



Verfügung 672/05

vom 18. Dezember 2018

Gesuche von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai um Fristverlängerung gemäss Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA und Gesuch von Mengke Cai um Aufhebung der Stimmrechtssuspendierung i.S.v. Art. 135 Abs. 2 lit. a FINMAG

Sachverhalt:

A.

SHL Telemedicine Ltd. (**SHL**) ist eine Aktiengesellschaft israelischen Rechts mit Sitz in Tel Aviv, Israel. SHL entwickelt und vermarktet innovative Telemedizinssysteme. Das Aktienkapital von SHL beträgt 108'785 Israeli Shequel (**NIS**) und ist eingeteilt in 10'878'491 Namenaktien mit einem Nennwert von NIS 0.01 (**SHL-Aktien**). Alle ausstehenden SHL-Aktien berechtigen zu einer Stimme. Die SHL-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) mit dem Symbol SHL TN kotiert.

B.

Mit Verfügung 672/01 vom 26. Januar 2018 (**Verfügung 672/01**) entschied die Übernahmekommission (**UEK**), dass Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu und Kun Shen (gemeinsam die **Himalaya Untergruppe**) und Mengke Cai verpflichtet sind, ein öffentliches Kaufangebot für alle kotierten SHL-Aktien zu einem Preis von CHF 8.70 pro SHL-Aktie zu unterbreiten (Verfügung 672/01, Dispositiv Ziff. 1). Der Himalaya Untergruppe und Mengke Cai (beide gemeinsam die **angebotspflichtige Gruppe**) wurde eine Frist von zwei Monaten angesetzt, um das öffentliche Kaufangebot zu publizieren (Verfügung 672/01, Dispositiv Ziff. 2).

C.

Mit Verfügung 672/02 vom 21. März 2018 (**Verfügung 672/02**) verlängerte die UEK die Frist zur Unterbreitung des öffentlichen Pflichtangebots durch die angebotspflichtige Gruppe an die Aktionäre von SHL bis zum 30. Juni 2018 (Verfügung 672/02, Dispositiv Ziff. 1). Zudem wurde der angebotspflichtigen Gruppe die Auflage erteilt, die UEK alle zwei Wochen über die Fortschritte betreffend die Durchführung und die Finanzierung des Pflichtangebots zu informieren (Verfügung 672/02, Dispositiv Ziff. 2).

D.

Mit Verfügung 672/03 vom 27. Juni 2018 (**Verfügung 672/03**) verlängerte die UEK die Frist zur Unterbreitung des öffentlichen Pflichtangebots durch die angebotspflichtige Gruppe an die Aktionäre von SHL nochmals bis zum 31. August 2018 (Verfügung 672/03, Dispositiv Ziff. 1). Zudem wurde der angebotspflichtigen Gruppe die Auflage erteilt, die UEK wöchentlich über die Fortschritte betreffend die Durchführung und die Finanzierung des Pflichtangebots zu informieren (Verfügung 672/03, Dispositiv Ziff. 2).



E.

Mit Verfügung 672/04 vom 1. September 2018 (**Verfügung 672/04**) verlängerte die UEK die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Pflichtangebots durch die angebotspflichtige Gruppe an die Aktionäre von SHL nicht (Verfügung 672/04, Dispositiv Ziff. 1) und stellte fest, dass das öffentliche Pflichtangebot der angebotspflichtigen Gruppe an die Aktionäre von SHL nicht fristgerecht unterbreitet worden war (Verfügung 672/04, Dispositiv Ziff. 2). Ferner wurden alle Stimmrechte und damit zusammenhängenden Rechte der angebotspflichtigen Gruppe aus den Aktien von SHL mit sofortiger Wirkung bis zur Publikation eines von der Übernahmekommission genehmigten Pflichtangebots suspendiert (Verfügung 672/04, Dispositiv Ziff. 3).

F.

Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe fochten die Verfügung 672/04 mit Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom jeweils 7. September 2018 in allen Punkten an (vgl. act. 182/1 für die Beschwerde von Mengke Cai und act. 184/1 für die Beschwerde der Himalaya Untergruppe).

G.

Mit Verfügung vom 23. November 2018 wies der Übernahme- und Staatshaftungsausschuss der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA die Beschwerden von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe gegen die Verfügung 672/04 ab (**Verfügung der FINMA vom 23. November 2018**; act. 200/3).

H.

Am 30. November 2018 ging ein Gesuch von Mengke Cai (**Gesuch 1**; act. 202/1; Eingang um 13:18 Uhr per E-Mail) bei der UEK mit folgendem Antrag ein:

„Die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Angebots von Mengke Cai an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. sei bis zum 31. Januar 2019 zu verlängern“.

I.

Am 30. November 2018 ging ebenfalls ein Gesuch der Himalaya Untergruppe (**Gesuch 2**; act. 203/1; Eingang um 19:38 Uhr per E-Mail) bei der UEK mit dem Antrag ein, dass die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebotes nach Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA bis 31. Januar 2019 zu verlängern sei.

J.

Am 5. Dezember 2018 ging ein weiteres Gesuch von Mengke Cai (**Gesuch 3**; act. 204/1; Eingang per E-Mail um 12:25 Uhr) bei der UEK mit folgendem Antrag ein:

„Die Suspendierung der Stimmrechte von Frau Cai betreffend ihre Aktien an der SHL Telemedicine Ltd. sei aufzuheben“.

In Rn 12 des Gesuchs 3 wies Mengke Cai darauf hin, dass sie eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (**BVGer**) gegen die Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 eingereicht hat.



K.

Am 5. Dezember 2018 rief das Sekretariat der UEK das BVGer an, um zu erfahren, ob gegen die Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 Beschwerden erhoben wurden. Das BVGer bestätigte dies.

L.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 7. Dezember 2018, 11:58 Uhr, gewährte die UEK der Himalaya Untergruppe, Mengke Cai und SHL zum einen sowie Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev zum anderen (letztere zusammen die **Alroy & Shalev Gruppe**) eine Frist bis am 10. Dezember 2018, 18:00 Uhr, um sich mit Blick auf den Devolutiveffekt nach Art. 54 VwVG zur Frage zu äussern, ob die UEK zur Beurteilung der Gesuche 1 – 3 zuständig ist.

M.

Am 7. Dezember 2018 ging die Stellungnahme von Mengke Cai (**Stellungnahme 1**; act. 206) um 17:20 Uhr bei der UEK per E-Mail ein.

N.

Ebenfalls am 7. Dezember 2018 gingen zwei Zwischenverfügungen des BVGer in der Geschäfts-Nr. B-6879/2018 (Beschwerdesache Mengke Cai gegen Verfügung der FINMA vom 23. November 2018; act. 207; Eingang um 18:15 Uhr per Fax; **BVGer Zwischenverfügung 1**) und in der Geschäfts-Nr. B-6887/2018 (Beschwerdesache Himalaya Untergruppe gegen Verfügung der FINMA vom 23. November 2018; act. 208; Eingang um 18:19 Uhr per Fax; **BVGer Zwischenverfügung 2**) u.a. bei der UEK ein.

O.

Mit diesen Zwischenverfügungen bestätigte das BVGer den Eingang der Beschwerden von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe vom jeweils 3. Dezember 2018 am 5. Dezember 2018 (BVGer Zwischenverfügung 1, Dispositiv Ziff. 1 und BVGer Zwischenverfügung 2, Dispositiv Ziff. 1). Sodann wurden die Beschwerden inkl. Beilagen der UEK, der FINMA, der Alroy & Shalev Gruppe und SHL zugestellt (BVGer Zwischenverfügung 1, Dispositiv Ziff. 2 und BVGer Zwischenverfügung 2, Dispositiv Ziff. 2). Ferner wurde der Antrag von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (BVGer Zwischenverfügung 1, Dispositiv Ziff. 3 und BVGer Zwischenverfügung 2, Dispositiv Ziff. 3). Ausserdem wurden die Vorinstanz (FINMA) und die Erstinstanz (UEK) eingeladen, bis am 17. Dezember 2018 zum beantragten prozessualen Antrag auf (nunmehr) provisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (BVGer Zwischenverfügung 1, Dispositiv Ziff. 4 und BVGer Zwischenverfügung 2, Dispositiv Ziff. 4).

P.

Aus den Beilagen zur BVGer Zwischenverfügung 1, die am 10. Dezember 2018 per Einschreiben bei der UEK eingegangen ist, geht hervor, dass Mengke Cai folgende Anträge in ihrer Beschwerde an das BVGer vom 3. Dezember 2018 gestellt hat (act. 215/1):



1. Es sei die angefochtene Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 und es sei die Verfügung 672/04 der UEK vom 1. September 2018 (Dispositivziffern 1 - 3 und 9) aufzuheben;

2. Die Frist zur Unterbreitung eines Pflichtangebots sei der Beschwerdeführerin bis zum 30. November 2018 zu erstrecken, eventualiter sei festzustellen, dass die Verweigerung der Fristerstreckung durch die Vorinstanz und die erste Instanz unzulässig war, und es sei für den Fall, dass die UEK zu einer Fristerstreckung über den 30. November 2018 hinaus nicht zuständig ist, die Frist zur Unterbreitung eines Pflichtangebots der Beschwerdeführerin bis zum 31. Januar 2019 zu erstrecken;

eventualiter sei die Sache zur Entscheidung über die Fristerstreckung mit der Anweisung, diese wie beantragt zu gewähren, an die UEK, eventualiter an die FINMA zurückzuweisen;

3. Die Beschwerdegegner seien unter Solidarhaftung zu verpflichten, die Prozesskosten zu tragen und Frau Cai für ihre Kosten, einschliesslich Anwaltskosten im Zusammenhang mit diesem Verfahren (zzgl. MwSt., wo anwendbar) zu entschädigen;

und folgendem superprovisorischem prozessualen Antrag

4. Dieser Beschwerde sei mit Bezug auf die Suspendierung der Stimmrechte von Frau Cai aufschiebende Wirkung zu erteilen, eventualiter sei die Stimmrechtssuspendierung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren vorsorglich aufzuheben, und zwar superprovisorisch, d.h. vor Anhörung der Gegenparteien, eventualiter nach Anhörung der Gegenparteien“.

Q.

Aus den Beilagen zur BVGer Zwischenverfügung 2, die ebenfalls am 10. Dezember 2018 per Einschreiben bei der UEK eingegangen ist, geht sodann hervor, dass die Himalaya Untergruppe folgende Anträge in ihrer Beschwerde an das BVGer vom 3. Dezember 2018 gestellt hat (act. 214/1):

„1. Die Verfügung 672/04 der Übernahmekommission vom 1. September 2018 sowie die Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 23. November 2018 seien aufzuheben;

2. Es sei festzustellen, dass die Übernahmekommission die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Angebots von Kun Shen, Xiang Xu, Himalaya Asset Management Limited und Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. zu Unrecht nicht bis zum 30. November 2018 verlängert hat;

3. Die Frage der Verlängerung der Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Angebots von Kun Shen, Xiang Xu, Himalaya Asset Management Limited und Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. sei im



Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Übernahmekommission zurückzuweisen;

4. Die Verfahrenskosten seien der Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev aufzuerlegen und diese seien zur Zahlung einer angemessenen Parteientschädigung an Kun Shen, Xiang Xu, Himalaya Asset Management Limited und Himalaya (Cayman Island) TMT Fund zu verpflichten;

5. Eventualiter seien die Verfahrensgebühren der Übernahmekommission auf CHF 15'000 zu reduzieren;

sowie folgendem prozessualen Antrag:

6. In Bezug auf die Stimmrechtssuspendierung sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu erteilen, und zwar superprovisorisch, d.h. vor Anhörung der Gegenpartei, eventualiter provisorisch, d.h. nach Anhörung der Gegenpartei.“

R.

Am 7. Dezember 2018 ging die Stellungnahme der Himalaya Untergruppe (**Stellungnahme 2**; act. 209) um 19:10 Uhr bei der UEK ein. Die Himalaya Untergruppe beantragte darin auch, dass „die Stimmrechtssuspendierung aufzuheben“ sei.

S.

Am 10. Dezember 2018 ging die Stellungnahme der Alroy & Shalev Gruppe um 17:57 Uhr per E-Mail bei der UEK mit folgenden Anträgen ein (**Stellungnahme 3**; act. 211):

“Auf die Gesuche 1-3 der Angebotspflichtigen sei nicht einzutreten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Angebotspflichtigen.“

T.

Am 10. Dezember 2018 ging die Stellungnahme von SHL um 17:57 Uhr per E-Mail bei der UEK ein (**Stellungnahme 4**; act. 212).

U.

Die Stellungnahmen 1 – 4 wurden allen Parteien am 14. Dezember 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 217).

V.

Auf die Begründung der Gesuche 1 – 3 sowie der Stellungnahmen 1 – 4 wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

W.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Thomas A. Müller (Präsident), Jean-Luc Chenaux und Lionel Aeschlimann gebildet.

—

—

—



Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Pflicht zum Erlass einer Verfügung gestützt auf Art. 9 Abs. 2 VwVG

[1] Nach Art. 139 Abs. 1 FinfraG gelten für das Verfahren vor der UEK unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Art. 139 Abs. 2 – 5 FinfraG die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG). Art. 9 Abs. 2 VwVG, zu dem Art. 139 Abs. 2 – 5 FinfraG keine spezielle Bestimmung oder Ausnahme enthalten, bestimmt, dass eine Behörde, die sich als unzuständig erachtet, durch Verfügung auf eine Sache nicht eintritt, wenn eine Partei die Zuständigkeit behauptet. Wenn sich eine Partei mit einer Eingabe an eine Behörde wendet, so gilt dies für sich allein betrachtet nicht als Behauptung, dass die betreffende Behörde zuständig ist. Eine solche Behauptung i.S.v. Art. 9 Abs. 2 VwVG ist aber gegeben, „wenn aus den (...) Vorbringen der Partei deutlich wird, dass sie die angerufene Behörde für zuständig hält und auf diesen Umstand (...) Wert legt“ (THOMAS FLÜCKIGER, Rn 11 zu Art. 9 VwVG, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016).

[2] Im vorliegenden Fall wird von Seiten von Mengke Cai (vgl. act. 202/1, 204/1 und 206), der Himalaya Untergruppe (vgl. act. 203/1 und 209) und von SHL (vgl. act. 212) i.S.v. Art. 9 Abs. 2 VwVG behauptet, dass die UEK zuständig sei. Aus den erwähnten Eingaben wird ersichtlich, dass die drei soeben erwähnten Parteien die UEK als zuständig erachten und auf diesen Umstand Wert legen. Entsprechend hat die UEK gestützt auf Art. 9 Abs. 2 VwVG im vorliegenden Fall eine Verfügung mit Blick auf ihre eigene Zuständigkeit zu erlassen. Dies tut sie mit den nachfolgenden Ausführungen.

–

2. Zuständigkeit der UEK

2.1 Allgemeines

[3] Im Folgenden ist zu prüfen, ob die UEK nach Eingang der Beschwerden von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe beim BVGer gegen die Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 weiterhin zuständig ist, über die von Mengke Cai in Gesuch 1 und von der Himalaya Untergruppe in Gesuch 2 beantragte Fristerstreckung sowie über die im Gesuch 3 von Mengke Cai und in der Stellungnahme 2 von der Himalaya Untergruppe beantragte Aufhebung der Suspendierung ihrer Stimmrechte nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG aus Aktien von SHL zu entscheiden.

2.2 Vorbringen der Parteien

[4] Mengke Cai führt in ihrer Stellungnahme 1 aus, das BVGer habe in seiner Zwischenverfügung vom 7. Dezember 2018 festgehalten, „dass es der Auffassung ist, dass es keine aufschiebende Wirkung bzgl. der Stimmrechtssuspendierung gewähren kann und auch keine diesbezügliche vorsorgliche Massnahme.“ Damit sei „aber klar, dass die betreffenden [recte: betreffende] Zuständigkeit bei

–

–

–



der UEK verbleibt“ (act. 206). In Antrag 2, zweiter Eventualantrag der Beschwerde von Menkge Cai an das BVGer beantragt diese, dass „für den Fall, dass die UEK zu einer Fristerstreckung über den 30. November 2018 hinaus nicht zuständig ist, die Frist zur Unterbreitung eines Pflichtangebots der Beschwerdeführerin bis zum 31. Januar 2019 zu erstrecken“ sei (act. 215/1).

[5] Die Himalaya Untergruppe hält in ihrer Stellungnahme 2 fest, dass ihr Gesuch 2 erfolgt sei, „weil sich seit dem Entscheid der Übernahmekommission vom 1. September 2018 die Tatsachen und Umstände wesentlich verändert haben“ (act. 209). Ferner schreibt sie, dass „CR Capital Investment Management Ltd, Kun Shen und Mengke Cai (...) am 26. November 2018 ein Term Sheet unterzeichnet“ haben und dass dieser Sachverhalt der Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 noch nicht zu Grunde gelegen habe. Folglich müsse die UEK auf Grundlage dieses neuen Sachverhalts die Gesuche 1 – 3 beurteilen und sei dafür zuständig (act. 209). Ausserdem bleibe die UEK „namentlich bei Dauerverhältnissen für Anpassungen des Entscheids weiterhin zuständig bei Sachverhalten, die nach dem Beurteilungszeitpunkt der Beschwerdeinstanz eingetreten sind“. Demnach sei „die UEK für die Beurteilung der Gesuche zuständig“ (act. 209).

[6] Die Alroy & Shalev Gruppe gibt zu den Akten, dass die Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 den erstinstanzlichen Entscheid der UEK vom 1. September 2018 ersetzt habe. Im hängigen Beschwerdeverfahren vor dem BVGer bilde somit die Verfügung der FINMA den alleinigen Anfechtungsgegenstand. Der UEK stehe folglich keine Kompetenz zu, nochmals über den vor dem BVGer hängigen Prozessgegenstand zu befinden und ihre ursprüngliche Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen (act. 211/01, Rn 5 sowie Rn 10 f.).

[7] SHL äussert sich dahingehend, dass die UEK grundsätzlich immer noch in der Lage sei, „to decide on the latest request to terminate the suspension of voting rights“ (act. 212). Es sei ferner im Interesse von SHL, dass die UEK über das neue Gesuch bezüglich der Stimmrechtssuspendierung entscheide („that the TOB decides on a new request regarding the suspension“; act. 212).

2.3 Erwägungen

2.3.1 Rechtliches

[8] Nach Art. 54 VwVG geht die Behandlung einer Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über. Dieser so genannte Devolutiveffekt hat zur Folge, dass die Herrschaft über den Streitgegenstand an die Beschwerdeinstanz übergeht und die Vorinstanz die Befugnis verliert, sich mit der Sache zu befassen (HANSJÖRG SEILER, Rn 3 zu Art. 54 VwVG, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2016; REGINA KIENER, Rn 4 zu Art. 54 VwVG, in: VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008).

[9] Die Funktion des Devolutiveffekts liegt im Wesentlichen in der Prozessökonomie begründet. So würde es dem allgemeinen Gebot der Einfachheit des Prozesses widersprechen, wenn eine



Vermengung von einem Verwaltungs- und einem Beschwerdeverfahren stattfindet (BGE 127 V 228, 232, Erw. 2b)aa)). Ferner dient die Klärung der Zuständigkeit, die mit der Devolution einhergeht, der Beschleunigung des Verfahrens. Damit steht der Devolutiveffekt nicht zuletzt im Dienst der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Verfahrensgarantie gemäss Art. 29 BV (KIENER, zit. in Rn [8], Rn 4 zu Art. 54 VwVG).

[10] Mit Erhebung der Beschwerde erlangt somit das BVGer als Rechtsmittelinstanz die Herrschaft über das Verfahren. Folglich darf sich grundsätzlich weder die Vorinstanz noch eine andere Behörde mit der Angelegenheit befassen. Das BVGer ist somit insbesondere allein zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und anderer prozessleitender Verfügungen berechtigt und berufen (Urteil des BVGer vom 23. Oktober 2018, A-590/2018, Erw. 5.3). Dazu gehört namentlich auch die Kompetenz, über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden sowie andere verfahrensleitende Anordnungen zu erlassen (SEILER, zit. in Rn [8], Rn 4 - 7 zu Art. 54 VwVG).

[11] Auch die Befugnis, den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären, geht auf die Beschwerdeinstanz über (SEILER, zit. in Rn [8], Rn 8 zu Art. 54 VwVG). Diese entscheidet nach Art. 61 Abs. 1 VwVG grundsätzlich in der Sache selbst. Nur ausnahmsweise weist sie die Angelegenheit mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Die Beschwerdeinstanz hat dabei ihren Entscheid auf den Sachverhalt zu stützen, der im Zeitpunkt dieses Entscheids massgebend ist. Mithin muss sie grundsätzlich Änderungen des Sachverhaltes berücksichtigen, die sich zwischen der angefochtenen Verfügung und dem Beschwerdeentscheid ereignet haben. So berücksichtigt namentlich das BVGer generell die Entwicklung bis zum Zeitpunkt seiner Urteile (SEILER, zit. in Rn [8], Rn 19 m.H. zu Art. 54 VwVG). Dies wird teilweise als Konsequenz des Devolutiveffekts betrachtet (SEILER, zit. in Rn [8], Rn 19 zu Art. 54 VwVG).

[12] Eine Ausnahme zum Devolutiveffekt enthält Art. 58 Abs. 1 VwVG. Diese Norm besagt, dass die Vorinstanz (...) bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen kann (SEILER, zit. in [8], Rn 3 *in fine* und 30 zu Art. 54 VwVG). Der Anwendungsbe- reich von Art. 58 VwVG ist beschränkt auf erstinstanzliche Verfügungen, gegen die während der Rechtsmittelfrist Beschwerde erhoben wurde. Diese Norm ist auf Beschwerdeentscheide nicht anwendbar (ANDREA PFLEIDERER, Rn 17 zu Art. 58 VwVG, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrens-gesetz, BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2016).

[13] Vom Umfang her erfasst der Devolutiveffekt einzig den Rahmen des Streitgegenstandes (Urteil des BVGer vom 23. Oktober 2018, A-590/2018, Erw. 5.3; KIENER, zit. in Rn [8], Rn 6 zu Art. 54 VwVG).

2.3.2 Nichteintreten infolge Devolutiveffekt nach Art. 54 VwVG

[14] Im vorliegenden Fall haben sowohl Mengke Cai als auch die Himalaya Untergruppe die Ver- fügung der FINMA vom 23. November 2018 mit Beschwerde vom 3. Dezember 2018 beim BVGer angefochten (vgl. Sachverhalt lit. J und N - Q). Die Zwischenverfügungen 1 und 2 des BVGer und die entsprechenden Beschwerden von Mengke Cai (vgl. Sachverhalt lit. P zu den Anträgen und act. 215/1) und der Himalaya Untergruppe (vgl. Sachverhalt lit. Q zu den Anträgen und



act. 214/1) an das BVGer, die der UEK vom BVGer zugestellt wurden, machen deutlich, dass beide Beschwerdeführer beim BVGer Anträge betreffend die Verlängerung der Frist zur Publikation des längst fälligen Pflichtangebots sowie zur Aufhebung der Stimmrechtssuspendierung nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG gestellt haben. Diese Anträge betreffen inhaltlich dieselben Gegenstände, auf die sich die Gesuche 1 – 3 und die Stellungnahme 2 beziehen, nämlich eben die beantragte Verlängerung der Frist zur Publikation des Pflichtangebots und die von der UEK ausgesprochene und von der FINMA bestätigte Suspendierung der Stimmrechte von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe aus Aktien an SHL. Wie aus den obigen Ausführungen zum Recht hervorgeht (vgl. Ziff. 2.3.1, insbesondere Rn [10]), hat im vorliegenden Fall das BVGer auf Grund der Beschwerden von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe die Herrschaft über das Verfahren.

[15] Würde die UEK auf die Gesuche 1 – 3 eintreten, hätte das nämlich zur Folge, dass eine Behörde und ein Gericht – die UEK und das BVGer – sich für den vorliegenden, identisch gelagerten Fall, dem die gleichen Tatsachen zu Grunde liegen, gleichzeitig zuständig erklären würden. Genau das will und soll Art. 54 VwVG verhindern, wenn er statuiert, dass die Behandlung einer Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht. Nicht umsonst finden sich entsprechend auch Entscheide, in denen Verfügungen, die gegen den Devolutiveffekt i.S.v. Art. 54 VwVG verstossen, als nichtig angesehen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 78/00 vom 26. Januar 2001, Erw. 2.a und Urteil des Bundesgerichts C 4/00 vom 29. März 2001, Erw. 1.a; im Sinne einer Nichtigkeit vorliegend auch die Ausführungen der Alroy & Shalev Gruppe, act. 211, Rn 4 und 11 jeweils *in fine*). Damit muss sich die UEK zur Behandlung der Gesuche 1 – 3 unzuständig erklären und diese Gesuche an das BVGer weiterleiten, was sie mit der vorliegenden Verfügung tut.

[16] Handelte die UEK anders, so würde sie nicht nur gegen Art. 54 VwVG verstossen und eine möglicherweise nichtige Verfügung erlassen. Sie würde auch die Gefahr schaffen, dass widersprüchliche Entscheide in der selben Angelegenheit gefällt würden, nämlich von ihr selbst und vom BVGer, das die Beschwerden von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe an die Hand genommen hat. Der Sinn und Zweck des Devolutiveffekts i.S.v. Art. 54 VwVG – nämlich die Förderung der Prozessökonomie, das allgemeine Gebot der Einfachheit des Prozesses und die Beschleunigung des Verfahrens (vgl. Rn [9]) – würden dadurch ausgehöhlt. Neue Rechtsmittel an die FINMA und anschliessend an das BVGer würden Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe für denselben Sachverhalt eröffnet. Das hätte weitere Verzögerungen in einem Fall zur Folge, in welchem die Aktionäre von SHL bereits seit dem 11. Mai 2017 einer beherrschenden Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA gegenüber stehen und weiterhin auf ein Pflichtangebot warten.

[17] Des Weiteren hat das BVGer volle Kognition bei der Behandlung der Beschwerden gegen die Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 (vgl. Art. 49 VwVG). Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe haben entsprechend keine Einschränkung der Prüfungsbefugnis des BVGer hinzunehmen. Da auch die Befugnis, den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären, auf das BVGer übergeht (vgl. Rn [11]), ist die UEK für die Behandlung der Gesuche 1 – 3 von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe gemäss Art. 54 VwVG nicht zuständig.



[18] Des Weiteren vermögen die Ausführungen der Himalaya Untergruppe, wonach sich die Tatsachen und Umstände wesentlich verändert hätten (vgl. Rn [5] m.H. auf act. 209), nicht zu überzeugen. *Erstens* wurde die Tatsache, dass der Entwurf eines Term Sheets vorlag, bereits in der Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 berücksichtigt. Die FINMA hielt diesbezüglich fest, dass das Term Sheet „auch bei Unterzeichnung definitionsgemäss keine verbindliche Finanzierungszusage darstellen würde“ (Verfügung der FINMA vom 23. November 2018, Rn 55). *Zweitens* hat das BVGer, wie gerade in Rn [11] und [17] dargelegt, ebenfalls die Befugnis, den einschlägigen Sachverhalt abzuklären und entsprechend Änderungen, die ihm relevant erscheinen, zu berücksichtigen. Bei jeder kleinen Änderung des Sachverhalts schon von einem neuen Streitgegenstand auszugehen und dadurch wieder die UEK zuständig werden zu lassen, widerspricht dem Sinn und Zweck des Devolutiveffekts nach Art. 54 VwVG. Anders zu entscheiden würde bedeuten, den Verfahrensparteien die Möglichkeit zu geben, die devolutive Wirkung durch beliebige (eigene) Manöver auszuhebeln. Das wiederum widerspricht dem Grundsatz der Prozessökonomie, dem allgemeinen Gebot der Einfachheit des Prozesses und der Beschleunigung des Verfahrens, die – wie in Rn [9] und [16] ausgeführt – gerade das Wesen des Devolutiveffektes ausmachen. Mithin ist im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass ein anderer Streitgegenstand vorliegt, der trotz Art. 54 VwVG die Zuständigkeit der UEK begründen könnte.

[19] Schliesslich ist festzuhalten, dass die einzige gesetzliche Ausnahme vom Devolutiveffekt, die in Art. 58 Abs. 1 VwVG vorgesehen ist, nämlich dass die Vorinstanz bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen kann, im vorliegenden Fall auf die UEK keine Anwendung findet. Die UEK ist in diesem Fall nämlich die Erstinstanz, während die FINMA Vorinstanz ist. Zudem ist der Anwendungsbereich von Art. 58 VwVG auf erstinstanzliche Verfügungen beschränkt, gegen die während der Rechtsmittelfrist Beschwerde erhoben wurde (vgl. Rn [12]). Eine solche erstinstanzliche Verfügung der UEK liegt nicht (mehr) vor, zumal die Verfügung 672/04 bereits durch die Verfügung der FINMA vom 23. November 2018 ersetzt wurde. Es gibt also keinen erstinstanzlichen Entscheid mehr, welchen die UEK i.S.v. Art. 58 Abs. 1 VwVG in Wiedererwägung ziehen könnte.

2.4 Fazit

[20] Entsprechend der obigen Ausführungen ist nach Art. 54 VwVG auf Grund des Devolutiveffektes das BVGer allein zuständig, um über die von Mengke Cai in Gesuch 1 und von der Himalaya Untergruppe in Gesuch 2 beantragte Fristerstreckung sowie über die im Gesuch 3 von Mengke Cai und in der Stellungnahme 2 von der Himalaya Untergruppe beantragte Aufhebung der Suspendierung ihrer Stimmrechte aus Aktien an SHL nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG zu entscheiden.

–

3. Überweisung der Gesuche an das BVGer nach Art. 8 Abs. 1 VwVG

[21] Nach Art. 8 Abs. 1 VwVG überweist eine Behörde, die sich als unzuständig erachtet, die Sache der zuständigen Behörde ohne Verzug.

–

–



[22] Wie bereits in Ziff. 2.3.2 und in Ziff 2.4 festgestellt, ist die UEK zur Behandlung der Gesuche 1 – 3 infolge des Devolutiveffekts nach Art. 54 VwVG nicht zuständig. Gestützt auf Art. 8 Abs. 1 VwVG überweist die UEK somit die Gesuche 1 – 3 und damit auch die Verfahrensakten an das BVGer.

–

4. Publikation

[23] Nach Art. 61 Abs. 3 UEV veröffentlicht die Zielgesellschaft die allfällige Stellungnahme ihres Verwaltungsrates (lit. a) und das Dispositiv der Verfügung der UEK (lit. b). Art. 6 und 7 UEV sind auf diese Veröffentlichung anwendbar (Art. 61 Abs. 4 UEV).

[24] Gestützt auf Art. 61 Abs. 3 lit. b UEV wird SHL verpflichtet, bis spätestens am 20. Dezember 2018 die Öffentlichkeit über die vorliegende Verfügung zu informieren und das Dispositiv der vorliegenden Verfügung zu veröffentlichen.

[25] Diese Verfügung wird anschliessend auf der Webseite der UEK publiziert.

–

5. Gebühr

[26] Nach Art. 126 Abs. 5 FinfraG und Art. 118 Abs. 1 FinfraV erhebt die UEK eine Gebühr, wenn sie in anderen Übernahmesachen entscheidet, insbesondere über das Bestehen einer Angebotspflicht. Die Gebühr beträgt je nach Schwierigkeit und Umfang des Falles bis zu CHF 50'000 (Art. 118 Abs. 2 FinfraV).

[27] Im vorliegenden Fall gingen drei Gesuche und vier Stellungnahmen bei der UEK ein, die in- nert kurzer Frist behandelt wurden. In den Verfügungen 672/02 sowie 672/03 wurden für die Bearbeitung von zwei Gesuchen und von einer Stellungnahme Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe jeweils CHF 20'000 in Rechnung gestellt. Berücksichtigt man den Umfang und die Schwierigkeit des mit der vorliegenden Verfügung behandelten Sachverhaltes und insbesondere dessen Überschneidungen mit den laufenden Verfahren vor dem BVGer in der gleichen Angele- genheit wird die Gebühr im vorliegenden Fall ebenfalls auf CHF 20'000 festgesetzt. Die Himalaya Untergruppe und Mengke Cai haften in diesem Fall als mit ihren Gesuchen 1, 2 und 3 unterlie- gende Parteien solidarisch für diese Gebühr.

–

Die Übernahmekommission verfügt:

1. Auf die Gesuche von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu und Kun Shen sowie von Mengke Cai vom 30. November 2018 und auf das Ge- such von Mengke Cai vom 5. Dezember 2018 wird nicht eingetreten.

–

–

–



2. Die Gesuche von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu und Kun Shen sowie von Mengke Cai vom 30. November 2018 und das Gesuch von Mengke Cai vom 5. Dezember 2018 werden samt den Verfahrensakten an das Bundesverwaltungsgericht überwiesen.
3. Alle übrigen Anträge werden abgewiesen.
4. SHL Telemedicine Ltd. wird verpflichtet, bis spätestens am 20. Dezember 2018 das Dispositiv der vorliegenden Verfügung zu veröffentlichen.
5. Die vorliegende Verfügung wird im Anschluss an ihre Veröffentlichung durch SHL Telemedicine Ltd. gemäss Dispositivziffer 4 hiavor auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht.
6. Die Gebühr zu Lasten von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai beträgt unter solidarischer Haftung CHF 20'000.

Der Präsident:

Thomas A. Müller

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- SHL Telemedicine Ltd., vertreten von Dr. iur. Thomas Müller und PD Dr. iur. Daniel Dedeyan, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, 8008 Zürich;
- Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev, vertreten von André A. Girguis und Matthias Hirsche, Blum & Grob Rechtsanwälte AG, Neumühlequai 6, 8021 Zürich;
- Mengke Cai, vertreten von Dr. iur. Matthias Courvoisier und Martina A. Kessler, Baker McKenzie Zürich, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich;
- Himalaya Asset Management Ltd., Himalaya (Cayman Island) TMT Fund, Xiang Xu und Kun Shen, vertreten von Dr. iur. Mariel Hoch, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich.

|



Swiss Takeover Board
Übernahmekommission
Commission des OPA
Commissione delle OPA
—

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.

—