9

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. Martin Ebner und SCOR SE
gegen Eidgenössische Bankenkommission
B-6112/2007 und B-6110/2007 vom 22. Dezember 2008

Öffentliches Übernahmeangebot. Aktuelles praktisches Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung der Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache mit der Anbieterin in Zusammenhang mit deren Übernahmeangebot.

Art. 25 und Art. 48 Abs. 1 VwVG. Art. 13 und Art. 29*a* BV. Art. 13 EMRK. Art. 11 Abs. 1 UEV-UEK. Art. 15 Abs. 1 BEHV-EBK.

1. **Durch die in der angefochtenen Verfügung getroffene Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache in Zusammenhang mit einem Übernahmeangebot, welche in der Öffentlichkeit den Eindruck hinterliess, es habe im Rahmen dieses Übernahmeangebots durch die Beschwerdeführer bereits eine Pflichtverletzung stattgefunden, im Speziellen mit dem dadurch einhergehenden Medienecho, sind in casu aufgrund der besonderen Umstände beide Beschwerdeführer in ihrer Ehre betroffen, weshalb sie – zumindest im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung – zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Frage kann deshalb offengelassen werden, ob das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses sich vereinbaren lässt mit den völkerrechtlichen Mindestgarantien von Art. 6 und Art. 13 EMRK sowie Art. 14 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (E. 1.2).**
2. **Die Übernahmekommission und die Eidgenössische Bankenkommission sind die in übernahmerechtlichen Fragen kompetenten Behörden und damit für den Erlass einer solchen Feststellungsverfügung zuständig, welche überdies ausreichend bestimmt und auch aufgrund ihres subsidiären Charakters formell korrekt war (E. 2).**
3. **Die Generalklausel des Handelns in gemeinsamer Absprache in Art. 15 Abs. 1 BEHV-EBK ist in den jeweiligen Gesamtzusammenhang zu stellen und unter Berücksichtigung der sich daraus möglicherweise ergebenden Rechtsfolgen anzuwenden (E. 3.2).**
4. **Nach Vollzug der Übernahme und nach Ablauf der Nachfrist sowie der nachfolgenden, für die Einhaltung der « Best Price**

Rule » massgebenden sechs Monate zeitigt die angefochtene Feststellung keine übernahmerechtlichen Rechtsfolgen mehr. Ebenfalls bestehen heute keine Anhaltspunkte für offene Verfahren mit Bezug auf offenlegungsrechtliche Pflichten. Die Möglichkeit einer allfälligen Verletzung in Ehre und Ruf ist nun mit dem Vorliegen des Prüfberichts widerlegt. Aus diesen Gründen liegen heute keine offenen Rechtsfragen mehr vor, weshalb das Interesse an der materiellen Beurteilung der im Hinblick auf das Übernahmeangebot getroffenen Feststellung des Handelns in gemeinsamer Absprache dahingefallen und das Verfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (E. 3.3–3.4).

Offre publique d'acquisition. Intérêt actuel et pratique à recourir contre la constatation d'une action de concert avec l'offrant dans le cadre de son offre d'acquisition.

Art. 25 et art. 48 al. 1 PA. Art. 13 et art. 29*a* Cst. Art. 13 CEDH. Art. 11 al. 1 OOPA. Art. 15 al. 1 OBVM-CFB.

1. **En raison des circonstances particulières du cas d'espèce, les deux recourants sont touchés dans leur honneur par la constatation, faite à leur encontre dans la décision litigieuse, d'une action de concert en vue d'une offre d'acquisition, car elle a créé dans le public l'impression, renforcée par l'écho médiatique de l'affaire, que les deux recourants auraient commis une irrégularité déjà dans le cadre de cette offre d'acquisition; c'est pourquoi les recourants ont qualité pour recourir, du moins au moment où ils déposent leur recours. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si l'exigence d'un intérêt actuel et pratique est compatible avec les garanties minimum des traités internationaux, à savoir de l'art. 6 et de l'art. 13 CEDH ainsi que de l'art. 14 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (consid. 1.2).**
2. **La Commission des offres publiques d'acquisition et la Commission fédérale des banques sont les autorités compétentes en matière de droit des offres publiques d'acquisition; elles étaient donc habilitées à rendre la décision attaquée. En l'espèce, il était légitime de prononcer une décision en constatation, laquelle était en outre suffisamment déterminée et satisfaisait, compte tenu de son caractère subsidiaire, aux exigences formelles (consid. 2).**

3. La clause générale de l'action de concert de l'art. 15 al. 1 OBVM-CFB doit être examinée dans le contexte général du cas d'espèce et en tenant compte des conséquences juridiques potentielles (consid. 3.2).

4. Une fois l'acquisition effectuée, et après l'écoulement du délai supplémentaire ainsi que des six mois prévus pour le respect de la « Best Price Rule », la constatation litigieuse n'entraîne plus de conséquences juridiques en matière de droit des offres publiques d'acquisition. Par ailleurs, rien n'indique, aujourd'hui, qu'il existe encore des procédures ouvertes concernant les obligations de publicité. La possibilité d'une atteinte éventuelle à l'honneur et à la réputation a été éliminée par l'établissement du rapport de vérification. Pour ces motifs, aucune question juridique ne reste indécise à ce jour, ce qui rend caduc tout intérêt à recourir contre une constatation d'une action de concert en vue d'une offre d'acquisition; l'affaire devenue sans objet doit dès lors être radiée du rôle (consid. 3.3–3.4).

Offerta pubblica di acquisto. Interesse degno di protezione attuale e pratico ad esaminare l'accertamento di un'operazione effettuata d'intesa con l'offerente nell'ambito di un'offerta d'acquisto di quest'ultimo.

Art. 25 e art. 48 cpv. 1 PA. Art. 13 e art. 29*a* Cost. Art. 13 CEDU. Art. 11 cpv. 1 O-COPA. Art.15 cpv. 1 OBVM-CFB.

1. Nella misura in cui la decisione impugnata accerta che è stata effettuata un'operazione d'intesa con l'offerente nell'ambito di un'offerta d'acquisto, suscitando nel pubblico, in special modo grazie alla spinta dell'eco mediatico, l'impressione che nell'ambito di detta offerta d'acquisto i ricorrenti siano venuti meno ai loro doveri, nel caso in esame, in base alle circostanze particolari, entrambi i ricorrenti sono colpiti nel loro onore, essi perciò sono legittimati a ricorrere, o perlomeno lo erano al momento dell'inoltro del ricorso. Di conseguenza può essere lasciata aperta la questione di sapere se il requisito di un interesse attuale e pratico sia conciliabile con le garanzie minime del diritto internazionale dell'art. 6 e dell'art. 13 CEDU, così come dell'art. 14 del Patto internazionale del 16 dicembre 1966 relativo ai diritti civili e politici (consid. 1.2).

2. La Commissione delle offerte pubbliche di acquisto e la Commissione federale delle banche sono le autorità competenti per

le questioni in materia di diritto delle offerte pubbliche di acquisto e quindi per l'emanazione di una tale decisione di constatazione, la quale, tenuto conto del suo carattere sussidiario, era per giunta sufficientemente determinata e formalmente corretta (consid. 2).

3. **La clausola generale dell'operazione effettuata d'intesa dell'art. 15 cpv. 1 OBVM-CFB va posta nel contesto globale del caso in esame ed applicata tenendo conto delle conseguenze giuridiche che ne potrebbero risultare (consid. 3.2).**

4. **Una volta effettuato l'acquisto e scaduto il termine suppletivo unitamente ai successivi sei mesi determinanti per il rispetto della « Best Price Rule », la decisione di accertamento impugnata non esplica più alcuna conseguenza giuridica in materia di offerte pubbliche di acquisto. Ad oggi inoltre non vi è alcun indizio circa l'esistenza di procedure aperte in relazione ad obblighi di pubblicità. La possibilità di un'eventuale lesione dell'onore o della reputazione è stata confutata con l'allestimento del rapporto di controllo. Per questi motivi attualmente non rimangono più questioni giuridiche irrisolte, per cui l'interesse ad ottenere una decisione nel merito relativa alla constatazione di un'operazione effettuata d'intesa con l'offerente nell'ambito di un'offerta di acquisto decade e la procedura, in quanto diventata senza oggetto, va stralciata dai ruoli (consid. 3.3–3.4).**

Am 26./28. Februar 2007 kündigte die SCOR SE (SCOR, Anbieterin) an, dass sie ein öffentliches Übernahmeangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium Holding AG (Converium, Zielgesellschaft) unterbreiten werde. 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, AS 1997 2061, AS 1998 1541) zu betrachten seien.

Am 5. April 2007 erfolgte die landesweite Verbreitung des öffentlichen Kauf- und Umtauschangebots der SCOR für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Converium. SCOR und Converium schlossen

am 10. Mai 2007 eine Transaktionsvereinbarung ab und Converium zog in der Folge ihre vorerwähnten Eingaben und Anträge bei der UEK zurück.

Am 9. Juni 2007 erliess die UEK eine Empfehlung IV, dessen Dispositiv-Ziffer 3 festhielt, dass Martin Ebner und Personen und sonstige « Legal Entities », welche von ihm direkt oder indirekt beherrscht werden, mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handeln. Sowohl die Anbieterin SCOR als auch Martin Ebner lehnten am 15. Juni 2007 diese Empfehlung IV gegenüber der UEK ab.

Am 6. Juli 2007 wurde in der Empfehlung V der UEK 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. SCOR teilte dem Markt am 10. und 13. Juli 2007 das Zustandekommen ihres Übernahmeangebots mit.

Am 13. Juli 2007 verfügte die Übernahmekammer der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK), dass die Dispositiv-Ziffer 3 der Empfehlung IV der UEK vom 9. Juni 2007 i. S. Converium Holding AG bestätigt werde und festgestellt werde, dass Martin Ebner in Zusammenhang mit dem Übernahmeangebot der SCOR auf Converium Holding AG mit der Anbieterin in gemeinsamer Absprache handle.

Gegen diese Verfügung reichten am 13. September 2007 sowohl Martin Ebner (Beschwerdeführer 1), als auch SCOR (Beschwerdeführerin 2) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) ein. Das BVGer weist die Beschwerden ab, soweit darauf einzutreten ist und sie nicht als gegenstandslos abzuschreiben sind.

Aus den Erwägungen:

1. Das BVGer 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 Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das BVGer Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Dazu gehören Verfügungen der EBK, welche diese bei Ablehnung einer Empfehlung der UEK betreffend

Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote gestützt auf Art. 23 Abs. 4 i. V. m. Art. 34 BEHG erlässt.

Die vorliegend angefochtene Verfügung der Übernahmekammer der Vorinstanz vom 13. Juli 2007 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Es liegt kein Ausschlussgrund nach Art. 32 VGG vor. Das BVGer 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. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 5A_656/2007 vom 13. März 2008 E. 1.2, Urteil des BGer 2D_45/2007 vom 1. April 2008 E. 1.2, Urteil des BGer 2C_89/2007 vom 14. November 2007 E. 1, Urteil des BGer 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 BGer 5A_656/2007 vom 13. März 2008 E. 1.2; BVGE 2007/12 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. 29*a* 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, AS 2006 1059; BBl 1997 I 1, BBl 1999 8633, BBl 2000 2990, BBl 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. 29*a* führen. In einem solchen Fall wären jedoch zusätzlich die völkerrechtlichen Mindestgarantien von Art. 6 und Art. 13 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) sowie von Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, nachfolgend: UNO-Pakt II) 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. 29*a* BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, in: Aktuelle Juristische Praxis 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 (...) 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 UEK 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 Bst. d UEV-UEK treffe aufgrund von Art. 12 Abs. 1 Bst. 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 Bst. 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. 29*a* 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 Beschwerdeführe-

rin 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 Ehrenzeller/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 im Sinne von 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 (Nichteintreten auf Antrag der Beschwerdeführerin 2, soweit dieser über Rechtsbegehren im vorinstanzlichen Verfahren hinaus geht.)

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 Rekurskommission EVD [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, 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 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 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.

Die Beschwerdeführerin 2 macht gleichermassen geltend, dass erstens die Empfehlung bzw. die Verfügung anstatt öffentlich-rechtliche individuelle und konkrete Rechte und Pflichten, d. h. Rechtsfolgen im Sinne von Art. 25 VwVG, vorfrageweise zu prüfende Tatbestandsmerkmale, eine abstrakte Rechtslage oder zivilrechtliche Rechtsverhältnisse feststellen wür-

de. Zweitens fehle der Feststellung jede Eingrenzung bezüglich Zeitraum und Gegenstand der Absprache sowie anwendbarer Rechtsnormen. Drittens 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.

Die Erstinstanz führt an, 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 im Sinne von 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 im Sinne von 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 UEK 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, 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: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 25 N 2 und 16; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 34 Rz. 2.29;

ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, 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 2007. 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 UEK 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 Erstinstanz 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, Gleichbehand-

lung 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 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 BVGer kein Anlass, die angefochtene Verfügung 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 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 Bst. 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 werden.

Die Erstinstanz führt in ihrer Eingabe vom 18. August 2008 – 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 der Börsenverordnung-BEHV vom 25. Juni 1997 (BEHV-EBK, AS 1997 2045, AS 2005 5671, AS 2007 2953, 5759) (vgl. Empfehlung der UEK i. S. Helvetia Holding AG vom 20. Juni 2008 E. 2.1, Empfehlung der UEK i. S. 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 UEK i. S. Helvetia Holding AG vom 20. Juni 2008 E. 2.1, Empfehlung der UEK i. S. 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 Pflichtan-

gebot 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 Peter 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 BGer 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 Feststel-

lung 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 BVGer 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 BVGer B-1296/2006 vom 13. Dezember 2007 E. 3; Entscheid der REKO/EVD 95/4K-037 vom 5. Dezember 1996 veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 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 ge-

meinsamer Absprache handelnden Personen (vgl. RUDOLF TSCHÄNI/JACQUES IFFLAND/HANS-JAKOB DIEM, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar Börsengesetz, Basel 2007, 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 Transaktionen, 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 Ge-

setzes und der Verordnung während der gesamten Dauer des Angebots eingehalten wurden. Nach Art. 27 Abs. 2 UEV-UEK legt die Prüfstelle der UEK 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 BVGer 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 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 Absprachenverhältnisses 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 Prüfbericht 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 BVGer 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 BVGer 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.