



Verfügung 672/04

vom 1. September 2018

Gesuch von Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev im Hinblick auf das Pflichtangebot an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. für eine Suspendierung der Stimmrechte nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG sowie Gesuche von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai um Fristverlängerung gemäss Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA

Sachverhalt:

A.

SHL Telemedicine Ltd. (**SHL**) ist eine Aktiengesellschaft israelischen Rechts mit Sitz in Tel Aviv, Israel. SHL entwickelt und vermarktet innovative Telemedizinssysteme. Das Aktienkapital von SHL beträgt 108'785 Israeli Shequel (**NIS**) und ist eingeteilt in 10'878'491 Namenaktien mit einem Nennwert von NIS 0.01 (**SHL-Aktien**). Alle ausstehenden SHL-Aktien berechtigen zu einer Stimme. Die SHL-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange (**SIX**) mit dem Symbol SHL TN kotiert.

B.

Mit Verfügung 672/01 vom 26. Januar 2018 (**Verfügung 672/01**) entschied die Übernahmekommission (**UEK**), dass Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu und Kun Shen (gemeinsam die **Himalaya Untergruppe**) und Mengke Cai verpflichtet sind, ein öffentliches Kaufangebot für alle kotierten SHL-Aktien zu einem Preis von CHF 8.70 pro SHL-Aktie zu unterbreiten (Verfügung 672/01, Dispositiv Ziff. 1). Der Himalaya Untergruppe und Mengke Cai (beide gemeinsam die **angebotspflichtige Gruppe**) wurde eine Frist von zwei Monaten angesetzt, um das öffentliche Kaufangebot zu publizieren (Verfügung 672/01, Dispositiv Ziff. 2).

C.

Mit Verfügung 672/02 vom 21. März 2018 (**Verfügung 672/02**) verlängerte die UEK die Frist zur Unterbreitung des öffentlichen Pflichtangebots durch die angebotspflichtige Gruppe an die Aktionäre von SHL bis zum 30. Juni 2018 (Verfügung 672/02, Dispositiv Ziff. 1). Zudem wurde der angebotspflichtigen Gruppe die Auflage erteilt, die UEK alle zwei Wochen über die Fortschritte betreffend die Durchführung und die Finanzierung des Pflichtangebots zu informieren (Verfügung 672/02, Dispositiv Ziff. 2).

D.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 7. Juni 2018 wurde die angebotspflichtige Gruppe verpflichtet, die bisherigen zweiwöchentlichen Berichterstattungen gemäss Verfügung 672/02 zusätzlich auch in anonymisierter Form, d.h. unter Schwärzung der Identität von Drittpersonen, bis zum 15. Juni 2018 der UEK zukommen zu lassen und künftige Berichterstattungen ebenfalls zusätzlich in anonymisierter Form einzureichen (act. 120/01, Dispositiv Ziff. 1). Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev (die **Alroy & Shalev Gruppe**) wurde ab dem 18. Juni



2018 bei der UEK Akteneinsicht in diese anonymisierten Berichterstattungen gewährt (act. 120/01, Dispositiv Ziff. 2).

E.

Mit Verfügung 672/03 vom 27. Juni 2018 (**Verfügung 672/03**) verlängerte die UEK die Frist zur Unterbreitung des öffentlichen Pflichtangebots durch die angebotspflichtige Gruppe an die Aktionäre von SHL nochmals bis zum 31. August 2018 (Verfügung 672/03, Dispositiv Ziff. 1). Zudem wurde der angebotspflichtigen Gruppe die Auflage erteilt, die UEK wöchentlich über die Fortschritte betreffend die Durchführung und die Finanzierung des Pflichtangebots zu informieren (Verfügung 672/03, Dispositiv Ziff. 2).

F.

Mit Gesuch vom 17. August 2018 gelangte die Alroy & Shalev Gruppe mit folgenden Anträgen an die UEK (**Gesuch 1**; act. 157/01):

1. *„Es seien die Stimmrechte und damit zusammenhängenden Rechte betreffend die von Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen gehaltenen Aktien an der SHL Telemedicine Ltd. bis zur Erfüllung der durch die Übernahmekommission ihnen auferlegten Angebotspflicht zu suspendieren.*
2. *Der SHL Telemedicine Ltd. und ihren Organen sei unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB zu verbieten, Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen zur Ausübung von Stimmrechten und damit zusammenhängenden Rechten zuzulassen und deren Stimmrechte in künftigen Generalversammlungen zu berücksichtigen.*
3. *Allfällige Gesuche von Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen betreffend Gewährung einer weiteren Fristerstreckung zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots seien abzuweisen.*

Eventualiter seien allfällige Gesuche von Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen betreffend Gewährung einer weiteren Fristerstreckung zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots lediglich bis längstens 30. September 2018 und ausdrücklich letztmalig gutzuheissen.“

G.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 17. August 2018 gewährte die UEK der Himalaya Untergruppe, Mengke Cai und SHL eine Frist bis am 21. August 2018, 18:00 Uhr, um zum Gesuch 1 Stellung zu nehmen (act. 158/01).

H.

Am 20. August 2018 reichte Mengke Cai ein Gesuch um Verlängerung der Frist zur Unterbreitung des Pflichtangebots mit folgenden Anträgen ein (**Gesuch 2**; act. 159/01):



1. *„Die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Angebots von Mengke Cai an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. sei bis zum 30. November 2018 zu verlängern.*
2. *Eine Stimmrechtssuspendierung sei nicht anzuordnen.“*

I.

Am 20. August 2018 reichte die Himalaya Untergruppe ein Gesuch bei der UEK ein und ersuchte diese, *„die Frist der Himalaya Gruppe zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots in Sachen SHL bis zum 30. November 2018 zu verlängern“ (Gesuch 3; Hervorhebung im Original, act. 160/01).*

J.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. August 2018 gewährte die UEK der Alroy & Shalev Gruppe, der Himalaya Untergruppe, Mengke Cai und SHL eine Frist bis am 23. August 2018, 12:00 Uhr, um zu den Gesuchen 2 und 3 Stellung zu nehmen (act. 161/01).

K.

Am 21. August 2018 ging eine Stellungnahme von SHL zum Gesuch 1 ein (**Stellungnahme 1**; act. 162/01).

L.

Am 21. August 2018 nahm die Himalaya Untergruppe zum Gesuch 1 mit folgenden Anträgen Stellung (**Stellungnahme 2**; act. 163/01):

1. *„Auf die Anträge von Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev sei nicht einzutreten.*

Eventualiter seien die Anträge von Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev abzuweisen.
2. *Es seien die Verfahrenskosten der Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev aufzuerlegen.“*

M.

Am 21. August 2018 nahm Mengke Cai zum Gesuch 1 mit folgenden Anträgen Stellung (**Stellungnahme 3**; act. 164/01):

1. *„Das Gesuch der Alroy-Gruppe sei abzuweisen;*
2. *unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Alroy-Gruppe.“*

N.

Am 23. August 2018 nahm die Alroy & Shalev Gruppe zu den Gesuchen 2 und 3 mit folgenden Anträgen Stellung (**Stellungnahme 4**; act. 167/01):



1. *„Es seien die Stimmrechte und damit zusammenhängenden Rechte betreffend die von Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen gehaltenen Aktien an der SHL Telemedicine Ltd. bis zur Erfüllung der durch die Übernahmekommission ihnen auferlegten Angebotspflicht zu suspendieren.*
2. *Der SHL Telemedicine Ltd. und ihren Organen sei unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB zu verbieten, Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen zur Ausübung von Stimmrechten und damit zusammenhängenden Rechten zuzulassen und deren Stimmrechte in künftigen Generalversammlungen zu berücksichtigen.*
3. *Die Gesuche von Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen betreffend Gewährung einer weiteren Fristerstreckung zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots seien abzuweisen.*

Eventualiter seien die Gesuche von Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen betreffend Gewährung einer weiteren Fristerstreckung zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots lediglich bis längstens 30. September 2018 und ausdrücklich letztmässig gutzuheissen."

O.

Die Gesuche 1 – 3 und die Stellungnahmen 1 – 4 wurden allen Parteien am 23. August 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt.

P.

Am 24. August 2018 ging eine unaufgeforderte Stellungnahme von Mengke Cai bei der UEK ein (**Stellungnahme 5**; act. 170/01).

Q.

Auf die Begründung der Gesuche 1 – 3 sowie der Stellungnahmen 1 – 5 wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

R.

Am 28. August 2018 veröffentlichte SHL die Einladung zu einer ausserordentlichen Generalversammlung. Diese soll am 18. Oktober 2018 in Tel Aviv, Israel, stattfinden. An ihr soll insbesondere ein unabhängiges Verwaltungsratsmitglied gemäss dem israelischen Gesellschaftsrecht für eine Zeitdauer von drei Jahren gewählt werden (act. 171).



S.

Die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots an die Aktionäre von SHL durch Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe ist am 31. August 2018 unbenutzt verstrichen.

T.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Thomas A. Müller (Präsident), Jean-Luc Chenaux, Lionel Aeschlimann und Franca Contratto gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Fristverlängerung i.S.v. Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA

[1] Im vorliegenden Fall war die angebotspflichtige Gruppe verpflichtet, bis am 31. August 2018 ein öffentliches Angebot für alle SHL-Aktien zum Preis von CHF 8.70 pro SHL-Aktie zu unterbreiten (vgl. Sachverhalt lit. C; Verfügung 672/03, Dispositiv Ziff. 1).

[2] Gemäss Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA kann die UEK diese Frist, die bereits zwei Mal um insgesamt fünf Monate verlängert wurde (vgl. Sachverhalt lit. C und E; Verfügung 672/02, Dispositiv Ziff. 1 und Verfügung 672/03, Dispositiv Ziff. 1), aus wichtigen Gründen verlängern. Dabei ist zu beachten, dass die Voraussetzungen für eine Verlängerung nach Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA umso höher werden, je mehr Zeit seit der Feststellung der Angebotspflicht vergangen ist und je länger die angebotspflichtige Gruppe benötigt, um das Pflichtangebot zu unterbreiten. Unter dieser Prämisse ist nachfolgend zu prüfen, ob solche wichtigen Gründe i.S.v. Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA in diesem Fall vorliegen.

[3] Mengke Cai bringt vor, dass sie auf eine „Finanzierung [des Pflichtangebots] durch einen Dritten angewiesen“ sei, da sie nicht über die liquiden Mittel verfüge, um die Übernahme zu finanzieren (act. 159/01, Rn 5). Sie könne „nicht einfach auf andere investierte Mittel zurückgreifen, weil diese Mittel anderweitig als Sicherheiten dienen“ (act. 159/01, Rn 5). Auf Grund des gegenwärtigen Standes der Verhandlungen über eine Fremdfinanzierung sei „klar, dass eine Veröffentlichung eines Angebots bis zum 31. August 2018 nicht möglich sein wird“ (act. 159/01, Rn 7). Ebenfalls erscheine es „sehr schwierig, bis Ende September 2018 das Angebot zu lancieren“ (act. 159/01, Rn 7). „Mit Glück liesse sich ein Termin Ende Oktober realisieren“ (act. 159/01, Rn 7 in fine), so die Vertreter von Mengke Cai. Entsprechend beantragt Mengke Cai eine Fristverlängerung um drei Monate bis am 30. November 2018 (act. 159/01, Antrag 1). Für die Angebotsempfänger sei ein später unterbreitetes Angebot „immer besser als ein nicht unterbreitetes Angebot“, insofern hätten diese ein Interesse daran, dass eine Fristerstreckung gewährt würde (act. 159/01, Rn 10).

[4] Die Himalaya Untergruppe führt aus, dass sie nach „komplexen und sehr zeitintensiven Diskussionen (...) nun zwei interessierte potentielle Eigenkapitalgeber gefunden“ habe (act. 160/01, S. 2). Beim ersten interessierten Investor handle „es sich um eine in Hong Kong ansässige Investmentgesellschaft, die zu einer vom chinesischen Staat kontrollierten Investmentbank gehört“ (act. 160/01,



S. 2). Der zweite Investor sei „eine zu einer grossen chinesischen Bank gehörende Finanzierungsgesellschaft“ (act. 160/01, S. 2). Da die beiden interessierten Investoren „vertiefte Due Diligence Prüfungen der finanziellen Solidität, des Geschäfts sowie der Produkte der SHL durchführen müssen“ (act. 160/01, S. 2), ersucht die Himalaya Untergruppe um eine Verlängerung der bereits zwei Mal verlängerten Frist um weitere drei Monate bis zum 30. November 2018.

[5] Die Alroy & Shalev Gruppe führt aus, dass seit dem Zeitpunkt, in welchem die Angebotspflicht gemäss Verfügung 672/01 ausgelöst worden sei, also seit dem 11. Mai 2017 (vgl. Verfügung 672/01, Rn 96 m.w.H.), über fünfzehn Monate vergangen seien, ohne dass die angebotspflichtige Gruppe ihrer Pflicht nachgekommen wäre, und dass seit der Feststellung der Angebotspflicht auch bereits mehr als ein halbes Jahr verstrichen sei, ohne dass ein öffentliches Angebot unterbreitet worden wäre (act. 157/01, Rn 5). Die angebotspflichtige Gruppe habe es „versäumt, klar und nachvollziehbar aufzuzeigen, dass sie sich tatsächlich darum bemüht, ihren Pflichten zur Auflage eines öffentlichen Übernahmeangebotes fristgerecht nachzukommen“ (act. 157/01, Rn 6). Die Akten würden keinen anderen Schluss zulassen, „als dass die Angebotspflichtigen in den vergangenen Monaten (seit dem 26. Januar 2018) keine ernsthaften Bemühungen zur Erfüllung ihrer Pflicht betreffend Auflage eines öffentlichen Übernahmeangebots unternommen haben“ (act. 157/01, Rn 8). Zusammenfassend ist die Alroy & Shalev Gruppe der Ansicht, „dass die Angebotspflichtigen nicht den Nachweis dafür haben erbringen können, dass sie das Pflichtangebot rechtzeitig der Öffentlichkeit präsentieren werden, geschweige denn, dass sie ernsthafte Bemühungen dazu unternommen haben“ (act. 157/01, Rn 24).

[6] In der Stellungnahme 4 zeigt sich die Alroy & Shalev Gruppe ferner wenig „überrascht“, „dass nun kurz vor Fristende zwei angeblich interessierte neue Finanzierungspartner auftauchen und unverbindliche Term Sheets eingereicht werden“ (act. 167/01, Rn 5). Sie ist der Ansicht, dass „sich in den Eingaben der Angebotspflichtigen im Übrigen keine substantiierten Angaben – geschweige denn Belege – darüber [finden], welche Schritte in den vergangenen Monaten konkret unternommen wurden“ (act. 167/01, Rn 6). Weiter führt die Alroy & Shalev Gruppe aus, dass „Mengke Cai über ein Vermögen verfügt, dass [recte: das] ein Mehrfaches des geschuldeten Angebotspreises beträgt“, zumal allein ihre Beteiligung an Hokai „rund CHF 110 Mio“ betrage (act. 167/01, Rn 13). Würde man „den Wert der 20%-Beteiligung ihres Ehemannes an Hokai“ hinzuziehen, der im einen Term Sheet nun doch erwähnt wird (vgl. act. 160/04), „beträgt das Vermögen rein aus der Beteiligung an Hokai gar CHF 256 Mio“ (act. 167/01, Rn 13). Die Alroy & Shalev Gruppe ist deshalb der Meinung, „dass bereits der eine Teil der angebotspflichtigen Gruppe über so beträchtliche finanzielle Mittel verfügt, dass die Finanzierung des Pflichtangebots ein Leichtes wäre“ (act. 167/01, Rn 13).

[7] In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme 5 führen die Vertreter von Mengke Cai aus, dass 99,99% der Hokai-Aktien von Mengke Cai verpfändet seien (act. 170/01, Rn 1), es könne „also keine Rede davon sein, die Übernahme könne Frau Cai alleine finanzieren“ (act. 170/01, Rn 3).

[8] Die UEK hat mit Verfügung 672/01 am 26. Januar 2018 entschieden, dass die Himalaya Untergruppe und Mengke Cai ein Pflichtangebot für alle SHL-Aktien zum Preis von CHF 8.70 pro Aktie unterbreiten müssen (vgl. Sachverhalt lit. B sowie Verfügung 672/01, Dispositiv Ziff. 1). Seitdem sind mehr als sieben Monate vergangen. Die Frist zur Unterbreitung des Pflichtangebo-



tes wurde innerhalb dieser sieben Monate bereits zwei Mal erstreckt. Die Verfügung 672/02 verlängerte diese Frist bis am 30. Juni 2018 und die Verfügung 672/03 gewährte eine Fristverlängerung bis am 31. August 2018 (vgl. Sachverhalt lit. C und E). Nun gelangen sowohl Mengke Cai als auch die Himalaya Untergruppe mit Anträgen an die UEK, dass ihnen die Frist zur Publikation ihres Pflichtangebots um weitere drei Monate bis am 30. November 2018 erstreckt werden soll (vgl. Sachverhalt lit. H und I). Im Folgenden ist zu prüfen, ob im konkreten Fall wichtige Gründe i.S.v. Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA eine weitere Fristerstreckung rechtfertigen.

[9] Nach der allgemeinen Erfahrung und nach pflichtgemäsem Ermessen ist eine Frist von sieben Monaten ab Feststellung der Angebotspflicht grundsätzlich ausreichend, um ein öffentliches Angebot an die Aktionäre einer Zielgesellschaft zu unterbreiten. Dafür wäre indes erforderlich, dass die angebotspflichtige Gruppe mit der gebotenen Zielstrebigkeit und Stringenz an der Ausarbeitung des Pflichtangebots arbeitet. Ob das im vorliegenden Fall geschehen ist, scheint auf Grund der konkreten Umstände zweifelhaft, zumal sich den regelmässigen Berichterstattungen der angebotspflichtigen Gruppe wenige Hinweise darauf entnehmen lassen, dass in den vergangenen Monaten konkrete und zielgerichtete Schritte zur Ausarbeitung des Pflichtangebots unternommen wurden. Diese Vermutung wird dadurch bestätigt, dass selbst die Vertreter von Mengke Cai einräumen, dass sich „[m]it Glück [...] ein Termin Ende Oktober realisieren (liesse)“ (act. 159/01, Rn 7 *in fine*, zit. auch in Rn [3]). Die Tatsache, dass die Himalaya Untergruppe und Mengke Cai beide übereinstimmend eine nochmalige Fristerstreckung um weitere drei Monate bis Ende November 2018 beantragen, lässt es auf Grund der gesamten Umstände und dem bisherigen Verhalten der angebotspflichtigen Gruppe kaum mehr als realistisch, ja glaubhaft erscheinen, dass das Pflichtangebot auch bis zum 30. November 2018 unterbreitet wird.

[10] Wichtige Gründe für die Gewährung einer weiteren Fristerstreckung i.S.v. Art. 39 Abs. 2 FinfraV-FINMA sind *in casu* somit nicht auszumachen. Im Gegenteil ist es so, dass gewichtige Gründe dagegen sprechen, diese Transaktion ohne glaubhafte Hinweise auf eine tatsächlich bevorstehende Erfüllung des Pflichtangebots noch weiterhin monatelang pendent zu halten. Eine Beibehaltung dieses Zustands der Unsicherheit ist mit den Schutzzielen der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit und der Transparenz des Finanzmarktes i.S.v. Art. 1 Abs. 2 FinfraG nicht mehr vereinbar. Die Finanzmarktteilnehmer im Allgemeinen und die Aktionäre von SHL im Besonderen sind in ihrem berechtigten Vertrauen in die Lauterkeit und Transparenz übernahmerechtlicher Verfahren (Art. 1 UEV) zu schützen. Des Weiteren kommt hinzu, dass die Aktionäre von SHL seit dem 11. Mai 2017 (vgl. Verfügung 672/01, Rn 96 m.w.H.) von der angebotspflichtigen Gruppe beherrscht werden, ohne das gemäss Art. 135 FinfraG für den Fall eines Kontrollwechsels vorgesehene Ausstiegsrecht erhalten zu haben. Seit über sieben Monaten warten sie zudem vergebens darauf, ein Pflichtangebot für ihre SHL-Aktien zu erhalten. Auch das übernahmerechtliche Gebot der Verfahrensbeschleunigung (vgl. Art. 63 Abs. 1 UEV) spricht in diesem Fall deutlich gegen eine weitere Fristverlängerung. Es kann den Aktionären von SHL insgesamt nicht zugemutet werden, dass dieser Zustand nochmals durch eine weitere Fristerstreckung verlängert wird, zumal – wie oben erwähnt – überdies zumindest zweifelhaft ist, ob eine solche überhaupt zum gewünschten Erfolg, nämlich der Unterbreitung des vorgeschriebenen Pflichtangebots, führen würde.



[11] Entsprechend gibt die UEK Antrag 3 Abs. 1 des Gesuches 1 und der Stellungnahme 4 der Alroy & Shalev Gruppe statt und weist den Antrag 1 von Mengke Cai in Gesuch 2 sowie den Hauptantrag der Himalaya Untergruppe in Gesuch 3 ab und gewährt keine weitere Fristerstreckung zur Unterbreitung eines öffentlichen Kaufangebots an die Aktionäre von SHL.

—

2. Anzeige wegen Verletzung der Angebotspflicht i.S.v. Art. 152 FinfraG

[12] Die Frist zur Unterbreitung eines Pflichtangebots ist am 31. August 2018 – und damit nach Ablauf von sieben Monaten seit Feststellung der Angebotspflicht – unbenutzt verstrichen. Damit liegt mutmasslich eine Verletzung der Angebotspflicht i.S.v. Art. 152 FinfraG vor, welche die UEK *ex officio* zur Anzeige zu bringen hat. Nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird die UEK eine Anzeige an das Eidgenössische Finanzdepartement EFD zur Eröffnung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach Art. 152 FinfraG wegen Verletzung der Angebotspflicht erstatten.

—

3. Stimmrechtssuspendierung i.S.v. Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG

[13] Nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG kann die UEK das Stimmrecht und die damit zusammenhängenden Rechte einer Person, die ihrer Angebotspflicht nicht nachkommt, bis zur Klärung und gegebenenfalls Erfüllung der Angebotspflicht suspendieren, wenn es hinreichende Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Person ihrer Angebotspflicht nicht nachkommt.

[14] Es ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine Suspendierung der Stimmrechte der angebotspflichtigen Gruppe angezeigt ist, wie dies die Alroy & Shalev Gruppe in Antrag 1 des Gesuchs 1 und der Stellungnahme 4 verlangt.

[15] Die Alroy & Shalev Gruppe führt diesbezüglich aus, dass seit der Entstehung der Angebotspflicht am 11. Mai 2017 (vgl. Verfügung 672/01, Rn 96 m.w.H.) mittlerweile über fünfzehn Monate verstrichen seien, ohne dass ein Pflichtangebot unterbreitet worden wäre. Seit dem Erlass der Verfügung 672/01 seien nun bald sieben Monate vergangen, „ohne dass die Angebotspflichtigen Finanzierungsbemühungen an den Tag gelegt [haben], die eine Erfüllung der Angebotspflicht in absehbarer Zukunft wahrscheinlich erscheinen lassen“ (act. 157/01, Rn 35). Somit bestünden heute „klarerweise mindestens erhebliche Zweifel, dass die Angebotspflichtigen tatsächlich ein Angebot unterbreiten werden“ (act. 157/01, Rn 35). Seit dem Erlass der Verfügung 672/03 seien ferner „erneut weitere zwei Monate verstrichen, ohne dass von den Angebotspflichtigen Fortschritte in Bezug auf die Finanzierung erzielt worden wären“ (act. 157/01, Rn 39). Daraus folge, „dass die Anordnung einer Stimmrechtssuspendierung heute unumgänglich ist“ (act. 157/01, Rn 40).

[16] Mit Blick auf eine allfällige Suspendierung ihrer Stimmrechte i.S.v. Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG hält Mengke Cai fest, dass die Alroy & Shalev Gruppe dann „die absolute Mehrheit der Aktien an der SHL erreicht“ (act. 159/01, Rn 13). Dann könnte die Alroy & Shalev Gruppe SHL entreichern und „ihr Risikoprofil völlig (...) verändern“ (act. 159/01, Rn 13). Im Falle einer Stimm-

—

—

—



rechtssuspendierung würde dann Mengke Cai die Finanzierung „nicht mehr gewährt“ (act. 159/01, Rn 17). Ein Angebot könnte dann „nicht unterbreitet werden“ (act. 159/01, Rn 18 *in fine*).

[17] In ihrer Stellungnahme 3 führt sodann Mengke Cai aus, es sei „*offensichtlich, dass die Hauptarbeit jeweils die um Finanzierung angegangene Institution zu leisten*“ habe (act. 164/01, Rn 5). Zu den entsprechenden Unterlagen habe Mengke Cai keinen Zugang und könne diese auch nicht einreichen (act. 164/01, Rn 5). Mengke Cai und Kun Shen seien für das Pflichtangebot „*auf die Finanzierung durch einen Dritten angewiesen*“, da ein nicht voll finanziertes Angebot „*schlicht nicht zulässig*“ sei (act. 164/01, Rn 8). Es sei ferner „*äusserst schwierig, in China Kredit zu erhalten*“ (act. 164/01, Rn 10). Mengke Cai habe ausserdem „*offensichtlich kein Interesse daran, das Angebot möglichst lange hinauszuzögern*“, da es dann umso länger dauern würde, „*bis die Kontrolle über die Gesellschaft sicher erlangt ist und die Gesellschaft operativ verbessert werden kann*“ (act. 164/01, Rn 14). Schliesslich wird wiederholt auf das „*erhebliche Risiko*“ hingewiesen, „*dass keine Finanzierung mehr möglich ist, weil die Alroy-Gruppe dann die Gesellschaft kontrollieren würde*“ (act. 164/01, Rn 17 m.H.). Gemäss Mengke Cai bestünden „*im Übrigen auch keinerlei Hinweise darauf, dass Frau Cai die Angebotspflicht missachten würde*“ (act. 164/01, Rn 26).

[18] Die Himalaya Untergruppe hält ihrerseits fest, dass im Falle einer Suspendierung der Stimmrechte von Kun Shen und Mengke Cai mit der Alroy & Shalev Gruppe „*eine den Anbietern feindlich gesinnte Aktionärsgruppe die Kontrolle über die Gesellschaft übernehmen*“ (act. 160/01, S. 3) würde. Damit würden „*sämtliche Fortschritte in den Verhandlungen über die Finanzierung mit möglichen Investoren zunichte gemacht und die Sicherstellung der Finanzierung des Angebots würde deutlich erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht*“ (act. 160/01, S. 3; ebenso act. 163/01, Rn 27). Deshalb ersucht die Himalaya Untergruppe die UEK „*von einer Suspendierung der Stimmrechte und der damit zusammenhängenden Rechte von Kun Shen dringend abzusehen*“ (act. 160/01, S. 3).

[19] In ihrer ausführlicheren Stellungnahme 2 führt die Himalaya Untergruppe ferner aus, „*dass die Stimmrechtssuspendierung als vorsorgliche Massnahme mit der Rechtskraft des Entscheids in der Hauptsache oder gegebenenfalls mit der Erfüllung der Angebotspflicht endet*“ (act. 163/01, Rn 19). Ihrer Ansicht nach sei „*[m]angels Rechtsschutzinteresse (...) auf den Antrag der Suspendierung der Stimmrechte und damit zusammenhängenden Rechte der Alroy Gruppe daher nicht einzutreten*“ (act. 163/01, Rn 21). Sodann sei eine Suspendierung der Stimmrechte der Himalaya Untergruppe „*ohnehin*“ unverhältnismässig (act. 163/01, Rn 22). Diese wäre zudem ungeeignet, „*um den Schutz der Minderheitsaktionäre sicherzustellen*“ (act. 163/01, Rn 25). Gemäss der Himalaya Untergruppe sei es sodann „*offensichtlich nicht der Fall*“ (act. 163/01, Rn 31), dass es hinreichende Anhaltspunkte dafür gäbe, dass sie ihrer Angebotspflicht nicht nachkommen würde. Nach „*intensiver Suche nach möglichen Finanzierungspartnern*“ habe die angebotspflichtige Gruppe „*nun zwei interessierte Eigenkapitalgeber gefunden, mit denen derzeit Term Sheets verhandelt werden*“ (act. 163/01, Rn 31). Somit sei eine Suspendierung der Stimmrechte „*von vornherein nicht erforderlich*“ (act. 163/01, Rn 34). Es gäbe nach der Himalaya Untergruppe schliesslich auch „*keine Hinweise darauf, dass die Himalaya Gruppe der Angebotspflicht nicht nachkommen*“ würde, womit eine „*derart einschneidende Massnahme*“ nicht zumutbar sei (act. 163/01, Rn 42).



[20] In der Stellungnahme 4 zieht die Alroy & Shalev Gruppe den Schluss, dass es „*Fortschritte, welche eine zeitnahe Erfüllung der Angebotspflicht realistisch erscheinen lassen, (...) auch nach über einem halben Jahr seit der autoritativen Aufforderung zur Unterbreitung des Pflichtangebots*“ nicht gäbe (act. 167/01, Rn 18). Angesichts dessen sei es „*notwendig, mit der Anordnung einer Stimmrechtssuspendierung Druck auf die Angebotspflichtigen auszuüben, um sie zur Erfüllung ihrer Pflicht zu bewegen*“ (act. 167/01, Rn 18).

[21] Die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG hat eine Doppelfunktion. Zum einen ist sie ein Druckmittel, das eine angebotspflichtige Partei dazu anhalten soll, das entsprechende Pflichtangebot zu publizieren. Zum anderen soll sie auch den Schutz der Minderheitsaktionäre gewährleisten. Der Zweck der Angebotspflicht gemäss Art. 135 FinfraG besteht nämlich im Schutz der Minderheitsaktionäre, die einem Kontrollwechsel ausgesetzt sind. Diese sollen ein Ausstiegsrecht erhalten. Falls ein kontrollierender Aktionär mit der Unterbreitung eines Pflichtangebotes jedoch im Verzug ist, die Minderheitsaktionäre also keine Ausstiegsmöglichkeit erhalten, muss ihr Schutz auf andere Weise sichergestellt werden. Dies kann mit einer Stimmrechtssuspendierung nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG geschehen. Damit kann verhindert werden, dass ein Angebotspflichtiger Kontrolle ausübt, obwohl er den anderen Aktionären das ihnen gemäss Art. 135 FinfraG zustehende Ausstiegsrecht nicht gewährt.

[22] Um diese Schutzzwecke erfüllen zu können, kann eine Stimmrechtssuspendierung auch nach rechtskräftiger Feststellung des Bestehens einer Angebotspflicht, ja bis zur rechtsgenügenden Erfüllung der Angebotspflicht angeordnet werden (Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der FINMA vom 27. März 2018 i.S. SHL Telemedicine Ltd., Rn 26 f.; Verfügung 672/03, Rn 14 f.). *In casu* ist zu prüfen, ob eine Suspendierung der Stimmrechte zur Wahrung des Schutzzwecks von Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG erforderlich ist.

[23] Der Ingress von Art. 135 Abs. 5 FinfraG verlangt, dass es „*hinreichende Anhaltspunkte dafür*“ gibt, „*dass eine Person ihrer Angebotspflicht nicht nachkommt*“. Von hinreichenden Anhaltspunkten in diesem Sinne ist dann auszugehen, „*wenn sich der Angebotspflichtige derart verhält, dass daran zu zweifeln ist, er werde das Pflichtangebot tatsächlich unterbreiten*“ (Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der FINMA vom 27. März 2018 i.S. SHL Telemedicine Ltd., Rn 47). Das kann beispielsweise der Fall sein, „*wenn der Angebotspflichtige (...) mehrfach um Fristerstreckung bittet, so dass insgesamt an der Ernsthaftigkeit seiner Angebotsvorbereitungen zu zweifeln ist*“ (Verfügung des Übernahme- und Staatshaftungsausschusses der FINMA vom 27. März 2018 i.S. SHL Telemedicine Ltd., Rn 47 *in fine*). Für eine Stimmrechtssuspendierung nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG ist es ausserdem nicht zwingend notwendig, dass eine Generalversammlung der Zielgesellschaft unmittelbar bevorsteht. Ein Verschulden des Angebotspflichtigen ist ebenfalls nicht erforderlich.

[24] Wie bereits ausgeführt wurde (vgl. Rn [9] ff. oben), lassen die tatsächlichen Umstände und das Verhalten der angebotspflichtigen Gruppe erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass ein Pflichtangebot je ernsthaft in Vorbereitung war, geschweige denn, dass es in absehbarer Zeit rechtsgenügend hätte unterbreitet werden können. Knapp sieben Monate nach Feststellung der Angebotspflicht mit Verfügung 672/01 liegen nämlich lediglich Entwürfe von Term Sheets von



möglichen Finanzierungspartnern für das Pflichtangebot vor. Ferner beantragen Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe eine dritte Fristerstreckung um gleich drei weitere Monate. Nachdem nun auch die zum zweiten Mal erstreckte Frist per 31. August 2018 unbenützt verstrichen und ein Pflichtangebot ausgeblieben ist, ist die Anordnung einer Suspendierung der Stimmrechte unumgänglich geworden. Ausserdem ist für den 18. Oktober 2018 eine ausserordentliche Generalversammlung von SHL angesetzt (vgl. Sachverhalt lit. R und act. 171). Das verstärkt im vorliegenden Fall die Notwendigkeit, die Stimmrechte der angebotspflichtigen Gruppe zu suspendieren.

[25] Aus den soeben erwähnten Gründen wird somit dem Antrag 1 im Gesuch 1 und in der Stellungnahme 4 der Alroy & Shalev Gruppe stattgegeben. Antrag 2 im Gesuch 2 von Mengke Cai sowie der entsprechende Antrag der Himalaya Untergruppe im Gesuch 3 werden abgewiesen. Damit werden die Stimmrechte und die damit zusammenhängenden Rechte betreffend die von Mengke Cai und von der Himalaya Untergruppe gehaltenen Aktien an SHL bis zur Erfüllung ihrer Angebotspflicht suspendiert. Sodann wird einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung die aufschiebende Wirkung gestützt auf Art. 55 Abs. 2 Satz 1 VwVG entzogen.

[26] Zu erwähnen sei ferner, dass damit sämtliche Stimmen von Mengke Cai und von der Himalaya Untergruppe an SHL suspendiert sind und nicht nur diejenigen, welche – allein oder zusammengerechnet – über dem Schwellenwert zur Auslösung der Angebotspflicht liegen (vgl. BEAT M. BARTHOLD/IRÈNE SCHILTER, Rn 196 zu Art. 135 FinfraG, in: Kommentar zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz FinfraG, ROLF SETHE/OLIVIER FAVRE/MARTIN HESS/STEFAN KRAMER/ANSGAR SCHOTT [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2017). Sobald Mengke Cai und die Himalaya Untergruppe ein von der UEK genehmigtes Pflichtangebot an alle Aktionäre von SHL unterbreitet haben, fällt die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG wieder dahin.

–

4. Einbezug von SHL in die Verfügung

[27] Die Alroy & Shalev Gruppe verlangt in ihrem Antrag 2, dass SHL und deren Organen unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB zu verbieten sei, „Mengke Cai, Xiang Xu, Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd. und Kun Shen zur Ausübung von Stimmrechten und damit zusammenhängenden Rechten zuzulassen und deren Stimmrechte in künftigen Generalversammlungen zu berücksichtigen.“

[28] SHL äusserte sich zu diesem Antrag der Alroy & Shalev Gruppe dahingehend, dass die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG an die jeweiligen Aktionäre und nicht an die Zielgesellschaft und deren Organe adressiert werden kann und dass diesen gegenüber keine Strafbestimmungen auferlegt werden können (act. 162/01, S. 1 f.).

[29] Gemäss der Himalaya Untergruppe richtet sich die Suspendierung der Stimmrechte gegen die angebotspflichtigen Aktionäre. Diese gegenüber der Zielgesellschaft anzuordnen sei „vom Gesetzgeber nicht vorgesehen und auch nicht gewollt“ (act. 163/01, Rn 46). Wie SHL die an der Generalversammlung vertretenen Stimmrechte berücksichtige, sei „sodann eine Frage, die sich nach israel-



lischem Recht beurteilt“ (act. 163/01, Rn 46). Auf den entsprechenden Antrag der Alroy & Shalev Gruppe sei folglich „*nicht einzutreten*“, eventualiter sei er abzuweisen (act. 163/01, Rn 46).

[30] Nach Mengke Cai sei es der UEK untersagt, „*Anordnungen zu erlassen, die allein Wirkung in einem fremden Territorium haben können*“ (act. 164/01, Rn 30 m.H.). SHL „*müsste, solange der Entscheid in Israel nicht anerkannt und vollstreckt ist, die Stimmrechtssuspendierung ohnehin ignorieren, weil sie sonst israelisches Recht verletzen würde*“ (act. 164/01, Rn 30). Würden die Stimmrechte suspendiert, bliebe der Alroy & Shalev Gruppe „*nur der Weg über eine Anerkennung und Vollstreckung des UEK-Entscheids*“ (act. 164/01, Rn 30).

[31] Im vorliegenden Fall wurde die Suspendierung der Stimmrechte nach Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG gegenüber Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe angeordnet, was nach Auffassung der UEK ausreichend ist. Zur Verwirklichung des Schutzzwecks von Art. 135 Abs. 5 lit. a FinfraG besteht kein Bedarf, die Zielgesellschaft und deren Organe in diese Anordnung miteinzubeziehen. Entsprechend wird Antrag 2 der Alroy & Shalev Gruppe abgewiesen.

—

5. Publikation

[32] Nach Art. 61 Abs. 3 UEV veröffentlicht die Zielgesellschaft die allfällige Stellungnahme ihres Verwaltungsrates (lit. a) und das Dispositiv der Verfügung der UEK (lit. b). Art. 6 und 7 UEV sind auf diese Veröffentlichung anwendbar (Art. 61 Abs. 4 UEV).

[33] Gestützt auf Art. 61 Abs. 3 lit. b UEV wird SHL verpflichtet, bis spätestens am 3. September 2018 die Öffentlichkeit über die vorliegende Verfügung zu informieren und das Dispositiv der vorliegenden Verfügung zu veröffentlichen.

[34] Diese Verfügung wird anschliessend auf der Webseite der UEK publiziert.

—

6. Gebühr

[35] Nach Art. 126 Abs. 5 FinfraG und Art. 118 Abs. 1 FinfraV erhebt die UEK eine Gebühr, wenn sie in anderen Übernahmesachen entscheidet, insbesondere über das Bestehen einer Angebotspflicht. Die Gebühr beträgt je nach Schwierigkeit und Umfang des Falles bis zu CHF 50'000 (Art. 118 Abs. 2 FinfraV).

[36] Im vorliegenden Fall gingen drei Gesuche und fünf Stellungnahmen bei der UEK ein, die innert kurzer Frist zu behandeln waren. In den Verfügungen 672/02 sowie 672/03 wurden für die Bearbeitung von zwei Gesuchen und von einer Stellungnahme Mengke Cai und der Himalaya Untergruppe jeweils insgesamt CHF 20'000 in Rechnung gestellt. Berücksichtigt man den bedeutenderen Umfang und die grössere Schwierigkeit des mit der vorliegenden Verfügung behandelten Sachverhaltes sowie die Tatsache, dass nun drei Gesuche und fünf Stellungnahmen zu berücksichtigen waren, wird die Gebühr im vorliegenden Fall auf CHF 40'000 festgesetzt. Die Hi-

—

—

—



malaya Untergruppe und Mengke Cai haften in diesem Fall als mit ihren Gesuchen 2 und 3 unterliegende Parteien solidarisch für diese Gebühr. Der Antrag 2 der Himalaya Untergruppe in Stellungnahme 2 und der Antrag 2 von Mengke Cai in Stellungnahme 3 werden somit abgewiesen.

—



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Die Frist zur Unterbreitung eines öffentlichen Pflichtangebots von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. wird nicht verlängert.
2. Es wird festgestellt, dass das öffentliche Pflichtangebot von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai an die Aktionäre von SHL Telemedicine Ltd. nicht fristgerecht unterbreitet wurde.
3. Alle Stimmrechte und damit zusammenhängenden Rechte von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai aus den Aktien von SHL Telemedicine Ltd. werden mit sofortiger Wirkung bis zur Publikation eines von der Übernahmekommission genehmigten Pflichtangebotes suspendiert.
4. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird entzogen.
5. Alle übrigen Anträge werden abgewiesen.
6. Nach Rechtskraft der vorliegenden Verfügung wird eine Anzeige an das Eidgenössische Finanzdepartement EFD zur Eröffnung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach Art. 152 FinfraG erstattet.
7. SHL Telemedicine Ltd. wird verpflichtet, bis spätestens am 3. September 2018 das Dispositiv der vorliegenden Verfügung zu veröffentlichen.
8. Die vorliegende Verfügung wird im Anschluss an ihre Veröffentlichung durch SHL Telemedicine Ltd. gemäss Dispositivziffer 7 hiavor auf der Webseite der Übernahmekommission veröffentlicht.
9. Die Gebühr zu Lasten von Himalaya (Cayman Islands) TMT Fund, Himalaya Asset Management Ltd., Xiang Xu, Kun Shen und Mengke Cai beträgt unter solidarischer Haftung CHF 40'000.

Der Präsident:

Thomas A. Müller



Diese Verfügung geht an die Parteien:

- SHL Telemedicine Ltd., vertreten von Dr. iur. Thomas Müller und PD Dr. iur. Daniel Dedeyan, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, 8008 Zürich;
- Nehama & Yoram Alroy Investment Ltd. und Elon Shalev, vertreten von André A. Girguis und Matthias Hirschle, Blum & Grob Rechtsanwälte AG, Neumühlequai 6, 8021 Zürich;
- Mengke Cai, vertreten von Dr. iur. Matthias Courvoisier und Martina A. Kessler, Baker McKenzie Zürich, Holbeinstrasse 30, 8034 Zürich;
- Himalaya Asset Management Ltd., Himalaya (Cayman Island) TMT Fund, Xiang Xu und Kun Shen, vertreten von Dr. iur. Mariel Hoch, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich.

Beschwerde (Art. 140 des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes, SR 958.1):

Diese Verfügung kann innert einer Frist von fünf Börsentagen bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Laupenstrasse 27, CH-3003 Bern, angefochten werden. Die Anfechtung hat schriftlich zu erfolgen und ist zu begründen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 52 VwVG zu genügen.

—