

VERFÜGUNG

des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA

Prof. Dr. Ursula Cassani Bossy, Prof. Dr. Susan Emmenegger, Dr. Andreas Schlatter

vom 27. Januar 2021

in Sachen

Liwet Holding AG, c/o Witel AG, Klausstrasse 4, 8008 Zürich

Gesuchstellerin

vertreten durch Dr. Dieter Dubs und/oder Fabienne Perlini, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90,
8002 Zürich

gegen

Swiss Steel Holding AG (ehemals Schmolz+Bickenbach AG), Landenbergstrasse 11, 6005
Luzern

Gesuchsgegnerin 1

vertreten durch Baker McKenzie Zürich, Dr. Matthias Courvoisier, Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034
Zürich

und

BigPoint Holding AG, c/o AMAG Group AG, Alte Steinhauserstrasse 12, 6330 Cham

Martin Haefner, Felmisweidstrasse 11, 6048 Horw

Gesuchsgegner 2

vertreten durch Hans-Jakob Diem und/oder Simone Ehram, Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich

sowie

Übernahmekommission, Stockerstrasse 54, 8002 Zürich

Vorinstanz

betreffend

Feststellungs- und Revisionsgesuch zur Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Dezember 2019 (G01277730)

Die FINMA stellt fest und zieht in Erwägung, dass

(1) mit (rechtskräftiger) Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Dezember 2019 (nachfolgend: "FINMA Verfügung") die Beschwerden der Gesuchsgegner 1 und 2 gegen die Verfügung 750/01 der Vorinstanz vom 22. November 2019 teilweise gutgeheissen worden waren und den Gesuchsgegnern 2 im Zusammenhang mit der Durchführung der am 2. Dezember 2019 beschlossenen Kapitalerhöhung der Gesuchsgegnerin 1 eine Ausnahme von der Angebotspflicht nach Art. 136 Abs. 1 Bst. e FinfraG gewährt worden war, unter der Auflage, dass die Gesuchsgegner 2 ein Pflichtangebot nach Art. 135 FinfraG für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesuchsgegnerin 1 unterbreiten müssen, sofern am 31. Dezember 2024 ihre Beteiligung (direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten) noch über dem Grenzwert von 33⅓ % der Stimmrechte an der Gesuchsgegnerin 1 (ob ausübbar oder nicht) liegt,

(2) die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 7. Januar 2021 (nachfolgend: "Eingabe") zum vorerwähnten Beschwerdeentscheid bei der FINMA ein Feststellungs- und Wiedererwägungsgesuch mit den folgenden Anträgen stellte:

1. *Es sei festzustellen, dass Herr Martin Haefner/BigPoint Holding AG verpflichtet ist, ein Pflichtangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Swiss Steel Holding AG mit einem Angebotspreis von CHF 0.45 oder CHF 0.37 je Namenaktie der Swiss Steel Holding AG zu unterbreiten.*
2. *Eventualiter sei die Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Dezember 2019 anzupassen, indem im Dispositiv dieser Verfügung eine Auflage aufgenommen wird, welche Herr Martin Haefner/BigPoint Holding AG verpflichtet, ein Pflichtangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Swiss Steel Holding AG mit einem Angebotspreis von mindestens CHF 0.45 oder CHF 0.37 je Namenaktie der Swiss Steel Holding AG zu unterbreiten, sofern im Rahmen der Durchführung der an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Dezember 2020 beschlossenen Kapitalerhöhung Martin Haefner/BigPoint Holding AG ihre Beteiligungsquote an der Swiss Steel Holding AG, berechnet gestützt auf das jeweils aktuelle Aktienkapital, ausbaut.*
3. *Subeventualiter sei die Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Dezember 2019 anzupassen, indem im Dispositiv dieser Verfügung eine Auflage aufgenommen wird, welche Herr Martin Haefner/BigPoint Holding AG, handelnd direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten, verbietet, vor dem 31. Dezember 2025 ausserhalb eines öffentlichen Kaufangebots Namenaktien der Swiss Steel Holding AG sowie Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien der Swiss Steel Holding AG zu erwerben oder ihre Beteiligungsquote im Rahmen einer Kapitalerhöhung auszubauen.*

(3) die Gesuchstellerin ihr Feststellungs- und Wiedererwägungsgesuch zusammengefasst damit begründet, dass sich nach dem Erlass der FINMA Verfügung wesentliche Elemente des Sachverhalts verändert hätten, namentlich:

- die Gesuchsgegner 2 im Rahmen der im Dezember 2019 bei der Gesuchsgegnerin 1 durchgeführten Kapitalerhöhung ausschliesslich einen "Backstop Bid" bei CHF 0.30 pro Aktie eingereicht hätten, um zum Nachteil der anderen Aktionäre eine möglichst hohe Beteiligung an der Gesuchsgegnerin 1 zu erreichen,
 - die Gesuchsgegner 2 im Januar 2020 in schwerer Verletzung der Gleichbehandlung und der Ziele der Angebotspflichtsordnung die Schmolz+Bickenbach GmbH & Co. KG, damals die drittgrösste Aktionärin der Gesuchsgegnerin 1, ausgekauft hätten,
 - die Gesuchsgegnerin 1 auf Antrag der Gesuchsgegner 2 die im Dezember 2020 beschlossene Kapitalerhöhung so ausgestaltet habe, dass die Gesuchsgegner 2 ihre Beteiligung zu Lasten der Minderheitsaktionäre erheblich ausbauen könnten, was einer Umgehung der mit FINMA Verfügung gewährten Freistellung sowie der Freistellungsauflage gleichkomme,
- (4) diese neuen Sachverhaltselemente in der FINMA Verfügung nicht hätten berücksichtigt werden können, weshalb diese nach Ansicht der Gesuchstellerin einer Anpassung bedarf¹,
- (5) gemäss Art. 7 Abs. 1 VwVG² die angerufene Behörde ihre Zuständigkeit von Amtes wegen prüft, wozu auch die sachliche Zuständigkeit gehört³,
- (6) in Bezug auf den 1. Antrag der Gesuchstellerin (Feststellungsgesuch) festzuhalten ist, dass die Übernahmekommission erstinstanzlich die Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote im Einzelfall überprüft und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes sorgt (Art. 126 Abs. 3 i.V.m. Art. 138 Abs. 1 und Abs. 3 FinfraG⁴), wobei sie auch Ausnahmen von der Angebotspflicht beurteilt (Art. 135 Abs. 5 und Art. 136 FinfraG), während die FINMA lediglich als verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Übernahmekommission fungiert (Art. 140 FinfraG),
- (7) entsprechend (neue) Begehren, welche die Feststellung bzw. Unterbreitung eines Pflichtangebots verlangen, stets zuerst an die Vorinstanz und nicht an die FINMA zu richten sind,
- (8) damit die FINMA für die erstinstanzliche Beurteilung des 1. Antrags der Gesuchstellerin sachlich unzuständig ist,
- (9) auch die Gesuchstellerin davon auszugehen scheint und in ihrer Eingabe ausdrücklich nicht gegen eine Überweisung des 1. Antrags an die Vorinstanz opponiert⁵,
- (10) folglich das Feststellungsgesuch der Gesuchstellerin (1. Antrag) in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 (und Art. 9 Abs. 2 e contrario) VwVG ohne entsprechende Nichteintretensverfügung an die zuständige Behörde, mithin die Vorinstanz, zu überweisen ist,

¹ Vgl. dazu insbesondere Rz. 2 f. und Rz. 134 f. der Eingabe.

² Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

³ Daum/Bieri, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Auflage, Zürich 2019, Art. 7 N 5 f.

⁴ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturen- und Marktverhaltensgesetz, FinfraG; SR 958.1).

⁵ Vgl. Rz. 105 der Eingabe.

- (11) die Gesuchstellerin hingegen mit ihrem eventualiter gestellten 2. und 3. Antrag eine "besondere Art der Wiedererwägung" bzw. eine Anpassung der FINMA Verfügung verlangt und dabei ausdrücklich die Zuständigkeit der FINMA geltend macht⁶,
- (12) damit davon auszugehen ist, dass die Gesuchstellerin auch im Falle der Nichtbehandlung bzw. Überweisung des 1. Antrags von der FINMA eine Anpassung der FINMA Verfügung und damit eine Prüfung des 2. und 3. Antrags beantragt,
- (13) dazu vorab festzuhalten ist, dass im Beschwerdeverfahren der FINMA insbesondere die Bestimmungen von Art. 44 ff. VwVG zur Anwendung gelangen (Art. 140 Abs. 3 i.V.m. Art. 139 Abs. 1 FinfraG),
- (14) sich Wiedererwägungsgesuche nur auf erstinstanzliche Verfügungen beziehen können, Änderungen von rechtskräftigen Beschwerdeentscheiden hingegen mit Revision (Art. 66 ff. VwVG) zu verlangen sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob die erstinstanzliche Verfügung oberinstanzlich bestätigt, geändert oder aufgehoben wurde⁷,
- (15) deshalb das Wiedererwägungsgesuch der Gesuchstellerin vorliegend als Revisionsgesuch zu behandeln ist,
- (16) Revisionsgründe stets die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit einer Verfügung oder eines Entscheides betreffen⁸, wobei insbesondere beim Revisionsgrund von Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG (neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel) ein striktes Verbot für echte Noven gilt und damit nur Tatsachen anerkannt werden können, welche zur Zeit des Beschwerdeverfahrens bereits vorhanden waren, aber aus entschuldbaren Gründen nicht vorgebracht werden konnten (sog. neu bekannte Tatsachen), während Tatsachen, die aus der Zeit nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens stammen, keine Grundlage für eine Revision bilden⁹,
- (17) die Gesuchstellerin ihren 2. und 3. Antrag – wie oben dargelegt – jedoch ausdrücklich auf neue, seit der FINMA Verfügung entstandene Sachverhaltselemente bzw. Tatsachen stützt,
- (18) damit offensichtlich kein Revisionsgrund im Sinne von Art. 66 VwVG gegeben ist,
- (19) im Übrigen vorliegend zumindest in Bezug auf die ersten beiden von der Gesuchstellerin vortragenen neuen Tatsachen (erste Kapitalerhöhung von Dezember 2019 und Auskauf der Schmolz+Bickenbach GmbH & Co. KG von Januar 2020) die Revisionsfrist von 90 Tagen im Sinne von Art. 67 Abs. 1 VwVG abgelaufen wäre,

⁶ Vgl. Rz. 106 der Eingabe.

⁷ Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 710 und N 742; Häfelin/Müller/Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1278; Wiederkehr/Plüss, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts*, Bern 2020, N 3880 und N 3884; Tschannen/Zimmerli/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, Bern 2014, § 31 N 27 (mit Verweis auf BGE 107 V 84, E. 1).

⁸ Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 723; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 N 24.

⁹ Mächler, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 66 N 18 (mit weiteren Hinweisen).

- (20) die Beschwerdeinstanz zum vornherein unzulässige oder unbegründete Beschwerden bzw. Revisionsgesuche ohne Bekanntmachung, Einholung von Vernehmlassungen und Beizug der Vorakten abweisen bzw. darauf nicht eintreten kann (vgl. Art. 68 Abs. 2 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 VwVG)¹⁰,
- (21) folglich auf das Revisionsgesuch der Gesuchstellerin (2. und 3. Antrag) nicht einzutreten ist¹¹,
- (22) ein in der gleichen Sache ergangener (rechtskräftiger) Beschwerdeentscheid jedoch nicht ausschliesst, dass die erstinstanzliche Behörde bei gegebenen Voraussetzungen auf ein Wiedererwägungsgesuch hin neu entscheiden kann¹²,
- (23) nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Revisionsgesuche, welche mit einer nachträglichen Änderung des Sachverhalts begründet werden, nicht von Amtes wegen an die verfügende Behörde zur Behandlung als Wiedererwägungsgesuch zu überweisen sind¹³,
- (24) die Gesuchstellerin die Eingabe jedoch auch der Vorinstanz in Kopie zugestellt hat¹⁴, weshalb sich vorliegend weitere Ausführungen zur Frage nach der Pflicht der FINMA, auch den 2. und 3. Antrag der Gesuchstellerin an die Vorinstanz zu überweisen, erübrigen,
- (25) die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 68 Abs. 2 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 VwVG),
- (26) bei einer formlosen Überweisung eines Gesuchs an die zuständige Behörde im Sinne von Art. 8 Abs. 1 VwVG keine Kosten zu erheben sind¹⁵,
- (27) deshalb die Überweisung des 1. Antrags der Gesuchstellerin (Feststellungsgesuch) an die Vorinstanz bei der Festsetzung und Auferlegung der Kosten für den vorliegenden Entscheid nicht zu berücksichtigen ist,
- (28) die Gesuchstellerin hingegen aufgrund des Nichteintretens auf ihren 2. und 3. Antrag diesbezüglich vollumfänglich unterliegt,
- (29) damit die entsprechenden Verfahrenskosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen sind, wobei aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache ein Betrag von CHF 5'000 angemessen erscheint,

¹⁰ Seethaler/Plüss, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 57 N 25 ff. (mit weiteren Hinweisen).

¹¹ Vgl. Wiederkehr/Plüss, a.a.O., N 3949 (mit weiteren Hinweisen).

¹² Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1278; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 742 (mit Verweis auf die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4068/2010 vom 22. Oktober 2010, E. 5.2, und A-6381/2009 vom 16. März 2010, E. 3.4); Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 31 N 28 und N 41; Wiederkehr/Plüss, a.a.O., N 3890 und N 3908.

¹³ Wiederkehr/Plüss, a.a.O., N 3942 (mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3913/2009 vom 5. Juni 2013, E. 13.1).

¹⁴ Vgl. Rz. 105 der Eingabe.

¹⁵ Daum/Bieri, in: Auer/Müller/Schindler, a.a.O., Art. 8 N 19.

(30) bei diesem Verfahrensausgang und mangels Aufwendungen bei den Gesuchsgegnern 1 und 2 keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind (Art. 68 Abs. 2 i.V.m. Art. 64 Abs. 1 VwVG),

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA verfügt:

1. Das Gesuch um Feststellung eines Pflichtangebots (1. Antrag) wird an die Vorinstanz überwiesen.
2. Auf das Gesuch um Revision der Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 6. Dezember 2019 (2. und 3. Antrag) wird nicht eingetreten.
3. Die Verfahrenskosten werden auf CHF 5'000 festgelegt und der Gesuchstellerin auferlegt. Die Verfahrenskosten werden mit separater Post in Rechnung gestellt und sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft zu begleichen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

sig. Prof. Dr. Ursula Cassani Bossy
Präsidentin des Übernahme- und Staats-
haftungsausschusses der FINMA

sig. Mark Branson
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, CH-9023 St. Gallen) Beschwerde geführt werden. Die Beschwerde ist zu begründen und in zwei unterschriebenen Exemplaren einzureichen. Die Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen.

Zu eröffnen an:

- **Liwet Holding AG**, vertreten durch Dr. Dieter Dubs und/oder Fabienne Perlini, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8002 Zürich (vorab per E-Mail und per Einschreiben mit Rückschein)
- **Swiss Steel Holding AG**, vertreten durch Baker McKenzie Zürich, Dr. Matthias Courvoisier, Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034 Zürich (vorab per E-Mail und per Einschreiben mit Rückschein, unter Beilage einer Kopie der Eingabe vom 7. Januar 2021)
- **BigPoint Holding AG und Martin Haefner**, vertreten durch Hans-Jakob Diem und/oder Simone Ehram, Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich (vorab per E-Mail und per Einschreiben mit Rückschein, unter Beilage einer Kopie der Eingabe vom 7. Januar 2021)
- **Übernahmekommission**, Stockerstrasse 54, 8002 Zürich (vorab per E-Mail und per Einschreiben mit Rückschein, unter Beilage einer Kopie der Eingabe vom 7. Januar 2021 und der Beilagen)