

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Anordnungs- und Zwangsgeldandrohungs- bescheid vom 19.05.2014

zu Lasten der Guoshi Assets Investment Management Limited, eine nach dem Recht der Britischen Jungferninseln gegründete Gesellschaft mit begrenzter Haftung (Ltd.) mit Sitz in Road Town, Tortola, British Virgin Islands, Geschäftsadresse P.O. Box 957, Offshore Incorporations Centre, Road Town, Tortola, British Virgin Islands (im Folgenden die "Bieterin")

Bescheid:

1. Die Bieterin wird aufgefordert, innerhalb von vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheids der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht eine Angebotsunterlage nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG zu übermitteln. Diese Angebotsunterlage hat insbesondere auch eine ordnungsgemäße Finanzierungsbestätigung zu enthalten.

2. Für den Fall, dass die Bieterin innerhalb von vier Wochen nach Zustellung dieses Bescheids keine entsprechende Angebotsunterlage einreicht, drohe ich hiermit ein Zwangsgeld in Höhe von € 50.000,00 an.

Gründe

I. Am 11.12.2013 veröffentlichte die Bieterin eine Mitteilung nach § 10 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG wonach sie durch den Erwerb von 66,62% der Aktien und Stimmrechte an der Panamax AG die Kontrolle über die Panamax AG erlangt hat und somit nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG zur Abgabe eines Pflichtangebotes verpflichtet ist.

Am 08.01.2014 übermittelte die Bieterin der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend die "**BaFin**") gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG die Angebotsunterlage für ein Pflichtangebot, deren Eingang die BaFin am 09.01.2014 bestätigte (§ 14 Abs. 1 Satz 2 WpÜG).

Unter Ziffer 5.3 der Angebotsunterlage wies die Bieterin darauf hin, dass das Angebot pflichtwährend auch für den weiteren Kontrollerwerber Herrn Zhao Xu abgegeben wird.

Bereits in der telefonischen Besprechung am 14.01.2014 wurden Sie als die anwaltlichen Vertreter der Bieterin erstmalig darauf hingewiesen, dass das nicht unterschriebene und mit Platzhaltern versehene Muster einer Finanzierungsbestätigung, welches als Anlage der eingereichten Angebotsunterlage beigefügt war, nicht die Voraussetzungen einer Finanzierungsbestätigung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 3 Nr. 4 i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 2 WpÜG erfüllt.

Nach dem am 14.01.2014 mit Ihnen abgestimmten Zeitplan sollte am 20.01.2014 die Angebotsunterlage gestattet werden.

Nachdem Sie als die anwaltlichen Vertreter der Bieterin mehrere geänderte Textfassungen der Angebotsunterlage eingereicht hatten, baten Sie um Verlängerung der Frist des § 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG. Zur Begründung führten Sie an, dass Sie keine konkrete Aussage darüber treffen könnten, ob die Finanzierungsbestätigung am Montag, den 20.01.2014, vorliegen wird.

Mit Telefax vom 20.01.2014 verlängerte ich daraufhin die Frist des § 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG um vier Werktage bis zum 24.01.2014. In dem Schreiben kündigte ich auch die Untersagung des Angebots an, falls der BaFin die original Finanzierungsbestätigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 WpÜG und eine original unterschriebene Angebotsunterlage, in welcher die weiteren festgestellten Beanstandungen behoben sind, nicht bis zum 24.01.2014, 9:00 Uhr vorliegen.

Zuletzt ging eine geänderte und nicht unterschriebene Fassung der Angebotsunterlage bei der BaFin am 24.01.2014 um 9:19 Uhr per E-Mail ein. Eine Finanzierungsbestätigung im Original hatte die Bieterin bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegt. Demzufolge habe ich mit Bescheid vom 24.01.2014 (GZ: WA 16-Wp 7030-2013/0007) das Pflichtangebot gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 WpÜG untersagt.

In mehreren Telefonaten, letztmalig am 11.03.2014 erklärten Sie, dass die Bieterin die Absicht habe, erneut eine Angebotsunterlage bei der BaFin einzureichen. Hinsichtlich des zeitlichen Verzuges verwiesen Sie auf andauernde Verhandlungen bezüglich der Finanzierung des Pflichtangebotes.

Da bis zum 26.03.2014 keine neue Angebotsunterlage bei der BaFin eingegangen war, teilte ich Ihnen mit Schreiben vom 26.03.2014 meine Absicht mit, durch Erlass eines Verwaltungsaktes gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 WpÜG, die Pflicht zur Abgabe eines Angebotes nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG durchzusetzen. Gleichzeitig gab ich Ihnen die Gelegenheit, für Ihre Mandantin hierzu nach § 28 VwVfG Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 17.04.2014 teilten Sie mir nur mit, dass Ihre Mandantin ihrer Verpflichtung zur Abgabe eines Pflichtangebotes nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG nachkommen wolle und sich intensiv um die Sicherstellung der Finanzierung des Pflichtangebotes bemühe.

II. Die Verpflichtung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG, eine Angebotsunterlage bei der BaFin einzureichen, besteht auch nach der Untersagung eines Pflichtangebots nach § 15 WpÜG. Sie bezieht sich auf die Einreichung einer vollständigen, den Anforderungen des § 11 WpÜG und der hierzu erlassenen WpÜG-Angebotsverordnung entsprechenden Angebotsunterlage einschließlich der Finanzierungsbestätigung.

Zwar trifft das WpÜG selbst bereits Sanktionen, wie die Zinszahlungspflicht nach § 38 Nr. 3 WpÜG und den Rechtsverlust nach § 59 WpÜG. Die Regierungsbegründung zu § 38 WpÜG stellt jedoch klar, dass sich durch die Zinszahlung die im Rahmen eines Pflichtangebots zu erbringende Gegenleistung erhöht (vgl. BT-Drucksache 14/7034561, S. 61). Das setzt voraus, dass die Verpflichtung zur Abgabe des Angebots bestehen bleibt, da anderenfalls der Zinsanspruch leer liefe. Hinzu kommt, dass der Rechtsverlust gemäß § 59 WpÜG zwar dem Bieter schadet, den betroffenen Aktionären aber nur mittelbar nützt. Sie sind nur vor der Ausübung der Kontrolle über die Stimmrechte geschützt, können aber das durch das Pflichtangebot einzuräumende Recht zum Ausstieg aus der Gesellschaft nicht ausüben.

Die Bieterin ist ihrer fortbestehenden Verpflichtung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG bislang nicht nachgekommen. Dieser anhaltende Verstoß gegen § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG stellt einen Missstand im Sinne von § 4 Abs. 1 WpÜG dar. Ohne die Übermittlung einer gestattungsfähigen Angebotsunterlage an die BaFin können die Aktionäre der Panamax AG ihre Aktien in der Zielgesellschaft nicht im Rahmen eines Verfahrens nach dem WpÜG veräußern, obwohl das WpÜG dies für den Fall eines Kontrollwechsels grundsätzlich vor-

sieht. Das Verhalten des Bieters beeinträchtigt daher die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens nach dem WpÜG.

Gemäß § 4 Abs. 1 WpÜG hat die BaFin im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben, die Aufsicht bei Angeboten nach dem WpÜG auszuüben und Missständen entgegenzuwirken, welche die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Wertpapiermarkt bewirken können.

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 WpÜG kann die BaFin daher Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, diesen Missstand zu beseitigen.

Die mit diesem Bescheid getroffene Anordnung ist geeignet, den Missstand zu beseitigen, da eine von der Bieterin erneut eingereichte Angebotsunterlage durch die BaFin geprüft und im Falle der Gestattungsfähigkeit veröffentlicht werden kann.

Sie ist auch erforderlich, denn ein milderer Mittel als diese Anordnung ist nicht ersichtlich. Nur auf diesem Wege kann bei Fehlen von Befreiungsgründen (§§ 36 und 37 WpÜG) der Missstand beseitigt werden, wenn der Angebotspflichtige nicht freiwillig tätig wird.

Die Anordnung ist auch angemessen. Die Interessen der Aktionäre in ihrer Gesamtheit sind dabei zu würdigen. Deren Kapital ist in den Aktien der Panamax AG gebunden, obwohl ihnen ein Angebot zum Ausstieg aus der Gesellschaft zu einem Preis von mindestens € 2,37 plus Zinsen zu unterbreiten ist. Da der Börsenkurs seit der Untersagung des Angebots regelmäßig unterhalb des vorgenannten Preises lag, wäre ein solches Angebot aller Voraussicht nach auch attraktiv für die Aktionäre.

Interessen der Bieterin, die einer Durchsetzung der Angebotspflicht entgegenstehen könnten, haben Sie auch nach entsprechender Anhörung nicht vorgetragen. In Ihrem Schreiben vom 17.04.2014 haben Sie lediglich geltend gemacht, dass sich die Bieterin um die Finanzierung des Pflichtangebotes bemühe und hierzu weiterhin in Verhandlungen mit der Deutsche Balaton AG stehe. Eine nachvollziehbare Darlegung, woran die Finanzierungsbemühungen bislang gescheitert sind, fehlt jedoch. Nachdem die Bieterin über die Mittel verfügte, ca. 66 Prozent der Aktien der Zielgesellschaft für über 2,4 Mio. Euro zu erwerben, ist es auch nicht plausibel, dass die Bieterin generell nicht in der Lage ist, die zur Durchführung des Angebotes noch notwendigen Mittel in Höhe von rund 1,3 Mio. Euro zu beschaffen. Jedenfalls vor dem Hintergrund, dass seit dem Kontrollerwerb der Bieterin mehrere Monate vergangen sind, ist das Interesse der Bieterin, weiter ohne Fristbindung über die Finanzierung verhandeln zu können, gegenüber den Interessen der Aktionärsversammlung nachrangig.

Dabei ist die eingeräumte Frist von vier Wochen zur Erfüllung der auferlegten Pflichten angemessen im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes (VwVG), da dies der gesetzlich vorgesehenen Frist des § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG entspricht, in der ein Bieter seine Angebotsunterlage übermitteln muss.

III. Die Zwangsgeldandrohung beruht auf § 46 WpÜG i.V.m. §§ 7 Abs. 1, 6 Abs. 1, 11 Abs. 1, 13 VwVG. Danach ist die BaFin als Vollzugsbehörde zur Zwangsgeldandrohung ermächtigt.

Der Widerspruch gegen Maßnahmen der BaFin nach § 4 Abs. 1 Satz 3 WpÜG hat gemäß § 42 WpÜG keine aufschiebende Wirkung, wie das Voraussetzung für die Durchsetzung von Zwangsmitteln gemäß § 6 Abs. 1 VwVG ist.

Das Zwangsmittel des Zwangsgeldes ist im vorliegenden Fall auch das richtige anzuwendende Zwangsmittel im Sinne des § 9 Abs. 1 VwVG. Die Verpflichtungen der BaFin eine Angebotsunterlage zu übermitteln und diese zu veröffentlichen, sind höchstpersönliche Pflichten des Bieters, die nur von diesem selbst erfüllt werden können.

Eine Zwangsgeldandrohung von 50.000 € ist auch geeignet, erforderlich und angemessen i.S.d. § 9 Abs. 1 VwVG. Ziel der Zwangsgeldandrohung ist es, der Bieterin vor Augen zu führen, dass sich bewusste Verstöße gegen § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG wirtschaftlich nicht rechnen und sie so zur Pflichterfüllung anzuhalten. Der angedrohte Betrag bewegt sich an der unteren Grenze des in § 46 Satz 4 WpÜG festgelegten Rahmens von bis zu € 500.000. Ein geringerer Betrag hätte nicht die notwendige Zwangswirkung. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Erstellung einer Angebotsunterlage und die Durchführung eines Angebotsverfahrens Kosten verursacht, die dem angedrohten Zwangsgeld gegenüberstehen.

IV. Von einer Anhörung der Bieterin vor Erlass der Zwangsgeldandrohung habe ich vorliegend in Ausübung meines pflichtgemäßen Ermessens gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG abgesehen.

Bei der Zwangsgeldandrohung handelt es sich um eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung. Eine gesonderte Anhörung hierzu war im konkreten Fall nicht geboten. Mit Schreiben vom 26.03.2014 hatte ich die Bieterin zu meiner Absicht angehört, durch den Erlass eines Verwaltungsaktes gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 WpÜG, die Pflicht zur Abgabe eines Angebots nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG durchzusetzen. Hierzu haben Sie mit Schreiben vom 17.04.2014 für die Bieterin Stellung genommen und ausgeführt, dass sich die Bieterin intensiv darum bemühe, die Finanzierung des Pflichtangebots sicherzustellen, damit die für eine (erneute) Einreichung der Angebotsunterlage erforderliche Finanzierungsbestätigung ausgestellt werden könne. Eine nachvollziehbare Erklärung, warum es der Bieterin bisher nicht gelungen ist, die Verhandlungen über die Finanzierung abzuschließen, gaben Sie, wie bereits oben unter Ziffer II. ausgeführt, jedoch nicht ab. Vor diesem Hintergrund erscheint eine gesonderte Anhörung zu der Zwangsgeldandrohung nicht zielführend. Vielmehr würde diese die Vollstreckung unnötig belasten und verzögern. Schutzwürdige Interessen der Bieterin, die eine Anhörung erfordern würden, sind nicht ersichtlich. Die Bieterin hat sich sowohl während des ersten Prüfungsverfahrens nach § 14 Abs. 2 WpÜG als auch nach der Untersagung des Angebots mit Bescheid vom 24.01.2014 sowie in der Stellungnahme vom 17.04.2014 allein darauf berufen, dass die von ihr geführten Verhandlungen über die Finanzierung des Angebots noch nicht abgeschlossen sind. Von einer Anhörung der Bieterin zur Zwangsgeldandrohung sind daher keine entscheidungserheblichen neuen Gesichtspunkte zu erwarten. Insbesondere ist vorliegend nicht mit Einwendungen gegen die Zulässigkeit oder die Art und Weise der Zwangsvollstreckung zu rechnen. Demgegenüber besteht ein erhebliches Interesse des Kapitalmarktes an der unverzüglichen Durchsetzung der Angebotspflicht, die mittlerweile seit mehreren Monaten unerfüllt ist.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in Bonn oder Frankfurt am Main Widerspruch erhoben werden.

Hinweise

1. Ich weise darauf hin, dass nach § 59 WpÜG aus den von der Bieterin an der Panamax AG gehaltenen Aktien keine Rechte ausgeübt werden können. Zudem ist die Bieterin den übrigen Aktionären der Panamax AG gemäß § 38 WpÜG zur Zahlung von Zinsen auf die Gegenleistung in Höhe von fünf Prozentpunkten auf das Jahr über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 247 des Bürgerlichen Gesetzbuches verpflichtet, solange sie einer Verpflichtung nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG nicht nachkommt.

2. Eine Veröffentlichung dieses Bescheides gemäß § 44 WpÜG behalte ich mir vor. Von dem Veröffentlichungsrecht werde ich keinen Gebrauch machen, wenn die Tatsache und der Tenor dieses Bescheids sowie dessen wesentlichen Gründe von der Bieterin unverzüglich auf den in § 10 Abs. 3 WpÜG vorgesehenen Veröffentlichungswegen öffentlich bekannt gemacht werden.

Im Interesse der Bieterin sollte der BaFin über die Veröffentlichung ein Beleg übersendet werden.

Die BaFin beabsichtigt, den Text der Veröffentlichung zusätzlich auf ihrer Homepage einzustellen. Ich erbitte daher die Übersendung des Textes der Veröffentlichung als pdf-Datei an die Adresse Angebotsunterlage@bafin.de.