

Hinweis der Biotest AG zum Antrag der Aktionäre Polygon European Equity Opportunity Master Fund und Blackwell Partners LLC – Series A

Die Biotest AG ("**Gesellschaft**") hat am 20. April 2020 einen Sonderprüfungsantrag der Aktionäre Polygon European Equity Opportunity Master Fund und Blackwell Partners LLC – Series A (die "**Polygon-Aktionäre**") erhalten (siehe unten). Dieser Sonderprüfungsantrag hat Vorgänge im Zusammenhang mit der Abfassung der und Beschlussfassung über die Entsprechenserklärung vom 16. März 2020 zum Gegenstand.

Dieser Sonderprüfungsantrag wurde der Gesellschaft als Anlage zu einer E-Mail übersandt. In dieser E-Mail bezeichnete der Vertreter der Polygon-Aktionäre den übersandten Antrag als "Gegenantrag" zu TOP 3 "Beschlussfassung über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands für das Geschäftsjahr 2019". Weitere Ausführungen zum Inhalt des "Gegenantrags" enthielt die E-Mail nicht.

Die Gesellschaft ist der Ansicht, dass der Sonderprüfungsantrag der Polygon-Aktionäre keinen Gegenantrag zu TOP 3 der virtuellen Hauptversammlung 2020 im Sinne des § 126 AktG darstellt und damit nicht veröffentlichungspflichtig ist.

Dennoch erachtet die Gesellschaft es als wichtig, im offenen und transparenten Dialog mit allen Aktionären zu stehen. Die Gesellschaft veröffentlicht daher hiermit den gestellten Antrag auch ohne Bestehen einer gesetzlichen Pflicht und wird im Folgenden dazu Stellung nehmen.

Es handelt sich um keinen Gegenantrag nach § 126 AktG

Ein Gegenantrag nach § 126 AktG liegt vor, wenn ein Aktionär zu einem angekündigten Beschlussgegenstand einen entgegengesetzten oder inhaltlich abweichenden Beschluss herbeiführen oder der Beschlussfassung als solcher entgentreten will. Der Gegenantrag muss sich nach seinem Wortlaut gegen den Beschlussvorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat richten und diesem inhaltlich widersprechen.

Lediglich in der im Namen der Polygon-Aktionäre übersandten E-Mail ist die Rede von der Übermittlung eines "Gegenantrags" zu TOP 3 "Beschlussfassung über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands für das Geschäftsjahr 2019". In dem beigefügten Antragsdokument selbst wird dagegen ein Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung sowie Bestellung eines Sonderprüfers gestellt. Die Stellung eines "Gegenantrags" wird nicht erwähnt.

Der von den Polygon-Aktionären gestellte Sonderprüfungsantrag ist kein Gegenantrag zu TOP 3 der Hauptversammlung 2020. Der Sonderprüfungsantrag nimmt keinen inhaltlich widersprechenden Bezug zum Beschlussvorschlag "Beschlussfassung über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands für das Geschäftsjahr 2019". Vielmehr wird ein von TOP 3 qualitativ zu unterscheidender Beschlussgegenstand vorgeschlagen. Zwar muss ein Gegenantrag nicht notwendig in der Form eines ausformulierten entgegengesetzten Beschlussvorschlags vorliegen. Es muss jedoch eindeutig zum Ausdruck kommen, dass der Aktionär einen zu dem bekanntgemachten Beschlussvorschlag widersprechenden Beschluss herbeiführen will.

Es handelt sich daher um keinen Gegenantrag nach § 126 AktG.

Biotest AG
Landsteinerstr. 5
D-63303 Dreieich
Telefon +49 (0) 6103 801-0
Telefax +49 (0) 6103 801-150

Vorstand:
Dr. Michael Ramroth (CEO, CFO)
Dr. Georg Floß
Vorsitzender des Aufsichtsrates:
Rolf Hoffmann
Handelsregister:
Offenbach/Main HRB 42396

Bankverbindungen:
Commerzbank, Dreieich
IBAN DE42 5004 0000 0412 0002 00
Deutsche Bank, Frankfurt/M.
IBAN DE96 5007 0010 0091 5033 04
HypoVereinsbank, Frankfurt/M.
IBAN DE05 5032 0191 0367 9454 27
USt-IdNr. DE 114 127 423

Kto.-Nr. 412 000 200	BLZ 500 400 00
BIC COBADEFFXXX	
Kto.-Nr. 915 033 04	BLZ 500 700 10
BIC DEUTDEFF	
Kto.-Nr. 367 945 427	BLZ 503 201 91
BIC HYVEDEMM430	

Kein Sonderprüfungsantrag in der virtuellen Hauptversammlung 2020 aufgrund gesetzlicher Bestimmungen möglich

In diesem Jahr findet die Hauptversammlung der Gesellschaft als virtuelle Hauptversammlung ohne physische Präsenz gemäß § 1 Abs. 2 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie ("**COVID-10-Gesetz**") statt. Aus diesem Grund gelten besondere Bedingungen zur Teilnahme an der virtuellen Hauptversammlung und zur Ausübung des Rede-, Antrags- und Stimmrechts.

§ 1 Abs. 2 COVID-19-Gesetz gewährt den Aktionären die Möglichkeit, Fragen im Wege der elektronischen Kommunikation zu stellen, die vor der virtuellen Hauptversammlung der Gesellschaft zu übermitteln sind. Über dieses Fragerecht hinaus steht den Aktionären in der virtuellen Hauptversammlung 2020 kein umfassendes Auskunfts-, Antrags- und Rederecht in der Hauptversammlung zu. Ein Antrag auf Sonderprüfung gemäß § 142 Abs. 1 AktG i.V.m. § 124 Abs. 4 S. 2 AktG, der zu einem Gegenstand der Tagesordnung gestellt wird, muss in der Hauptversammlung gestellt werden. Dies ist in diesem Jahr in der Folge des eingeschränkten Auskunfts-, Antrags- und Rederechts nicht möglich.

Ein solcher Sonderprüfungsantrag wäre auch unzulässig

Selbst wenn der Sonderprüfungsantrag in der virtuellen Hauptversammlung 2020 gestellt werden könnte, wäre er unzulässig. Ein Sonderprüfungsantrag kann unter Bezugnahme auf den Beschlussvorschlag "Entlastung des Vorstands" entsprechend § 124 Abs. 4 S. 2 AktG gestellt werden, wenn der Gegenstand der Sonderprüfung sich auf einen Sachverhalt bezieht, der im Entlastungszeitraum liegt. Dies ist bei dem Sonderprüfungsantrag der Polygon-Aktionäre nicht gegeben. Die zur Begründung des Sonderprüfungsantrags aufgeführten Vorgänge zur Entsprechenserklärung fanden im Jahr 2020 statt, sodass der notwendige Bezug zum Entlastungszeitraum – Geschäftsjahr 2019 – nicht besteht.

Unbegründete Vorwürfe zur Abfassung der und Beschlussfassung über die Entsprechenserklärung

Die Vorwürfe der Polygon-Aktionäre sind darüber hinaus unbegründet. Auf die im Sonderprüfungsantrag hierzu gestellten Fragen nehmen wir wie folgt und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Stellung:

Zu 1. a) aa):

Der Vorstand der Gesellschaft hat in seiner Sitzung vom 2. März 2020 über die Entsprechenserklärung beschlossen und diese anschließend per E-Mail den Mitgliedern des Aufsichtsrates zugeschickt.

Zu 1. a) bb):

Mit E-Mail vom 11. März 2020 wurden die Mitglieder des Aufsichtsrats zur Beschlussfassung über die Entsprechenserklärung im Umlaufverfahren gebeten. Den Mitgliedern des Aufsichtsrats wurde zugleich die Entsprechenserklärung zugeleitet. Hintergrund dieser Aufforderung war, dass der Abschlussprüfer beabsichtigte, den Jahresabschluss der Gesellschaft zum 18. März 2020 zu testieren. Voraussetzung dafür ist eine von Vorstand und Aufsichtsrat beschlossene Entsprechenserklärung. Die Mitglieder des Aufsichtsrats erteilten noch am selben Tag ihre Zustimmung zur Beschlussfassung über die Entsprechenserklärung im Umlaufverfahren.

Der Aufsichtsratsvorsitzende hat die Beschlussfassung im Umlaufverfahren am 16. März 2020 über die Entsprechenserklärung festgestellt.

Zu 1. a) cc):

Den Entwurf der Entsprechenserklärung hat der Vorstand der Gesellschaft abgefasst. Er wurde am 2. März 2020 den Mitgliedern des Aufsichtsrats zugeleitet.

Zu 1. a) dd):

Bei Beschlussfassung über die Entsprechenserklärung war den Mitgliedern des Aufsichtsrats bekannt, dass sowohl nach der bestehenden Fassung als auch nach der zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenen neuen Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex ("**DCGK**") Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben sollen. Als wesentlicher Wettbewerber ist nur derjenige anzusehen, der dem Unternehmen auf seinen Märkten tatsächlich Wettbewerb macht und praktisch in den Kernbereichen identische Tätigkeitsfelder hat. Potenzieller Wettbewerb ist nach der Zielsetzung des Kodex nicht ausreichend.

Herr Xiaoying (David) Gao war zum Zeitpunkt seines Wahlvorschlags zum Mitglied des Aufsichtsrats Chief Executive Officer und Vice Chairman der Bio Products Laboratory Ltd. ("**BPL**"), an der die Tiancheng International Investments Limited indirekt kontrollierend beteiligt ist, und die indirekt wesentlich als Aktionärin an der Biotest AG beteiligt ist.

Seine Tätigkeit bei der BPL genügt den Anforderungen an einer Organfunktion bei einem wesentlichen Wettbewerber nicht. Zwar können auch Konzerngesellschaften Wettbewerber im Sinne des DCGK sein. Solche müssten aber als wesentlich anzusehen sein. Das Wesentlichkeitskriterium ist bei der BPL nicht gegeben. Die BPL verkauft ihre Plasmaprotein-Präparate fast ausschließlich in den Vereinigten Staaten von Amerika. Auf diesem Markt ist die Gesellschaft nicht vertreten. Das einzige Produkt, das BPL in Deutschland, dem Hauptmarkt der Biotest, vertreibt, stellt die Gesellschaft überhaupt nicht her.

Dreieich, 24. April 2020

Die Biotest AG

Der Vorstand

Biotest Aktiengesellschaft
Investor Relations
Landsteinerstraße 5
63303 Dreieich

London, den 20. April 2020

Sonderprüfung

Sehr geehrte Damen und Herren,

durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger am 8. April 2020 haben Sie die ordentliche Hauptversammlung der Gesellschaft als virtuelle Versammlung am 8. Mai 2020 einberufen.

Unter TOP 3 ist die Beschlussfassung über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands vorgesehen, unter Tagesordnungspunkt 6 u.a. die Wahl von Herrn Xiaoying Gao zum Mitglied des Aufsichtsrats.

Von Polygon Global Partners LLP gemanagten Fonds gehören derzeit 858.424 Stammaktien sowie 1.728.351 Vorzugsaktien der Gesellschaft. Insgesamt sind dies 2.586.775 Aktien der Gesellschaft, entsprechend 6,54 % des Grundkapitals.

Zum Nachweis der Aktionärseigenschaft fügen wir eine Depotbescheinigung der UBS vom 20. April 2020 bei.

Zu TOP 3 stellen wir den Antrag, folgende Beschlüsse zu fassen:

1. Sonderprüfung

- a) Es soll eine Sonderprüfung stattfinden zur Untersuchung der Vorgänge im Zusammenhang mit der Abgabe der Entsprechenserklärung der Gesellschaft gemäß § 161 AktG zum Deutscher Corporate Governance Kodex (Kodex), datierend auf den 16. März 2020.

Insbesondere sollen dabei folgende Fragen untersucht werden:

- aa) Wann hat der Vorstand über die Entsprechenserklärung Beschluss gefasst? Wann und wie wurde zu dieser Beschlussfassung einberufen?
- bb) Wann hat der Aufsichtsrat über die Entsprechenserklärung Beschluss gefasst? Wann und wie wurde zu dieser Beschlussfassung einberufen?
- cc) Wer hat wann den Entwurf der Entsprechenserklärung gefertigt und wann wurde dieser Entwurf den Organmitgliedern zur Beschlussfassung zugeleitet?
- dd) War den Organmitgliedern bei ihrer Beschlussfassung bekannt, dass gemäß dem neuen Kodex niemand zum Aufsichtsratsmitglied bestellt werden soll, der eine Organfunktion bei einem wesentlichen Wettbewerber ausübt?

b) Sonderprüfer

Zum Sonderprüfer wird Herr Dr. Erik Ehmann, ATG Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft GmbH, Bahnhofstraße 57, 87435 Kempten, bestellt.

2. Begründung

Gemäß lit. C.12 des Kodex sollen Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben und nicht in einer persönlichen Beziehung zu einem wesentlichen Wettbewerber stehen.

Diese Empfehlung gilt seit Inkrafttreten des Kodex am 20. März 2020. Demgemäß hätte die Gesellschaft Herrn Gao als Organmitglied der Bio Products Laboratory Ltd. nicht zur Wahl in den Aufsichtsrat der Gesellschaft vorschlagen können, ohne eine Abweichung von lit. C.12 des Kodex zu erklären und hierfür eine plausible Begründung zu liefern.

Dieses Problem hat man augenscheinlich dadurch „gelöst“, dass man die Entsprechenserklärung auf einen Zeitpunkt datieren ließ (16. März 2020), zu dem noch der alte Kodex galt, welcher eine lit. C.12 entsprechende Empfehlung noch nicht vorsah.

Es ist zu vermuten, dass die veröffentlichte Entsprechenserklärung tatsächlich erst am oder nach dem 20. März 2020 von den Organen der Gesellschaft beschlossen wurde. Alles andere wäre lebensfremd:

Der Abschlussprüfer der Gesellschaft hat den Jahres- und Konzernabschluss für das Jahr 2019 erst am 20. März 2020 freigegeben. Der Aufsichtsrat und sein Prüfungsausschuss haben hierzu in ihren Sitzungen am 24. März, 30. März und 31. März 2020 beraten und Beschluss gefasst. Teil der Jahresabschlussdokumentation war auch die Erklärung zur Unternehmensführung, welche ebenfalls erst am 20. März 2020 freigegeben wurde. Sie enthält bzw. verweist ihrerseits auf die Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG.

Anzunehmen, dass sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat der Gesellschaft isoliert bereits am 16. März 2020 und eigens zu diesem Zweck über eine Entsprechenserklärung zu einem in Kürze außer Kraft tretenden Kodex Beschluss gefasst haben, wäre wirklichkeitsfremd. Viel wahrscheinlicher ist es, dass sich die Organe erst zusammen mit den Jahresabschlussdokumenten mit der Entsprechenserklärung befassten. Exakt so war es auch in den Vorjahren: stets hat der Aufsichtsrat einheitlich zu allen Dokumenten einschließlich der Entsprechenserklärung Beschluss gefasst (z.B. am 7. März 2019 oder am 13. März 2018). Ganz offensichtlich ist der Gesellschaft in diesem Jahr entweder zu spät aufgefallen, dass man Ende März 2020 zu einem neuen Kodex mit zahlreichen Änderungen hätte Beschluss fassen müssen oder man entschied sich bewusst für das gewählte Vorgehen, um keiner erweiterten Transparenzpflicht zu unterliegen. In jedem Fall hat man das Problem anschließend versucht, durch eine Rückdatierung zu „heilen“.

Verstärkt wird dieser Eindruck durch den Bericht des Aufsichtsrats, datierend auf den 23. März 2020. Er nimmt Bezug auf Sitzungen des Prüfungsausschusses und des Plenums am 24., 30. und 31. März 2020. Unklar bleibt, wie der Aufsichtsrat über diese Sitzungen bereits eine Woche vorher berichten konnte. Ganz offenbar fand auch hier eine Rückdatierung statt.

Sollte die Sonderprüfung unsere Vermutung bestätigen, handelt es sich um Pflichtverstöße der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats.

Auch der Hinweis in der Einladung zur virtuellen Hauptversammlung am 8. Mai 2020 auf lit. C.13 des neuen Kodex ist unbehilflich. Während lit. C.13 wesentliche Beteiligungen betrifft, geht es in lit. C.12 um den Schutz vor einer Einflussnahme durch Wettbewerber.

Zudem hat die Gesellschaft gegen § 125 Abs. 1 AktG verstoßen, indem sie in der Hauptversammlungseinladung für Herrn Gao ausdrücklich „keine“ Mitgliedschaften in ausländischen Kontrollgremien von Wirtschaftsunternehmen angegeben hat. Tatsächlich ist Herr Gao jedoch stellvertretender Vorsitzender des Verwaltungsrats der Bio Products Laboratory Ltd. und daher Mitglied eines ausländischen Kontrollgremiums eines Wirtschaftsunternehmens.