



Georg Gotschev* / Marie Jenny**

Thematiken und Problematiken bei der Angebotspflicht

Bemerkungen basierend auf der Verfügung 672/01 der Übernahmekommission vom 26. Januar 2018 in Sachen SHL Telemedicine Ltd.



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Feststellung der Angebotspflicht im Fall SHL Telemedicine Ltd.
 1. Der Sachverhalt
 - a. Die beteiligten Parteien
 - b. Die Beteiligungen an SHL
 - c. Die mögliche Expansion von SHL nach China
 - d. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates von SHL
 - e. Die Verfahrensschritte
 2. Die Erwägungen der UEK
 - a. Die Notifikation von Personen im Ausland
 - b. Die angebotspflichtige organisierte Gruppe
 - c. Die Suspendierung der Stimmrechte und das Verbot, weitere SHL-Aktien zu erwerben
- III. Analyse
 1. Der Einbezug von Personen mit Sitz oder Wohnsitz ausserhalb der Schweiz
 - a. Aufbau
 - b. Die Problematik
 - c. Die internationale Amts- oder Rechtshilfe
 - d. Die amtliche Publikation
 - e. Mögliche Konsequenzen
 2. Die Erwägungen betreffend die Himalaya Untergruppe
 - a. Aufbau
 - b. Erkenntnisse aus der Annahme der Himalaya Untergruppe
 - c. Mögliche Konsequenzen
 3. Die Erwägungen betreffend die angebotspflichtige Gruppe bestehend aus Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe
 - a. Aufbau
 - b. Problematik
 - c. Erkenntnisse aus der Zurechnung von Stimmrechten auf Grund von Handlungen eines Mittelsmanns
 - d. Erkenntnisse aus Annahme einer Gruppe zwischen Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe
- IV. Fazit

I. Einleitung

Am 26. Januar 2018 erliess die Übernahmekommission (UEK) ihre Verfügung 672/01 (**Verfügung 672/01**) i.S. *SHL Telemedicine Ltd.* (SHL). Darin verpflichtete die UEK folgende Parteien dazu, ein Pflichtangebot i.S.v. Art. 135 Abs. 1 FinfraG an alle Aktionäre von SHL zu unterbreiten: Zum einen Mengke Cai, eine chinesische Geschäftsfrau, die ihre Aktien an SHL selbst erworben hatte. Zum anderen das in Hong Kong wohnhafte Ehepaar Xiang Xu und Kun Shen. Diese hatten ihre Beteiligung an SHL ursprünglich über die Himalaya Asset Management Limited und Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund (diese beiden gemeinsam **Himalaya**) aufgebaut. Himalaya wird gemeinsam mit Xiang Xu und Kun Shen in der Folge die **Himalaya Untergruppe** genannt.

Die Verfügung 672/01 erging ein halbes Jahr, nachdem die UEK ein auf Englisch verfasstes Gesuch der Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und von Elon Shalev (gemeinsam die **Gesuchsteller**) erhalten hatte.

Bei der Verfügung 672/01 handelte es sich nicht nur um die längste Verfügung in der Geschichte der UEK, sondern zugleich auch um die erste, welche die UEK auf Englisch verfasst hatte.¹ Ausserdem ergaben sich in jenem Fall in diversen Bereichen Fragen, die noch nicht beantwortet waren. Erstens waren die Aktien von SHL an der SIX Swiss Exchange (SIX) hauptnotiert. Ihren Sitz hatte SHL jedoch in Tel Aviv, Israel. Gemeinsam mit der in Hong Kong wohnhaften bzw. domizilierten Himalaya Untergruppe und mit der in Festlandchina wohnhaften Mengke Cai ergab das eine besondere internationale Ausgangslage. Der einzige Anknüpfungs-

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Rechtskonsultent der Schweizerischen Übernahmekommission. Der Autor drückt im vorliegenden Beitrag seine persönliche Meinung aus, welche die UEK nicht bindet.

** Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M. (*Harvard University*), Rechtskonsultentin der Schweizerischen Übernahmekommission. Die Autorin drückt im vorliegenden Beitrag ihre persönliche Meinung aus, welche die UEK nicht bindet.

¹ Unter der aUEV-UEK, die bis am 31. Dezember 2008 in Kraft war, wurde nicht geregelt, in welcher Sprache die Empfehlungen der UEK zu erlassen waren. Art. 56 Abs. 2 aUEV-UEK sah lediglich vor, dass die Arbeitssprachen der UEK Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch waren. So gab es unter der aUEV-UEK diverse auf Englisch verfasste Empfehlungen (vgl. statt aller die Empfehlung 6/01 vom 30. April 1998 und die Empfehlung 6/02 vom 12. Juni 1998 im Fall *Zürich Versicherungs-Gesellschaft*). Neu sieht Art. 66 Abs. 2 UEV vor, dass die Verfügungen der UEK in einer Amtssprache zu verfassen sind, welches in der Regel diejenige Sprache ist, die am schweizerischen Sitz der Zielgesellschaft gesprochen wird.

punkt in der Schweiz war die Tatsache, dass die Aktien von SHL an der SIX hauptnotiert waren. Zweitens wurde die Verfügung 672/01, mit welcher die UEK feststellte, dass Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe ein Pflichtangebot an die Aktionäre von SHL unterbreiten mussten, von den angebotspflichtigen Parteien nicht angefochten. Damit lag zum ersten Mal in der Geschichte des schweizerischen Übernahmerechts ein Fall vor, in welchem Aktionäre durch die UEK verpflichtet wurden, ein Pflichtangebot zu unterbreiten, ohne sich gegen die entsprechende hoheitliche Feststellung mittels Beschwerde zu wehren.

Im Folgenden fassen wir zunächst die wesentlichen Punkte der Verfügung 672/01 zusammen (II). Anschließend analysieren wir die Bedeutung der Verfügung 672/01 für die Praxis (III), bevor wir zum Abschluss ein Fazit ziehen (IV).

II. Feststellung der Angebotspflicht im Fall SHL Telemedicine Ltd.

1. Der Sachverhalt

a. Die beteiligten Parteien

SHL ist eine Gesellschaft mit Sitz in Tel Aviv, Israel. Sie entwickelt und vermarktet telemedizinische Systeme. Ihre Aktien sind an der SIX hauptnotiert.

Yoram Alroy, Erez Alroy, Yariv Alroy, Hila Alroy, Nahama Alroy, Elon Shalev und Ziva Shalev (die **Alroy & Shalev Gruppe**) hielten indirekt 23,05 % der Aktien an SHL. Die beiden oben erwähnten Gesuchsteller bildeten einen Teil der Alroy & Shalev Gruppe.

Mengke Cai ist eine chinesische Geschäftsfrau, die mit Zhenxi Hao verheiratet ist. Mit diesem gründete sie die Zhuhai Hokai Medical Instruments Co., Ltd. (**Hokai**). Sie ist Vizepräsidentin von Hokai und hält an dieser Gesellschaft eine Beteiligung von 16 % der Aktien und Stimmen.² Bei Hokai handelt es sich um eine Gesellschaft, deren Beteiligungspapiere an der *Shenzhen Stock Exchange* kotiert sind. Hokai hat ihren Sitz in Zhuhai, China, und bietet medizinisches Equipment und weitere medizinische Dienstleistungen an.³ Jinsheng Dong war ein *corporate officer* und Vizepräsident von Hokai. Er war für die Aktivitäten von Hokai ausserhalb Chinas zuständig.⁴

² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. F.

³ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. G.

⁴ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. H.

GF Fund Management Co Ltd. (**GF Fund**) ist ein Fondsmanager. Über einen solchen Fondsmanager können Personen mit Wohnsitz in China im Ausland investieren. Weder Mengke Cai noch Hokai hatten eine Beteiligung an GF Fund.⁵

Kun Shen ist mit Xiang Xu verheiratet.⁶ Xiang Xu ist Direktor von Himalaya Asset Management Limited (**Himalaya AM**) und von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund (**Himalaya TMT Fund**). Himalaya TMT Fund ist ein Fonds gemäss dem Recht der Cayman Islands. Er wurde als Investitionsvehikel der Familie von Kun Shen und Xiang Xu im Jahr 2013 gegründet. 2015 wurde Himalaya TMT Fund für andere Investoren geöffnet. Zu diesem Zeitpunkt wurde auch Himalaya AM Fondsmanager von Himalaya TMT Fund. Himalaya AM hat zwei Organe: Xiang Xu und Zhong Xia.⁷ Kun Shen ist Investorin im Himalaya TMT Fund. Im Zeitpunkt, in welchem die Verfügung 672/01 erlassen wurde, war Kun Shen die einzige Investorin des Himalaya TMT Fund.⁸

b. Die Beteiligungen an SHL

Die nachfolgend geschilderten Beteiligungen an SHL waren auf der Datenbank der SIX abrufbar, als die Verfügung 672/01 erlassen wurde.

Die Alroy & Shalev Gruppe hielt seit dem 22. Dezember 2016 als organisierte Gruppe i.S.v. Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA indirekt über Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd., Y. Alroy Family Ltd., Elon Shalev Investments Ltd. und Southland Holding Ltd. 23,05 % an SHL.⁹

Mengke Cai legte am 11. August 2016 eine Beteiligung von 29,85 % an SHL offen.¹⁰

Himalaya legte folgende Beteiligungen an SHL offen:

- Am 18. Februar 2016: 3,43 %;
- Am 12. März 2016: 5,33 %;
- Am 18. August 2016: 10,12 %;
- Am 24. März 2017: 16,10 %;
- Am 13. Juni 2017: 20,05 %;
- Am 14. Oktober 2017: 0,08 %.¹¹

⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. I.

⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. E.

⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. D.

⁸ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. E.

⁹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. N., Punkt 3.

¹⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. K.

¹¹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. L.

Am 14. Oktober 2017 legte Kun Shen eine Beteiligung von 23,52 % an SHL offen. Am 8. November 2017 erhöhte Kun Shen ihre Beteiligung an SHL auf 25,02 %.¹²

c. Die mögliche Expansion von SHL nach China

Am 24. Februar 2016 fand die ordentliche Generalversammlung von SHL in Tel Aviv statt. Xiang Xu war an dieser Generalversammlung anwesend. Er wurde von Jinsheng Dong begleitet. Dieser wurde als Übersetzer von Xiang Xu vorgestellt.¹³

Noch am selben Tag trafen Xiang Xu und Jinsheng Dong Yariv Alroy. Xiang Xu wollte einen möglichen Erwerb der Beteiligung der Alroy & Shalev Gruppe an SHL durch Himalaya besprechen. Jinsheng Dong war wiederum als Übersetzer von Xiang Xu an diesem Treffen anwesend.¹⁴

Am 7. April 2016 stellte Xiang Xu Yoav Rubinstein, der damals *Head of Business Development* von SHL war, Hokai vor. Dabei bezeichnete Xiang Xu Hokai als den besten Partner für SHL für den chinesischen Medizinalmarkt.¹⁵

Am 11. April 2016 stellte Xiang Xu Jinsheng Dong Yoav Rubinstein vor. Anschliessend wurde ein Besuch in China organisiert, an dem Vertreter von SHL Hokai besuchten. Dieser Besuch fand am 5. und am 6. Juni 2016 statt.¹⁶

Xiang Xu war bei den entsprechenden Meetings anwesend.¹⁷ Am 8. Juni 2016 schrieb dieser den Vertretern von SHL Folgendes: «*After meeting you in ZhuHai, we have decided to acquire 25 %-30 % shares of SHL*».¹⁸

Am 5. August 2016 erwarb Mengke Cai eine Beteiligung von 29,85 % an SHL von der Aktionärsgruppe um Barak Capital, Eli Alroy and Copper Finance Ltd. Es wurde lediglich ein mündlicher Vertrag über die erwähnte Beteiligung an SHL zu CHF 8.70 pro Aktie von SHL geschlossen.¹⁹

Am 15. September 2016 trafen Vertreter der Alroy & Shalev Gruppe Jinsheng Dong. Sie sagten ihm, dass sie ihre Beteiligung an SHL lieber verkaufen würden, als mit

Hokai zusammenzuarbeiten.²⁰ Daraufhin verwies Jinsheng Dong die Vertreter der Alroy & Shalev Gruppe an Xiang Xu, um über einen Verkauf deren Aktien zu sprechen.²¹

Am 14. März 2017 teilte Xiang Xu der Alroy & Shalev Gruppe mit, dass der potentielle Käufer der Aktien von SHL die Transaktion auf Grund einer sehr strikten Kontrolle von Fremdwährungen durch die chinesische Regierung nicht eingehen konnte.²²

d. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrates von SHL

Am 5. Januar 2017 fand eine ausserordentliche Generalversammlung von SHL statt, an der die so genannten externen unabhängigen Mitglieder des Verwaltungsrates gewählt werden sollten. Sowohl Mengke Cai als auch Himalaya stimmten an dieser Generalversammlung auf schriftlichem Wege und im gleichen Sinne ab.²³

Am 11. Mai 2017 fand die ordentliche Generalversammlung von SHL statt. Wiederum nahmen Mengke Cai und Himalaya nicht persönlich teil, sondern stimmten auf schriftlichem Wege ab. Beide enthielten sich hinsichtlich der Wiedereinsetzung des externen Revisors der Stimme. Sodann stimmten sie beide für die geänderte Vergütungspolitik und für die Optionen an SHL, die den neuen externen unabhängigen Mitgliedern des Verwaltungsrates gewährt wurden.²⁴

Mit Bezug auf die Wahlen in den Verwaltungsrat von SHL stimmte Mengke Cai für zwei Mitglieder, die sie selber vorgeschlagen hatte (Cailong Su und Xuewen Wu). Ferner enthielt sie sich der Stimme bezüglich des dritten von ihr vorgeschlagenen Kandidaten (He Yi). Sodann stimmte sie für die beiden von Himalaya vorgeschlagenen Kandidaten (Amir Lerman und Shenlu Xu) sowie für den Kandidaten der Alroy & Shalev Gruppe (Elon Shalev), jedoch gegen denjenigen Kandidaten, welchen G.Z. Asset and Management Ltd präsentiert hatte (Ziv Carty).²⁵

Himalaya stimmte für die selbst von ihr vorgeschlagenen Kandidaten (Amir Lerman und Shenlu Xu) ebenso wie für die beiden Kandidaten von Mengke Cai, für welche diese abgestimmt hatte (Cailong Su und Xuewen Wu). Himalaya stimmte gegen den dritten von Mengke Cai

¹² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. M.

¹³ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. R.

¹⁴ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. S.

¹⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. W.

¹⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. Y – CC.

¹⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. DD.

¹⁸ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. FF.

¹⁹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. GG.

²⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. II.

²¹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. JJ.

²² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. MM.

²³ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. VV.

²⁴ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. YY.

²⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. AAA.

vorgeschlagenen Kandidaten (He Yi), jedoch für den Kandidaten, den die Alroy & Shalev Gruppe vorgeschlagen hatte (Elon Shalev). Auch Himalaya stimmte gegen den Kandidaten der G.Z. Asset and Management Ltd (Ziv Carty).²⁶

Damit wurden Cailong Su, Xuewen Wu, He Yi, Amir Lerman, Shenlu Xu und Elon Shalev in den Verwaltungsrat von SHL gewählt.²⁷

Soweit es um die Wahl des externen und unabhängigen Mitglieds des Verwaltungsrates ging, stimmten ferner Mengke Cai sowie Himalaya für den von Himalaya vorgeschlagenen Xuenqun Qian, jedoch gegen die Kandidaten, die von der Alroy & Shalev Gruppe und von G.Z. Assets and Management Ltd vorgeschlagen worden waren.²⁸ Elon Shalev als damaliger Präsident des Verwaltungsrates von SHL entschied, die Beteiligungen von Mengke Cai und von Himalaya an SHL als solche von kontrollierenden Aktionären im Sinne des israelischen Gesellschaftsrechts einzuordnen. Entsprechend wurde Xuenqun Qian an dieser Generalversammlung nicht gewählt.²⁹

Am 28. Juni 2017 fand eine ausserordentliche Generalversammlung von SHL statt, an der zwei unabhängige Mitglieder in deren Verwaltungsrat gewählt werden sollten.³⁰ Yehoshua Abramovich wurde von der Alroy & Shalev Gruppe vorgeschlagen. Mengke Cai enthielt sich bei seiner Wahl der Stimme, während Himalaya ihn wählte. Wiederum stand der von Himalaya vorgeschlagene Xuenqun Qian zur Wahl, der von Mengke Cai und von Himalaya gewählt wurde.³¹ Zu diesem Zeitpunkt agierte jedoch Xuewen Wu bereits als neue Präsidentin des Verwaltungsrates von SHL und klassifizierte die von Mengke Cai und von Himalaya gehaltenen Aktien nicht als solche von kontrollierenden Aktionären von SHL im Sinne des israelischen Gesellschaftsrechts. Damit wurde auch Xuenqun Qian als unabhängiges Mitglied des Verwaltungsrates von SHL gewählt.³²

e. Die Verfahrensschritte

Am 11. Juli 2017 ging bei der UEK ein Gesuch der Gesuchsteller ein. Darin wurde beantragt, Himalaya (Cayman Island) TMT Fund und/oder Himalaya Asset Ma-

agement Ltd. und/oder Xiang Xu und/oder GF Fund Management Co. Ltd. und/oder Zhuhai Hokai Medical Instruments Co. Ltd. und/oder Mengke Cai zu verpflichten, ein Angebot für alle kotierten Aktien von SHL nach Art. 135 FinfraG zu unterbreiten. Ferner wurde darin beantragt, die Stimmrechte und die damit zusammenhängenden Rechte der soeben aufgeführten Parteien zu suspendieren und gegenüber diesen Parteien ein Zukaufsverbot bezüglich Aktien und Beteiligungspapieren von SHL auszusprechen. Die letzten beiden erwähnten Anträge sollten dabei auch als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens verhängt werden.³³

Am 11. September 2017 publizierte die UEK eine verfahrensleitende Verfügung auf ihrer Webseite. Diese Verfügung wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) am 12. September 2017 veröffentlicht. Damit wurde Himalaya, Xiang Xu, GF Fund, Hokai und Mengke Cai eine Frist angesetzt, um einen Rechtsvertreter in der Schweiz zu bestellen und um deren Recht auf rechtliches Gehör im betreffenden Verfahren auszuüben.³⁴

Auf diese Publikation der verfahrensleitenden Verfügung der UEK hin gelangte Mengke Cai mit einem Rechtsvertreter in der Schweiz an die UEK und verlangte eine Fristerstattung, die ihr gewährt wurde.³⁵ Am 23. Oktober 2017 reichte sodann Mengke Cai eine Eingabe ein.³⁶ Am selben Tag ging auch eine Eingabe von Xiang Xu bei der UEK ein.³⁷

Am 3. November 2017 reichten die Gesuchsteller eine weitere Eingabe bei der UEK ein.³⁸ Die Antwort darauf von Xiang Xu ging am 12. November 2017 und diejenige von Mengke Cai am 17. November 2017 bei der UEK ein.³⁹

Am 17. November 2017 publizierte die UEK eine weitere verfahrensleitende Verfügung auf ihrer Webseite. Diese Verfügung wurde am 18. November 2017 im SHAB veröffentlicht. Damit wurde Kun Shen eine Frist angesetzt, um einen Rechtsvertreter in der Schweiz zu bestellen und das Recht auf rechtliches Gehör im betreffenden Verfahren auszuüben.⁴⁰

²⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. BBB.

²⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. CCC.

²⁸ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. DDD.

²⁹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. EEE.

³⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. HHH.

³¹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. III.

³² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. JJJ.

³³ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. LLL.

³⁴ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. QQQ.

³⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. RRR. – VVV.

³⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. XXX.

³⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. YYY.

³⁸ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. DDDD.

³⁹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. GGGG. und HHHH.

⁴⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. JJJJ.

Daraufhin gelangte Kun Shen am 28. November 2017 an die UEK,⁴¹ woraufhin die UEK am 12. Dezember 2017 das Verfahren auf Kun Shen ausdehnte.⁴² Nach diversen weiteren Schriftenwechseln⁴³ erliess die UEK die Verfügung 672/01 am 26. Januar 2018.

2. Die Erwägungen der UEK

a. Die Notifikation von Personen im Ausland

Die UEK hielt zunächst fest, dass nach Art. 36 lit. b 1. Teilsatz VwVG⁴⁴ eine Behörde ihre Verfügungen durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt gegenüber einer Partei eröffnen kann, die sich im Ausland aufhält und keinen erreichbaren Vertreter hat, wenn die Zustellung an den Aufenthaltsort dieser Partei unmöglich ist.⁴⁵

In diesem Fall hatten alle Parteien, die potentiell angebotspflichtig i.S.v. Art. 135 Abs. 1 FinfraG waren, ihren Sitz oder Wohnsitz im Ausland. Dasselbe galt für Kun Shen. Alle Dokumente auf dem Rechtshilfegeweg an diese Parteien zuzustellen, wäre nach Auffassung der UEK unmöglich gewesen. So hätte beispielsweise eine Zustellung nach China bis zu ein Jahr in Anspruch genommen und die entsprechenden Dokumente hätten auch auf Chinesisch übersetzt werden müssen. Entsprechend nahm die UEK an, dass die Parteien und Kun Shen mittels der Publikationen im SHAB gestützt auf Art. 36 lit. b 1. Teilsatz VwVG formell korrekt und rechtsverbindlich ins Verfahren einbezogen worden waren.⁴⁶

b. Die angebotspflichtige organisierte Gruppe

(i) Die allgemeinen Ausführungen

Die UEK stieg in den materiell-rechtlichen Teil der Verfügung ein, indem zunächst die relevanten rechtlichen Grundlagen für ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Sinne der Angebotspflicht präsentiert wurden. Neben der Rechtsgrundlage für die Angebotspflicht in Art. 135 Abs. 1 FinfraG handelt es sich dabei insbesondere um Art. 33 FinfraV-FINMA. Dieser sieht vor, dass für Personen, die der Angebotspflicht unterliegende Beteiligungen der Zielgesellschaft im Hinblick auf die Beherrschung der Zielgesellschaft in gemeinsamer Absprache

oder als organisierte Gruppe erwerben, Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA gilt.⁴⁷

Anschliessend fasste die UEK die einschlägige Praxis für ein Handeln in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA zusammen.⁴⁸ Eine Absprache im Hinblick auf die Beherrschung einer Gesellschaft wird gemäss den Feststellungen der UEK nach höchstrichterlicher Rechtsprechung insbesondere angenommen, «*wenn der gemeinsame Erwerb eine solche objektiv ermöglicht und aufgrund der Umstände darauf zu schliessen ist, dass eine Beherrschung auch angestrebt wird.*»⁴⁹

Seit dem betreffenden Urteil des Bundesgerichts war ferner die Praxis der UEK mit Blick auf die Frage, wann eine Absprache im Hinblick auf die Beherrschung gemäss Art. 33 FinfraV-FINMA vorliegt, weiterentwickelt worden. Die UEK erwähnte in der Verfügung 672/01 insbesondere ihre Empfehlungen in Sachen *Helvetia Patria Holding AG* und *Forbo Holding AG*.⁵⁰ Sie führte unter Hinweis auf den Fall *Forbo Holding AG* aus, dass eine Absprache im Hinblick auf die Beherrschung gemäss Art. 33 FinfraV-FINMA «*tendenziell*» dann anzunehmen sei, wenn Verhandlungen im Vorfeld einer Generalversammlung mit dem Ziel geführt würden, einen Kontrollwechsel bei der Zielgesellschaft herbeizuführen.⁵¹ Ferner wies die UEK auf die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) vom 29. Mai 2008 in Sachen *Sulzer AG* hin.⁵² Massgebend bei der Prüfung einer Absprache im Hinblick auf die Beherrschung nach Art. 33 FinfraV-FINMA war dabei gemäss EBK, «*ob aus Sicht der Minderheitsaktionäre die Absprache bzw. die Vorkehren zwischen den Aktionären derart ausgestaltet sind, dass diese als angebotspflichtige Gruppe derselben massgebenden Einfluss auf die Geschicke der Zielgesellschaft nehmen können, wie dies auch ein einzelner Aktionär mit derselben Stimmkraft tun könnte.*»⁵³

⁴¹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. PPPP.

⁴² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. TTTT.

⁴³ Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. UUUU. – CCCCC.

⁴⁴ Gemäss Art. 139 Abs. 1 FinfraG gelten für das Verfahren der UEK unter Vorbehalt der in Art. 139 Abs. 2 – 5, Art. 140 und Art. 141 FinfraG enthaltenen Ausnahmen die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG).

⁴⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 6.

⁴⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 7 f.

⁴⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 27, wo richtigerweise auch Art. 12 Abs. 1 FinfraV-FINMA erwähnt wird. Nach dieser Bestimmung handelt in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe, wer seine Verhältnisse im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren oder von Gesetzes wegen abstimmt.

⁴⁸ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 28 – 31.

⁴⁹ BGE 130 II 530 ff., Erw. 6.5.7; vgl. ebenfalls Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 28 bezüglich dem zitierten BGE.

⁵⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 29 f. m.H.

⁵¹ Vgl. Empfehlung 242/01 der UEK vom 3. Juni 2005 in Sachen *Forbo Holding AG*, Erw. 4.2; Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 30.

⁵² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 31.

⁵³ Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 29. Mai 2008 in Sachen *Sulzer AG/Everest Beteiligungs GmbH*, Rn 55; vgl. ebenfalls Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 31.

Des Weiteren wiederholte die UEK, dass die Dauer einer Verhaltensabstimmung gemäss ihrer ständigen Praxis nicht entscheidend ist, um eine angebotspflichtige Gruppe entstehen zu lassen.⁵⁴

Abschliessend stellte die UEK fest, dass es wünschbar ist, dass Kontakte zwischen Aktionären im Vorfeld einer Generalversammlung stattfinden – dies im Hinblick auf eine effektive Corporate Governance sowie auf einen gut funktionierenden Unternehmenskontrollmarkt.⁵⁵

Die UEK ging dann dazu über, die Frage zu prüfen, ob und wer im Einzelnen mit wem mit Blick auf SHL in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA gehandelt hatte. Die entsprechenden Erwägungen werden nachfolgend zusammengefasst.

(ii) Hokai

Zumal Hokai weder direkt noch indirekt Aktien an SHL hielt, wurde die Frage, ob Hokai von Mengke Cai kontrolliert wurde, von der UEK offen gelassen. Es konnte kein Handeln in gemeinsamer Absprache mit anderen Parteien i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA festgestellt werden, soweit Hokai betroffen war.⁵⁶

(iii) GF Fund

Die UEK hielt fest, dass GF Fund von Mengke Cai auf Grund der chinesischen Gesetzgebung verwendet werden musste, damit Mengke Cai ihr Investment in SHL realisieren konnte. Da GF Fund die Stimmrechte aus den Aktien an SHL nicht ausüben konnte und da nicht ausreichend Elemente vorlagen, um davon ausgehen zu können, dass GF Fund mehr als ein reines *pass through-vehicle* war, nahm die UEK an, dass GF Fund nicht in gemeinsamer Absprache mit anderen Parteien i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA gehandelt hatte.⁵⁷

(iv) Zurechnung der Handlungen von Jinsheng Dong an Mengke Cai

Diverse Aussagen und Zitate der Vertreter von Mengke Cai und von Jinsheng Dong⁵⁸ zeigten nach Auffassung der UEK, dass Jinsheng Dong in Übereinstimmung mit den ausdrücklichen Anordnungen von Mengke Cai handelte. Er verhandelte den Kauf der Beteiligung an SHL durch Mengke Cai. Es war jedoch die Entscheidung von Mengke Cai, in SHL zu investieren.⁵⁹ Entsprechend

nahm die UEK an, dass alle Handlungen von Jinsheng Dong gemäss den Instruktionen oder in Übereinstimmung mit Mengke Cai vorgenommen worden waren. Somit rechnete die UEK die Handlungen von Jinsheng Dong Mengke Cai zu.⁶⁰

(v) Die Himalaya Untergruppe

In der Folge prüfte die UEK, ob Himalaya, Xiang Xu und Kun Shen als organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA gehandelt hatten.

Die Eheleute Kun Shen und Xiang Xu hatten den Himalaya TMT Fund 2013 alleine gegründet. Sie hielten jederzeit mindestens 70 % der Anteile an diesem Fonds. Kun Shen wurde in ihrer Eigenschaft als Direktorin des Himalaya TMT Fund neben Xiang Xu über die Investments in SHL informiert, auch wenn diese Entscheidungen von Himalaya AM getroffen worden waren.⁶¹ Die UEK ging davon aus, dass Kun Shen die Strategie, Aktien in SHL zu erwerben, offensichtlich guthies, weil sie in der Folge weiterhin Geld in den Himalaya TMT Fund investierte. Entsprechend nahm die UEK an, dass Himalaya, Xiang Xu und Kun Shen in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA handelten und eine Untergruppe im Sinne dieser Bestimmung bildeten.⁶²

(vi) Die angebotspflichtige Gruppe bestehend aus Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe

In der Folge ging die UEK davon aus, dass Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe ihre Handlungen koordiniert hatten, um die Kontrolle über SHL i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA zu erwerben. Es wurde ausgeführt, dass diese Koordination mehrere Monate gedauert hatte und das gemeinsame Ziel gehabt hatte, eine Expansion des Geschäftsmodells von SHL nach China herbeizuführen, indem eine geschäftliche Beziehung mit Hokai geschaffen wurde. Die UEK nahm somit an, dass Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe deren Erwerb von mehr als 50 % der Aktien an SHL koordiniert hatten, dies insbesondere, um zu vermeiden, dass ein anderer strategischer Investor aus China eine wichtige Beteiligung an SHL erwerben konnte.⁶³ Auch wenn die Motive für Mengke Cai und für die Himalaya Untergruppe, in SHL zu investieren, unterschiedlich waren, war die UEK der Meinung, dass Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe ein gemeinsames Ziel verfolgten und eine gemeinsame Strategie entwickelt hatten, um die Kontrolle

⁵⁴ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 32 f.

⁵⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 34 f.

⁵⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 38.

⁵⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 40.

⁵⁸ Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 41 – 47 im Einzelnen.

⁵⁹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 48.

⁶⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 50.

⁶¹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 63 f.

⁶² Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 65.

⁶³ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 82.

über SHL mittels einer gemeinsamen Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA zu übernehmen.⁶⁴

Des Weiteren ging die UEK davon aus, dass die Vertreter von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe nach der Generalversammlung von SHL vom 11. Mai 2017 die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrates von SHL ausmachten, wenn man diese zusammen zählte.⁶⁵ Ebenso wurden die diversen Kontakte zwischen Xiang Xu und Jinsheng Dong – letzterer im Namen von Mengke Cai handelnd – mit Vertretern von SHL und der Alroy & Shalev Gruppe dahingehend berücksichtigt, dass diese ein Handeln in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA substantiierten.⁶⁶ Ausserdem zog die UEK in Betracht, dass Mengke Cai und Himalaya TMT Fund beide an den Generalversammlungen von SHL vom 5. Januar 2017, vom 11. Mai 2017 und vom 28. Juni 2017 jeweils brieflich abgestimmt hatten. Die UEK war diesbezüglich der Ansicht, dass das entsprechende Stimmverhalten von Mengke Cai und von Kun Shen ziemlich ausgeklügelt und gut durchdacht war. Es lieferte der UEK zusätzliche Indizien dafür, dass die Stimmrechte nach einem Gespräch zwischen Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe und nach einer gegenseitigen Absprache mit Blick auf die Frage, welche Personen Mitglieder des Verwaltungsrates von SHL werden sollten, ausgeübt worden waren.⁶⁷

Nach einer Zusammenfassung der Indizienbeweise im vorliegenden Fall⁶⁸ nahm die UEK somit an, dass zwischen Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe ein Handeln in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA vorlag. Dieses hatte spätestens in dem Zeitpunkt begonnen, als die Mehrheit des Verwaltungsrates von SHL ausgewechselt wurde, sprich am 11. Mai 2017. Somit waren Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe gestützt auf Art. 135 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 33 FinfraV-FINMA verpflichtet, den Aktionären von SHL ein öffentliches Pflichtangebot zu unterbreiten.⁶⁹

c. Die Suspendierung der Stimmrechte und das Verbot, weitere SHL-Aktien zu erwerben

Die UEK hielt abschliessend fest, dass die Suspendierung der Stimmrechte von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe vor dem Ablauf der zweimonatigen Frist i.S.v.

Art. 39 Abs. 1 FinfraV-FINMA für die Unterbreitung des Pflichtangebotes nicht erforderlich war.⁷⁰ Hingegen verbot die UEK Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe, bis zur Erfüllung ihrer Angebotspflicht weitere Aktien sowie Erwerbs- oder Veräusserungsrechte von SHL zu erwerben.⁷¹

III. Analyse

1. Der Einbezug von Personen mit Sitz oder Wohnsitz ausserhalb der Schweiz

a. Aufbau

Zunächst stellen wir im Folgenden die bestehende Problematik vor (lit. b). Anschliessend besprechen wir die verfahrensrechtlichen Fragen unter den Aspekten der internationalen Amts- und Rechtshilfe (lit. c). Sodann prüfen wir, ob eine Publikation i.S.v. Art. 36 lit. b erster Teilsatz VwVG eine gangbare Lösungsmöglichkeit für ähnlich gelagerte Fälle wie dem vorliegend präsentierten darstellt (lit. d). Abschliessend beschreiben wir die möglichen Konsequenzen in diesem Kontext (lit. e).

b. Die Problematik

Fälle, in denen potentiell angebotspflichtige Personen ihren Sitz oder Wohnsitz ausserhalb der Schweiz haben, ohne über einen Vertreter in der Schweiz zu verfügen, können diverse Schwierigkeiten bereiten. Bei internationalen Sachverhalten in diesem Sinn ist zu prüfen, ob die Grundsätze der internationalen Amtshilfe oder der internationalen Rechtshilfe angewendet werden können, um die potentiell angebotspflichtigen Personen zu Parteien im Verfahren vor der UEK zu machen.

c. Die internationale Amts- oder Rechtshilfe

Von Amtshilfe spricht man, wenn es um die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Verwaltungsbehörden geht. Erfolgt diese zu Gunsten einer ausländischen Verwaltungsbehörde, spricht man von *internationaler Amtshilfe*.⁷² Internationale Amtshilfe wird somit als grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen nationalen Aufsichtsbehörden verstanden, die in einem nicht streitigen Verfahren erfolgt und in erster Linie dem Austausch von Informationen gilt.⁷³ Derzeit gibt es in der

⁶⁴ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn a.a.O.

⁶⁵ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 87.

⁶⁶ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 88.

⁶⁷ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 89.

⁶⁸ Vgl. dazu Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 92, lit. a – n.

⁶⁹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 93.

⁷⁰ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 105.

⁷¹ Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 106 und Dispositiv Ziff. 3.

⁷² ANDREAS DONATSCH/STEFAN HEIMGARTNER/FRANK MEYER/MADELEINE SIMONEK, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, 5.

⁷³ SHELBY DU PASQUIER/VALÉRIE MENOUD, Rn 25 zu Art. 42 FINMAG m.w.H., in: Finanzmarktaufsichtsgesetz Finanzmarktinter-

Schweiz kein umfassendes Gesetz für die internationale Amtshilfe,⁷⁴ doch wird die Schaffung eines solchen Gesetzes in diesem Bereich als geboten angesehen.⁷⁵

Von *internationaler Rechtshilfe* in Strafsachen spricht man, wenn die Behörde eines Staates die Behörde eines anderen Staates in Verfahren strafrechtlicher Art unterstützt.⁷⁶ Sie erfasst alle Massnahmen, die ein Staat auf Anfrage eines anderen Staates ergreift, um zu erleichtern, dass Straftaten im ersuchenden Staat verfolgt und bestraft werden können. Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen betrifft zwischenstaatliche Beziehungen und gehört somit zum Völkerrecht.⁷⁷ Auch wenn häufig Begriffe aus dem Strafrecht verwendet werden, besitzt die internationale Rechtshilfe in Strafsachen dennoch administrativen Charakter.⁷⁸

Welche Bedeutung der internationalen Rechtshilfe zukommt, soll an einem einfachen Beispiel gezeigt werden: Wenn ein Staat ohne eine explizite Erlaubnis auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates eine Tätigkeit ausübt, würde sich die Person, die diese Tätigkeit ausübt, regelmässig strafbar machen. Entsprechend ist es unter schweizerischem Recht nach Art. 271 Ziff. 1 StGB strafbar, für einen ausländischen Staat in der Schweiz zu handeln.

Die *Abgrenzung* zwischen Amts- und Rechtshilfe kann im Einzelfall schwierig sein. Auch Verwaltungsbehörden werden in Strafsachen tätig und können Zwangsmassnahmen ergreifen, damit sie den Ersuchen ausländischer Behörden Folge leisten.⁷⁹ Die internationale Rechtshilfe im Finanzmarkt unterscheidet sich von der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen jedoch im Wesentlichen durch die Zuständigkeit, durch ihren Zweck, durch ihren Gegenstand, durch das zu befolgende Verfahren sowie durch die Rechtsgrundlage.⁸⁰ Im Bereich der Finanzmarktgesetze regelt das Bundesgesetz über die eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (FINMAG) in seinem 4. Abschnitt die Zusammenarbeit mit ausländischen Stellen. Unter der Marginalie Amtshilfe heisst es dort in Art. 42 Abs. 1 FINMAG, dass die FINMA zum Vollzug der Finanzmarktgesetze ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Informationen ersuchen kann.

Die UEK verfügt in Fällen wie dem vorliegenden über keine gesetzliche Grundlage und somit über keine Kompetenz, gestützt auf welcher sie ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden um Informationen ersuchen kann. Ferner ist zu bedenken, dass Fälle wie der vorliegende bereits in einem frühen Stadium strittig sein können. Es dürfte damit nicht denkbar sein, dass die UEK nach den Grundsätzen der internationalen Amtshilfe vorgehen kann. Entsprechend wäre die UEK gezwungen, zu versuchen, nach den Prinzipien der internationalen Rechtshilfe zu handeln.

Was die internationale Rechtshilfe angeht, besteht – mit Blick auf den vorliegenden Fall – ein bilateraler Rechtshilfevertrag der Schweiz mit Hong Kong.⁸¹ Eine Zustellung nach Hong Kong würde gemäss dem Länderindex des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes⁸² zwischen zwei und sieben Monate dauern.⁸³ Mit China hat die Schweiz keinen bilateralen Rechtshilfevertrag. Gemäss dem Länderindex des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes dauern Zustellungen nach China zwischen fünf und neun Monaten.⁸⁴

Auf Grund des soeben Erwähnten fragt es sich, ob die UEK den Rechtshilfepfad hätte beschreiten können, insbesondere wenn Zustellungen in Länder erfolgen sollen, mit denen keine multi-⁸⁵ oder bilateralen⁸⁶ Rechtshilfeverträge bestehen. Es kann unter Umständen sein, dass Zustellungen über das Bundesamt für Justiz BJ an verschiedene Länder vorgenommen werden müssen und dass die zuzustellenden Dokumente in jeweils verschiedene Sprachen zu übersetzen sind. Entsprechend drängt es sich auf, eine alternative Lösung aufzuzeigen, wenn es darum geht, potentiell angebotspflichtige Parteien in ein Verfahren vor der UEK einzubeziehen.

d. Die amtliche Publikation

Eine solche alternative Möglichkeit besteht im von der UEK gewählten Vorgehen: Sie publizierte ihre beiden verfahrensleitenden Verfügungen nach Art. 36 lit. b erster Teilsatz VwVG im SHAB. Damit konnte sie die Himalaya Untergruppe und Mengke Cai schliesslich in das

frastrukturgesetz, ROLF WATTER/RASHID BAHAR (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2019.

⁷⁴ Immerhin trat am 1. Februar 2013 in Steuersachen das Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen vom 28. September 2012 (Steueramtshilfegesetz, StAHiG, SR 672.5) in Kraft.

⁷⁵ DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK (FN 72), 5.

⁷⁶ DONATSCH/HEIMGARTNER/MEYER/SIMONEK (FN 72), 4 f.

⁷⁷ Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Wegleitung, 9. Aufl., 2009 (zit. RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN), 5, zugänglich im Internet unter <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/wegleitung/wegleitung-strafsachen-d.pdf> (zuletzt besucht am 15. August 2019).

⁷⁸ RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN (FN 77), 5.

⁷⁹ RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN (FN 77), 5 f.

⁸⁰ DU PASQUIER/MENOUD (FN 73), Rn 29 zu Art. 42 FINMAG m.H.

⁸¹ Siehe das Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Besonderen Verwaltungsregion Hongkong der Volksrepublik China über Rechtshilfe in Strafsachen vom 15. März 1999 (SR 0.351.941.6).

⁸² Zugänglich im Internet unter <https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html> (zuletzt besucht am 15. August 2019).

⁸³ Vgl. die Informationen aus dem Länderindex des Rechtshilfeführers zu Hong Kong, die im Internet zugänglich sind unter <https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html> (zuletzt besucht am 15. August 2019).

⁸⁴ Vgl. die Informationen aus dem Länderindex des Rechtshilfeführers zu China, die im Internet zugänglich sind unter <https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html> (zuletzt besucht am 15. August 2019).

⁸⁵ Vgl. RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN (FN 77), 9 f.

⁸⁶ Vgl. RECHTSHILFE IN STRAFSACHEN (FN 77), 10 f.

Verfahren einbinden.⁸⁷ Falls ähnliche Fälle aktuell werden sollten, kann ausserdem erwogen werden, zusätzlich auch eine Publikation im Bundesblatt vorzunehmen. Trotzdem bleibt u.E. die Frage offen, ob es völkerrechtskonform ist, allfällige Parteien gestützt auf Art. 36 lit. b erster Teilsatz VwVG mittels Publikation in einem amtlichen Blatt in ein Verfahren vor der UEK einzubinden, zumal diese Regel allein dem innerstaatlichen Schweizer Recht entspringt.

e. Mögliche Konsequenzen

Angesichts der obigen Ausführungen drängt es sich dementsprechend auf, beispielsweise das Offenlegungsrecht derart anzupassen, dass gewisse bedeutende Aktionäre i.S.v. Art. 120 FinfraG verpflichtet werden, zukünftig auch einen Vertreter oder eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen. Dies könnte z.B. für Aktionäre mit einer Beteiligung von mehr als fünf oder zehn Prozent der Stimmrechte einer in der Schweiz kotierten Gesellschaft der Fall sein.

Es wird zu sehen sein, welche weiteren Schritte in diesem Sinne erfolgen. Immerhin kann an dieser Stelle gesagt werden, dass es wohl zu weitgehend wäre, eine entsprechende Verpflichtung auch für Aktionäre einzuführen, welche bereits die Schwelle von drei Prozent der Stimmrechte einer in der Schweiz kotierten Gesellschaft überschreiten. Die insgesamt daraus entstehenden Informations- und Organisationskosten würden die angestrebte Verbesserung des Schutzes insbesondere von Minderheitsaktionären durch eine effektivere sowie effizientere Durchsetzung der Angebotspflicht u.E. übersteigen.

2. Die Erwägungen betreffend die Himalaya Untergruppe

a. Aufbau

Zunächst präsentieren wir unsere Erkenntnisse daraus, dass die UEK davon ausgegangen ist, dass Himalaya, Xiang Xu und Kun Shen die Himalaya Untergruppe bilden (lit. b). Anschliessend gehen wir auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen ein (lit. c).

b. Erkenntnisse aus der Annahme der Himalaya Untergruppe

Das Urteil des Bundesgerichts im Fall Quadrant⁸⁸ enthält weiterhin die einzige höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage, wann eine angebotspflichtige Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA vorliegt.⁸⁹ In jenem Fall

hatte das Bundesgericht entschieden, die Frage offen zu lassen, ob eine rein soziale oder faktische Bindung genügt, um eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA anzunehmen, oder ob hierzu in jedem Fall eine rechtsverbindliche Absprache erforderlich ist.⁹⁰

Seitdem hat die UEK in mehreren Entscheiden festgestellt, dass familiäre Bindungen oder enge Geschäftspartnerschaften für eine Gruppenbildung genügen können, falls sie eine Intensität aufweisen, die dazu führt, dass die Aktionäre nicht mehr völlig frei über die Ausübung ihrer Stimmrechte entscheiden können.⁹¹ Allerdings hat die UEK noch nie eine Abstimmungshandlung allein gestützt auf eine familiäre Bindung angenommen.⁹²

In der Lehre vertreten insbesondere GOTSCHEV und JENNY⁹³ die Meinung, dass es an der notwendigen Abstimmungshandlung fehlt, wenn «*allein enge soziale Kontakte familiärer oder geschäftlicher Art*»⁹⁴ vorliegen. Ohne eine gegenseitige bewusste Kommunikation und ohne eine Einigung könne per se keine organisierte Gruppe entstehen.⁹⁵ Eine ausreichende Abstimmungshandlung sei demgemäss nur dann zu bejahen, «*wenn zwischen den Beteiligten eine bewusste interaktive Kommunikation stattgefunden hat und eine Einigung über den Gegenstand der Koordination erreicht worden ist.*»⁹⁶ Rein soziale oder faktische Bindungen können dennoch als Indiz auf ein organisiertes Vorgehen hindeuten.⁹⁷

Auch im vorliegend besprochenen Fall musste angesichts des Sachverhalts nicht entschieden werden, ob einzig der enge soziale Kontakt familiärer oder geschäftlicher Art zwischen Himalaya sowie Xiang Xu auf der einen Seite und Kun Shen auf der anderen Seite ausreichend gewesen wäre, um eine Untergruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA entstehen zu lassen. Kun Shen war namentlich über die Strategie des Himalaya TMT Fund informiert

Angebotspflicht, SZW 2005 130 ff. sowie GEORG G. GOTSCHEV, Koordiniertes Aktionärsverhalten im Börsenrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, Rn 621 – 649 m.w.H.

⁹⁰ BGE 130 II 530 ff., 550, Erw. 6.4.3.; vgl. dazu auch GOTSCHEV (FN 89), Rn 634 *in fine*, Rn 644 und Rn 381 f.; MARIE JENNY, La protection de l'offrant dans les offres publiques d'acquisition – La sécurité juridique à l'épreuve de la pratique, Publications du Centre de droit bancaire et financier, Genf/Zürich 2018, 345 f.; SONJA BLAAS, Entstehung und Nachweis der angebotspflichtigen Gruppe, Bern 2016, Rn 393.

⁹¹ Vgl. Verfügung 448/01 der UEK vom 22. Juli 2010 in Sachen *Genolier Swiss Medical Network SA*, Rn 7; Empfehlung 232/01 der UEK vom 30. März 2005 in Sachen *Compagnie Vaudoise d'Electricité*, Erw. 2.1.1; Empfehlung 210/01 der UEK vom 15. April 2004 in Sachen *Compagnie Industrielle et Commerciale du Gaz S.A. / Société du Gaz de la Plaine du Rhône S.A.*, Erw. 2.2.1; Empfehlung 184/01 der UEK vom 3. März 2004 in Sachen *Adval Tech Holding AG*, Erw. 2.2.2.

⁹² Vgl. Verfügung 448/01 der UEK vom 22. Juli 2010 in Sachen *Genolier Swiss Medical Network SA*, Rn 7; Verfügung 540/01 der UEK vom 25. Juli 2013 in Sachen *Schmolz + Bickenbach AG*, Rn 12.

⁹³ JENNY (FN 90), 346 f.

⁹⁴ GOTSCHEV (FN 89), Rn 382.

⁹⁵ GOTSCHEV (FN 89), Rn 382; JENNY (FN 90), 347.

⁹⁶ GOTSCHEV (FN 89), Rn 382 *in fine*.

⁹⁷ JENNY (FN 90), 346.

⁸⁷ Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Sachverhalt lit. QQQ. sowie JJJJ.

⁸⁸ BGE 130 II 530 ff.

⁸⁹ Vgl. zur Besprechung dieses Urteils RUDOLF TSCHÄNI/GEORG GOTSCHEV, Gruppenbildung und Ausnahmegewährung bei der

und investierte zusammen mit Xiang Xu weiterhin in diesen Fonds.⁹⁸ Hinzu kam, dass Kun Shen im Zeitpunkt, in welchem die Verfügung 672/01 erlassen wurde, die einzige verbleibende Investorin im Himalaya TMT Fund war. Es wurde schliesslich festgestellt, dass Kun Shen und Xiang Xu den Himalaya TMT Fund im Jahr 2013 alleine gegründet hatten und immer mehr als 70 % der Anteile an diesem gehalten hatten.⁹⁹ Für die UEK erschien es mithin zu Recht als «*more than plausible*», dass Kun Shen schon immer bei den Investitionsentscheiden des Himalaya TMT Fund etwas zu sagen gehabt hatte.¹⁰⁰ Folglich ist es gerechtfertigt, auf Grund dieser doch diversen Indizien, eine organisierte Untergruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA bestehend aus Himalaya, Xiang Xu und Kun Shen anzunehmen.

c. Mögliche Konsequenzen

Offen bleibt, was geschehen wäre, wenn sich weder Mengke Cai noch Xiang Xu zusammen mit Himalaya noch Kun Shen auf die zwei Publikationen der UEK im SHAB¹⁰¹ gemeldet hätten. Ein Teil der Informationen, die für ein Handeln in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe sprachen, wurde von ihnen selbst geliefert, wozu diese gemäss Art. 138 Abs. 2 FinfraG verpflichtet waren. Das Gesagte bekräftigt jedoch unsere weiter oben gestellte Forderung nach einer Revision. Es sollte erwogen werden, beispielsweise das Offenlegungsrecht derart anzupassen, dass gewisse bedeutende Aktionäre i.S.v. Art. 120 FinfraG verpflichtet werden, zukünftig auch einen Vertreter oder eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen.¹⁰² Somit ergeben sich nicht nur aus verfahrens-, sondern auch aus materiellrechtlicher Sicht Argumente, die für die weiter oben vorgestellte Revision sprechen.¹⁰³

Zudem stellt sich die Frage, ob und inwieweit die von der UEK erhobenen Verfahrensakten in allfälligen, dem Verfahren vor der UEK möglicherweise nachfolgenden Verwaltungsstrafverfahren wegen einer Verletzung der Angebotspflicht i.S.v. Art. 152 FinfraG vor dem Eidgenössischen Finanzdepartement EFD verwendet werden können.¹⁰⁴

⁹⁸ Vgl. dazu Ziff. II.2.b(v) oben m.H. auf Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 63.

⁹⁹ Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 64.

¹⁰⁰ Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 64 *in fine*.

¹⁰¹ Vgl. dazu Ziff. II.1.e oben.

¹⁰² Vgl. dazu Ziff. III.1.d oben *in fine*.

¹⁰³ Vgl. dazu Ziff. III.1.d oben *in fine*.

¹⁰⁴ In der Lehre findet man hierzu die Aussage, dass die Verwertbarkeit von Beweisen zu bejahen ist, «*wenn das betreffende Beweismittel einerseits im Einklang mit dem anwendbaren Zivil- und Verwaltungsverfahrenrecht, andererseits aber auf eine Weise erhoben wurde, welche die bei der Beweiserhebung wesentlichen Grundsätze der StPO beachtet*» (NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Rn 2 zu Art. 139 StPO). Gemäss SCHMID/JOSITSCH (FN 104), Rn 2 zu Art. 139 StPO gilt dies vorab für die Anwesenheits- und Fragerechte nach Art. 147 ff. StPO sowie für sinngemässe Hinweise auf die Rechte und Pflichten wie in erster Linie die Aussageverweigerungsrechte i.S.v. Art. 143 Abs. 1 lit. c und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO.

3. Die Erwägungen betreffend die angebotspflichtige Gruppe bestehend aus Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe

a. Aufbau

Zunächst stellen wir im Folgenden die bestehende Problematik vor (lit. b). Sodann besprechen wir an Hand des vorliegenden Falles, wie Handlungen einer Person, die selbst nicht Mitglied der organisierten Gruppe ist, der jedoch die Handlungen eines Gruppenmitglieds zugerechnet werden können, eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA zwischen zwei Hauptbeteiligten entstehen lassen kann, und zwar ohne dass die letzteren nachweisbaren Kontakt miteinander hatten (lit. c). Abschliessend untersuchen wir, wie in der Folge eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA zwischen diesen beiden Gruppenmitgliedern entstehen kann (lit. d).

b. Problematik

In der Lehre wurde postuliert, dass eine allzu breite Fassung der Gruppentatbestände u.a. die Informations- und Organisationskosten für die Aktionäre erhöht.¹⁰⁵ Dies führt auch dazu, dass das Stimmrecht als solches entwertet wird.¹⁰⁶ Wenn festzustellen ist, ob eine Aktionärsabsprache zu einer Gruppenbildung führt, gilt es, diesen bei der Gruppenbildung inhärent bestehenden Zielkonflikt zu beachten.¹⁰⁷ Auf der einen Seite soll nämlich verhindert werden, dass die Angebotspflicht umgangen wird. Auf der anderen Seite sollen wünschbare Aktionärskoalitionen nicht übermässig erschwert werden. Genau dies geschieht jedoch, wenn der Begriff der organisierten Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA zu breit gefasst wird.¹⁰⁸

c. Erkenntnisse aus der Zurechnung von Stimmrechten auf Grund von Handlungen eines Mittelsmanns

Eine organisierte Gruppe kann auch über einen Mittelsmann gebildet werden, der beispielsweise koordiniert, wie die Beteiligten ihre Stimmrechte ausüben. Es ist dabei nicht notwendig, dass die Gruppenmitglieder direkt miteinander kommunizieren.¹⁰⁹ Vorausgesetzt ist aber nach einer Lehrmeinung, dass «*sich die Beteiligten als*

zerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Rn 2 zu Art. 139 StPO). Gemäss SCHMID/JOSITSCH (FN 104), Rn 2 zu Art. 139 StPO gilt dies vorab für die Anwesenheits- und Fragerechte nach Art. 147 ff. StPO sowie für sinngemässe Hinweise auf die Rechte und Pflichten wie in erster Linie die Aussageverweigerungsrechte i.S.v. Art. 143 Abs. 1 lit. c und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO.

¹⁰⁵ GOTSCHEV (FN 89), Rn 135.

¹⁰⁶ GOTSCHEV (FN 89), a.a.O.

¹⁰⁷ GOTSCHEV (FN 89), a.a.O.

¹⁰⁸ GOTSCHEV (FN 89), Rn 136 f. m.H.; JENNY (FN 90), 369 f.

¹⁰⁹ GOTSCHEV (FN 89), Rn 411.

eine Gruppe verstehen, die gemeinsam agiert und auf die Zielgesellschaft Einfluss nimmt.»¹¹⁰ Zudem ist es erforderlich, dass die Beteiligten um die Scharnierfunktion des Mittelsmanns wissen oder wissen müssten.¹¹¹

Im vorliegenden Fall erlaubten die von Mengke Cai und Jinsheng Dong eingereichten Unterlagen die Folgerung, dass die Handlungen von Jinsheng Dong Mengke Cai zugerechnet wurden.¹¹² Jinsheng Dong handelte demgemäss auf Anweisung von Mengke Cai. Diese Verbindung von Mengke Cai zur Himalaya Untergruppe über Jinsheng Dong war u.E. das entscheidende Element, wenn es darum ging anzunehmen, dass eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA aus Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe bestand.¹¹³

Die entsprechenden Erwägungen der UEK bestätigen somit erstmals explizit die an dieser Stelle zitierten Ausführungen in der Lehre betreffend die Bildung einer angebotspflichtigen organisierten Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA über einen Mittelsmann – dies ohne dass die jeweiligen Gruppenmitglieder direkt miteinander kommuniziert hätten.¹¹⁴ Sodann könnte man ebenfalls davon ausgehen, dass damit implizit die Voraussetzung bestätigt wurde, nach welcher die Mitglieder einer organisierten Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA wissen oder wissen müssten, dass der betreffende Mittelsmann eine solche Scharnierfunktion einnimmt.¹¹⁵

d. Erkenntnisse aus Annahme einer Gruppe zwischen Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe

Die UEK stellte fest, dass Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe ihr Verhalten i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA mit Bezug auf die Beherrschung von SHL abgestimmt hatten.¹¹⁶ Im vorliegend besprochenen Fall hatten Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe an der Generalversammlung von SHL vom 11. Mai 2017 bezüglich der Wahl von He Yi unterschiedlich abgestimmt.¹¹⁷ Trotz dieser Tatsache nahm die UEK an, dass diese beiden eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA bil-

deten.¹¹⁸ In der bisher bestehenden Praxis wurde noch nicht entschieden, ob ein unterschiedliches Abstimmungsverhalten in Bezug auf Wahlen in den Verwaltungsrat – wenn auch nur zu einem einzelnen Kandidaten – dazu führen könnte, dass eine angebotspflichtige organisierte Gruppe entsteht. Ebenso wurde diese Frage in der Lehre noch nicht weiter diskutiert.

Die UEK hat zu Recht angenommen, dass das Verhalten von Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe an der Generalversammlung vom 11. Mai 2017 ausgeklügelt und gut durchdacht war.¹¹⁹ Grund dafür war insbesondere das unterschiedliche Abstimmungsverhalten mit Bezug auf die Wahl von He Yi. Diesen hatte Mengke Cai vorgeschlagen, sich aber ihrer Stimme bei seiner Wahl enthalten. Die Himalaya Untergruppe hingegen hatte gegen seine Wahl in den Verwaltungsrat von SHL gestimmt, was nur schwer nachvollziehbar erscheint. Dies kommt u.E. einem analogen Anwendungsfall von Art. 18 Abs. 1 OR gleich. Gemäss dieser Bestimmung ist bei der Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung zu beachten, die von den Parteien in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit dieses Vertrages zu verbergen. Entsprechend kann man folgern, dass das Verhalten bei Abstimmungen in Bezug auf Wahlen in den Verwaltungsrat nicht zwingend vollkommen deckungsgleich sein muss, damit eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA angenommen wird.

Dennoch darf nicht aus den Augen gelassen werden, dass eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA nicht leichthin angenommen werden soll. Ein Grund dafür ist, die Funktionsweise der Corporate Governance nicht unnötig zu erschweren. Ferner sprechen hohe Transaktionskosten dagegen, zu leichtfertig eine angebotspflichtige Gruppe anzunehmen.

IV. Fazit

Es drängt sich auf, das Offenlegungsrecht derart anzupassen, dass diverse bedeutende Aktionäre i.S.v. Art. 120 FinfraG verpflichtet werden, zukünftig auch einen Vertreter oder eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen. Es dürfte dabei zu weitgehend sein, eine entsprechende Verpflichtung auch für Aktionäre einzuführen, welche bereits die Schwelle von drei Prozent der Stimmrechte einer in der Schweiz kotierten Gesellschaft überschreiten.¹²⁰

¹¹⁰ GOTSCHEV (FN 89), Rn 411. Vgl. ebenso BLAAS (FN 90), Rn 372, Fn 519.

¹¹¹ GOTSCHEV (FN 89), Rn 380 und Fn 788. Vgl. ebenso BLAAS (FN 90), a.a.O.

¹¹² Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 41 – 50; ebenso Ziff. II.2.b(iv) oben.

¹¹³ Jinsheng Dong hatte bestätigt, dass er in Übereinstimmung mit den ausdrücklichen Anweisungen von Mengke Cai und im Namen und auf Rechnung von dieser über den Erwerb von SHL-Aktien verhandelt hatte (vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 48; ebenso Ziff. II.2.b(iv) oben).

¹¹⁴ Vgl. dazu die Verweise in Fn 109.

¹¹⁵ Vgl. dazu die Verweise in Fn 111.

¹¹⁶ Vgl. dazu Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 81 – 93 sowie Ziff. II.2.b(vi) oben.

¹¹⁷ Vgl. dazu Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 74 m.H. auf den Sachverhalt sowie Ziff. II.1.d oben.

¹¹⁸ Vgl. Verfügung 672/01 der UEK vom 26. Januar 2018 in Sachen *SHL Telemedicine Ltd.*, Rn 74, 87 sowie 92 lit. I sowie Ziff. II.2.b(vi) oben.

¹¹⁹ Vgl. dazu Ziff. II.2.b(vi) oben.

¹²⁰ Vgl. dazu Ziff. III.1.e oben.

Für eine Anpassung des Offenlegungsrechts im beschriebenen Sinne sprechen zudem nicht nur verfahrensrechtliche, sondern auch materiellrechtliche Argumente.¹²¹ Es sollte entsprechend versucht werden, die mögliche Problematik, dass sich potentiell angebotspflichtige Parteien nicht auf allfällige amtliche Veröffentlichungen der UEK hin melden, zu entschärfen.

Die UEK bestätigte erstmals explizit die in der Lehre bestehende Meinung, gemäss welcher eine angebotspflichtige organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA über einen Mittelsmann gebildet werden kann.¹²² Schliesslich kann aus der Verfügung 672/01 geschlossen werden, dass das Verhalten bei Abstimmungen in Bezug auf Wahlen in den Verwaltungsrat nicht zwingend vollkommen deckungsgleich sein muss, damit eine organisierte Gruppe i.S.v. Art. 33 FinfraV-FINMA angenommen wird.¹²³

¹²¹ Vgl. dazu Ziff. III.2.c oben.

¹²² Vgl. dazu Ziff. III.3.c oben.

¹²³ Vgl. dazu Ziff. III.3.d oben.