beider Angebote und aller relevanten Umstände entscheiden könnten, welches der beiden Angebote sie annehmen möchten. Diese Wahlmöglichkeit wäre bei einer zeitlich gestaffelten Abwicklung beider Angebote nicht gegeben.

1.2 Ausnahme zum Verbot von gesetzwidrigen Abwehrmassnahmen

[5] Gegen die Zulässigkeit der vorliegenden Transaktionsstruktur könnte das Verbot gesetzwidriger Abwehrmassnahmen gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 36 UEV sprechen: Gemäss Art. 36 Abs. 2 lit. e UEV handelt die Zielgesellschaft insbesondere dann gesetzwidrig, wenn sie ausserhalb eines Beschlusses der Generalversammlung eigene Beteiligungspapiere oder Effekten der Gesellschaft, deren Effekten zum Tausch angeboten werden, sowie sich auf sie beziehende Finanzinstrumente kauft oder verkauft. Dies schliesst grundsätzlich aus, dass eine Zielgesellschaft während eines öffentlichen Kaufangebotes eigene Beteiligungspapiere erwirbt, beispielsweise im Rahmen eines öffentlichen Rückkaufprogramms. Damit soll verhindert werden, dass eine Zielgesellschaft mit dem Kauf eigener Aktien den Erfolg eines öffentlichen Kaufangebots beeinträchtigen oder die Mehrheitsverhältnisse an einer Generalversammlung beeinflussen kann.



[6] Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass Fortimo das Kaufangebot zusammen mit den Hauptaktionären plante und dieses unterstützt. Das Rückkaufangebot ist Teil einer koordinierten Gesamttransaktion, zu der auch das Kaufangebot gehört, und wurde ebenfalls mit den Hauptaktionären besprochen und vereinbart. Daraus erhellt, dass das Rückkaufangebot bzw. die in dessen Rahmen erfolgenden Käufe keine Beeinträchtigung des Kaufangebotes bezwecken. Im Gegenteil, das Rückkaufangebot soll gerade das Ziel des Kaufangebots als Teilelement der Gesamttransaktion unterstützen und im Interesse der Aktionäre von Fortimo eine zusätzliche, alternative Ausstiegsmöglichkeit bieten. Der Normzweck von Art. 36 Abs. 2 lit. e UEV ist damit nicht tangiert. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Fortimo bereits zu 87.48 % von den in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handelnden Mitgliedern der Aktionärsgruppen 1-7 und die Aktionärin 8 beherrscht wird. Dies schliesst die Möglichkeit eines Konkurrenzangebots realistischerweise aus. Damit besteht auch keine Gefahr, dass das Rückkaufangebot von Fortimo ein solches beeinträchtigen bzw. verhindern könnte.

[7] Aus diesen Gründen ist die Gewährung einer Ausnahme von Art. 36 Abs. 2 lit. e UEV gerechtfertigt, womit die parallele Lancierung eines Rückkaufangebots als Element des Going Private grundsätzlich möglich wird.

1.3 Das Rückkaufangebot als Teil der Gesamttransaktion

[8] Das Rückkaufangebot von Fortimo ist zusammen mit dem Kaufangebot Teil des Going Private von Fortimo und wurde mit der Anbieterin vereinbart und koordiniert. Es kann daher nicht mit einem klassischen Rückkaufangebot verglichen werden, bei welchem die Gesellschaft nach Abschluss des Rückkaufs kotiert bleibt und es in aller Regel nicht zu einer übermässigen Reduktion des frei handelbaren Anteils kommt. Vorliegend ist die Dekotierung und der vollständige Auskauf der Publikumsaktionäre gerade das erklärte Ziel der Gesamttransaktion. Diese Besonderheit sowie der enge Zusammenhang mit dem Kaufangebot rechtfertigt es, das Rückkaufangebot von Fortimo nicht dem UEK-Rundschreiben Nr. 1: Rückkaufprogramme vom 26. Februar 2010, sondern den ordentlichen Bestimmungen des Übernahmerechts zu unterstellen und zusammen mit dem Kaufangebot als Gesamttransaktion zu prüfen.

[9] Da es sich bei der vorliegenden Gesamttransaktion weder um ein blosses Kaufangebot noch um ein blosses Rückkaufangebot handelt, erscheint es zudem gerechtfertigt, die notwendige Übereinstimmung mit den übernahmerechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Transparenz und Lauterkeit (Art. 1 UEV) vorab gesondert zu prüfen.

1.3.1 Gleichbehandlung

[10] Bei vorliegender Gesamttransaktion sollen mehrere Massnahmen sicherstellen, dass diejenigen Fortimo-Aktionäre, die das Kaufangebot annehmen und diejenigen, die sich für das Rückkaufangebot entscheiden, gleich behandelt werden.



[11] Elementar ist zunächst, dass der offerierte Preis bei beiden Angeboten derselbe ist, nämlich CHF 136 pro Fortimo-Aktie. Zudem wird im Angebotsprospekt darauf hingewiesen, dass die Auszahlung im Rahmen des Rückkaufangebots keinen Verwässerungseffekt für das Kaufangebot darstellt. Folglich werden alle Aktionäre, unabhängig davon, in welches Angebot sie andienen, in preislicher Hinsicht gleich behandelt.

[12] Sodann stehen beide Angebote allen Publikumsaktionären gleichermassen zur Annahme offen. Zwar bezieht sich das Rückkaufangebot nur auf 5.37 % des Kapitals und der Stimmrechte von Fortimo, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass im Gegensatz zum Kaufangebot unter dem Rückkaufangebot nicht sämtliche Annahmeerklärungen berücksichtigt werden können und eine proportionale Kürzung erfolgen muss. Um auch in dieser Hinsicht die Gleichbehandlung aller Aktionäre sicherzustellen, wurde der Zeitplan beider Angebote so aufeinander abgestimmt, dass die unter dem Rückkaufangebot nicht berücksichtigten Fortimo-Aktien nach Ablauf der Angebotsfrist noch während der Nachfrist des Kaufangebots in letzteres angedient werden können. Der Umstand, dass die Gesellschaften Remo Bienz AG und Philipp Bienz AG primär aus steuerrechtlich motivierten Gründen planen, allenfalls einen Teil ihrer Fortimo-Aktien in das Rückkaufangebot anzudienen, um anschliessend mit dem daraus erzielten Erlös die Finanzierung des Kaufangebot zu unterstützen, kann aus übernahmerechtlicher Perspektive nicht beanstandet werden. Da eine solche Andienung nur insoweit erfolgt, als die Publikumsaktionäre das Maximalvolumen des Rückkaufangebots nicht ausschöpfen, kann dies in keinem Fall eine proportionale Kürzung der angedienten Fortimo-Aktien der Publikumsaktionäre bewirken.

[13] Schliesslich wird auch mit Bezug auf die Bedingungen der Angebote auf den Grundsatz der Gleichbehandlung Rücksicht genommen. Beide Angebote unterliegen der gleichen und einzigen Bedingung, dass bis zu ihrem Vollzug kein Urteil, Gerichtsentscheid und keine Verfügung einer Behörde erlassen ist, die den Vollzug dieser Angebote verhindern, verbieten oder für unzulässig erklären würde. Wird das Rückkaufangebot vollzogen, so wird Forty Plus auf die Erfüllung der Bedingung verzichten. Die Gefahr, dass ein Angebot zustande kommt, während das andere scheitert, besteht daher nicht.

1.3.2 Transparenz und Lauterkeit

[14] Die vorliegende Transaktionsstruktur trägt dem Transparenz- und Lauterkeitsgebot Rechnung: Indem für Kauf- und Rückkaufangebot eine einzige Angebotsdokumentation erstellt wird und diese gleichzeitig abgewickelt werden, können die Fortimo-Aktionäre in Kenntnis beider Angebote und aller relevanten Umstände entscheiden, ob und welches der beiden Angebote sie annehmen möchten.

[15] In der Angebotsdokumentation werden zudem die Gründe für das Going Private, die Überlegungen betr. die Wahl der vorliegenden Struktur mit zwei Angeboten als Elemente des Going Private transparent dargelegt sowie die unterschiedlichen steuerrechtlichen Folgen beider Angebote gegenübergestellt und klar und verständlich beschrieben.



[16] Es ist weiter vorgesehen, dass die Angebotsfrist beider Angebote gleich lange dauern und im Zwischenergebnis transparent darüber informiert wird, wie viele Fortimo-Aktien unter welchem Angebot angedient wurden und ob und wie viele Fortimo-Aktien die Gesellschaften Remo Bienz AG und Philipp Bienz AG angedient haben. Dies trägt dazu bei, den Aktionären ihren Entscheid über eine Andienung in Kenntnis der Sachlage zu ermöglichen.

1.3.3 Schlussfolgerung

[17] Nach Gesagtem steht die vorliegende Gesamttransaktion im Einklang mit den übernahme-rechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Transparenz und Lauterkeit. Nachstehend wird geprüft, ob die beiden Angebote auch die übrigen Bestimmungen der öffentlichen Kaufangebote einhalten.

—

2. Voranmeldung

[18] Eine Anbieterin kann gemäss Art. 5 Abs. 1 UEV ein Angebot vor der Veröffentlichung des Angebotsprospekts voranmelden. Die daran anknüpfenden Rechtswirkungen ergeben sich aus Art. 7 UEV.

[19] Die im Entwurf vorliegende Voranmeldung enthält für beide Angebote sämtliche gemäss Art. 5 Abs. 2 UEV geforderten Angaben. Es ist vorgesehen, die Voranmeldung am 10. April 2013 den Informationsdienstleistern zuzustellen und den Angebotsprospekt am 15. April 2013 zu publizieren. Durch die Publikation des Angebotsprospektes innert drei Börsentagen erübrigt sich die Veröffentlichung der Voranmeldung in den Printmedien. Vorausgesetzt, dass die Zustellung der Voranmeldung am 10. April 2013 erfolgt und der Angebotsprospekt am 15. April 2013 publiziert wird, entfaltet die Voranmeldung ihre Wirkungen im Sinn von Art. 7 UEV auf den Zeitpunkt ihrer Zustellung an die Informationsdienstleister, d.h. am 10. April 2013 (vgl. Verfügung 499/01 vom 13. Dezember 2011 in Sachen *Newave Energy Holding SA*, Erw. 1).

—

3. Bestimmungen über den Mindestpreis

[20] Die Statuten der Zielgesellschaft enthalten eine Opting Out-Klausel, das vor dem Zeitpunkt der Kotierung eingeführt wurde. Somit kommen die Bestimmungen über den Mindestpreis im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung (Art. 22 Abs. 2 BEHG, Art. 53 BEHG und Art. 9 Abs. 6 UEV e contrario).

—

4. Gegenstand des Angebots

[21] Das Kaufangebot von Forty Plus bezieht sich auf alle sich im Publikum befindenden Fortimo-Aktien, abzüglich der Fortimo-Aktien, die von der Anbieterin und den mit ihr in gemeinsamer



Absprache handelnden Personen (Aktionärsgruppen 1 – 8 und Fortimo selbst), gehalten werden. Überdies erstreckt sich das Kaufangebot auf Fortimo-Aktien, welche gestützt auf bedingtes Kapital bis zum Ende der Nachfrist des Kaufangebots ausgegeben werden können (vgl. Angebotsprospekt, Abschnitt A, Ziff. 2). Zusätzlich bezieht sich das Rückkaufangebot von Fortimo auf maximal 82'616 Fortimo-Aktien, entsprechend 5.37 % der Stimmrechte, welche jedoch bereits auch vom Kaufangebot erfasst werden. Damit sind die Anforderungen gemäss Art. 9 Abs. 2 und 4 UEV erfüllt.

–

5. Handeln in gemeinsamer Absprache

[22] Für Personen, die im Hinblick auf ein Angebot in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit der Anbieterin handeln, gilt Art. 10 Abs. 1 und 2 BEHV-FINMA sinngemäss (Art. 11 Abs. 1 UEV). Sie haben die Pflichten nach Art. 12 UEV einzuhalten, was von der Prüfstelle zu überprüfen ist.

[23] Die Mitglieder der Aktionärsgruppen 1-4 kontrollieren die Anbieterin als auch Fortimo, weshalb sie mit beiden in gemeinsamer Absprache handeln. Aufgrund des ABV (vgl. Sachverhalt lit. G) handeln sodann auch die Mitglieder der Aktionärsgruppen 5-7 und die Aktionärin 8 in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin und Fortimo.

[24] Fortimo wird wie erwähnt von den Mitgliedern der Aktionärsgruppen 1-4 beherrscht und ist zudem ebenfalls Partei des ABV (vgl. Sachverhalt. lit. I), weshalb auch sie und die von ihr direkt und indirekt beherrschten Gesellschaften im Hinblick auf das Kaufangebot in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handeln (vgl. Verfügung 495/03 vom 28. Februar 2012 in Sachen *Uster Technologies AG*, Erw. 4).

[25] Schliesslich handeln auch die von den Hauptaktionären zu 100% beherrschte Fortyone AG und dessen 100%-ige Tochtergesellschaft, Immofolio Plus II AG, in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf die vorliegenden Angebote.

[26] Die Anbieterin und Fortimo haben nach Art. 19 Abs. 1 lit. d UEV die in gemeinsamer Absprache mit ihr handelnden Personen im Angebotsprospekt offen zu legen. Abschnitt C, Ziff. 3, enthält die diesbezüglichen Angaben. In Bezug auf die in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin und Fortimo handelnden Personen entspricht der Angebotsprospekt den gesetzlichen Anforderungen.

–

6. Best Price Rule

[27] Gemäss Art. 10 Abs. 1 UEV muss ein Anbieter, der von der Veröffentlichung des Angebots bis sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu einem über dem Angebotspreis liegenden Preis erwirbt, diesen Preis allen Empfängern des Angebots anbie-

–

–

–



ten (Best Price Rule). Die Best Price Rule ist auch auf den Erwerb von Finanzinstrumenten anwendbar (Art. 10 Abs. 2 UEV).

[28] Die erweiterte Frist von sechs Monaten kommt bei Rückkaufangeboten zwar nicht zur Anwendung (vgl. Empfehlung 129/01 vom 17. Mai 2002 in Sachen *Think Tools AG*, Erw. 4.2; Empfehlung 46/02 vom 22. November 1999 in Sachen *CreInvest AG*, Erw. 2). Da diese Frist aber für das Kaufangebot von Forty Plus gilt und Fortimo in gemeinsamer Absprache mit Forty Plus handelt, sind die Transaktionen von Fortimo (inkl. der von ihr direkt und indirekt beherrschten Gesellschaften) gleichwohl während sechs Monaten nach Ablauf der Nachfrist des Kaufangebots von Forty Plus Best Price Rule-relevant.

[29] Die Prüfstelle hat die Einhaltung der Best Price Rule für das Kaufangebot von Forty Plus als auch für das Rückkaufangebot zu bestätigen (Art. 28 Abs. 1 lit. d UEV).

—

7. Bedingung

[30] Nach Art. 7 Abs. 1 UEV muss der Anbieter innerhalb von sechs Wochen nach der Voranmeldung einen Angebotsprospekt veröffentlichen, der den Konditionen der Voranmeldung entspricht. Die im Angebotsprospekt enthaltene Bedingung ist für beide Angebote bereits in der Voranmeldung enthalten.

[31] Beide Angebote stehen unter der Bedingung, dass bis zum Vollzug der Angebote kein Urteil, Gerichtsentscheid und keine Verfügung einer Behörde erlassen ist, die den Vollzug der Angebote verhindern, verbieten oder für unzulässig erklären würde. Gemäss ständiger Praxis der Übernahmekommission ist eine solche Bedingung bis zum Vollzug zulässig (vgl. Verfügung 489/01 vom 22. September 2011 in Sachen *Escor Casinos & Entertainment AG*, Erw. 6).

—

8. Bericht des Verwaltungsrats

8.1 Empfehlung, Interessenkonflikte und Fairness Opinion

[32] Der Verwaltungsrat von Fortimo setzt sich aus den Herren Remo Bienz (Präsident), Philipp Bienz (Vizepräsident), Urs Bienz, Markus Schultz und Christoph Michel zusammen. Damit besteht zwischen den mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnden Personen und dem Verwaltungsrat der Zielgesellschaft Personalunion, weshalb sich sämtliche Verwaltungsratsmitglieder in einem Interessenkonflikt befinden. Im Verwaltungsratsbericht ist dies in Übereinstimmung mit Art. 32 UEV in Ziffer 3 offengelegt. Um zu vermeiden, dass sich diese Interessenkonflikte des Verwaltungsrats zum Nachteil der Angebotsempfänger auswirken, hat der Verwaltungsrat Ernst & Young AG (E&Y) beauftragt, die finanzielle Angemessenheit des Kaufangebots zu prüfen (**Fairness Opinion**). Basierend darauf empfiehlt der Verwaltungsrat einstimmig, eines der beiden Angebote anzunehmen.

—

—

—



[33] E&Y hat für Fortimo anhand der DCF-Methode eine Wertbandbreite pro Fortimo-Aktie von CHF 110.70 bis CHF 134.50 ermittelt. Zur Plausibilisierung der DCF-Methode hat E&Y Wertüberlegungen anhand der Substanzwertmethode angestellt, die Marktwertmethode (Trading Multiples) herangezogen und eine Analyse des Aktienkurses vorgenommen. Gestützt darauf erachtet E&Y den Angebotspreis von CHF 136 pro Fortimo-Aktie aus finanzieller Sicht als fair.

[34] Die von E&Y für ihre Meinungsbildung verwendeten Informationen und Bewertungsmethoden, die Bewertungsannahmen und die angewandten Parameter sowie deren Herleitung sind in der Fairness Opinion detailliert offengelegt, so dass die Angebotsempfänger die Einschätzung von E&Y nachvollziehen und ihren Entscheid über die Annahme oder Ablehnung des Angebots in Kenntnis der Sachlage treffen können. Die Fairness Opinion ist damit transparent, plausibel und nachvollziehbar begründet.

8.2 Jahres- oder Zwischenabschluss

[35] Der letzte von der Zielgesellschaft publizierte Jahresabschluss ist derjenige per 31. Dezember 2012 und liegt damit im Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist nicht mehr als sechs Monate zurück. In Bezug auf die Angaben über wesentliche Veränderungen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der Geschäftsaussichten von Fortimo entspricht der Bericht den Anforderungen gemäss Praxis der Übernahmekommission (vgl. Verfügung 410/01 vom 29. Mai 2009 in Sachen *Quadrant AG*, Erw. 7.1).

8.3 Übrige Informationen

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

—

9. Publikation

[37] Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation des Angebotsprospekts auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht (Art. 33a BEHG in Verbindung mit Art. 65 Abs. 1 UEV).

—

10. Gebühr

[38] Die Angebote umfassen maximal 192'690 Fortimo-Aktien zum Angebotspreis von CHF 136. Der Gesamtbetrag liegt somit bei CHF 26'205'840. In Anwendung von Art. 69 Abs. 2 lit. a UEV ergäbe dies die Minimalgebühr von CHF 25'000.

[39] Nach Art. 69 Abs. 3 UEV kann in besonderen Fällen die Gebühr je nach Umfang und Schwierigkeit der Transaktion um 50 Prozent vermindert oder erhöht werden. Vorliegend verursachte

—

—

—



die besondere Transaktionsstruktur (Going Private mit den Elementen der beiden parallel laufenden Angebote) und die sich daraus ergebenden Fragen (Gleichbehandlung, Best Price Rule etc.) einen erheblichen Mehraufwand. Es ist daher gerechtfertigt, die Minimalgebühr um 50 %, d.h. um CHF 12'500, zu erhöhen.

[40] Die Gebühr zu Lasten von Forty Plus und Fortimo beträgt demnach CHF 37'500 (Art. 69 Abs. 2 und 3 UEV). Forty Plus und Fortimo haften hierfür solidarisch.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Das öffentliche Kaufangebot von Forty Plus AG und das öffentliche Rückkaufangebot von Fortimo Group AG an die Aktionäre von Fortimo Group AG entsprechen den gesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote.
2. Diese Verfügung wird am Tag der Publikation des Angebotsprospekts auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
3. Die Gebühr zu Lasten Forty Plus AG und Fortimo Group AG beträgt CHF 37'500, unter solidarischer Haftung.

Der Vizepräsident:

Dr. Raymund Breu

—

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Fortimo Group AG, vertreten durch Dr. Marcel Giger und David Buser (Baker & McKenzie Zurich);
- Forty Plus AG, vertreten durch Dr. Marcel Giger und David Buser (Baker & McKenzie Zurich).

Diese Verfügung geht zur Kenntnisnahme an:

- BDO AG (Prüfstelle).

Rechtsmittelbelehrung:

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

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 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 Ver-



fahren bisher nicht teilgenommen hat, kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnastrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, counsel@takeover.ch, Telefax: +41 58 499 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.

—