



## Verfügung 768/01

vom 30. Juni 2020

Gesuch um Feststellung des Nichtbestehens der Angebotspflicht mit Blick auf die **Meyer Burger Technology AG**

### Sachverhalt:

#### A.

Die Meyer Burger Technology AG (**Meyer Burger** oder **Zielgesellschaft**) ist eine seit dem 7. Dezember 1999 im Handelsregister des Kantons Bern eingetragene, schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Gwatt (Thun) (UID: CHE-101.172.383). Es handelt sich bei der Zielgesellschaft um ein weltweit tätiges, auf innovative Systeme und Produktions-Equipment für die Photovoltaik-, Halbleiter- und Optoelektronik-Industrie spezialisiertes Technologieunternehmen. Der statutarische Zweck von Meyer Burger ist der Kauf, Verkauf und das Halten von Beteiligungen an anderen Gesellschaften, deren Verwaltung und Finanzierung; die Gesellschaft kann Garantien zugunsten von nahestehenden Gesellschaften stellen, sich an anderen Unternehmen beteiligen sowie Grundstücke erwerben, verwerten, verwalten und veräussern. Das Aktienkapital von Meyer Burger beträgt CHF 34'258'691.70. Es ist eingeteilt in 685'173'834 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.05 (**Meyer Burger-Aktien**). Zudem verfügt Meyer Burger über a) ein bedingtes Aktienkapital von CHF 31'998.60 für die Ausgabe von 639'972 Namenaktien im Rahmen der Ausübung von Optionsrechten, welche Angestellten und Verwaltungsratsmitgliedern gewährt wurden, über b) ein bedingtes Aktienkapital von CHF 1'368'878.15 für die Ausgabe von 27'377'563 Namenaktien im Rahmen der Ausübung von im Zusammenhang mit Wandelanleihen (*Convertible Bonds*), Optionsanleihen (*Option Bonds*) oder anderen Finanzmarktinstrumenten gewährten Wandlungs- und / oder Optionsrechten und über c) ein genehmigtes Aktienkapital in der Höhe von CHF 5'138'803.75 für die Ausgabe von 102'776'075 Namenaktien bis zum 13. Mai 2022. Die Zielgesellschaft hält eigene Aktien entsprechend rund 0.05% der Stimmrechte. Die Meyer Burger-Aktien sind seit Ende 2006 an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) kotiert (Valorensymbol: MBTN; ISIN: CH0108503795; Valorennummer: 10850379). Die Statuten der Meyer Burger enthalten keine *Opting out*- oder *Opting up*-Klausel.

Gemäss den unter <https://www.ser-ag.com/de/resources/notifications-market-participants/significant-shareholders.html#/> abrufbaren Angaben der Datenbank der SIX über bedeutende Aktionäre hält Sentis Capital PCC mit gegenwärtig 8.22% der Stimmrechte als einziger Aktionär mehr als 3% der Stimmrechte an Meyer Burger.

#### B.

Im Rahmen einer Medienmitteilung vom 19. Juni 2020 (abrufbar unter dem Link <https://www.meyerburger.com/de/unternehmen/medien-center/news/meyer-burger-technology-ag-will-sich-vom-maschinenanbieter-zu-einem-technologisch-fuehrenden-hersteller-von-solarzellen-und-solarmodulen-wandeln-kapitalerhoehung-mit-bruttoerloes-von-chf-165->



millionen-geplant/) informierte Meyer Burger die Öffentlichkeit über ihre Pläne für eine ordentliche Kapitalerhöhung zur Finanzierung des Aufbaus eigener Produktionskapazitäten für Solarzellen und Solarmodule sowie der diesbezüglichen Vertriebsstrukturen (**Kapitalerhöhung**). Über die Kapitalerhöhung, in deren Rahmen der Zielgesellschaft über die Ausgabe zusätzlicher Namensaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.05 (**neue Meyer Burger-Aktien**) neue Mittel im Umfang von CHF 165 Millionen Bruttoerlös zufließen sollen, sollen die Aktionäre von Meyer Burger anlässlich einer auf den 10. Juli 2020 einberufenen ausserordentlichen Generalversammlung von Meyer Burger (**a.o. GV**) abstimmen. Bedingung für die Durchführung der Kapitalerhöhung ist, dass ein Bruttoerlös von mindestens CHF 150 Millionen erzielt wird. Gemäss dem Antrag des Verwaltungsrates von Meyer Burger zu den Traktanden 1 und 2 in der Einladung zur a.o. GV (die Einladung zur a.o. GV wurde am 19. Juni 2020 im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] veröffentlicht und sodann an die Aktionäre versandt) sowie auf Basis eines entsprechenden Feststellungs- und Statutenänderungsbeschlusses des Verwaltungsrates von Meyer Burger gemäss Art. 652g Abs. 1 OR werden die neuen Meyer Burger-Aktien erst mit Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister stimm- und dividendenberechtigt sein.

Zur Durchführung der Kapitalerhöhung sind gemäss der Medienmitteilung vom 19. Juni 2020 unter Vorbehalt allfälliger Änderungen zwei Transaktionsvarianten vorgesehen:

- Die vom Verwaltungsrat von Meyer Burger bevorzugte Transaktionsvariante (**Transaktionsvariante I**) ist eine Kombination aus a) einer direkt bei Investoren platzierten Tranche mit einem Bruttoerlös von rund CHF 30 Millionen bis maximal 55 Millionen unter Ausschluss der Bezugsrechte der Aktionäre von Meyer Burger (sog. *Private Investment in Public Equity*; nachfolgend die **PIPE Transaktion** und die an der PIPE Transaktion teilnehmenden Investoren nachfolgend der / die **PIPE Investore[n]**) und b) einer Bezugsrechtsemission unter Wahrung der Bezugsrechte mit handelbaren Bezugsrechten mit einem Bruttoerlös von CHF 110 Millionen bis maximal CHF 135 Millionen (nachfolgend **Bezugsrechtsemission**), entsprechend einem maximalen Gesamterlös von CHF 165 Millionen. Den für die Bezugsrechtsemission massgeblichen Bezugspreis für neue Meyer Burger-Aktien (**Bezugsrechtsemissionspreis**) werden die für die Bezugsrechtsemission verantwortlichen Konsortialführer (*joint bookrunner*) und Meyer Burger nach Börsenschluss am letzten Handelstag der SIX vor Durchführung der Kapitalerhöhung, voraussichtlich am oder um den 9. Juli 2020 herum, gemeinsam festlegen. Der Bezugspreis in der PIPE Transaktion und der Bezugsrechtsemissionspreis wird identisch sein und mindestens CHF 0.05 pro neuer Meyer Burger-Aktie betragen.
- Bei der alternativen Transaktionsvariante (**Transaktionsvariante II**), welche nur zur Abstimmung gelangen soll, falls die im Rahmen der vorliegenden Verfügung massgebliche Transaktionsvariante I an der a.o. GV nicht zur Abstimmung gestellt wird oder nicht die erforderliche Zustimmung von zwei Dritteln der vertretenen Aktienstimmen erhält, handelt es sich um eine Bezugsrechtsemission mit handelbaren Bezugsrechten unter Wahrung der Bezugsrechte im gesamten Umfang der Transaktion mit angestrebtem Bruttoerlös von bis zu CHF 165 Millionen. Für den Fall, dass die Transaktionsvariante II umgesetzt



wird, hat sich Sentis Capital PCC vorbehältlich bestimmter kommerzieller und rechtlicher Bedingungen verpflichtet, Aktien im Umfang von bis zu CHF 50 Millionen Bruttoerlös als *Backstop* zu übernehmen.

**C.**

Am 26. Juni 2020 reichten Meyer Burger sowie weitere Parteien, d.h. Sentis Capital PCC, St. Helier, Jersey, die Zürcher Kantonalbank (in eigenem Namen, aber als *Nominee* oder *Agent* auf Rechnung von 16 Kunden und Fonds handelnd), Zürich, Schweiz, der Astaris Capital European Opportunities Master Fund Limited, Grand Cayman, Cayman Islands und die IBH Beteiligungs- und Handelsgesellschaft m.b.H., Wien, Österreich (die erwähnten weiteren Parteien nachfolgend je einzeln der **antragstellende Investor** und alle zusammen die **antragstellenden Investoren**; Meyer Burger zusammen mit den antragstellenden Investoren nachfolgend die **Gesuchsteller**) ein Gesuch (inkl. verschiedener Beilagen, insbesondere eines Entwurfs des *PIPE and Backstop Commitment Agreements*, nachfolgend der **Mustervertrag**) im Sinne von Art. 61 Abs. 1 UEV mit den folgenden Anträgen (das **Gesuch vom 25. Juni 2020**) bei der Übernahmekommission ein:

1. *That it be determined that the Investor Applicants as well as any other investors that have or will enter into agreements substantially similar to the form of agreement submitted as an attachment hereto have no obligation to make an offer pursuant to article 135 FMIA with respect to Meyer Burger Technology AG.*
2. *That it be determined that for the purpose of the calculation of the individual shareholdings of each Investor Applicant upon execution of the planned capital increase, the share capital of Meyer Burger as per the registration of such planned capital increase in the commercial register is determinant.*
3. *That this application and procedure and the decision issued by the Takeover Board be published at latest on July 2, 2020.*

Mit anderen Worten ersuchten die Gesuchsteller im Rahmen des Antrags Ziff. 1 ihres Gesuchs vom 25. Juni 2020 die Übernahmekommission um Feststellung, dass die antragstellenden Investoren sowie alle anderen Investoren, die Verträge abgeschlossen haben oder abschliessen werden, die der Form des der Übernahmekommission vorgelegten Mustervertrags im Wesentlichen ähnlich sind, nicht verpflichtet sind, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Meyer Burger gemäss Art. 135 FinfraG zu unterbreiten. Sodann soll gemäss Antrag Ziff. 2 für die Berechnung der individuellen (Aktien-)Beteiligung jedes antragstellenden Investors an Meyer Burger per Durchführung der Kapitalerhöhung das Aktienkapital von Meyer Burger gemäss Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister massgebend sein. Das Gesuch und das Verfahren sowie die Verfügung der Übernahmekommission sollen schliesslich gemäss Antrag Ziff. 3 spätestens am 2. Juli 2020 veröffentlicht werden.

Auf die Begründung der Anträge wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.



#### D.

Gemäss den Ausführungen im Gesuch vom 25. Juni 2020 hatte Meyer Burger am 18. Juni 2020 mit jedem einzelnen antragstellenden Investor sowie mit anderen Investoren verschiedene sog. *PIPE and backstop commitment agreements* (nachfolgend das oder die **PIPE and Backstop Commitment Agreement[s]**) abgeschlossen, wonach jeder Investor (i) sich verpflichtet hat, ein PIPE Investor zu werden und im Rahmen der PIPE Transaktion eine bestimmte Anzahl neuer Meyer Burger-Aktien zu einem Preis zu zeichnen, der dem Bezugsrechtsemissionspreis entspricht (die **PIPE-Aktien**), und (ii) hinsichtlich einer bestimmten Anzahl neuer Meyer Burger-Aktien ein sog. *backstop underwriting commitment* (d.h. eine *Backstop*-Zeichnungsverpflichtung) zu einem *Backstop*-Preis eingegangen ist, der dem Bezugsrechtsemissionspreis entspricht.

Gemäss den Ausführungen der Gesuchsteller sind sich die Bestimmungen eines jeden PIPE and Backstop Commitment Agreements ähnlich, da sämtliche dieser Vereinbarungen auf dem der Übernahmekommission zusammen mit dem Gesuch vom 25. Juni 2020 unterbreiteten Mustervertrag basieren, den der Rechtsberater von Meyer Burger aufgesetzt hatte. Die einzelnen PIPE and Backstop Commitment Agreements würden sich jedoch nicht vollständig entsprechen, da die meisten PIPE and Backstop Commitment Agreements (bis zu einem gewissen Grad) individuell zwischen den entsprechenden Parteien ausgehandelt worden seien. Beispielsweise sei jedes PIPE and Backstop Commitment Agreement an bestimmte kommerzielle und rechtliche Bedingungen geknüpft. Darüber hinaus gäbe es Unterschiede hinsichtlich der in den einzelnen PIPE and Backstop Commitment Agreements enthaltenen Gewährleistungen und Zusicherungen. Es enthalte jedoch keines der PIPE and Backstop Commitment Agreements eine sog. *Lock up*-Klausel oder andere Bestimmungen in Bezug auf den Besitz, die Veräusserung oder das Stimmrecht von Aktien nach Kapitalerhöhung.

Gemäss den Ausführungen im Gesuch vom 25. Juni 2020 kann Meyer Burger vor dem Datum der a.o. GV weitere Vereinbarungen nach dem Vorbild des Mustervertrags mit zusätzlichen Investoren abschliessen.

#### E.

Voraussichtlich am oder um den 14. Juli 2020 wird Meyer Burger mit Blick auf die von der a.o. GV genehmigte Transaktionsvariante einen Emissions- und Kotierungsprospekt (*offering and listing prospectus*) veröffentlichen.

#### F.

Voraussichtlich am oder um den 28. Juli 2020 soll die Kapitalerhöhung vorbehältlich deren Genehmigung durch die a.o. GV und der erfolgreichen Erzielung eines Bruttoerlöses von mindestens CHF 150 Millionen sowie der Erfüllung allfälliger weiterer Bedingungen gemäss den jeweiligen PIPE and Backstop Commitment Agreements im Handelsregister eingetragen werden.

Der Vollzug bzw. das *Closing* der Kapitalerhöhung erfolgt voraussichtlich am oder um den 29. Juli 2020.



## G.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Mirjam Eggen (Vorsitzende), Beat Fellmann sowie Thomas Rufer gebildet.

—

## Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

### 1. Die Angebotspflicht nach Art. 135 FinfraG

#### 1.1 Die anwendbaren Rechtsgrundlagen

[1] Die Statuten der Meyer Burger enthalten weder eine *Opting out*- noch eine *Opting up*-Klausel im Sinne von Art. 125 Abs. 3 oder 4 FinfraG bzw. Art. 135 Abs. 1 *in fine* FinfraG (vgl. Sachverhalt lit. A ). Somit sind die Vorschriften über Pflichtangebote gemäss Art. 135 f. FinfraG im vorliegenden Fall anwendbar.

[2] Nach Art. 135 Abs. 1 Satz 1 FinfraG muss derjenige, welcher direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die er bereits besitzt, den Grenzwert von 33⅓% der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere dieser Gesellschaft unterbreiten.

[3] Gemäss Art. 33 FinfraV-FINMA gilt Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA für Personen, die angebotspflichtige Beteiligungen an einer Zielgesellschaft im Hinblick auf deren Beherrschung in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe erwerben. Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA bestimmt, dass in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe handelt, wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag, durch andere organisierte Vorkehren oder von Gesetzes wegen abstimmt (vgl. zum Ganzen auch die Verfügung 672/01 vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Erw. 3 ff.).

#### 1.2 Die Ausführungen der Gesuchsteller zu ihren Anträgen Ziff. 1 und Ziff. 2

[4] Den Ausführungen der Gesuchsteller zufolge sei mit Blick auf die Transaktionsvariante I nicht zu erwarten, dass die individuelle (Aktien-)Beteiligung irgendeines antragstellenden Investors nach vollzogener Kapitalerhöhung die Schwelle von 33⅓% der Stimmrechte an Meyer Burger überschreitet. Die (Aktien-)Beteiligungen der antragstellenden Investoren dürften individuell betrachtet zum Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister (siehe dazu auch die weiteren Ausführungen unten) und somit auch zum Zeitpunkt des Vollzugs der Kapitalerhöhung nicht mehr als rund 20% der Stimmrechte an Meyer Burger betragen, was unter dem in Artikel 135 Abs. 1 FinfraG festgelegten Schwellenwert von 33⅓% liegt.

[5] Auf Basis eines entsprechenden Antrags des Verwaltungsrates von Meyer Burger zu den Traktanden 1 und 2 in der Einladung zur a.o. GV (vgl. Sachverhalt lit. B, erster Absatz *in fine*) würden



die neuen Meyer Burger-Aktien - abweichend von Art. 694 OR, der vorsieht, dass das Stimmrecht entsteht, sobald auf die Aktie der gesetzlich oder statutarisch festgesetzte Betrag einbezahlt ist - erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister stimmberechtigt sein (vgl. BSK OR II – ANDREAS LÄNZLINGER, N 2 zu Art. 694, mit weiteren Hinweisen). Dementsprechend sei für die Berechnung der (Aktien-)Beteiligungen der einzelnen antragstellenden Investoren für die Zwecke der im FinfraG enthaltenen Schwellenwerte (wobei das Verfügungs- und nicht das Verpflichtungsgeschäft der massgebliche Auslöser sei) nur das (erhöhte) Aktienkapital der Zielgesellschaft per Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister massgebend. Da es sich in jedem Fall auch um eine im Wege eines sog. *Hyperexpress*-Verfahrens (taggleiche Eintragung) eingetragene Kapitalerhöhung handle, lägen zwischen dem Bestätigungsbeschluss des Verwaltungsrates von Meyer Burger über die Kapitalerhöhung und deren Eintragung ins Handelsregister ausserdem nur Stunden.

[6] Die antragstellenden Investoren hätten zu keinem Zeitpunkt in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit Blick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft (oder anderweitig) im Sinne von Art. 33 FinfraV-FINMA in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA (in Auslegung durch die Übernahmekommission und das Bundesgericht, vgl. BGE 130 II 530, Erw. 6.5 ff. [*Quadrant*], Verfügung 573/01 vom 8. August 2014 in Sachen *Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG*, Erw. 3.2.2, Verfügung der Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommision vom 13. Juli 2007 in Sachen *Converium Holding AG*, Rz. 74 ff.) gehandelt, weder miteinander, noch mit anderen Investoren oder aktuellen Aktionären von Meyer Burger, und ein solches Handeln sei auch zukünftig nicht geplant.

[7] Zunächst einmal seien lediglich Sentis Capital PCC, IBH Beteiligungs- und Handelsgesellschaft m.b.H. und zwei der Kunden und / oder Fonds, für welche die Zürcher Kantonalbank handle, aber kein anderer antragstellender Investor zum Zeitpunkt der a.o. GV, welche über die Kapitalerhöhung beschliessen wird, Aktionäre von Meyer Burger. Dementsprechend würden nur einige antragstellende Investoren anlässlich der a.o. GV stimmberechtigt sein (und mit Ausnahme von Sentis Capital PCC auch nur Aktionäre mit [Aktien-]Beteiligungen von weniger als 3% der Stimmrechte an Meyer Burger).

[8] Darüber hinaus gäbe es weder einen Vertrag noch andere organisierte Methoden unter den antragstellenden Investoren in Bezug auf die Zielgesellschaft. Die antragstellenden Investoren hätten lediglich mit der Zielgesellschaft separate PIPE and Backstop Commitment Agreements abgeschlossen, die weder miteinander verbunden noch voneinander abhängig seien (vgl. Sachverhalt lit. D). Die zwischen den entsprechenden Parteien separat ausgehandelten PIPE and Backstop Commitment Agreements würden sich inhaltlich ähneln, wichen jedoch in gewissen Aspekten voneinander ab. Darüber gäbe es keine Anzeichen dafür, dass die antragstellenden Investoren ihr Verhalten im Hinblick auf die Erlangung der Kontrolle über die Zielgesellschaft (oder anderweitig) nach Vollzug der Kapitalerhöhung koordiniert hätten, koordinieren würden oder zu koordinieren beabsichtigten; vielmehr handle jeder von ihnen (nur) parallel (sog. zulässiges Parallelverhalten).





[9] Daher hätten die antragstellenden Investoren weder vertraglich noch auf andere Weise geplant, ihr Verhalten im Hinblick auf die Beherrschung von Meyer Burger zu koordinieren oder anderweitig in Bezug auf ihre (zukünftigen) (Aktien-)Beteiligungen an Meyer Burger gemeinsam zu handeln.

### 1.3 Erwägungen der Übernahmekommission

#### 1.3.1 Erwägungen der Übernahmekommission betreffend Antrag Ziff. 2 der Gesuchsteller

[10] Gemäss Art. 34 FinfraV-FINMA berechnet sich der Schwellenwert von  $33\frac{1}{3}\%$  der Stimmrechte gemäss Art. 135 Abs. 1 FinfraG durch die Gegenüberstellung der vom Erwerber gehaltenen Aktien respektive Stimmrechte (Zähler) im Verhältnis zur Gesamtzahl der Stimmrechte gemäss Eintrag im Handelsregister (Nenner). Liegt der aus dieser Gegenüberstellung resultierende Prozentwert über  $33\frac{1}{3}\%$ , wird die Angebotspflicht gemäss Art. 135 Abs. 1 FinfraG ausgelöst, sofern statutarisch nicht ein höherer Wert vorgesehen (*Opting up*) oder die Angebotspflicht ausgeschlossen wurde (*Opting out*) (vgl. zum Ganzen auch auch BEAT M. BARTHOLD/IRÈNE SCHILTER, Kommentar zu Art. 135 FinfraG, in: ROLF SETHE/OLIVIER FAVRE/MARTIN HESS/STEFAN KRAMER/ANSGAR SCHOTT [Hrsg.], Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz FinfraG, Zürich/Basel/Genf 2017, Rn 28 ff. auf S. 1822 ff.).

[11] Für das Überschreiten des Grenzwerts sind nach Art. 34 Abs. 2 FinfraV-FINMA mit Blick auf den Zähler sämtliche Beteiligungspapiere zu berücksichtigen, die im Eigentum der erwerbenden Person stehen oder ihr auf andere Weise Stimmrechte vermitteln, unabhängig davon, ob die Stimmrechte ausübbar sind oder nicht, was zur Folge hat, dass bereits ausgegebene, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene Aktien ebenfalls in die Berechnung einfließen. Die Berechnung des Zählers gemäss Art. 34 Abs. 2 FinfraV-FINMA erfolgt also aufgrund der effektiv vom Erwerber gehaltenen Stimmrechte. So werden im Gegensatz zur Berechnung des Nenners beim Zähler beispielsweise auch unterjährige Transaktionen mitberücksichtigt, wobei bereits die Übertragung des Stimmrechts ausreicht, ungeachtet dessen, ob die Stimmrechte im Nachgang auch effektiv im Aktienbuch eingetragen werden (vgl. zum Ganzen KARL HOFSTETTER/EVELYN SCHILTER-HEUBERGER, THOMAS BRÖNNIMANN, BSK-FinfraG zu Art. 135 FinfraG, in: ROLF WATTER/RASHID BAHAR [Hrsg.], Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz Finanzmarktinfrastukturgesetz, Basel 2019, Rn 13 ff. auf S. 1835 ff.).

[12] Diese unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen für Zähler und Nenner können gegebenenfalls zu einem Resultat führen, welches die wirtschaftliche Realität nicht korrekt reflektiert (vgl. Verfügung 703/01 vom 9. August 2018 in Sachen *CEVA Logistics AG*, Erw. 5; Verfügung 439/01 vom 11. März 2010 in Sachen *Siegfried Holding AG*, Erw. 2.4; Empfehlung 172/01 vom 25. Juli 2003 in Sachen *Von Roll Holding AG*, Erw. 1 ff., insbesondere das *obiter dictum* in Erw. 2.3; vgl. zum Ganzen auch RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/TINO GABERTHÜEL, Öffentliche Kaufangebote, 4. Aufl. 2020, Fn 55 ff.; URS SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht, S. 467 ff.; BEAT M. BARTHOLD/IRÈNE SCHILTER, Kommentar zu Art. 135 FinfraG, in: ROLF SETHE/OLIVIER FAVRE/MARTIN HESS/STEFAN KRAMER/ANSGAR SCHOTT [Hrsg.], Kommentar zum Finanzmarktinfrastukturgesetz



FinfraG, Zürich/Basel/Genf 2017, Rn 28 ff. auf S. 1822 ff.). Namentlich können die unterschiedliche Berechnungsgrundlagen dazu führen, dass ein Aktionär den gemäss Art. 135 Abs. 1 FinfraG massgeblichen Grenzwert von 33⅓% der im Handelsregister eingetragenen Stimmrechte einer Zielgesellschaft bloss vorübergehend und in einem technischen Sinn überschreitet, solange das erhöhte Aktienkapital noch nicht im Handelsregister eingetragen wurde (vgl. Verfügung 456/01 vom 4. Oktober 2010 in Sachen *Addex Pharmaceuticals Ltd*, Erw. 1.2).

[13] Beschliesst der Verwaltungsrat aufgrund einer Ermächtigung der Generalversammlung im Sinne von Art. 651 Abs. 1 OR, das Aktienkapital der Gesellschaft zu erhöhen, so hat er nach der Durchführung der Erhöhung (Zeichnung und Liberierung durch die Aktionäre) in einem Beschluss festzustellen, dass die Erhöhung gültig und entsprechend dem Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung zustande gekommen ist (vgl. Empfehlung 218/02 vom 24. November 2004 in Sachen *Helvetia Patria Holding AG*, Erw. 1.3 sowie die dortigen weiteren Verweise). Weiter hat der Verwaltungsrat einen Änderungsbeschluss betreffend die Gesellschaftsstatuten zu fällen. Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss sind öffentlich zu beurkunden und vom Verwaltungsrat im Handelsregister zur Eintragung anzumelden (Art. 652h Abs. 1 OR).

[14] Für den Zeitpunkt des Entstehens der Aktionärsrechte bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung unterscheidet die Lehre zwischen einem Innen- und einem Aussenverhältnis. Danach entfaltet die Kapitalerhöhung ihre Wirkung im Aussenverhältnis unmittelbar mit ihrer Eintragung im Tagebuch des Handelsregisters. Im Innenverhältnis hingegen entstehen die Aktionärsrechte – und damit auch die Stimmrechte – grundsätzlich schon mit dem Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss des Verwaltungsrats gemäss Art. 652g Abs. 1 OR (vgl. Empfehlung 218/02 vom 24. November 2004 in Sachen *Helvetia Patria Holding AG*, Erw. 1.4 sowie die dortigen weiteren Verweise). Auf dieser Basis wäre davon auszugehen, dass bei einer Kapitalerhöhung auf das Innenverhältnis abzustellen ist (vgl. Empfehlung 172/01 vom 25. Juli 2003 in Sachen *Von Roll Holding AG*, Erw. 2.1.2).

[15] Der Verwaltungsrat kann jedoch in seinem Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss eine abweichende Regelung treffen und festhalten, dass die mit den neuen Aktien verbundene aktienrechtliche Mitgliedschaft – und damit auch das Stimmrecht – erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister entsteht (vgl. Empfehlung 218/02 vom 24. November 2004 in Sachen *Helvetia Patria Holding AG*, Erw. 1.7 sowie die dortigen weiteren Verweise; Empfehlung 172/01 vom 25. Juli 2003 in Sachen *Von Roll Holding AG*, Erw. 2.3 [*obiter dictum*]; KARL HOFSTETTER/EVELYN SCHILTER-HEUBERGER, THOMAS BRÖNNIMANN, BSK-FinfraG zu Art. 135 FinfraG, in: ROLF WATTER/RASHID BAHAR [Hrsg.], Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz Finanzmarktinfrastukturgesetz, Basel 2019, Rn 16 auf S. 1836; SCHENKER hält diese Lösung im Ergebnis zwar für sachgerecht, da auf diese Weise durch die Formulierung des Verwaltungsbeschlusses ein Ausnahmegesuch, das ohnehin bewilligt werden müsste, vermieden werden könne, erachtet die Argumentation, die zu dieser Lösung führt, logisch aber nicht als völlig überzeugend, da nach den allgemeinen Regeln für die Angebotspflicht irrelevant sei, ob der betreffende Aktionär sein Stimmrecht tatsächlich ausüben könne, vgl. URS SCHENKER, Schweizerisches Übernahmerecht, S. 469, Fn 2073).





[16] Im vorliegenden Fall sollen gemäss dem Antrag des Verwaltungsrates von Meyer Burger zu den Traktanden 1 und 2 in der Einladung zur a.o. GV sowie auf Basis eines entsprechenden Feststellungs- und Statutenänderungsbeschlusses des Verwaltungsrates von Meyer Burger gemäss Art. 652g Abs. 1 OR die neuen Meyer Burger-Aktien erst mit Eintrag der Kapitalerhöhung im Handelsregister stimm- und dividendenberechtigt sein (vgl. Sachverhalt lit. B), womit die entsprechenden Aktien den Aktionären grundsätzlich erst in diesem Zeitpunkt zuzurechnen wären. Falls die Aktionäre anlässlich der a.o. GV dem erwähnten Antrag des Verwaltungsrates von Meyer Burger folgen, werden die Stimmrechte auf Basis des Generalversammlungsbeschlusses bzw. des entsprechenden Feststellungs- und Statutenänderungsbeschlusses des Verwaltungsrates von Meyer Burger erst in dem Moment erworben, in dem im Handelsregister die um die mit den neuen Meyer Burger-Aktien verbundenen Stimmrechte erhöhte Gesamtzahl der Stimmrechte von Meyer Burger eingetragen wird.

[17] Dieser Umstand, zusammen mit der Tatsache, dass es sich um eine auf dem Wege eines sog. *Hyperexpress*-Verfahrens (d.h. taggleiche Eintragung) eingetragene Kapitalerhöhung handeln wird (vgl. Erw. 1.2 oben), rechtfertigt nach Ansicht der Übernahmekommission im vorliegenden Fall - wie von den Gesuchstellern beantragt - für die Berechnung der individuellen (Aktien-)Beteiligung jedes antragstellenden Investors per Durchführung der Kapitalerhöhung auf das Aktienkapital der Zielgesellschaft gemäss Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister abzustellen.

### **1.3.2 Fazit betreffend Antrag Ziff. 2 der Gesuchsteller**

[18] Der Antrag Ziff. 2 der Gesuchsteller, gemäss welchem für die Berechnung der individuellen (Aktien-)Beteiligung jedes antragstellenden Investors an Meyer Burger per Durchführung der Kapitalerhöhung das Aktienkapital von Meyer Burger gemäss Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister massgebend sein soll, wird gutgeheissen.

### **1.3.3 Erwägungen der Übernahmekommission betreffend Antrag Ziff. 1 der Gesuchsteller**

[19] Nach Ansicht der Übernahmekommission gibt es im vorliegenden Fall keinerlei Hinweise, Anhaltspunkte oder sonstigen Indizien, wonach die antragstellenden Investoren und / oder andere Investoren, die Verträge abgeschlossen haben oder abschliessen werden, die der Form des der Übernahmekommission vorgelegten Mustervertrags im Wesentlichen ähnlich sind, ihre Verhaltensweise im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abgestimmt hätten und somit in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe im Sinne von Art. 33 FinfraV-FINMA in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA handeln würden (vgl. Verfügung 672/01 vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Erw. 3 ff.; vgl. zum Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise sodann auch die Ausführungen von BEAT M. BARTHOLD/IRÈNE SCHILTER, Kommentar zu Art. 135 FinfraG, in: ROLF SETHE/OLIVIER FAVRE/MARTIN HESS/STEFAN KRAMER/ANSGAR SCHOTT [Hrsg.], Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG, Zürich/Basel/Genf 2017, Rn 51 f. auf S. 1829 f.).



[20] In den jeweils zwischen den einzelnen Investoren und der Zielgesellschaft geschlossenen oder erst noch zu schliessenden PIPE and Backstop Commitment Agreements werden - soweit das auf Basis des der Übernahmekommission vorliegenden Mustervertrags beurteilt werden kann - lediglich die zur Teilnahme des jeweiligen Investors an der Kapitalerhöhung notwendigen Details geregelt. Eine Abstimmung der Verhaltensweise unter den massgeblichen Personen im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft aufgrund erwähnter PIPE and Backstop Commitment Agreements findet entsprechend nicht statt.

[21] Gemäss den Angaben der Gesuchsteller (vgl. Sachverhalt lit. F) wird mit Blick auf die Transaktionsvariante I nach Vollzug bzw. *Closing* auch kein Aktionär individuell über mehr als 33⅓% der Stimmrechte an Meyer Burger verfügen.

### **1.3.4 Fazit betreffend Antrag Ziff. 1 der Gesuchsteller**

[22] Da es vorliegend nach Ansicht der Übernahmekommission bereits am Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise unter den massgeblichen Personen im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft mangelt, wird der Antrag Ziff. 1. der Gesuchsteller um Feststellung, dass die antragstellenden Investoren sowie alle anderen Investoren, die Verträge abgeschlossen haben oder abschliessen werden, die der Form des der Übernahmekommission vorgelegten Mustervertrags im Wesentlichen ähnlich sind, nicht verpflichtet sind, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Meyer Burger gemäss Art. 135 FinfraG zu unterbreiten, gutgeheissen.

[23] Im Sinne einer Auflage wird die Zielgesellschaft verpflichtet, der Übernahmekommission eine Kopie sämtlicher mit den massgeblichen Personen mit Blick auf die Kapitalerhöhung geschlossenen Verträge, insbesondere die PIPE and Backstop Commitment Agreements, zukommen zu lassen.

—

## **2. Publikation und Antrag Ziff. 3 der Gesuchsteller**

[24] Nach Art. 61 Abs. 3 UEV veröffentlicht die Zielgesellschaft die allfällige Stellungnahme ihres Verwaltungsrates (lit. a) und das Dispositiv der Verfügung der Übernahmekommission (lit. b). Zudem veröffentlicht die Zielgesellschaft den Hinweis, innert welcher Frist und unter welchen Voraussetzungen ein qualifizierter Aktionär Einsprache gegen die Verfügung der Übernahmekommission erheben kann (Art. 61 Abs. 3 lit. c UEV). Art. 6 und 7 UEV sind auf diese Veröffentlichung anwendbar (Art. 61 Abs. 4 UEV).

[25] Meyer Burger wird verpflichtet, die allfällige Stellungnahme ihres Verwaltungsrates, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung und den Hinweis auf die Möglichkeit der qualifizierten Aktionäre, Einsprache gegen diese Verfügung zu erheben, in Anwendung von Art. 61 Abs. 3 und 4 UEV zu veröffentlichen.



[26] Im vorliegenden Fall beantragen die Gesuchsteller mit ihrem Antrag Ziff. 3, dass das Gesuch und das Verfahren sowie die Verfügung der Übernahmekommission spätestens am 2. Juli 2020 veröffentlicht werden.

[27] Die Publikation der vorliegenden Verfügung gemäss Art. 61 Abs. 2 UEV wird in Abstimmung mit der Zielgesellschaft (mit Blick auf deren Veröffentlichung) spätestens am 2. Juli 2020 erfolgen, womit der Antrag Ziff. 3 der Gesuchsteller gutgeheissen werden kann.

—

### **3. Gebühr**

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

[29] Entsprechend dem Umfang und der Schwierigkeit des mit der vorliegenden Verfügung behandelten Sachverhaltes, wird die Gebühr auf CHF 30'000 festgesetzt.

—



### **Die Übernahmekommission verfügt:**

1. Mit Blick auf die Transaktionsvariante I wird in Gutheissung des Antrags Ziff. 1 festgestellt, dass die Sentis Capital PCC, die Zürcher Kantonalbank, der Astaris Capital European Opportunities Master Fund Limited und die IBH Beteiligungs- und Handelsgesellschaft m.b.H. sowie alle anderen Investoren, die Verträge abgeschlossen haben oder abschliessen werden, die der Form des der Übernahmekommission vorgelegten Mustervertrags (d.h. des Entwurfs des PIPE and Backstop Commitment Agreements) im Wesentlichen ähnlich sind, vorbehaltlich der Übernahmekommission nicht bekannter Umstände nicht verpflichtet sind, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Meyer Burger Technology AG gemäss Art. 135 FinfraG zu unterbreiten.
2. Meyer Burger Technology AG wird verpflichtet, der Übernahmekommission eine Kopie sämtlicher mit den in Dispositiv-Ziff. 1 hiervor genannten Personen mit Blick auf die Kapitalerhöhung geschlossenen Verträge, insbesondere die PIPE and Backstop Commitment Agreements, zukommen zu lassen.
3. Der Antrag Ziff. 2 wird gutgeheissen.
4. In Gutheissung des Antrags Ziff. 3 wird die Publikation der vorliegenden Verfügung gemäss Art. 61 Abs. 2 UEV in Abstimmung mit Meyer Burger Technology AG spätestens am 2. Juli 2020 erfolgen.
5. Meyer Burger Technology AG wird verpflichtet, die allfällige Stellungnahme ihres Verwaltungsrates, das Dispositiv der vorliegenden Verfügung und den Hinweis auf die Möglichkeit der qualifizierten Aktionäre, Einsprache gegen diese Verfügung zu erheben, in Anwendung von Art. 61 Abs. 3 und 4 UEV zu veröffentlichen.
6. Die Gebühr zu Lasten von Meyer Burger Technology AG, Sentis Capital PCC, Zürcher Kantonalbank, Astaris Capital European Opportunities Master Fund Limited und IBH Beteiligungs- und Handelsgesellschaft m.b.H. beträgt unter solidarischer Haftung CHF 30'000.

Die Vorsitzende:

Mirjam Eggen



**Diese Verfügung geht an die bekannten Parteien:**

- Meyer Burger Technology AG, Sentis Capital PCC, Zürcher Kantonalbank, Astaris Capital European Opportunities Master Fund Limited und IBH Beteiligungs- und Handelsgesellschaft m.b.H., vertreten durch Dr. Dieter Gericke und Dr. Anna Peter, Homburger AG.

**Mitteilung an:**

–

**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).

–