Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-6110/2007
{T 1/2}

Urteil vom 22. Dezember 2008

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Eva Schneeberger und Hans-Jacob Heitz;
Gerichtsschreiberin Fabia Bochsler.

Parteien

B-6112/2007
Dr. Martin **Ebner**, Schnabelweg 56,
8832 Wilen b. Wollerau,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Hafter und
Rechtsanwalt Dr. Rudolf Tschäni,
Lenz & Stähelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58,
8027 Zürich,
Beschwerdeführer 1,

und

B-6110/2007
Scor SE, 1, avenue du Général de Gaulle,
FR-92800 Puteaux,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Dieter Gericke und
Rechtsanwalt Dr. Peter Widmer,
Homburger Rechtsanwälte, Weinbergstrasse 56 / 58,
Postfach 338, 8035 Zürich,
Beschwerdeführerin 2,

gegen

Eidgenössische Bankenkommission (EBK),
Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern,
Vorinstanz,

und

Übernahmekommission (UEK),
Selnaustrasse 30, Postfach, 8021 Zürich,
Erstinstanz;

Gegenstand

teilweise Ablehnung der Empfehlung IV der Übernahmekommission vom 9. Juni 2007 i.S. öffentliches Kauf- und Umtauschangebot der SCOR SE für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium Holding AG.

Sachverhalt:

A.
Am 26. Februar 2007 kündigte die SCOR SE (SCOR, Anbieterin) in den elektronischen Medien an, dass sie voraussichtlich am 2. April 2007 ein öffentliches Übernahmeangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium Holding AG (Converium, Zielgesellschaft) unterbreiten werde. Am 28. Februar 2007 erfolgte die landesweite Publikation dieser Voranmeldung, indem sie in mehreren Zeitungen in deutscher und französischer Sprache veröffentlicht wurde.

Mit Eingabe vom 2. März 2007 stellte Converium bei der Übernahmekommission (UEK, Erstinstanz) den Antrag, es sei festzustellen, dass die Patinex AG (Patinex) sowie der die Patinex kontrollierende Martin Ebner und alle durch Martin Ebner oder Patinex kontrollierten Personen und Gesellschaften als gemeinsam mit der Anbieterin handelnde Personen gemäss Art. 24 Abs. 3 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) und Art. 11 der Übernahmeverordnung-UEK vom 21. Juli 1997 (UEV-UEK, SR 954.195.1) zu betrachten seien und gestützt auf Art. 31 BEHG und Art. 37 UEV-UEK zur Meldung von Transaktionen sowohl bezüglich Aktien der Anbieterin als auch bezüglich der Zielgesellschaft verpflichtet seien. Namentlich am 5. und 9. März 2007 erfolgten diesbezüglich weitere Eingaben der Converium an die Übernahmekommission.

Am 5. April 2007 erfolgte die landesweite Verbreitung des öffentlichen Kauf- und Umtauschangebots der SCOR für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium, indem dieses in mehreren Zeitungen auf Deutsch und Französisch veröffentlicht und den elektronischen Medien zugestellt wurde.

Der Verwaltungsrat von Converium veröffentlichte am 14. April 2007 seinen Bericht zum Angebot der SCOR und empfahl darin seinen Aktionären die Ablehnung des Angebots. Am 20. April 2007 erliess die Übernahmekommission eine Empfehlung I, mit der sie die Karenzfrist gemäss Art. 14 Abs. 1 UEV-UEK bis zum 7. Mai 2007 verlängerte. Am 7. Mai 2007 erliess die Übernahmekommission eine Empfehlung II, mit welcher sie die Karenzfrist bis und mit 25. Mai 2007 verlängerte.

Am 10. Mai 2007 schlossen SCOR und Converium eine Transaktionsvereinbarung ab und Converium zog in der Folge ihre vorerwähnten

Eingaben und Anträge bei der Übernahmekommission zurück.

Die Übernahmekommission verlängerte mit Empfehlung III vom 25. Mai 2007 die Karenzfrist bis zum 11. Juni 2007. Am 9. Juni 2007 erliess die Übernahmekommission eine Empfehlung IV zum Angebotsprospekt der Anbieterin und zum Verwaltungsratsbericht der Zielgesellschaft, dessen Dispositiv wie folgt lautete:

"1. Das öffentliche Kauf- und Tauschangebot der SCOR S.A., Puteaux, Frankreich, für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium Holding AG, Zug, entspricht dem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 unter der Auflage, dass die SCOR S.A., Puteaux, Frankreich, den geänderten Angebotsprospekt bis spätestens 12. Juni 2007 entsprechend den Erwägungen 4.4 und 11.8.3 ändert bzw. ergänzt und in derselben Form wie das Angebot veröffentlicht.

2. Die Prüfstelle wird verpflichtet, die Änderungen und Ergänzungen des Angebotsprospekts zu prüfen und der Übernahmekommission vor Beginn der Angebotsfrist einen neuen Bericht im Sinne von Art. 26 UEV-UEK zukommen zu lassen.

3. Es wird festgestellt, dass Martin Ebner und Personen und sonstige „Legal Entities“, welche von ihm direkt oder indirekt beherrscht werden, mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handeln.

4. Die Prüfstelle hat bis spätestens am 20. Juni 2007 zu bestätigen, dass die Bestimmungen über den Mindestpreis auch unter Berücksichtigung der Transaktionen, die Martin Ebner und die von ihm direkt oder indirekt beherrschten Personen und sonstigen „Legal Entities“ in Converium-Aktien zwischen dem 16. Februar 2007 (Zeitpunkt des Abschlusses des Share Purchase Agreements) und dem 26. Februar 2007 (Voranmeldung) getätigt haben, eingehalten sind.

5. ....

6. ....

7. Martin Ebner wird verpflichtet, der Übernahmekommission sämtliche Transaktionen in Converium-Aktien, die von ihm und von Personen und sonstigen „Legal Entities“, welche von ihm direkt und indirekt beherrscht werden, seit dem 26. Februar 2007 bis 12. Juni 2007 getätigt wurden, bis spätestens am 19. Juni 2007 zu melden. Transaktionen, die von Martin Ebner und von ihm direkt und indirekt beherrschten Personen und sonstigen „Legal Entities“ ab dem 13. Juni 2007 bis zum Ende der Nachfrist getätigt werden, sind bis spätestens 12.00 Uhr am der Transaktion folgenden Börsentag der Übernahmekommission zu melden.

8. - 13. ....“

Das geänderte Angebot der SCOR wurde am 12. Juni 2007 samt geändertem Verwaltungsratsbericht der Converium publiziert, indem dieses in mehreren Zeitungen auf Deutsch und Französisch veröffentlicht

und den elektronischen Medien zugestellt wurde. Die SCOR hat das geänderte Angebot gemäss den Erwägungen der Empfehlung IV angepasst, insbesondere Martin Ebner und Personen und sonstige „Legal Entities“, welche von ihm direkt oder indirekt beherrscht werden, als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnd aufgenommen. Die Anbieterin behielt sich jedoch eine Ablehnung der Empfehlung IV in diesem Punkt im Angebotsprospekt ausdrücklich vor. Die Angebotsfrist dauerte vom 12. Juni bis 9. Juli 2007.

Am 15. Juni 2007 lehnten sowohl die Anbieterin SCOR als auch Martin Ebner die Empfehlung IV gegenüber der Übernahmekommission ab. Die Ablehnung von SCOR betraf lediglich die Dispositiv-Ziffer 3, während Martin Ebner seinerseits die Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 7 ablehnte.

Am 20. Juni 2007 bestätigte die Prüfstelle Ernst & Young AG (Ernst & Young) gegenüber der Übernahmekommission (vgl. Dispositiv-Ziffer 4 der Empfehlung IV), dass die Bestimmungen über den Mindestpreis auch unter Berücksichtigung der Transaktionen, die Martin Ebner und die von ihm direkt oder indirekt beherrschten Personen oder sonstigen „Legal Entities“ in Converium-Aktien zwischen dem 16. und 26. Februar 2007 getätigt hatten, eingehalten werden. Zudem führte die Prüfstelle aus, dass die Bestimmungen über den Mindestpreis selbst dann eingehalten wären, wenn die BZ Bank Aktiengesellschaft von Martin Ebner direkt oder indirekt beherrscht werde.

B.

Mit Schreiben vom 22. Juni 2007 eröffnete die Eidgenössische Bankenkommission (EBK, Vorinstanz) formell das Verwaltungsverfahren und lud SCOR und Martin Ebner zu ergänzenden Stellungnahmen ein.

In ihrer ergänzenden Eingabe vom 25. Juni 2007 beantragte SCOR, es sei festzustellen, dass entgegen Ziffer 3 der Empfehlung IV Martin Ebner und die von ihm kontrollierten Personen und „Legal Entities“ hinsichtlich des öffentlichen Angebots an die Converium-Aktionäre nicht mit der Anbieterin in Absprache gehandelt hätten. Martin Ebner hielt in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 25. Juni 2007 implizit an der Ablehnung der Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 7 fest.

Mit Eingabe vom 28. Juni 2007 beantragte die Übernahmekommission, Dispositiv-Ziffer 3 ihrer Empfehlung IV zu bestätigen und die Begehren

von SCOR und Martin Ebner abzulehnen. Converium teilte mit Schreiben vom 28. Juni 2007 mit, dass sie keine weiteren Bemerkungen zu den Eingaben von SCOR und Martin Ebner habe. Die EBK wies die Parteien am 28. Juni 2007 darauf hin, dass in ihren Räumlichkeiten Einsicht in die Verfahrensakten genommen werden könne. SCOR bestätigte mit Stellungnahme vom 2. Juli 2007 ihren Antrag um Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 3. Die Übernahmekommission hielt mit Eingabe gleichen Datums an ihrem Begehren fest. Martin Ebner äusserte sich abermals mit Schreiben vom 2. Juli 2007. Zur Sachverhaltsabklärung gelangte die EBK mit Schreiben vom 2. Juli 2007 mit Ergänzungsfragen an die BZ Bank sowie mit weiterem Schreiben vom 5. Juli 2007 an SCOR, die BZ Bank, Martin Ebner und an die Patinex. Die entsprechenden Antwortschreiben gingen am 5. und 6. Juli 2007 ein. Mit Eingaben vom 9. und 11. Juli 2007 äusserten sich SCOR und die Übernahmekommission zu diesen und wiederholten ihre Anträge. Converium verzichtete auf eine Stellungnahme.

C.

Mit Schreiben vom 5. Juli 2007 lud die Übernahmekommission die Anbieterin SCOR und die Zielgesellschaft Converium unter Bezugnahme auf das Schreiben der EBK vom 4. Juli 2007 zur Stellungnahme hinsichtlich des weiteren Verlaufs des Angebots ein. Die Zielgesellschaft teilte der Übernahmekommission am 6. Juli 2007 mit, dass nach ihrer Auffassung der Entscheid der EBK keinen Einfluss auf den Verlauf des weiteren Angebots habe. Die Gestaltung des Übernahmeverfahrens liege somit in der Hand der Anbieterin. Mit Eingabe vom 6. Juli 2007 teilte SCOR der Übernahmekommission mit, dass sie nicht beabsichtige, die Angebotsfrist zu verlängern.

Am 6. Juli 2007 wurde in der Empfehlung V der Übernahmekommission festgestellt, dass die Mindestpreisvorschriften des öffentlichen Kauf- und Umtauschangebots der SCOR für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium auch unter Berücksichtigung der Transaktionen, die Martin Ebner und die von ihm direkt oder indirekt beherrschten Personen oder sonstigen „Legal Entities“ in Namenaktien der Converium getätigt haben, eingehalten wurden.

Am 10. und 13. Juli 2007 teilte SCOR dem Markt das Zustandekommen ihres Übernahmeangebots mit.

D.

Am 13. Juli 2007 verfügte die Übernahmekammer der EBK was folgt:

"1. Die Dispositiv-Ziffer 3 der Empfehlung IV der Übernahmekommission vom 9. Juni 2007 in Sachen Converium Holding AG wird bestätigt und es wird festgestellt, dass Martin Ebner in Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot der SCOR S.A. auf Converium Holding AG mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelt. Präzisierend wird festgehalten, dass mit "Personen und sonstige Legal Entities" die Patinex AG und die BZ Bank Aktiengesellschaft gemeint sind.

2. Die Ablehnung der Dispositiv-Ziffer 4 der Empfehlung IV der Übernahmekommission vom 9. Juni 2007 in Sachen Converium Holding AG durch Martin Ebner wird als gegenstandslos abgeschrieben.

3. Die Dispositiv-Ziffer 7 der Empfehlung IV der Übernahmekommission vom 9. Juni 2007 in Sachen Converium Holding AG wird in dem Sinn bestätigt, als dass Martin Ebner sämtliche Transaktionen in Converium-Aktien, die von ihm, der Patinex AG und der BZ Bank Aktiengesellschaft vom 26. Februar 2007 bis 26. Juli 2007 getätigt wurden bzw. werden, bis am 2. August 2007 der UEK zu melden hat.

4. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf CHF 55'000.-. Hiervon werden CHF 27'500.- der SCOR S.A., Puteaux, Frankreich, und CHF 27'500.- Martin Ebner auferlegt. Sie werden mit separater Post in Rechnung gestellt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu überweisen.

5. Parteientschädigungen werden keine gesprochen."

E.

Gegen diese Verfügung reichten am 13. September 2007 sowohl Martin Ebner (Beschwerdeführer 1), vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Hafter und Rechtsanwalt Dr. Rudolf Tschäni, Lenz & Stähelin Rechtsanwälte, als auch SCOR (Beschwerdeführerin 2), vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Dieter Gericke und Rechtsanwalt Dr. Peter Widmer, Homburger Rechtsanwälte, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Der Beschwerdeführer 1 beantragt, die Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 der angefochtenen Verfügung der Übernahmekammer der EBK seien aufzuheben, ohne Kostenfolgen und unter Entschädigung des Beschwerdeführers 1 für das Verfahren vor der Übernahmekammer der EBK und für das vorliegende Verfahren. Der Beschwerdeführer 1 rügt insbesondere die Unzulässigkeit der Feststellungsverfügung, da die Feststellung der Übernahmekammer weder den Bestand noch den Umfang öffentlicher Rechte betreffe, kein spezifisches öffentliches Interesse an der gemachten Feststellung bestehe, das schutzwürdige Interesse mit einer rechtsgestaltenden Verfügung hätte gewahrt werden

können und die Feststellungsverfügung zu wenig bestimmt sei. Zudem macht er eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend, da sich die angefochtene Verfügung auf eine Reihe tatsächlicher Feststellungen und Mutmassungen stütze, welche unrichtig und teilweise willkürlich seien und teilweise auch auf einer Verletzung seines rechtlichen Gehörs beruhen würden. Des Weiteren liege zwischen SCOR und dem Beschwerdeführer 1 kein Handeln in gemeinsamer Absprache i.S.v. Art. 11 UEV-UEK vor, was in verschiedener Hinsicht näher begründet wird. Zum Beweis wird schliesslich die Einvernahme mehrerer Zeugen offeriert.

Die Beschwerdeführerin 2 beantragt, die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 der angefochtenen Verfügung der Übernahmekammer der EBK seien aufzuheben und nicht zu bestätigen und Dispositiv-Ziffer 3 der Empfehlung IV der Übernahmekommission sei nicht zu bestätigen, ohne Kostenfolgen für die Beschwerdeführerin 2 und unter Entschädigung. Die Beschwerdeführerin 2 begründet ihr Rechtsbegehren damit, dass die Feststellungsverfügung einen unmöglichen bzw. unzulässigen Inhalt aufweise, da sie einen Nichtentscheid bestätige und im Übrigen unbestimmte Tatsachenfeststellungen treffe, die einer Feststellung nicht zugänglich seien und für die auch ein Feststellungsinteresse fehle. Ausserdem sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin 2 verletzt worden. Weiter beruhe die Sachverhaltsfeststellung auf unzutreffenden rechtlichen Annahmen betreffend Beweislast, Beweismass, Beweisführung und Beweiswürdigung; auch der Sachverhalt sei unklar und in diversen Punkten fehlerhaft erhoben worden. Die Verfügung gehe hinsichtlich der Voraussetzungen eines rechtlich relevanten Handelns in Absprache von einer unzutreffenden Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen aus. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Gegenindizien zu würdigen, und die angebliche Absprache und ihre Rechtsfolgen seien personell, sachlich und zeitlich nicht (korrekt) bestimmt und eingegrenzt worden. Ausserdem offeriert die Beschwerdeführerin 2 zum Beweis die Einvernahme verschiedener Zeugen, die behördliche Auskunft des Bundesamts für Privatversicherungen sowie die Auskunft von Ernst & Young. Schliesslich legt sie ein Gutachten von Prof. Dr. Peter Nobel vom 27. Juni 2007 ins Recht.

F.

Mit Verfügung vom 26. Oktober 2007 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die beiden, jeweils mit Beschwerde vom 13. September 2007 angehobenen Verfahren.

Mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2007 macht die Übernahmekommission geltend, die beiden Beschwerden vom 13. September 2007 enthielten keine Tatsachen oder Ausführungen, welche zu einer Neubeurteilung führen würden. Das in ihrer Empfehlung IV Ausgeführte gelte nach wie vor. Des Weiteren legt sie den Problemkreis des Handelns in gemeinsamer Absprache dar und äussert sich insbesondere auch zu der von den Beschwerdeführern vorgebrachten formellen Rüge der Unzulässigkeit der Feststellung in der angefochtenen Verfügung. Die EBK ihrerseits beantragt mit Vernehmlassung vom 10. Dezember 2007, die beiden Beschwerden unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführer abzuweisen.

Am 31. Januar 2008 bzw. 7. Februar 2008 nahmen die Rechtsvertreter der Beschwerdeführer 1 und 2 in den Räumlichkeiten des Bundesverwaltungsgerichts Einsicht in die Verfahrensakten.

Mit Replik vom 8. Februar 2008 bzw. 11. Februar 2008 halten die Beschwerdeführer 1 und 2 an ihren in der Beschwerdeschrift gestellten Anträgen und deren Begründung fest und äussern sich zu den beiden Vernehmlassungen. Die Beschwerdeführerin 2 reichte dabei ein Ergänzungsgutachten von Prof. Dr. Peter Nobel vom 8. Februar 2008 ein.

Mit Duplik vom 11. April 2008 antwortete die Übernahmekommission auf die beiden Replikschriften, mit Duplik vom 28. April 2008 die EBK. Sowohl die Übernahmekommission als auch die EBK halten dabei an den Ausführungen in ihren früheren Eingaben fest.

Jeweils mit Eingaben vom 23. Mai 2008 beantragen die Beschwerdeführer 1 und 2, es sei ihnen eine Frist anzusetzen, um sich zu den neuen Argumenten in den Duplikschriften der Übernahmekommission und der EBK zu äussern. Hinzu komme, dass nun auch der abschliessende Bericht der Prüfstelle Ernst & Young vom 22. April 2008, mit Ergänzung vom 13. Mai 2008, vorliege.

Die Beschwerdeführer 1 und 2 reichten je mit Eingabe vom 30. Juni 2008 eine Triplik ein, wobei sie an ihren bisherigen Rechtsbegehren und Ausführungen vollumfänglich festhalten.

G.

Mit Verfügung vom 3. Juli 2008 forderte das Bundesverwaltungsgericht sowohl die beiden Beschwerdeführer als auch die Vorinstanz und die Erstinstanz auf, sich zur Frage der Beschwerdelegitimation, insbesondere des Rechtsschutzinteresses am bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren, kurz zu äussern.

Der Beschwerdeführer 1 macht in seiner Eingabe vom 11. August 2008 geltend, er sei von der angefochtenen Verfügung besonders berührt. Das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers 1 bestehe im Interesse am Schutz seines guten Rufs als Bankier sowie seines Rufs als gesetzestreuer Bürger. Die Feststellung sei ehrenrührig und verletze den Beschwerdeführer 1 in seinen persönlichen Verhältnissen. Des Weiteren habe bei Erlass der angefochtenen Verfügung kein Feststellungsinteresse bestanden, so dass diese zu Unrecht ergangen sei. Das Gericht müsse deshalb auf eine Beschwerde gegen diese Feststellungsverfügung eintreten und sie aufheben.

Die Beschwerdeführerin 2 führt in ihrer Stellungnahme vom 5. September 2008 mehrere Gründe an, weshalb auf ihre Beschwerde einzutreten und diese gutzuheissen sei. Würden diese Ausführungen nicht genügen, so ersucht die Beschwerdeführerin 2 um Ansetzung einer Nachfrist i.S.v. Art. 52 Abs. 2 VwVG (zitiert in E. 1.1). Die Beschwerdeführerin 2 macht ebenfalls geltend, von der angefochtenen Verfügung besonders berührt zu sein. Sie sei von der Verfügung mannigfaltig nachteilig betroffen und es bestünden erhebliche Risiken weiterer gravierender Nachteile. Diesbezüglich genüge es, dass die Beschwerdeführerin 2 zumindest virtuell, d.h. mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit, früher oder später in ihren Interessen betroffen sein könnte. So bewirke der Schlussbericht der Prüfstelle keine rechtskräftige Entlastung der Beschwerdeführerin 2 und es sei nicht auszuschliessen, dass die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache doch noch Rechtsfolgen gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. c UEV-UEK zeitigen könnte. Die Verfügung sei ausserdem mangelhaft und Inhalt, Natur und Tragweite der Verfügung liessen sich nicht klar einschätzen. Die derart allgemein gehaltene Feststellung beinhalte ein erhebliches Risiko nachteiliger Präjudizwirkung auch im Zusammenhang mit anderen Tatbeständen. Des Weiteren sei die Beschwerdeführerin 2 durch die Feststellung und Veröffentlichung nicht bestehender Tatsachen sowie durch die Aufzwingung eines angeblichen Rechtsverhältnisses belastet, was sich nur mit der Aufhebung der Verfügung beseitigen lasse. Die Fest-

stellung impliziere zudem, die Beschwerdeführerin 2 habe in ihrem ursprünglichen Angebotsprospekt möglicherweise Offenlegungspflichten missachtet, obschon dies durch die Veröffentlichung der Angebotsänderung korrigiert wurde. Der Makel rechtswidrigen und intransparenten Verhaltens bleibe an der Beschwerdeführerin 2 hängen, so dass sie ein Interesse an der Richtigstellung und Wahrung ihres unbescholtenen Rufs habe. Schliesslich müsse die Beschwerdeführerin 2 erhebliche Verfahrenskosten tragen und sie würde für ihre Umtriebe nicht entschädigt werden. Die vorgenannten drohenden Nachteile bestünden weiterhin und seien auch im Laufe des Verfahrens nicht vollumfänglich beseitigt worden.

Mit Bezug auf das Erfordernis besonderer Legitimationsgründe führt die Beschwerdeführerin 2 an, das Gericht müsse notwendigerweise auf die Beschwerde gegen eine mangels schutzwürdigen Interesses zu Unrecht ergangene Verfügung eintreten und diese aufheben. Würden mit einer Feststellungsverfügung anstelle von Rechtsfolgen i.S.v. Art. 25 VwVG (zitiert in E. 1.1) vorfrageweise zu prüfende Tatbestandsmerkmale, eine abstrakte Rechtslage oder zivilrechtliche Rechtsverhältnisse festgestellt werden, fehle es letztlich an der sachlichen Zuständigkeit der Behörde. Entsprechend sei auf die Beschwerde einzutreten und die Verfügung von Amtes wegen aufzuheben. Schliesslich begründe auch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV ein Recht auf gerichtliche Beurteilung aller Rechtsstreitigkeiten, sofern sie nicht ausdrücklich in einem Gesetz als Ausnahmen aufgeführt seien. Sodann bestünde ein Anspruch, die Rechtmässigkeit einer Verfügung gerichtlich feststellen zu lassen.

Die Übernahmekommission bringt in ihrer Eingabe vom 18. August 2008 in Bezug auf die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin 2 insbesondere vor, die Prüfstelle habe mit ihrem Schlussbericht vom 22. April 2008, mit Ergänzung vom 13. Mai 2008, bestätigt, dass das Angebot gesetzeskonform abgewickelt worden und die "Best Price Rule" auch während der sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist eingehalten worden sei. Das festgestellte Abspracheverhältnis tätige deshalb keine über diese sechs Monate andauernden Folgen und das von der Beschwerdeführerin 2 angerufene Rechtsschutzinteresse bestünde daher gegenwärtig nicht mehr, weshalb auf ihre Beschwerde nicht einzutreten sei. Das rein subjektive Empfinden des Beschwerdeführers 1, wonach die Öffentlichkeit die Feststellung des Abspracheverhältnisses als Vorwurf eines Prospektmangels aufgefasst habe und ihn

dafür verantwortlich mache, begründe kein schützenswertes Interesse. Ausserdem würden sich die Pflichten von Art. 19 UEV-UEK an die Anbieterin SCOR richten und nicht an den Beschwerdeführer 1. Auf seine Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

Die EBK ihrerseits ist mit Eingabe vom 5. September 2008 der Ansicht, die beschwerdeführenden Parteien hätten in Bezug auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache durchaus ein legitimes und schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung ihrer Vorbringen und an der Klärung dieser Rechtsfrage im Rahmen des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht. Da das Absprachеverhältnis in übernahmerechtlichem Kontext keine über die Dauer des Übernahmeverfahrens und die sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist hinaus reichende Folgen zeitige, sei mit Blick auf das Übernahmerecht kein schutzwürdiges Interesse mehr ersichtlich. Allerdings gelte es im Auge zu behalten, dass das festgestellte Absprachеverhältnis gemäss Art. 15 der Börsenverordnung-EBK vom 25. Juni 1997 (BEHV-EBK, SR 954.193) auch eine Verletzung der offenlegungsrechtlichen Bestimmungen indiziere und Art. 41 BEHG für die vorsätzliche Missachtung der Meldepflicht einer qualifizierten Beteiligung einschneidende Sanktionen vorsehe.

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2008 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Übernahmekommission und die EBK auf, die Fragen zu beantworten, (1.) ob ihrer Ansicht nach mit Bezug auf das Übernahmeverfahren nach Vorliegen des Prüfberichts von Ernst & Young vom 22. April 2008 (mit Ergänzung vom 13. Mai 2008) Anlass für die Einleitung von Sanktionsverfahren wegen Verletzung offenlegungsrechtlicher Pflichten bzw. Verletzung von Meldepflichten i.S.v. Art. 41 BEHG bestehe, und (2.) ob sie Kenntnis von der Einleitung derartiger verwaltungsstrafrechtlicher Verfahren hätten.

Die UEK antwortete am 13. Oktober 2008, dass kein Anlass zur Einleitung eines entsprechenden Sanktionsverfahrens bestehe und sie keine Kenntnis von allfälligen Verfahren wegen Verletzung von Meldepflichten gemäss Art. 41 BEHG habe.

Die EBK antwortete am 14. Oktober 2008, dass die Notwendigkeit der Einleitung von Sanktionsmassnahmen wegen Verletzung offenlegungsrechtlicher Pflichten bzw. Verletzung von Meldepflichten i.S.v. Art. 41 BEHG nach heutigem Kenntnisstand nicht ausgeschlossen werden könne. Auch in Kenntnis des Inhalts des Prüfberichts würde sie an die-

ser Beurteilung vollumfänglich festhalten, denn dieser bestätige lediglich, dass SCOR und die mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen das zustande gekommene Angebot ordnungsgemäss abgewickelt haben und dass dabei die Bestimmungen des BEHG und dessen Verordnungen während der gesamten Dauer des Angebots eingehalten worden seien. Hierbei sei zu beachten, dass die Prüfstelle ihr Augenmerk auftragsgemäss auf das Einhalten der Meldepflichten nach Art. 31 BEHG i.V.m. Art. 37 ff. UEV-UEK beschränkt und sich weder mit der Frage des Beteiligungsaufbaus im Vorfeld des öffentlichen Kaufangebots noch mit der Einhaltung der Meldepflichten nach Art. 20 BEHG durch die Anbieterin und die mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen befasst habe. Ein solches konzertiertes Vorgehen der Parteien mittels Absprache im Vorfeld des öffentlichen Kaufangebots von SCOR in Bezug auf Converium werde in der Empfehlung IV der UEK sowie der angefochtenen Verfügung der EBK aber konkret festgestellt. Die Erstattung einer Anzeige wegen (eventual-)vorsätzlicher Verletzung offenlegungsrechtlicher Pflichten bzw. Verletzung von Meldepflichten i.S.v. Art. 20 i.V.m. Art. 41 Abs. 1 Bst. a BEHG durch die EBK werde spätestens nach Eintritt der Rechtskraft geprüft. Derzeit hätte die EBK aber keine Kenntnis von der Einleitung derartiger Verfahren.

Das Bundesverwaltungsgericht leitete diese Eingaben der Übernahmekommission und der EBK mit Verfügung vom 17. Oktober 2007 an die Beschwerdeführer weiter. Während der Beschwerdeführer 1 mit Schreiben vom 22. Oktober 2008 auf eine Stellungnahme verzichtete, erachtet die Beschwerdeführerin 2 in ihrer Eingabe vom 27. Oktober 2008 aufgrund der von der EBK angeführten Antwort das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin 2 an der Aufhebung der Verfügung als erstellt. Die Beschwerdeführerin 2 betont weiter, dass Gegenstand des Verfahrens vor der Übernahmekommission und der EBK allein die Frage des Handelns in gemeinsamer Absprache bezüglich des Übernahmeangebots i.S.v. Art. 24 Abs. 3 BEHG i.V.m. Art. 11 UEV-UEK sei. Im Gegensatz zu ihrer Vernehmlassung bringe die Vorinstanz mit ihrer Antwort nun aber zum Ausdruck, dass sie die Feststellung im Falle ihrer Rechtskraft ohne Eingrenzung interpretieren würde, so offenbar auch als angebliche Feststellung einer Absprache betreffend Aktienkäufe i.S.v. Art. 20 BEHG. Das Vorliegen solcher Absprachen sei aber nicht Gegenstand der bisherigen Verfahren und werde auch nicht von der Entscheidbegründung abgedeckt.

H.
Auf die dargelegten und weiteren Vorbringen wird, soweit für den Ausgang des Verfahrens notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist.

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Dazu gehören Verfügungen der EBK, welche diese bei Ablehnung einer Empfehlung der Übernahmekommission betreffend Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote gestützt auf Art. 23 Abs. 4 i.V.m. Art. 34 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1) erlässt.

Die vorliegend angefochtene Verfügung der Übernahmekammer der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 ist eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG. Es liegt kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Behandlung der vorliegenden Beschwerden gemäss Art. 31 und 33 Bst. f VGG zuständig.

1.2 Zunächst ist die Frage zu prüfen, ob die Beschwerdeführer zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Als Adressaten sind sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben insofern ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Die Beschwerdeführer sind daher grundsätzlich zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

1.2.1 Gemäss ständiger Rechtsprechung müssen die Beschwerdeführer nicht nur bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles praktisches Interesse an der Überprüfung der von ihnen erhobenen Rügen verfügen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_656/2007 vom 13. März 2008 E. 1.2;

2D_45/2007 vom 1. April 2008 E. 1.2; 2C_89/2007 vom 14. November 2007 E. 1; 2C_108/2007 vom 9. Mai 2007 E. 2.1).

Das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses soll sicherstellen, dass die zuständige Behörde oder das Gericht konkrete, und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_656/2007 vom 13. März 2008 E. 1.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2210/2007 vom 5. April 2007 E. 2.1, je mit weiteren Hinweisen). Danach liegt ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung des angefochtenen Entscheids nur dann vor, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Gericht noch besteht und durch die beantragte Aufhebung des angefochtenen Akts beseitigt würde. Das Interesse ist sodann schutzwürdig, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführenden noch beeinflusst werden kann. Hingegen fehlt es am aktuellen und praktischen Interesse an der Beschwerde, wenn der angefochtene Akt im Zeitpunkt des Urteils keine Rechtswirkungen mehr entfaltet, weil er in der Zwischenzeit ausser Kraft getreten ist oder das Ereignis, auf welches er sich bezogen hatte, bereits stattgefunden hat (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, zu Art. 89 N 17; ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, zu Art. 48 N 21).

Nach der durch die Justizreform neu in die Bundesverfassung eingefügten Rechtsweggarantie von Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat nun jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Lediglich in Ausnahmefällen können Bund und Kantone die richterliche Beurteilung ausschliessen, wofür jedoch eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist (vgl. Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 sowie vom 8. März 2005, AS 2002 3148, 2006 1059; BBl 1997 I 1, 1999 8633, 2000 2990, 2001 4202). Nur im Rahmen dieser eng auszulegenden Ausnahmefälle kann das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses daher bei abgeschlossenen Sachverhalten zu einer Beschränkung der in die BV neu eingefügten Rechtsweggarantie von Art. 29a führen. In einem solchen Fall wären jedoch zusätzlich die völkerrechtlichen Mindestgarantien von Art. 6 und 13 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grund-

freiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) sowie von Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) zu prüfen (vgl. BVGE 2007/12 E. 2; HÄNER, a.a.O., zu Art. 48 N 21 und FN 64; MARION SPORI, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, AJP 2008, S. 147 ff.). Auf Grund der besonderen Umstände kann diese Rechtsfrage in casu, wie sogleich zu zeigen sein wird, jedoch offen gelassen werden.

1.2.2 Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführer zumindest in Bezug auf die Kostenverlegung des vorinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Verfügung haben. Die Beschwerdeführer haben ausserdem weder geltend gemacht noch substanziiert, dass bei einem materiellen Entscheid im vorliegenden Fall Fragen grundsätzlicher Natur zu beantworten wären, die sich unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte.

In Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 machen beide Beschwerdeführer geltend, die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache treffe sie in ihrer Ehre und schädige ihren Ruf.

Der Beschwerdeführer 1 führt in seiner Eingabe vom 11. August 2008 aus, sowohl die Publikation der Empfehlung IV der Übernahmekommission als auch die Publikation der angefochtenen Verfügung der EBK hätten seine direkten und indirekten Geschäftsbeziehungen und seinen Ruf als Bankier beeinträchtigt. Er habe deshalb ein schützenswertes Interesse daran, dass dieser Ruf durch die Aufhebung der angefochtenen Feststellungsverfügung wiederhergestellt werde. Abgesehen davon sei die angefochtene Feststellung auch ehrenrührig und verletze ihn in seinen persönlichen Verhältnissen und seinem Ruf als gesetzestreuer Bürger. Ausserdem führt er an, dass wenn die angefochtene Verfügung gerechtfertigt wäre, er dafür mitverantwortlich wäre, dass der erste Angebotsprospekt keinen Hinweis auf ein in gemeinsamer Abstimmung erfolgendes Angebot enthalten habe. Die Verpflichtung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d UEV-UEK treffe aufgrund von Art. 12 Abs. 1 lit. a UEV-UEK auch ihn.

Die Beschwerdeführerin 2 bringt in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 vor, falls die angefochtene Feststellung in Rechtskraft erwachsen sollte, würde dies bedeuten, dass sie in ihrem ursprünglichen Angebotsprospekt unter Verletzung von Art. 19 Abs. 1 lit. d UEV-UEK Offenlegungspflichten missachtet habe. Obschon dies mit der Veröffentlichung der Angebotsänderung korrigiert worden sei, bliebe der Makel eines rechtswidrigen und intransparenten Verhaltens an ihr hängen. Deshalb habe sie ein aktuelles Interesse an der Richtigstellung und Wahrung ihres unbescholtenen Rufs. Schliesslich begründe auch die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV ein Recht auf gerichtliche Beurteilung aller Rechtsstreitigkeiten und die Rechtmässigkeit einer Verfügung müsse gerichtlich festgestellt werden können. Auf eine Beschwerde müsse daher eingetreten werden, wenn eine gerichtliche Beurteilung anders nicht möglich sei.

Die Beschwerdeführerin 2 ist überdies der Ansicht, dass sowohl die rechtskräftige Feststellung, wonach die Beschwerdeführer in Absprache gehandelt hätten, als auch die Begründung dieser Feststellung, all jenen Medien und Personen Recht geben würden, welche die Anschuldigungen des über die Medien geführten Abwehrkampfes der Converium übernommen und die Beschwerdeführerin 2 in ein schlechtes Licht gestellt hätten, indem sie ihr im Zusammenhang mit der Übernahme von Converium intransparentes und unlauteres Verhalten vorwarfen. Des Weiteren stelle die Begründung der EBK-Verfügung der Beschwerdeführerin 2 das Zeugnis der völligen Unglaubwürdigkeit, Intransparenz sowie Unbelehrbarkeit aus. Obschon nicht rechtskräftig, habe die Vorinstanz ihre Verfügung im Internet publiziert und damit ein für die Beschwerdeführerin 2 schädliches Medienecho ausgelöst. Der Vorwurf des unlauteren und widerrechtlichen Verhaltens und der Unglaubwürdigkeit verletze die Rechtspersönlichkeit der Beschwerdeführerin 2 und schädige ihren Ruf, was sich auch negativ auf ihr Geschäft und auf ihre Kreditwürdigkeit auswirke. Die Beschwerdeführerin 2 könne und müsse die behördlich „festgestellten“ Vorwürfe nicht stehen lassen und habe ein erhebliches Interesse an ihrer Rehabilitierung.

1.2.3 Der Schutz der Ehre und der Würde sowie des guten Rufs gehören zum Schutzbereich des in Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten Grundrechtsanspruchs auf Achtung des Privatlebens (vgl. Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit weiteren einschlägigen Erlassen – Kommentar, Zürich 2007, zu Art. 13 N 5; Stephan Breitenmoser, in: Bernhard Ehren-

zeller/Klaus A. Vallender/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, zu Art. 13 Abs. 1 N. 17; LUZIUS WILDHABER, IntKomm EMRK zu Art. 8 N 127 ff.). Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II schützt den Einzelnen ausdrücklich vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 142).

Durch die getroffene Feststellung in der Verfügung der Vorinstanz, welche in der Öffentlichkeit implizierte, es habe im Rahmen des Übernahmeangebots durch die Beschwerdeführer bereits eine Pflichtverletzung stattgefunden und im Speziellen mit dem dadurch einhergehenden Medienecho sind beide Beschwerdeführer ohne Zweifel in ihrer Ehre betroffen, weshalb sie – zumindest im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung – zur Beschwerde legitimiert sind. Ihre Beschwerdelegitimation ist selbst unter Berücksichtigung des bisherigen, d.h. unter der früheren Bundesverfassung durch die Rechtsprechung entwickelten Erfordernisses des aktuellen praktischen Interesses gegeben (Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Aus diesem Grund kann hier die Frage offen gelassen werden, ob das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses sich überhaupt vereinbaren lässt mit dem Recht auf eine wirksame Beschwerde i.S.v. Art. 13 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. BVGE 2007/12 E. 2).

1.3 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschriften sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG), die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 47 ff. VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

1.4 Auf die Beschwerden ist somit grundsätzlich einzutreten.

1.5 Die Beschwerdeführerin 2 beantragt, es seien die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 der Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 aufzuheben und damit nicht zu bestätigen; auch Ziffer 3 der Empfehlung IV der Erstinstanz vom 9. Juni 2007 in Sachen Converium Holding AG sei nicht zu bestätigen. Demgegenüber richtet sich das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers 1 einzig gegen die Dispositiv-Ziffern 1, 4

und 5 der Verfügung der Vorinstanz.

Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz enthält die Bestätigung der Dispositiv-Ziffer 7 der Empfehlung IV der Erstinstanz und verpflichtet den Beschwerdeführer 1, sämtliche Transaktionen in Converium-Aktien, die von ihm, der Patinex und der BZ Bank zwischen dem 26. Februar 2007 und dem 26. Juli 2007 getätigt wurden, der Übernahmekommission zu melden.

Der Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege umfasst die durch die angefochtene Verfügung geregelten Rechtsverhältnisse, soweit diese von den Parteien angefochten werden. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden; er kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 403; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 26 Rz. 2.8, je mit weiteren Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin 2 hat – im Gegensatz zum Beschwerdeführer 1 – Dispositiv-Ziffer 7 der Empfehlung IV im vorinstanzlichen Verfahren nicht angefochten und geht daher mit ihrem Antrag über ihr Rechtsbegehren im vorinstanzlichen Verfahren hinaus, was eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstands darstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_446/2007 vom 22. Januar 2008 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen). Auf das Begehren der Beschwerdeführerin 2, Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben, ist daher nicht einzutreten.

2.

Nach der Rechtsprechung hat das Gericht auf die gegen eine zu Unrecht erlassene Feststellungsverfügung eingereichte Beschwerde einzutreten und diese Verfügung in der Folge von Amtes wegen aufzuheben. Vorweg ist daher zu untersuchen, ob die Vorinstanz befugt war, die strittige Rechtsfrage mittels einer Feststellungsverfügung zu klären (BGE 129 V 289 E. 3.3 f.; Entscheid der Reko EVD MC/2005-3 vom 3. Juli 2006 E. 1.3).

Die Beschwerdeführer wenden sich aus formellen Gründen gegen Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2007, welche feststellt, dass der Beschwerdeführer 1 im Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot der Beschwerdeführerin 2 in Bezug auf Converium mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelt. Sie machen geltend, die Bestätigung der in der Empfehlung IV der Erstinstanz gemachten Feststellung, dass der Beschwerdeführer 1 mit der Beschwerdeführerin 2 in gemeinsamer Absprache gehandelt habe, sei von der Vorinstanz zu Unrecht erfolgt und sei insbesondere mangels eines Feststellungsinteresses unzulässig.

2.1 Der Beschwerdeführer 1 bringt vor (vgl. Replik Rz. 89-102, Eingabe vom 11. August 2008 Rz. 18), die Erstinstanz sei erstens nicht befugt gewesen, festzustellen, dass der Beschwerdeführer 1 in gemeinsamer Absprache mit der Beschwerdeführerin 2 gehandelt habe. Sie habe damit ihre Kompetenz überschritten. Entsprechend hätte die Vorinstanz diese Feststellung auch nicht bestätigen dürfen. Zweitens (vgl. Beschwerde Rz. 26-29, Replik Rz. 104) habe bei Erlass der angefochtenen Verfügung am 13. Juli 2007 kein Feststellungsinteresse bestanden. Nachdem die Vorinstanz eine Feststellungsverfügung getroffen habe, welche mangels eines schutzwürdigen Feststellungsinteresses zu Unrecht ergangen sei, müsse das Gericht diese aufheben. Drittens (vgl. Beschwerde Rz. 20-25, 42-43, Replik Rz. 103) sei die Feststellungsverfügung unzulässig, da sie nicht den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten beinhalte; die Verfügung sei weder konkret noch individuell oder bestimmbar. Viertens sei die angefochtene Verfügung insbesondere deshalb unzulässig, weil alle in Betracht kommenden schutzwürdigen Interessen mit rechtsgestaltenden Verfügungen nicht nur hätten gewahrt werden können, sondern tatsächlich auch gewahrt worden seien (vgl. Beschwerde Rz. 30-41, Replik Rz. 105-118, Eingabe vom 11. August 2008 Rz. 19-21).

Die Beschwerdeführerin 2 macht gleichermassen geltend, dass erstens (vgl. Beschwerde Rz. 9-10, Replik Rz. 27-29, Eingabe vom 30. Juni 2008 Rz. 8-14) die Empfehlung bzw. die Verfügung anstatt öffentlich-rechtliche individuelle und konkrete Rechte und Pflichten, d.h. Rechtsfolgen i.S.v. Art. 25 VwVG, vorfrageweise zu prüfende Tatbestandsmerkmale, eine abstrakte Rechtslage oder zivilrechtliche Rechtsverhältnisse feststellen würde. Zweitens (vgl. Beschwerde Rz. 11, 156-158, Replik Rz. 32, Eingabe vom 5. September 2008

Rz. 7) fehle der Feststellung jede Eingrenzung bezüglich Zeitraum und Gegenstand der Absprache sowie anwendbarer Rechtsnormen. Drittens (vgl. Beschwerde Rz. 14, Eingabe vom 30. Juni 2008 Rz. 4-7) fehle es an einem Feststellungsinteresse, so dass letztlich die sachliche Zuständigkeit und Kompetenz der Behörde nicht gegeben seien, weshalb Letztere ihre Befugnisse überschreite und gar nicht hätte verfügen dürfen. Entsprechend sei die Feststellungsverfügung von Amtes wegen aufzuheben (vgl. Eingabe vom 5. September 2008 Rz. 22-23).

Die Erstinstanz führt an (vgl. Vernehmlassung Rz. 7-18, Duplik Rz. 1-24), wer in gemeinsamer Absprache handle, dem komme die konkrete rechtliche Eigenschaft zu, in seinem Verhalten im Hinblick auf und im Rahmen des Angebots den für den Anbieter geltenden Regeln unterstellt zu sein. Das Handeln in Absprache i.S.v. Art. 24 Abs. 3 BEHG bezeichne also einen übernahmerechtlichen Status. Ein solches Abspracheverhältnis begründe daher Pflichten, welche bei den im Zuge des Angebots erfolgenden Handlungen zu beachten seien. Die Anbieterin habe die mit ihr in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf ein Angebot handelnden Personen im Prospekt anzugeben. Tue sie dies nicht freiwillig und vorbehaltlos, weil sie der Auffassung sei, dass kein Handeln in Absprache vorliege, müsse die Frage – im Interesse der Angebotsempfänger und des Marktes an Lauterkeit und Transparenz – in einer feststellenden Verfügung geklärt werden. Es bestehe damit ein spezifisches, öffentliches Interesse an dieser sofortigen Feststellung. Aus den Erwägungen gehe ausserdem unmissverständlich hervor, dass mit der Feststellung eine Absprache im Hinblick auf ein Angebot i.S.v. Art. 24 Abs. 3 BEHG i.V.m. Art. 11 UEV-UEK gemeint sei, wodurch die Verfügung ausreichend konkretisiert sei. Die Feststellung bezeichne hingegen nicht ein tatsächliches Tätigwerden während eines Angebots, und auch die Betrachtung ex post, ob und wie die Betreffenden im Zuge des Angebots tatsächlich tätig geworden seien, bilde nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Im Übrigen sei die Übernahmekommission frei, im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrags Feststellungen zu treffen. Die Frage des Abspracheverhältnisses sei sowohl im Zeitpunkt des Erlasses der Empfehlung als auch der Verfügung noch aktuell gewesen, habe die Nachfrist des Angebots doch erst am 26. Juli 2007 geendet und die Pflicht zur Einhaltung der Regeln der Gleichbehandlung und damit der "Best Price Rule" noch während der nachfolgenden sechs Monaten bestanden.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein (vgl. Vernehmlassung Rz. 13-22), die Feststellung treffe nicht reine Tatsachen, denn den in gemeinsamer Absprache handelnden Personen würden in Bezug auf ihr Verhalten im Hinblick auf und im Rahmen des Angebots konkrete rechtliche Eigenschaften zukommen. Die Feststellung bezeichne daher einen rechtlichen Status und sei überdies genügend konkret. Wenn ausserdem, wie vorliegend, die Parteien der Auffassung seien, es liege kein Handeln in gemeinsamer Absprache vor, bestünde ein spezifisches öffentliches Interesse, diese Frage zu klären. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass im Zeitpunkt der Feststellung allenfalls bereits einzelne sich aus dieser Feststellung ergebende Pflichten aktuell geworden und deshalb gleichzeitig in einer rechtsgestaltenden Verfügung festgehalten oder konkretisiert hätten werden können.

2.2 Die Feststellungsverfügung dient ihrem Wesen nach der Klarstellung von Rechtslagen, indem sie bestehende Rechte und Pflichten feststellt. Im Unterschied zur Gestaltungsverfügung legt eine Feststellungsverfügung keine neuen Rechte und Pflichten fest, ändert diese nicht und hebt sie auch nicht auf. Die feststellende Verfügung dient lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, Nichtbestehen oder der Umfang von verwaltungsrechtlichen Rechten und Pflichten verbindlich festgelegt wird (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 895; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel 1976, Bd. I, Nr. 36, S. 223). Gestützt auf eine Feststellungsverfügung können sich aber weitere Rechtsfolgen ergeben. Indem die Feststellungsverfügung eine wesentliche Teilfrage vorab verbindlich beantworten und damit gewissermassen eine Vorstufe allfälliger späterer Gestaltungs- oder Leistungsverfügungen darstellen kann, dient sie ferner der Verfahrensökonomie (vgl. Andreas Kley, Die Feststellungsverfügung, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 230).

Auch die Feststellungsverfügung muss die einzelnen Elemente des Verfügungsbegriffs aufweisen, die sich aus Art. 5 VwVG ergeben. Gegenstand einer Feststellungsverfügung können deshalb nur zweifelsfrei bestimmbare sowie eindeutig individuelle und konkrete, d.h. sich aus einem bestimmten Sachverhalt ergebende verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten sein. Auch mit Feststellungsverfügungen können

mithin nur Rechtsfragen geklärt, nicht aber Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Es ist daher insbesondere nicht möglich, die abstrakte Rechtslage, wie sie für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und Tatbeständen gilt, autoritativ festzustellen. Die Feststellungsverfügung ist überdies subsidiärer Natur, sofern durch Verweis auf eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 25 N 2 und 16; MOSER/BEUSCH/UEBERSAX, a.a.O., S. 34 Rz. 2.29; KÖLZ/HÄNER, a.a.O, N. 207 ff., mit weiteren Hinweisen).

Als Voraussetzung für den Erlass einer Feststellungsverfügung wird ein schutzwürdiges Interesse verlangt (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Dieses wird allerdings nur vorausgesetzt, wenn ein Einzelner ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung stellt. Trifft eine Behörde von sich aus, d.h. von Amtes wegen, eine Feststellungsverfügung, so wird einzig vorausgesetzt, dass sie in der betreffenden Sache zuständig ist und mit Erlass der Verfügung ein spezifisches öffentliches Interesse verfolgt. Dieses spezifische öffentliche Interesse ist gegeben, wenn die Behörde einem gesetzlichen Vollzugsauftrag folgt und die übrigen Voraussetzungen, wie namentlich die Subsidiarität, für den Erlass einer Feststellungsverfügung vorliegen (vgl. KLEY, a.a.O., S. 239). Ist eine Feststellungsverfügung zu Unrecht ergangen, so ist auf die Beschwerde dagegen einzutreten und die Verfügung aufzuheben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 895, mit weiteren Hinweisen).

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die vorgenannten Anforderungen sowohl bei Erlass der Empfehlung durch die Erstinstanz als auch bei Erlass der Verfügung der Vorinstanz erfüllt waren. Denn in einem Beschwerdeverfahren hat die einer Behörde nachfolgende Instanz gleichermassen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen bei der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung materiell entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., N. 412).

2.3 Vorliegend gelangte Converium am 2. März 2007 mit dem Antrag an die Erstinstanz, es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer 1 und weitere durch ihn kontrollierte Personen als mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnde Personen nach Art. 24 Abs. 3 BEHG zu betrachten seien. Converium zog diese Anträge im Nachgang des Abschlusses der Transaktionsvereinbarung vom 10. Mai 2007 wieder zurück. Trotzdem erliess die Erstinstanz am 9. Juni 2007

die Empfehlung IV, welche unter anderem in der Dispositiv-Ziffer 3 die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache enthielt. Insbesondere diese Feststellung in dieser Empfehlung wurde von den Parteien innert Frist am 15. Juni 2007 abgelehnt. Aufgrund dieser Ablehnung gelangte die Frage des Handelns in gemeinsamer Absprache zur Abklärung an die Vorinstanz, welche sodann das Verwaltungsverfahren eröffnete. Dieses Verfahren führte schliesslich zum Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 13. Juli 2008. Die Vorinstanz lehnte darin die Begehren der Parteien ab und bestätigte – rund einen Monat nach Erlass der Empfehlung – in Bezug auf die Feststellung des Handelns in Absprache nach einer eingehenden materiellen Prüfung die Empfehlung IV der Erstinstanz.

Diese Feststellung ist in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht isoliert zu betrachten. Das BEHG bezweckt, für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen, und es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten (Art. 1 BEHG). Gemäss Art. 23 Abs. 3 BEHG überprüft die Übernahmekommission die Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote im Einzelfall. Sie erlässt gegenüber den Beteiligten Empfehlungen und kann diese veröffentlichen. Werden ihre Empfehlungen abgelehnt oder missachtet, so meldet sie dies der EBK, welche eine Verfügung erlassen kann (Abs. 4). Die EBK trifft die zum Vollzug des Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 35 Abs. 1 BEHG).

Vorliegend war daher die Zuständigkeit sowohl der Erstinstanz als auch der Vorinstanz als die in übernahmerechtlichen Fragen kompetenten Behörden gegeben. Sie haben jeweils ihre Aufgabe als Finanzmarktaufsichtsbehörden wahrgenommen und aufgrund des sich ihnen im damaligen Zeitpunkt präsentierenden Sachverhalts eine Empfehlung bzw. eine Verfügung erlassen. Ein weitergehendes Feststellungsinteresse war deshalb nicht zwingend vorausgesetzt.

Zu prüfen ist überdies, ob die Rechtsfrage, welche Gegenstand der Feststellungsverfügung bzw. der Empfehlung bildet, nicht ebenso gut in einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung hätte geklärt werden können, mit der Folge, dass für den Erlass einer Feststellungsverfügung wegen ihres subsidiären Charakters kein Raum bleiben würde.

Die Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache war vorliegend Teil einer Empfehlung der Erstinstanz sowie einer Verfügung der Vorinstanz, welche neben dieser Feststellung die Adressaten auch zu Leistungen verpflichteten. Die Empfehlung bzw. Verfügung ergingen zudem zu einem Zeitpunkt, in welchem die sich im Zusammenhang mit einer Übernahme daraus ergebenden Verpflichtungen noch im Raum standen. Es waren dies verschiedene, an die in der Empfehlung IV der Erinstanz bzw. der Verfügung der Vorinstanz enthaltene Feststellung anknüpfende, im Hinblick auf die Übernahme eintretende oder bereits eingetretene Rechtsfolgen. Diese ergaben sich für die Beschwerdeführerin 2 in erster Linie aus Art. 24 BEHG (Angaben im Prospekt und Gleichbehandlung) und für den Beschwerdeführer 1 insbesondere aus Art. 12 UEV-UEK (Beschreibung im Angebotsprospekt, Einhaltung der Regeln der Transparenz, Gleichbehandlung und Lauterkeit sowie die Regeln der Meldepflicht). Auf der einen Seite betreffen diese Rechtsfolgen den weiteren Verlauf des Übernahmeverfahrens und werden allenfalls erst mit dessen Fortschreiten oder unter Umständen nur bei tatsächlichem Vollzug der Übernahme massgebend (siehe auch nachfolgende E. 3.3). Daher war es teils auch gar nicht möglich, entsprechende damit zusammenhängende Verpflichtungen den Parteien explizit aufzuerlegen. Auf der anderen Seite erscheint es schwierig, alle diese Rechtsfolgen lückenlos und abschliessend in Form einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung explizit aufzuzählen. Es ist unter diesen Umständen aus formellen Gründen nicht zu beanstanden, dass die Erstinstanz in ihrer Empfehlung bzw. die Vorinstanz in der anschliessenden Verfügung – anstelle einer abschliessenden Leistungs- oder Gestaltungsverfügung – auch eine entsprechende Feststellung getroffen haben.

Aus diesen Gründen war die Erstinstanz befugt, im vorliegenden Zusammenhang und mit der entsprechenden Bestimmtheit eine Feststellung zu treffen. Die Empfehlung IV war im genannten Kontext und ihrem Zweck entsprechend durchaus ausreichend konkretisiert. Die Vorinstanz ihrerseits musste diese Empfehlung im nachfolgenden Verwaltungsverfahren auch nicht aus formellen Gründen aufgrund einer fehlenden Prozessvoraussetzung im erstinstanzlichen Verfahren aufheben. Sie hat diese zumindest unter dem formellen Gesichtspunkt zu Recht geschützt und die Feststellung in ihrer Verfügung im betreffenden Rahmen in gültiger Form bestätigt. Vorliegend besteht daher für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass, die angefochtene Verfü-

gung mangels einer Prozessvoraussetzung der Vorinstanzen von Amtes wegen aufzuheben.

2.4 Die Begehren der Beschwerdeführer, die angefochtene Feststellung aus formellen Gründen von Amtes wegen aufzuheben, vermögen deshalb nicht zu überzeugen und sind abzuweisen.

3.
Die Beschwerdeführer machen in materieller Hinsicht geltend, Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 sei aufzuheben, da an der Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache heute kein Interesse mehr bestehe.

3.1 Die Beschwerdeführerin 2 bringt in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 (vgl. Rz. 6, 8-9) vor, sie sei von der Verfügung der Vorinstanz nachteilig betroffen. Der Schlussbericht der Prüfstelle vom 22. April 2008 (mit Ergänzung vom 13. Mai 2008) bewirke keine formell oder materiell rechtskräftige Entlastung. Die Beschwerdeführerin 2 habe und hätte keine Kontrolle über den Beschwerdeführer 1 und die von ihm beherrschten juristischen Personen (Patinex und die BZ Bank) bzw. deren Handlungen gehabt und besitze auch keine Untersuchungs- und Einsichtsrechte. Die Beschwerdeführerin 2 könne daher nicht ausschliessen, dass die Feststellung in Dispositiv-Ziffer 1 noch Rechtsfolgen gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. c UEV-UEK zeitigen könnte. Überdies erwachse der Beschwerdeführerin 2 aus der Verfügung ein erhebliches Risiko nachteiliger Präjudizwirkungen. So könne eine derart allgemein gehaltene Feststellung, dass der Beschwerdeführer 1 in Absprache mit der Beschwerdeführerin 2 handle, auch im Zusammenhang mit anderen Tatbeständen, z.B. börsenrechtlichen Offenlegungspflichten in der Schweiz oder in den USA, Bedeutung erlangen und vorentscheidend sein. Selbst wenn diese Feststellung für andere Tatbestände oder Behörden nicht verbindlich oder sachlich nicht unmittelbar relevant sein sollte, wäre die faktische Präjudizwirkung dieser offiziellen Feststellung der Vorinstanz als höchster schweizerischer Marktaufsichtsbehörde dennoch ganz erheblich und würde kaum hinterfragt werden. Schliesslich sei das „Handeln in Absprache“ gemäss vorliegend vorgebrachter Ansicht der Behörden ein Rechtsverhältnis zwischen den Beschwerdeführern, dessen daraus folgenden Rechte und Pflichten die Behörden jedoch in ihren Eingaben nicht substanziiert hätten. Die Beschwerdeführerin 2 habe ein Interesse daran, dass

ihr keine Rechtsverhältnisse mit dem Beschwerdeführer 1, Patinex oder der BZ Bank unterstellt werde.

Die Erstinstanz führt in ihrer Eingabe vom 18. August 2008 (vgl. Rz. 4) – im Hinblick auf die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer – aus, mit dem Schlussbericht vom 22. April 2008 und dessen Ergänzung vom 13. Mai 2008 habe die Prüfstelle zuhanden der Erstinstanz bestätigt, dass das Angebot gesetzeskonform abgewickelt worden und die Beschwerdeführerin 2 sowie die mit ihr in gemeinsamer Absprache handelnden Personen die "Best Price Rule" auch während der sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist eingehalten hätten. Im vorliegenden Fall würde daher das festgestellte Absprachеverhältnis keine über diese sechs Monate andauernden Folgen zeitigen.

Die Vorinstanz macht in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 – ebenfalls mit Bezug auf die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer – geltend, das bestrittene Absprachеverhältnis würde im übernahmerechtlichen Kontext keine über die Dauer des Übernahmeverfahrens und die sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist hinaus reichenden Folgen zeitigen. Allerdings gelte es im Auge zu behalten, dass das vorliegend in der angefochtenen Verfügung festgestellte Absprachеverhältnis auch eine Verletzung der offenlegungsrechtlichen Bestimmungen indiziere und Art. 41 BEHG für die vorsätzliche Missachtung der Meldepflicht einer qualifizierten Beteiligung einschneidende Sanktionen vorsehe.

3.2 Das „Handeln in gemeinsamer Absprache mit Dritten“ oder als „koordinierte Gruppe“ wird im Börsenrecht an verschiedenen Stellen erfasst. Sowohl bei der Offenlegungspflicht (Art. 20 Abs. 1 und 3 BEHG), der Meldepflicht (Art. 31 Abs. 1 und 2 BEHG) und der Angebotspflicht (Art. 32 Abs. 1 und 2 Bst. a sowie Art. 52 BEHG) als auch bei öffentlichen Kaufangeboten (Art. 24 BEHG) wird auf ein Handeln in gemeinsamer Absprache mit Dritten oder als Gruppe abgestellt.

3.2.1 Die Generalklausel über das Handeln in gemeinsamer Absprache findet sich in der Legaldefinition von Art. 15 Abs. 1 BEHV-EBK (vgl. Empfehlung der Übernahmekommission in Sachen Helvetia Holding AG vom 20. Juni 2008, E. 2.1; Empfehlung in Sachen Helvetia Holding AG vom 8. Dezember 2008 E. 2.2). Nach Art. 15 Abs. 1 BEHV-EBK handelt in gemeinsamer Absprache oder als Gruppe, wer seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung

von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abstimmt. Art. 15 Abs. 2 BEHV-EBK enthält eine beispielhafte Aufzählung solcher allgemein gefasster Tatbestände. Demnach liegt eine solche Abstimmung der Verhaltensweise namentlich vor bei Rechtsverhältnissen zum Erwerb oder der Veräusserung von Beteiligungspapieren (Bst. a), bei Rechtsverhältnissen, welche die Ausübung der Stimmrechte zum Gegenstand haben, d.h. bei stimmrechtsverbundenen Aktionärsgruppen (Bst. b), oder bei der Zusammenfassung von natürlichen oder juristischen Personen durch die Mehrheit von Stimmrechten oder Kapitalanteilen oder durch eine Beherrschung auf andere Weise zu einem Konzern oder einer Unternehmensgruppe (Bst. c).

Art. 15 BEHV-EBK ist allerdings nur auf das Handeln in gemeinsamer Absprache im Rahmen der offenlegungsrechtlichen Meldepflicht gemäss Art. 20 BEHG direkt anwendbar (vgl. Empfehlung der Übernahmekommission in Sachen Helvetia Holding AG vom 20. Juni 2008 E. 2.1; Empfehlung in Sachen Helvetia Holding AG vom 8. Dezember 2008 E. 2.2). Mit Bezug auf öffentliche Kaufangebote erklärt Art. 11 Abs. 1 UEV-UEK die Bestimmungen von Art. 15 Abs. 1 und 2 BEHV-EBK für im Hinblick auf ein Angebot in gemeinsamer Absprache oder als organisierte Gruppe mit dem Anbieter handelnde Personen als sinngemäss anwendbar.

3.2.2 Auch in der Lehre wird betont, dass die Gruppentatbestände im gesamten Börsenrecht nicht identisch seien, sondern dass zu unterscheiden sei zwischen der organisierten Gruppe bei der Offenlegungspflicht gemäss Art. 20 BEHG, bei der Meldepflicht gemäss Art. 31 BEHG, beim öffentlichen Übernahmeangebot gemäss Art. 22 ff. BEHG sowie beim Pflichtangebot gemäss Art. 32 BEHG. Je nachdem, in welchem Zusammenhang die Begriffe des „Handelns in gemeinsamer Absprache“ oder „als organisierte Gruppe“ verwendet würden, seien sie unterschiedlich auszulegen (vgl. PETER V. KUNZ, Börsenrechtliche Meldepflicht in Theorie und Praxis, in: Nedim P. Vogt/Eric Stupp/Dieter Dubs [Hrsg.], Unternehmen - Transaktion - Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, S. 246 f.; JAKOB HÖHN, „Acting in concert“ im schweizerischen Übernahmerecht: Die Begriffe „Handeln in gemeinsamer Absprache“ und „organisierte Gruppe“, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, S. 25 ff., je mit weiteren Hinweisen).

3.2.3 Das Bundesgericht hatte bislang erst einmal die Gelegenheit, sich zur Frage zu äussern, ob in einem konkreten Fall eine organisierte Gruppe vorliegt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist insbesondere eine gemeinsame Absprache im Zusammenhang mit der Angebotspflicht nach Art. 32 BEHG wegen der damit verbundenen Rechtsfolgen zurückhaltender anzunehmen als im Offenlegungsrecht nach Art. 20 BEHG (vgl. BGE 130 II 530 E. 6.3 und 6.5.5).

3.2.4 Mithin ist allerdings nicht immer ganz klar, was dem Themenbereich des Übernahmerechts und was demjenigen des Offenlegungsrechts zuzuordnen ist, d.h. ob mit Bezug auf das Übernahmerecht jeweils ausschliesslich die Angebotspflicht gemäss Art. 32 BEHG oder auch die Anbieterpflichten gemäss Art. 24 BEHG gemeint sind bzw. das Offenlegungsrecht die allgemeine Meldepflicht nach Art. 20 BEHG und auch die spezielle Meldepflicht nach Art. 32 BEHG umfassen soll. Es wird jedoch allgemein dafür plädiert, dass Zurückhaltung in Bezug auf die Annahme des Handelns in Absprache dann angezeigt sein soll, wenn diese Annahme zu sehr drastischen Konsequenzen führt (vgl. HÖHN, a.a.O., S. 28 f., mit weiteren Hinweisen).

Aus diesen Gründen kann die Generalklausel von Art. 15 BEHV-EBK nicht isoliert angewendet werden, sondern ist in den jeweiligen Gesamtzusammenhang und unter Berücksichtigung der sich daraus möglicherweise ergebenden Rechtsfolgen zu stellen und entsprechend auszulegen.

3.2.5 Vorliegend ist deshalb ausschlaggebend, dass in der angefochtenen Verfügung ein Handeln in Absprache zwischen dem Beschwerdeführer 1, den genannten von ihm beherrschten juristischen Personen (Patinex und BZ Bank) und der Beschwerdeführerin 2 als Anbieterin im Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot der Beschwerdeführerin 2 in Bezug auf Converium festgestellt wurde. Es handelt sich dabei um die Feststellung des Vorliegens einer organisierten Gruppe im Rahmen der Regeln über die öffentlichen Kaufangebote (Art. 22 ff. BEHG).

3.3 Die Beschwerdeführer machen in materieller Hinsicht geltend, sie hätten ein Interesse an der Aufhebung der genannten Feststellung, da die damit zusammenhängenden Rechtsfolgen unklar, zu wenig eingegrenzt und unabsehbar seien.

3.3.1 Fällt das legitime Interesse der Parteien an einer materiellen Beurteilung eines Rechtsstreits im Verlaufe eines bereits hängigen Verfahrens dahin, wird dieses als gegenstandslos geworden vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]). Um zu ermitteln, in welchem Umfang ein Verfahren allenfalls gegenstandslos geworden ist, muss das zugrunde liegende tatsächliche Geschehen, das hierzu geführt hat, entsprechend interpretiert werden (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 184 f. Rz. 3.206 f.).

Im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstands neue Tatsachen, neue Beweismittel sowie eine neue rechtliche Begründung vorgebracht werden. Solche Vorbringen sind zu berücksichtigen, selbst wenn sie verspätet sind (Art. 32 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz legt dabei ihrer Entscheidung denjenigen Sachverhalt zugrunde, der sich im Zeitpunkt der Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1296/2006 vom 13. Dezember 2007 E. 3; Entscheid der Reko EVD 95/4K-037 vom 5. Dezember 1996, publiziert in: VPB 61.31, E. 3.2.3, mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend ist deshalb zu untersuchen, welche Rechtsfolgen an die angefochtene Feststellung anknüpfen und inwiefern die tatsächlichen Verhältnisse sich diesbezüglich weiterentwickelt haben.

3.3.2 Vorliegend wurde, wie bereits in E. 3.2.5 ausgeführt, ein Handeln in gemeinsamer Absprache im Rahmen der Regeln über die öffentlichen Kaufangebote festgestellt. Dabei ist vorweg festzuhalten, dass diese Feststellung nicht eine Pflichtverletzung oder einen Gesetzesverstoss festhält. Die Erstinstanz bzw. die Vorinstanz hatte mit der angefochtenen Feststellung insbesondere auch nicht ihr Missfallen in Bezug auf das Vorgehen der Beschwerdeführer ausgedrückt oder diesen damit gar eine Rüge erteilt. Mit der genannten Feststellung wurde einzig kundgetan, dass der Beschwerdeführer 1 und die von ihm beherrschten juristischen Personen aufgrund ihres von den Vorinstanzen im damaligen Zeitpunkt als erwiesen erachteten Zusammenwirkens gewissen Anbieterpflichten nachkommen müssen.

Art. 24 Abs. 3 BEHG besagt, dass die Pflichten des Anbieters für alle gelten, die mit ihm in gemeinsamer Absprache handeln. Wer mit dem

Anbieter eines öffentlichen Übernahmeangebots in gemeinsamer Absprache handelt, unterliegt im Wesentlichen den gleichen Pflichten wie der Anbieter selbst (vgl. HÖHN, a.a.O., S. 26). Es handelt sich dabei insbesondere um die in Art. 24 Abs. 1 BEHG genannte Pflicht des Anbieters, das Angebot mit wahren und vollständigen Informationen im Prospekt zu veröffentlichen, sowie um die Pflicht gemäss Art. 24 Abs. 2 BEHG, die Besitzer von Beteiligungspapieren derselben Art gleich zu behandeln. Die Pflichten, welchen die Personen unterworfen sind, die mit dem Anbieter in gemeinsamer Absprache handeln, sind zudem in Art. 12 UEV-UEK näher festgehalten. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„Art. 12 Pflichten der Personen, die mit dem Anbieter zusammenwirken (Art. 24 Abs. 3 und 28 Bst. f BEHG)

1 Personen, die mit dem Anbieter nach Artikel 11 zusammenwirken, müssen:

a. im Angebotsprospekt beschrieben werden (Art. 19 Abs. 1 Bst. d);
b. die Regeln über die Transparenz einhalten (Art. 23);
c. die Regeln über die Gleichbehandlung einhalten (Art. 10 Abs. 6);
d. die Regeln der Lauterkeit einhalten (Art. 13 Abs. 1);
e. die Regeln über die Meldepflicht der Transaktionen einhalten (8. Kapitel).

2 Eine Pflicht der mit dem Anbieter zusammenwirkenden Personen zur Bezahlung des Angebotspreises besteht unter Vorbehalt anderslautender Ankündigungen im Angebot nicht.

3 Die Beteiligungen an der Zielgesellschaft der mit dem Anbieter zusammenwirkenden Personen werden der Beteiligung des Anbieters hinzugerechnet (Art. 19 Abs. 1 Bst. f und g, 43 Abs. 3 und 46).“

Aus der Gleichbehandlungspflicht des Anbieters (Art. 24 Abs. 2 BEHG sowie bezüglich freiwilliger Angebote auch Art. 10 UEV-UEK) leitet sich ausserdem die "Best Price Rule" her. Gemäss Art. 10 Abs. 6 UEV-UEK muss der Anbieter, wenn er nach Veröffentlichung des Angebots Beteiligungsrechte der Zielgesellschaft zu einem über dem Angebotspreis liegenden Preis erwirbt, diesen Preis allen Angebotsempfängern unter dem Angebot anbieten. Die "Best Price Rule" gelangt nicht nur auf Erwerbsgeschäfte des Anbieters zur Anwendung, sondern gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. c UEV-UEK auch auf Erwerbsgeschäfte der mit dem Anbieter in gemeinsamer Absprache handelnden Personen (vgl. RUDOLF TSCHÄNI/JACQUES IFFLAND/HANS-JAKOB DIEM, in: Watter/Vogt, a.a.O., zu Art. 24 N 23 ff. und N 37). Nach der Praxis der Erstinstanz gilt die "Best Price Rule" über den Wortlaut von Art. 10 Abs. 6 UEV-UEK hinaus vom Zeitpunkt der Veröffentlichung der Voranmeldung während der ganzen Dauer des Angebots und während sechs Monaten nach Ablauf

der Nachfrist (vgl. TSCHÄNI/IFFLAND/DIEM, a.a.O., zu Art. 24 N 26, mit weiteren Hinweisen).

3.3.3 Vorliegend hielt die Erstinstanz in ihrer Empfehlung IV vom 9. Juni 2007 in der Dispositiv-Ziffer 3 fest, dass der Beschwerdeführer 1 und sonstige „Legal entities“, welche von ihm direkt und indirekt beherrscht werden, mit der Beschwerdeführerin 2 als in gemeinsamer Absprache handelnd gelten. Mit dieser Feststellung wurden die Beschwerdeführer ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach Ansicht der Erstinstanz die betreffenden mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelnden Personen ebenfalls den im Gesetz vorgesehenen Anbieterpflichten unterstellt waren.

In der Folge publizierte die Beschwerdeführerin 2 am 12. Juni 2007 einen geänderten Angebotsprospekt und kam damit der sich aus Art. 10 Abs. 1 Bst. a UEV-UEK ergebenden Pflicht nach. Diese publizierte Änderung des Prospekts hielt zum einen fest, dass die Angebotsfrist vom 12. Juni 2007 bis zum 9. Juli 2007 dauern werde und führte zum anderen unter Ziffer 6 Bst. d Folgendes aus:

> „Gemäss Empfehlung IV der Übernahmekommission vom 9. Juni 2007, Ziffer 3, sind Martin Ebner und sämtliche von ihm direkt und indirekt kontrollierten Personen und sonstigen „Legal Entities“ spätestens ab Abschluss des Aktienkaufvertrags vom 16. Februar 2007 hinsichtlich des Angebots als in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin handelnd zu betrachten. Die Anbieterin behält sich vor, die Empfehlung IV in diesem Punkt abzulehnen.“

Am 15. Juni 2007 lehnten sodann der Beschwerdeführer 1 und die Beschwerdeführerin 2 insbesondere Ziffer 3 der Empfehlung IV gegenüber der Erstinstanz ab. Die Vorinstanz eröffnete in der Folge ein Verwaltungsverfahren. Mit Medienmitteilung vom 15. Juni 2007 teilte die Vorinstanz der Öffentlichkeit die teilweise Ablehnung der Empfehlung IV mit und orientierte darüber, dass das Kauf- und Umtauschangebot weiterläuft. Das Verwaltungsverfahren vor der Vorinstanz wurde somit während der laufenden Angebotsfrist durchgeführt und mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 13. Juli 2007 abgeschlossen.

Parallel, d.h. zur gleichen Zeit wie das Verwaltungsverfahren vor der Vorinstanz, lief, wie bereits ausgeführt, die Angebotsfrist weiter. Die Prüfstelle bestätigte der Erstinstanz am 20. Juni 2007 (vgl. Anordnung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 der Empfehlung IV), dass die Bestimmungen über den Mindestpreis auch unter Berücksichtigung der Transakti-

onen, die der Beschwerdeführer 1 und die von ihm direkt oder indirekt beherrschten Personen oder sonstigen „Legal Entities“ in Converium-Aktien zwischen dem 16. und 26. Februar 2007 getätigt haben, eingehalten wurden. Zudem führte die Prüfstelle aus, dass die Bestimmungen über den Mindestpreis selbst dann eingehalten wären, wenn die BZ Bank vom Beschwerdeführer 1 direkt oder indirekt beherrscht würde.

Die Zielgesellschaft teilte der Erstinstanz mit Schreiben vom 6. Juli 2007 mit, dass nach ihrer Auffassung eine Verfügung der Vorinstanz – als Folge des durch die Ablehnung der Empfehlung IV eingeleiteten Verwaltungsverfahrens – keinen Einfluss auf den weiteren Verlauf des Angebots habe. Die Beschwerdeführerin 2 ihrerseits teilte mit Schreiben vom 6. Juli 2007 der Erstinstanz mit, dass sie nicht beabsichtige, die Angebotsfrist zu verlängern. Am 13. Juli 2007 erfolgte die Bekanntgabe des definitiven Zwischenergebnisses (Art. 27 und 28 Bst. c BEHG i.V.m. Art. 43 UEV-UEK). Nach Ablauf der Nachfrist am 26. Juli 2007 erfolgte am 2. August 2007 die Veröffentlichung des Endergebnisses (Art. 27 und 28 Bst. c BEHG i.V.m. Art. 46 UEV-UEK), worin unter anderem auch festgehalten wurde, dass der Vollzug des Angebots am 8. August 2007 vorgesehen sei. Im Anschluss an den Vollzug der Übernahme wurde am 11. September 2007 die im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Firma „Converium Holding AG“ in „SCOR Holding (Switzerland) AG“ abgeändert. Gemäss Pressemitteilung vom 23. Mai 2008 der Beschwerdeführerin 2 habe das Handelsgericht des Kantons Zürich ausserdem mit Urteil vom 15. Mai 2008 die im Publikum verbliebenen Namensaktien der SCOR Holding (Switzerland) AG gestützt auf Art. 33 BEHG für kraftlos erklärt. Weiter habe die SCOR Holding (Switzerland) AG die Aufhebung der Kotierung (Dekotierung) ihrer Namensaktien von der SWX Swiss Exchange unter der Bedingung der Kraftloserklärung der im Publikum verbliebenen Namensaktien der SCOR Holding (Switzerland) AG beantragt. Mit Entscheid vom 14. November 2007 habe die SWX Swiss Exchange diesem Antrag zugestimmt. Die Dekotierung sei auf den 30. Mai 2008 festgesetzt worden.

Gemäss Art. 27 Abs. 1 UEV-UEK hat die Prüfstelle nach Veröffentlichung des Angebots (a.) die Meldungen der Transaktionen nach Art. 31 BEHG und (b.) die Veröffentlichungen der vorläufigen und der endgültigen Ergebnisse zu prüfen, sowie (c.), ob das zustandegekommene Angebot ordnungsgemäss abgewickelt wurde und (d.) ob die

Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung während der gesamten Dauer des Angebots eingehalten wurden. Nach Art. 27 Abs. 2 UEV-UEK legt die Prüfstelle der Übernahmekommission einen abschliessenden Bericht vor; sie bezeichnet die Grundlagen, auf die sie sich bei ihrer Prüfung gestützt hat. In diesem Zusammenhang hat die Prüfstelle insbesondere auch zu prüfen, ob die mit dem Anbieter in gemeinsamer Absprache handelnden Personen ihren diesbezüglich auferlegten Anbieterpflichten nachgekommen sind (vgl. NINA EPPER, Die freundliche öffentliche Übernahme, Diss., Bern 2008, S. 52).

Dieser Schlussbericht der Prüfstelle liegt vorliegend mit Datum vom 22. April 2008 vor, welcher am 13. Mai 2008 insbesondere damit ergänzt wurde, dass mit den mit der Beschwerdeführerin 2 in gemeinsamer Absprache handelnden Personen insbesondere auch der Beschwerdeführer 1 sowie sämtliche von ihm direkt und indirekt kontrollierten Personen einschliesslich die BZ Bank gemeint seien. Dieser Prüfbericht hält unter anderem Folgendes fest:

„Basierend auf den erläuterten Prüfungshandlungen gemäss Beilage, sind wir auf keine Sachverhalte gestossen, aus denen wir schliessen müssten, dass die Meldung der Transaktionen nach Art. 31 BEHG i.V.m. Art. 37 ff. UEV-UEK sowie die Veröffentlichung der vorläufigen und der endgültigen Ergebnisse nicht gesetzeskonform abgewickelt wurden. Ferner sind wir auf keine Sachverhalte gestossen, wonach das zustande gekommene Angebot nicht ordnungsgemäss abgewickelt wurde oder die Bestimmungen des BEHG und dessen Verordnungen nicht während der gesamten Dauer des Angebots eingehalten wurden. [...] Basierend auf den erläuterten Prüfungshandlungen, sind wir auf keine Sachverhalte gestossen, aus denen wir schliessen müssten, dass die Best Price Rule gemäss Punkt 7.1 und 7.2 Ihrer Empfehlung IV vom 9. Juni 2007 auch während den sechs Monaten nach Ablauf der Nachfrist nicht eingehalten wurde.“

3.3.4 In Anbetracht des Zeitablaufs und der damit einhergehenden, vorstehend angeführten Ereignisse bestehen heute keine offene Rechtsfragen und damit kein entscheidrelevantes Rechtsschutzinteresse mehr mit Bezug auf die Beurteilung eines allfälligen Handelns in gemeinsamer Absprache im Rahmen des öffentlichen Übernahmeangebots der Beschwerdeführerin 2 in Bezug auf Converium.

Zum einen ist die Übernahme vollständig vollzogen worden. Die Nachfrist und die nachfolgenden für die Einhaltung der "Best Price Rule" massgebenden sechs Monate sind am 26. Januar 2008 abgelaufen. Die angefochtene Feststellung kann daher für die Beschwerdeführer heute keine übernahmerechtlichen Rechtsfolgen mehr zeitigen. Die entsprechenden Anbieterpflichten sind alle im Laufe der Zeit bereits

vollständig eingetreten und, wie dem Prüfbericht entnommen werden kann, auch korrekt eingehalten worden.

Alsdann liegen in Bezug auf die offenlegungsrechtlichen Pflichten keine Anhaltspunkte vor, dass diesbezüglich noch Verfahren hängig sind oder bevorstehen würden. Ausserdem ist es offen, inwieweit einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in diesem Zusammenhang überhaupt Präjudizwirkung zukommen würde. So ist fraglich, ob der Gruppenbegriff im Rahmen des öffentlichen Kaufangebots nach Art. 22 ff. BEHG für die offenlegungsrechtlichen Bestimmungen überhaupt beigezogen werden könnte (siehe vorne E. 3.2). Hinzu kommt, dass das Dispositiv der angefochtenen Verfügung nichts darüber aussagt, ab welchem Zeitpunkt von einem Handeln in gemeinsamer Absprache auszugehen sei. Damit die Feststellung eines Absprachecverhältnisses Rechtsfolgen im Hinblick auf ein allfälliges Verwaltungs- oder Strafverfahren wegen Verletzung von offenlegungsrechtlichen Meldepflichten haben könnte, wäre dies aber erforderlich. Nur das Dispositiv eines Urteils oder einer Verfügung kann in materielle Rechtskraft erwachsen; Feststellungen, welche nur in den Erwägungen getroffen werden, können an dieser Rechtskraftwirkung nur teilhaben, soweit im Dispositiv darauf verwiesen wird (vgl. BGE 113 V 159 E. 1c). Da die angefochtene Verfügung weder einen konkreten Zeitpunkt, ab welchem von einem Handeln in gemeinsamer Absprache auszugehen sei, noch einen derartigen Hinweis auf die Erwägungen enthält, ist daher nicht nachvollziehbar, inwiefern die angefochtene Verfügung Rechtswirkungen im Hinblick auf ein allfälliges Verwaltungs- oder Strafverfahren wegen Verletzung von offenlegungsrechtlichen Meldepflichten haben könnte.

Zum anderen ist insofern, als die Beschwerdeführer von der angefochtenen Feststellung in ihrer Ehre und Würde betroffen waren, eine diesbezügliche allfällige Verletzung mit dem nunmehr vorliegenden Prüfbericht widerlegt worden. Ursprünglich mochte bereits der Umstand, dass die Vorinstanzen eine entsprechende Feststellung erlassen hatten, in der Öffentlichkeit den Eindruck aufkommen lassen, es habe eine Pflichtverletzung durch die Beschwerdeführer stattgefunden. Das damit einhergehende Medienecho hatte dies zweifellos noch verstärkt. Auch wenn vorliegend nicht zu beurteilen ist, ob im Rahmen oder im Nachgang des Übernahmeverfahrens von den Beschwerdeführern irgendwelche Pflichtverletzungen begangen wurden, da dies auch nicht Gegenstand der vorliegend angefochtenen Verfügung ist, hält der Prüf-

bericht dennoch ausdrücklich fest, dass keine der aus dem Handeln in gemeinsamer Absprache möglich gewordenen und allenfalls drohenden Pflichtverletzungen stattgefunden haben. Ein allfälliger Reputationsschaden im Zusammenhang mit der vorliegend angefochtenen Feststellung ist damit geheilt und kann auch in Zukunft mit dieser Feststellung nicht mehr einhergehen. Der entsprechende Kontext und Eindruck sind somit in der Zwischenzeit weggefallen bzw. aufgehoben worden. Zu beachten ist überdies, dass die angefochtene Verfügung selber, wie bereits erwähnt, keine Feststellung einer Pflichtverletzung enthält. Auch die Frage, ob das Übernahmeverfahren nun rückwirkend betrachtet tatsächlich aufgrund einer Absprache der Beschwerdeführer und den vom Beschwerdeführer 1 beherrschten juristischen Personen stattfand oder gar nur deshalb stattfinden konnte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3.4 Vorliegend bestehen nun nach vollständigem Vollzug der Übernahme, dem Ablauf der Nachfrist und dem Vorliegen des abschliessenden Prüfberichts keine offenen Rechtsfragen und damit auch kein Interesse mehr an einer Beurteilung der übernahmerechtlichen, im Hinblick auf das öffentliche Kaufangebot der Beschwerdeführerin 2 getroffenen Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache. Die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 13. Juli 2007 vermag deshalb nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts weder heute noch in Zukunft irgendwelche Rechtsfolgen auszulösen. Die Beurteilung dieser Rechtsfrage ist daher infolge des entfallenen Streitgegenstands und damit des Interesses an deren materieller Beurteilung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Damit kann insbesondere auch dahingestellt bleiben, ob die Vorinstanzen in materieller Hinsicht im damaligen Zeitpunkt zu Recht ein Handeln in gemeinsamer Absprache zwischen dem Beschwerdeführer 1 sowie den von ihm beherrschten juristischen Personen einerseits und der Beschwerdeführerin 2 andererseits festgestellt haben. Demzufolge sind die diesbezüglichen Rügen in den Eingaben der Beschwerdeführer vor Bundesverwaltungsgericht nicht näher zu prüfen. Insbesondere ist auf die diesbezüglich beantragten Zeugeneinvernahmen zu verzichten.

3.5 Die Feststellung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 13. Juli 2007, welche feststellt, dass der Beschwerdeführer 1 im Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot der Beschwerdeführerin 2

in Bezug auf Converium mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handelt und damit im Hinblick auf das nunmehr vollzogene Übernahmeangebot gemacht wurde, hat deshalb heute keine unmittelbaren Auswirkungen mehr. Das Übernahmeereignis ist vielmehr abgeschlossen. Unter diesen Umständen besteht im jetzigen Zeitpunkt kein Rechtsschutzinteresse mehr an der Beurteilung der Frage des Handelns in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Übernahmeangebot der Beschwerdeführerin 2. Das Beschwerdeverfahren ist deshalb mit Bezug auf die materielle Beurteilung der Frage des Handelns in gemeinsamer Absprache im Hinblick auf das Übernahmeangebot infolge der im Verlauf des vorliegenden Beschwerdeverfahrens eingetretenen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

4.
Des Weiteren werden von beiden Beschwerdeführern die Auferlegung der Verfahrenskosten und die Parteientschädigung gemäss den Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung gerügt.

4.1 Die Beschwerdeführer rügen die Auferlegung der Verfahrenskosten durch die Vorinstanz und beantragen eine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren (vgl. insbesondere das Rechtsbegehren in der Beschwerdeschrift des Beschwerdeführers 1). Die Beschwerdeführerin 2 macht in ihrer Eingabe vom 5. September 2008 (vgl. Rz. 18) ausserdem geltend, dass, sofern die vorinstanzliche Verfügung rechtskräftig würde, sie erhebliche Verfahrenskosten tragen müsste und für ihre Umtriebe nicht entschädigt werden würde.

4.2 Die EBK erhebt für ihre Verfügungen in Anwendung des 5. Abschnitts (öffentliche Kaufangebote) des BEHG von Anbieterinnen und Anbietern, Zielgesellschaften sowie Inhaberinnen und Inhabern von Beteiligungen Spruchgebühren in der Höhe von bis zu 30 000 Franken (Art. 12 Abs. 1 Bst. e der EBK-Gebührenverordnung [SR 611.014]). Nach Art. 12 Abs. 3 kann, wer ein Verfahren nach Absatz 1 veranlasst oder Partei eines Verfahrens ist, selbst dann gebührenpflichtig werden, wenn das Verfahren in der Sache selbst zu keiner Verfügung führt oder das Verfahren eingestellt wird.

4.3 Das Verwaltungsverfahren, welches mit Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung abgeschlossen wurde, hatten die Beschwerdeführer durch ihre Ablehnung der Empfehlung IV der Erstinstanz selber veranlasst. Hinzu kommt, dass – wie vorne in E. 2 ausgeführt – die vorliegend angefochtene Verfügung der Vorinstanz im damaligen Zeit-

punkt zumindest in formeller Hinsicht zu Recht erlassen worden ist. Dies reicht aus, damit die Beschwerdeführer für das Verfahren kostenpflichtig werden. Unter diesen Voraussetzungen ist deshalb die Auferlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten auf die Beschwerdeführer nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer bringen des Weiteren keine substanziierten Rügen vor gegen die Höhe oder die hälftige Teilung der ihnen auferlegten Kosten.

Für das vorinstanzliche Verfahren sind die Verfahrenskosten daher zu Recht den Beschwerdeführern auferlegt worden. Die entsprechenden Begehren sind deshalb abzuweisen. Unter diesen Umständen war zudem den Rechtsvertretern für das vorinstanzliche Verfahren auch keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5.
Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich einerseits die formellen Rügen betreffend die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 als unbegründet erweisen. Andererseits sind die in materieller Hinsicht vorgebrachten Begehren um Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung infolge Gegenstandslosigkeit im Laufe des Beschwerdeverfahrens abzuschreiben. Weitergehend, d.h. in Bezug auf die beantragte Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 3, 4 und 5, sind die Beschwerden abzuweisen, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann (siehe vorstehende E. 1.5).

6.

6.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Demgegenüber werden Vorinstanzen keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festgelegt (Art. 5 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.3]).

Vorliegend vermochten die formellen Rügen der Beschwerdeführer gegen den Erlass der Feststellungsverfügung im wesentlichen Punkt nicht zu überzeugen, weshalb die Begehren diesbezüglich abzuweisen sind. Sodann ist die materielle Beurteilung des Hauptbegehrens infolge Gegenstandslosigkeit im Laufe des Verfahrens abzuschreiben, soweit weitergehend werden die Beschwerden abgewiesen.

Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt sich deshalb, die Verfahrenskosten deutlich auf Fr. 10'000.- zu reduzieren. Diese werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt und mit den jeweils geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 20'000.- verrechnet. Der Restbetrag von je Fr. 15'000.- wird den Beschwerdeführern nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils von der Gerichtskasse zurückerstattet.

6.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Wird das Verfahren gegenstandslos, so gilt mit Bezug auf die Parteientschädigung Art. 5 VGKE sinngemäss (Art. 15 VGKE).

Bei diesem Verfahrensausgang sind den Rechtsvertretern der Beschwerdeführer keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

7.

Gemäss der Verordnung vom 15. Oktober 2008 über die vollständige Inkraftsetzung des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1, AS 2008 5207) tritt das FINMAG am 1. Januar 2009 in Kraft, mit Ausnahme derjenigen Bestimmungen, die bereits am 1. Februar 2008 in Kraft getreten sind (AS 2008 5205). Mit diesem Inkrafttreten des FINMAG geht eine Änderung des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) einher, welches mit Art. 83 Bst. u per 1. Januar 2009 eine zusätzliche Ausnahmebestimmung erhält. Danach ist die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Kaufangebote (Art. 22 ff. BEHG) unzulässig. Es ist daher fraglich, ob gegen das vorliegende Urteil nach Inkrafttreten der genannten Änderung von Art. 83 BGG noch Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden kann; über diese Frage hat gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist und sie nicht als gegenstandslos abzuschreiben sind.

2.
Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 10'000.- werden je zur Hälfte den Beschwerdeführern auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils fällig und mit den geleisteten Kostenvorschüssen von je Fr. 20'000.- verrechnet.

Der Restbetrag von je Fr. 15'000.- wird dem Beschwerdeführer 1 und der Beschwerdeführerin 2 nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer 1 (mit Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
- die Beschwerdeführerin 2 (mit Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
- die Vorinstanz (mit Gerichtsurkunde; vorab per Fax);
- die Erstinstanz (mit Gerichtsurkunde; vorab per Fax).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Stephan Breitenmoser	Fabia Bochsler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind; über diese Frage hat gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 23. Dezember 2008