



**Übernahmekommission**  
**Austrian Takeover Commission**

Wallnerstraße 8, 1010 Wien  
p.A. Wiener Börse AG  
1014 Wien, Postfach 192  
Tel: +43 1 532 2830 – 613  
Fax: + 43 1 532 2830 – 650  
E-Mail: uebkom@wienerboerse.at  
www.takeover.at

GZ 2004/1/9 - 112

*Anmerkung: Geringfügig redaktionell überarbeitet*

**Bescheid**

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 24. Februar 2005 unter dem Vorsitz von o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Dr. Erich Schwarzenbacher (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Wolfgang Houska (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) im von Amts wegen am 8. Oktober 2004 eingeleiteten Feststellungsverfahren gemäß § 33 ÜbG betreffend die Beteiligung der BU Industrieholding GmbH an der Böhler-Uddeholm AG wie folgt entschieden:

**Spruch**

- I.
  - a. Die BU Industrieholding GmbH, FN 193960 k, mit Sitz in Wien, Geschäftsanschrift Wien I., Herrengasse 2-4, hat eine kontrollierende Beteiligung im Sinne des ÜbG an der Böhler-Uddeholm AG, FN 78568 t, mit Sitz in Wien, Geschäftsanschrift Wien III, Modecenterstraße 14/A/3, erlangt.
  - b. Die BU Industrieholding GmbH hat es pflichtwidrig unterlassen, eine Mitteilung über den Sachverhalt gemäß § 25 Abs 1 ÜbG an die Übernahmekommission zu erstatten.
- II. Die Übernahmekommission sieht von der Anordnung eines Pflichtangebotes der BU Industrieholding GmbH an die Aktionäre der Böhler-Uddeholm AG ab.
- III.
  - a. Gemäß § 34 Abs 1 Z 2 ÜbG ruht spätestens seit 3. Juni 2004 das Stimmrecht der BU Industrieholding GmbH aus den Aktien der Böhler-Uddeholm AG wegen Unterlassung der gebotenen Mitteilung gemäß § 25 Abs 1 ÜbG.

- b. Die Übernahmekommission hebt die gemäß § 34 Abs 1 Z 2 2. Fall ÜbG von Gesetzes wegen eingetretene Sanktion des Ruhens der Stimmrechte der BU Industrieholding GmbH aus den Aktien der Böhler-Uddeholm AG hiermit gemäß § 34 Abs 6 ÜbG auf, sofern und solange folgende Bedingungen eingehalten werden:
- i. Weder die BU Industrieholding GmbH noch mit ihr gemeinsam vorgehende natürliche oder juristische Personen erwerben bis zum 31. Dezember 2006 eine oder mehrere zusätzliche Aktien an der Böhler-Uddeholm AG. Die Übernahme von jungen Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung ist zulässig, sofern im Zeitpunkt der Zeichnung nicht zu erwarten ist, dass der Erwerb weiterer Aktien zu einem prozentuellen Ausbau der Beteiligung führen wird.
  - ii. Im Zuge der Neubestellung von Aufsichtsratsmitgliedern werden nur so viele der BU Industrieholding GmbH bzw mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern nahe stehende Personen in den Aufsichtsrat gewählt, dass insgesamt mindestens die Hälfte der Kapitalvertreter einschließlich des Aufsichtsratsvorsitzenden als unabhängig von der BU Industrieholding GmbH anzusehen sind. Alle nominierten Personen sind der Übernahmekommission durch den Vorstand der Böhler-Uddeholm AG in Erfüllung der Auskunftspflicht gemäß § 30 Abs 4 ÜbG jeweils vor der Hauptversammlung bekannt zu geben. Weiters hat die BU Industrieholding GmbH vor der jeweiligen Hauptversammlung gegenüber der Übernahmekommission glaubhaft zu machen, dass kein Naheverhältnis zur BU Industrieholding GmbH besteht.
- IV. Der Antrag der BU Industrieholding GmbH vom 9. Dezember 2004, die Übernahmekommission möge feststellen, dass eine Parteistellung des Herrn Mag. Dr. Wilhelm Rasinger und des IVA-Interessenverbandes für Anleger nicht gegeben ist und eine allenfalls bereits gewährte Parteistellung aberkannt wird, wird abgewiesen.
- V. Der Antrag der BU Industrieholding GmbH vom 9. Dezember 2004, die Übernahmekommission möge Herrn Mag. Dr. Wilhelm Rasinger die Tragung der

Gebühren und Barauslagen, die durch seinen Antrag entstanden sind, gemäß Punkt 4.1 der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission auferlegen, wird abgewiesen.

- VI. Der Antrag der BU Industrieholding GmbH vom 9. Dezember 2004 auf weitergehende Akteneinsicht zu den GZZ 2004/1/9 und 2004/1/1 wird abgewiesen.
  
- VII. Der Antrag der BU Industrieholding GmbH vom 13. Jänner 2005 auf Ergänzung der Mitteilung des Beweisergebnisses und Neuvorlage an die BU Industrieholding GmbH wird abgesehen von der Übermittlung des Nachweises zur Parteistellung des IVA-Interessenverbandes für Anleger abgewiesen.
  
- VIII. Gemäß Punkt 4.1., 4.2., 4.3. sowie 7.4. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission hat die BU Industrieholding GmbH eine Gebühr in Höhe von € 21.400,- sowie Barauslagen in Höhe von € 564,80, insgesamt also einen Betrag von € 21.964,80 zu entrichten. Dieser Betrag ist innerhalb von zehn Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, zu entrichten.

## **Begründung**

### **A) Verfahrenseinleitung**

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 8. Oktober 2004 unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher hinsichtlich der Kontrollverhältnisse bei der Böhler-Uddeholm AG (BUD) die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 33 ÜbG beschlossen. Gemäß § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1 dritter Satz wurde die Verfahrenseinleitung am 12. Oktober 2004 im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ veröffentlicht.

Der Verfahrenseinleitung war beginnend mit 30. Jänner 2004 ein amtswegiges Verfahren gemäß § 29 ÜbG vorausgegangen. Im Zuge dieses Vorverfahrens kam es wiederholt zur Kontaktaufnahme zwischen dem Senatsvorsitzenden und dem Geschäftsführer der BU Industrieholding GmbH (BUI), Herrn RA Dr. Rudolf Fries. In einem Schreiben vom 25. Februar 2004 wurde Herr RA Dr. Fries aufgefordert, die Beteiligungshöhe der BUI an der BUD, allfällige Transaktionen in Aktien der BUD unmittelbar vor bzw seit Veräußerung des Anteils der Österreichischen Industrieholding AG (ÖIAG) sowie gegebenenfalls abgeschlossene Stimmbindungsverträge mit anderen Aktionären der BUD offen zu legen. Dieses Schreiben wurde mit Schriftsatz vom 8. März 2004 beantwortet. In einem ergänzenden Schreiben ersuchte der Senatsvorsitzende um Aufklärung eines Widerspruchs bezüglich der bekannt gegebenen Aktienanzahl. Der Sachverhalt wurde daraufhin am 17. März 2004 in einem Telefonat zwischen dem Leiter der Geschäftsstelle, Herrn Mag. Ullmer, und Herrn RA Dr. Fries besprochen und danach auch schriftlich dargelegt. Im Zuge dieses Gesprächs wurde zum Ausdruck gebracht, dass Herr RA Dr. Fries bereits kurz nach der Privatisierung des ÖIAG-Anteils mit einer Anfrage der Übernahmekommission gerechnet habe, die jedoch für ihn überraschend ausgeblieben sei.

In einem Schreiben des Senatsvorsitzenden vom 24. Mai 2004 wurden Herr RA Dr. Fries und Herr Ernst Hable zu einem Gespräch mit dem Senatsvorsitzenden eingeladen, um den vorliegenden Sachverhalt vor dem Hintergrund der einschlägigen Bestimmungen des ÜbG zu erörtern. Im Zuge dieses Gesprächs, das am 4. Juni 2004 in den Räumlichkeiten der Übernahmekommission stattfand, teilte der Vorsitzende Herrn RA Dr. Fries die Rechtsansicht des 1. Senats mit. Der Senatsvorsitzende gab bekannt, dass das Übernahmegesetz auch auf die passive Kontrollerrlangung anwendbar sei, dass die BUI nach Ansicht des Senates eine kontrollierende Beteiligung halte, dass es aber für die Frage, ob ein Pflichtangebot zu stellen oder eine Anzeige nach § 25 ÜbG einzubringen sei, auf die Art und Weise der Erlangung der passiven Kontrolle ankomme. Nach dem damaligen Kenntnisstand ging der 1. Senat eher davon aus, dass nur eine Anzeigepflicht bestehe; deswegen wurde in diesem Gespräch bereits über allfällige Auflagen bzw Bedingungen gesprochen.

In Reaktion auf ein Schreiben von Herrn RA Dr. Fries vom 8. Juni 2004, in dem um schriftliche Darstellung der Rechtsansicht der Übernahmekommission ersucht worden war, kam es am 11. Juni 2004 zu einem Telefonat zwischen dem Senatsvorsitzenden und Herrn RA Dr. Fries. Im Zuge dieses Telefonates teilte der Senatsvorsitzende Herrn RA Dr. Fries nochmals die Rechtsansicht des Senates mit. In Hinblick auf eine von Herrn RA Dr. Fries in Aussicht gestellte Stellungnahme der BUI erklärte der Senatsvorsitzende, man werde diese vor Einleitung des Verfahrens abwarten. Gleichzeitig erklärte der Senatsvorsitzende jedoch, dass die Rechtsansicht des Senats nach eingehender Beratung gefestigt sei, weshalb gegebenenfalls ein Feststellungsverfahren einzuleiten sei. Die Rechtsansicht des Senats wurde der BUI am 15. Juni 2004 schriftlich mitgeteilt.

Nach Eingang des Schriftsatzes der BUI und nachfolgender Diskussion im Senat wurden die Geschäftsführer der BUI zu einem persönlichen Gespräch mit dem Senat eingeladen. Herr RA Dr. Fries gab am 28. September 2004 telefonisch bekannt, dass er dieser Einladung nicht nachkommen wolle. Er erwarte sich eine schriftliche Stellungnahme der Übernahmekommission, nach deren Erhalt er entscheiden werde, ob es ein Gespräch mit der Übernahmekommission gebe oder nicht.

Schließlich kam es zur Verfahrenseinleitung vom 8. Oktober 2004.

## **B) Anträge und Vorbringen der Parteien**

### **1) BU Industrieholding GmbH (BUI)**

Die BUI-Gruppe (BU Industrieholding GmbH, vormals TECHNO Holding AG, und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger) habe ihr Engagement bei der BUD als Finanzinvestment gesehen. Etwa im Mai 2001 sei erstmals ein Gespräch mit Vertretern der ÖIAG über einen möglichen Verkauf der ÖIAG-Beteiligung an BUD an die BUI-Gruppe geführt worden. Der damalige Vorstand der ÖIAG habe dies jedoch abgelehnt. Ursprünglich habe die BUI-Gruppe geplant, eine Beteiligung im Ausmaß von etwa 15 % an der BUD zu erwerben.

Im Herbst 2001 sei von der BUI-Gruppe erstmals die Beteiligungsschwelle von 20 % des Grundkapitals der BUD überschritten worden. Hauptgrund für die Aufteilung der von der BUI-Gruppe gehaltenen Aktien der BUD auf bis zu drei unterschiedliche Kapitalgesellschaften sei die Vermeidung von Meinungsverschiedenheiten über den Preis eines Einstiegs in den Investorenkreis der BUI gewesen, insbesondere da bereits Dividendenausschüttungen erfolgt seien.

Im Jänner 2002 teilte die BUI-Gruppe mit, dass die BUB Beteiligung GmbH (BUB), die BU-Industrieholding GmbH mit Sitz in Linz („Linzer BU-I“) und die TECHNO Holding AG als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd ÜbG anzusehen seien. Der BUI-Gruppe seien die genauen Hauptversammlungs-Präsenzen der vergangenen Jahre nicht bekannt, doch habe man gehört, dass die – zu jenem Zeitpunkt noch beteiligte – ÖIAG mit 25% des Grundkapitals etwa zwischen 80% und 90% der Stimmen in der Hauptversammlungen vertreten habe. Der auf Vorschlag der ÖIAG in der Hauptversammlung im Jahr 2001 gewählte Aufsichtsrat sei nur mit  $\frac{3}{4}$  Mehrheit abberufbar, weshalb in der vorliegenden Konstellation nicht von einer kontrollierenden Beteiligung gesprochen werden könne.

Sämtliche im Firmenbuch eingetragenen Gesellschafter der BUI stünden auch wirtschaftlich hinter dem Investment; es gebe keine Treuhandschaften.

Der Aufbau der Beteiligung an BUD sei teils durch börsliche, teils durch außerbörsliche Zukäufe erfolgt. Eine Unterstützung der BUI-Gruppe durch das Management der BUD bei der Suche nach verkaufswilligen Aktionären sei nicht erfolgt.

Laut Schriftsatz vom 21. August 2002 seien zwischen Jänner und August 2002 weder von BUB noch von der Linzer BU-I weitere Aktien der BUD erworben worden. Die TECHNO AG habe jedoch im Juli 2002 weitere 20.000 Aktien zugekauft (ca. 0,18%), die Beteiligung betrage daher ca 25,18%. Weiters gebe es keine Abreden über die Ausübung von Stimmrechten mit anderen Aktionären, weitere Aktienkäufe hingen von der Entwicklung des Börsenkurses ab. In den Schriftsätzen vom 25. Februar 2004 und 25. Juni 2004 sowie in der mündlichen Verhandlung teilte die BUI hingegen mit, dass bereits seit Jänner 2002 keine Aktien zugekauft worden seien. Die Beteiligung habe seit Jänner 2002 stets 2.821.585 Stück Aktien, daher ca. 25,65 % betragen.

Die Überschreitung der 25 %-Schwelle sei aus dem Grund erfolgt, größter Aktionär der BUD zu werden. Man habe dazu nur mehr etwa 20.000 Stück Aktien benötigt. Außerdem habe dies den steuerrechtlichen Vorteil mit sich gebracht, die gesamte Dividende bereits am Zahlungstag ohne Abzug der Kapitalertragssteuer erhalten zu können.

Die BUI-Gruppe sei seit der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2002 mit drei ihnen zuzurechnenden Mitgliedern im Aufsichtsrat vertreten (Herr RA Dr. Rudolf Fries, Herr Ernst Hable und Herr Mag. Walter Scherb).

Von den 2.911.842 Stück Aktien, die in der Hauptversammlung am 12. Mai 2003 von Herrn RA Dr. Fries und Frau RA DDr. Fries vertreten wurden, seien etwa ## Stück wirtschaftlich den Eltern von Herrn RA Dr. Fries zuzurechnen. Eine Miteinberechnung dieses Aktienbesitzes in den Bestand der BUI-Gruppe halte man für unrichtig, doch würden auch durch eine solche Zusammenrechnung die übernahmerechtlich relevanten Schwellen nicht überschritten. Die in der Hauptversammlung am 12. Mai 2003 den Eltern von Herrn RA Dr.

Fries zurechenbaren Aktien seien größtenteils bereits nach der Hauptversammlung bzw im Jänner und Februar 2004 verkauft worden. Per März 2004 hätten die Eltern von Herrn RA Dr. Fries direkt und indirekt noch etwa ## Stück Aktien gehalten.

Es bestehe weder eine Anzeige- noch eine Angebotspflicht der BUI, da die BUI keine kontrollierende Beteiligung iSd ÜbG halte. Zur näheren Bestimmung des Gesetzesbegriffes „kontrollierende Beteiligung“ müsse man, „*vorbehaltlich vor allem verfassungsrechtlicher grundsätzlicher Bedenken*“ auf die 1. ÜbV eingehen.

Die Voraussetzungen gemäß § 1 der 1. ÜbV seien nicht erfüllt, da der BUI weder die Mehrheit der Stimmrechte, noch das Recht zustehe, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen. Weiters sei auch der Tatbestand gemäß § 1 Z 3 ÜbG nicht erfüllt, da der BUI auch nicht das Recht zustehe, einen beherrschenden Einfluss auszuüben.

Der Vermutungstatbestand gemäß § 2 der 1. ÜbV sei bekanntlich nicht erfüllt.

Der Tatbestand gemäß § 3 Abs 1 der 1. ÜbV sei dann erfüllt, wenn der Beteiligte mindestens 20 %, aber weniger als 30 % der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte erlangt und dadurch über einen Stimmrechtsanteil verfügt, der in den letzten drei abgehaltenen ordentlichen Hauptversammlung mehr als die Hälfte der anwesenden oder vertretenen Stimmrechte dargestellt hätte, sofern kein anderer Aktionär über zumindest 10 % der Stimmrechte verfügt.

Für die Berechnung der Hauptversammlungsmehrheit sei das Teilnehmerverzeichnis ausschlaggebend. Aus den Teilnehmerverzeichnissen sei ersichtlich, dass der Stimmrechtsanteil, über den die BUI derzeit verfüge, in den ordentlichen Hauptversammlungen der Jahre 2002 und 2003 keine Mehrheit dargestellt hätte.

Die BUI halte deshalb keine kontrollierende Beteiligung an der BUD und erfülle darüber hinaus auch keine der Tatbestände gemäß ÜbG bzw gemäß der 1. ÜbV, die das Vorliegen einer solchen kontrollierenden Beteiligung vermuten ließen.

Nach Ansicht der BUI verknüpfe der Gesetzgeber mit dem Begriff „*Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung*“ stets ein aktives Tun des Beteiligten. Rein passives Verhalten könne dementsprechend nicht die Angebotspflicht auslösen.

Die Beteiligung der BUI sei ohne weiteren Erwerb von mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligungen an der BUD und ohne den Abschluss von Syndikatsverträgen oder einer Verhaltensabstimmung mit weiteren Aktionären der BUD unter keinen der Tatbestände des ÜbG zu subsumieren. Hierbei sei auch auf die Bestimmungen des Privatisierungsauftrages der Bundesregierung zu verweisen.

Schließlich hält die Antragstellerin auch fest, dass die BUI zum Zeitpunkt des Aktienerwerbs nicht wissen hätte können, dass und wann die ÖIAG ihre Beteiligung verkaufen wird.

Am 3. Dezember 2004 stellte die BUI, vertreten durch Frau RA DDr. Christa Fries, den Antrag, den gesamten Verlauf der für 10. Dezember 2004 anberaumten mündlichen Verhandlung unter Verwendung eines Tonbandgeräts aufzuzeichnen und während der mündlichen Verhandlung ein Protokoll derselben anzufertigen, das den Parteien am Schluss der Verhandlung ausgefolgt wird. Begründet wurde der Antrag im Wesentlichen damit, dass in der Vergangenheit Gespräche mit Vertretern der BUI seitens der Übernahmekommission unrichtig festgehalten worden seien.

Am 9. Dezember 2004 stellte die BUI einen Antrag auf weitergehende Akteneinsicht, wobei auch die im Inhaltsverzeichnis mit „V“ gekennzeichneten Aktenbestandteile zur Einsichtnahme vorzulegen seien oder im Einzelnen zu begründen sei, inwiefern diese Aktenbestandteile den Tatbestand von § 17 Abs 3 AVG erfüllen. Der Antrag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die BUI keine ausreichende Möglichkeit gehabt habe, sich auf die mündliche Verhandlung vorzubereiten, da alle Aktenbestandteile, aus denen die Rechtsmeinung der Übernahmekommission in irgendeiner Weise ersichtlich wäre, von der Akteneinsicht ausgenommen worden seien. Weiters wurde in demselben Schriftsatz der Antrag gestellt, die für den 10. Dezember anberaumte mündliche Verhandlung bis nach Gewährung einer umfassenden Akteneinsicht zu vertagen. Nur auf diese Weise könne eine ordnungsgemäße Vorbereitung der BUI gewährleistet werden.

Am 9. Dezember 2004 stellte die BUI einen Antrag auf Feststellung der mangelnden Parteistellung von Herrn Mag. Dr. Rasinger sowie des IVA-Interessenverband für Anleger. Weiters wurde beantragt, Herrn Mag. Dr. Rasinger die Tragung der Gebühren und Barauslagen, die durch seinen Antrag entstanden seien, aufzuerlegen. Begründet wurde dieser Antrag im Wesentlichen damit, dass die von Herrn Mag. Dr. Rasinger eingebrachten Bankbestätigungen über das Eigentum an insgesamt ## Stück Aktien der BUD allesamt Stichtage nach der Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung gemäß § 33 ÜbG im Amtsblatt zur Wiener Zeitung am 12. Oktober 2004 betreffen. Aus dem Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung der BUD vom 3. Mai 2004 gehe hervor, dass Herr Mag. Dr. Rasinger mit lediglich einer Aktie, der IVA überhaupt nicht in dieser Hauptversammlung vertreten gewesen sei. Die Parteistellung des Herrn Mag. Dr. Rasinger und des IVA, die erst nach Einleitung des Verfahrens und offensichtlich nur in Hinblick auf die Teilnahme an diesem Verfahren Aktien erworben hätten, entspreche nicht dem Schutzzweck der Norm. Eine Parteistellung sei deshalb solange nicht gegeben, bis Herr Mag. Dr. Rasinger und der IVA den Erwerbszeitpunkt der Aktien nachweisen würden.



Schließlich beantragte die BUI, Herrn Mag. Dr. Rasinger zur Tragung der Kosten zu verpflichten, da durch den Antrag ein nicht zweckentsprechender Verfahrensaufwand verursacht werde.

Nachdem Herr Mag. Dr. Rasinger mit Schreiben vom 20. Dezember 2004 mittels Depotauszug das Vorliegen des Aktienbesitzes zum Stichtag 3. Mai 2004 nachgewiesen hatte, wurde in der Stellungnahme der BUI vom 13. Jänner 2005 festgehalten, dass aufgrund des mangelnden Nachweises über das rechtzeitige Vorliegen des Aktienbesitzes seitens des IVA weiterhin davon auszugehen sei, dass der IVA die zur Untermauerung seiner Parteistellung angegebenen Aktien erst nach Verfahrensveröffentlichung erworben habe und „es sich hierbei um einen krassen Missbrauch des Rechts auf Parteistellung handelt“. Über die Frage der Parteistellung von Herrn Mag. Dr. Wilhelm Rasinger und des IVA-Interessenverband für Anleger sei ebenso abzusprechen wie über alle anderen Fragen des Verfahrens, weshalb die Mitteilung über das Ergebnis des Beweisverfahrens unvollständig sei.

Am 9. Dezember 2004 stellte die BUI einen weiteren Antrag auf Feststellung gemäß § 8 der 1. ÜbV. Dieser Antrag folgt in seiner Argumentation dem Schriftsatz vom 25. Juni 2004. Ergänzend wird vorgebracht, dass die Behauptung der Übernahmekommission, die BUI habe möglicherweise planmäßig die Kontrolle über die BUD erlangt, nicht zutrefe, und überdies auch aktenwidrig sei, da sich auf Aktenseite 17 des Akts 2004/1/1 ein Schreiben der ÖIAG vom 26. August 2002 finde, in dem erklärt werde, dass in der Legislaturperiode keine Veräußerung der Beteiligung der ÖIAG an der BUD geplant sei.

Vor Erteilung des Privatisierungsauftrages an die ÖIAG habe die BUI-Gruppe jedenfalls nicht mit einem Verkauf des ÖIAG-Anteils an BUD gerechnet. Insbesondere seien im Zeitraum zwischen der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2001 und der Erteilung des Privatisierungsauftrages im Mai 2003 keine Gespräche mit Vertretern der ÖIAG geführt worden.

Im Übrigen hätte jeder Aktionär, der nach dem Ausstieg der ÖIAG seine Aktien verkaufen wollte, dies mit hohem Gewinn auch tun können.

Auf Antrag der BUI in der mündlichen Verhandlung wurde am 23. Dezember 2004 das Ergebnis der Beweisaufnahme übersendet. Die Übernahmekommission ersuchte, eine allfällige Stellungnahme bis spätestens 4. Jänner 2005 einzubringen. Mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2004 beantragte die BUI, die Frist zur Erstattung einer Stellungnahme um 14 Tage, somit bis zum 18. Jänner 2005, zu verlängern. Diesem Antrag wurde mit Schreiben des Senatsvorsitzenden vom 29. Dezember 2004 stattgegeben.

Mit Schriftsatz vom 13. Jänner 2005, einlangend am 14. Jänner 2005, wurde zur Mitteilung über die Ergebnisse des Beweisverfahrens seitens der BUI wie folgt Stellung genommen:

Zur Feststellung des Senats, dass außer der BUI kein anderer Aktionär derzeit über Aktien verfüge, die einen Anteil von zumindest 5 % des Grundkapitals der BUD darstellen, wurde ausgeführt, dass sich diese Behauptung nicht aus der durchgeführten Beweisaufnahme ableiten lasse. Vielmehr könne man lediglich feststellen, dass kein Aktionär außer der BUI einen Aktienbesitz von zumindest 5 % gemeldet habe.

Zur Feststellung, dass bei gleich bleibender Beteiligungsstruktur in Zukunft etwa 36,44 % der Streubesitzaktionäre in den Hauptversammlungen vertreten sein müssten, um eine Hauptversammlungsmehrheit der BUI zu verhindern, was eine wesentliche und nicht zu erwartende Änderung des bisherigen Verhaltens dieser Aktionäre darstellen würde, wurde ausgeführt, dass diese Feststellung den so genannten „*Fall Rasinger*“ gänzlich außer Acht lasse. Herr Mag. Dr. Rasinger sei bei der 13. ordentlichen Hauptversammlung am 3. Mai 2004 mit lediglich einer einzigen Aktie vertreten gewesen, habe jedoch nachgewiesen, bereits zu diesem Zeitpunkt über ### Stück Aktien verfügt zu haben. Als Motivation habe Herr Mag. Dr. Rasinger gegenüber der Vertreterin der BUI, Frau RA DDr. Fries, außer Protokoll angegeben, dass die Anmeldung zur Hauptversammlung eine vorübergehende Beschränkung der Veräußerbarkeit der Aktien mit sich brächte, die durch die Anmeldung nur einer einzigen Aktie verhindert werden sollte.

Im Teilnehmerverzeichnis der zwölften ordentlichen Hauptversammlung der BUD vom 12. Mai 2003 fänden sich noch weitere 21 Aktionäre, die jeweils nur eine einzige Aktie, sowie 38 weitere Aktionäre, die zwischen zwei und zehn Stück Aktien angemeldet hätten. Im Teilnehmerverzeichnis der 13. ordentlichen Hauptversammlung vom 3. Mai 2004 fänden sich 26 Aktionäre, die mit einer einzigen und 39 Aktionäre, die zwischen zwei und zehn Aktien angemeldet hätten. Lege man nun diesen Aktionären die von Herrn Mag. Dr. Rasinger besessenen ## Aktien der BUD zugrunde, ergäbe sich eine entsprechende Verschiebung der „*tatsächliche[n], wenn auch nicht stimmrechtswirksame[n] Präsenz*“ von 3,860.500 Aktien auf rund ## Aktien.

Aus diesen Ausführungen sei abzuleiten, dass „*Zahlenspielerereien und darauf gegründete Rechtseinschränkungen jeder Art, die sich auf die zur Teilnahme an den ordentlichen Hauptversammlungen angemeldeten Aktien stützen, jeglicher nachvollziehbaren Grundlage entbehren*“. Die Entscheidung jedes einzelnen Aktionärs, sowohl hinsichtlich der Teilnahme an den Hauptversammlungen überhaupt, als auch hinsichtlich der Anmeldung nur eines Anteils der von ihm tatsächlich gehaltenen Aktien, stehe in seinem unvorhersehbaren und uneingeschränkten Belieben. Daraus ergibt sich nach Ansicht der BUI, dass die „*tatsächliche Präsenz*“ bei der Hauptversammlung nicht mit der Zahl der zur Stimmrechtsausübung angemeldeten Aktien ident sei.

Beanstandet wurde weiters, dass in der Feststellung des Beweisergebnisses kein maßgeblicher Stichtag genannt werde, an dem die Kontrolle erlangt worden sei. Sollte die

Übernahmekommission zu dem Schluss kommen, dass eine kontrollierende Beteiligung bereits vor der ordentlichen Hauptversammlung am 3. Mai 2004 erlangt worden sei, so wären alle Berechnungen der Übernahmekommission in Hinblick auf die Präsenzen bei dieser Hauptversammlung falsch, da dies ex lege zu einem Ruhen der Stimmrechte führen müsste. Zudem würde sowohl die Wirksamkeit der Stimmrechtsausübung auf späteren Hauptversammlungen als auch der Preis des Pflichtangebotes vom Zeitpunkt des Kontrollwechsels abhängen. Jedenfalls sei der Zeitpunkt der Kontrollerlangung maßgebender Sachverhalt iSd § 45 Abs 3 AVG, womit die Übernahmekommission gegen den Grundsatz des Parteiengehörs verstoßen habe. Das übermittelte Beweisergebnis sei daher in einem wesentlichen Punkt unvollständig, sodass es zur Begründung eines „*wie immer gearteten Bescheides*“ nicht ausreiche.

In ihrer jüngsten Stellungnahme vom 13. Jänner 2005 sprach die BUI auch eine mögliche Amtshaftung der Übernahmekommission an. Sowohl die Beteiligung der BUI, als auch der beabsichtigte und hiernach durchgeführte Verkauf des ÖIAG Anteils im November 2003 seien der Übernahmekommission bekannt gewesen, jedoch sei vor dem 3. Mai 2004 kein Verfahren eingeleitet worden.

Schließlich wurde der Antrag gestellt, das Beweisergebnis entsprechend zu ergänzen und der BUI neuerlich vorzulegen.

## **2) Böhler-Uddeholm AG (Zielgesellschaft/BUD)**

Mit Schreiben vom 28. August 2002 teilte die BUD mit, dass im Rahmen des Stock Option Programms insgesamt 504.900 Stück Aktien der BUD im Zeitraum zwischen 4. Oktober 2001 und 24. Juli 2002 zurückgekauft worden seien. In der 11. ordentlichen Hauptversammlung am 13. Mai 2002 seien die Herren RA Dr. Rudolf Fries und Mag. Walter Scherb auf Vorschlag von Frau RA DDr. Christa Fries, und Herr Dipl.-Ing. Rainer Wieltsch auf Vorschlag von Herrn Dr. Günter Riemer neu in den Aufsichtsrat (AR) der BUD gewählt worden. In der im Anschluss an die Hauptversammlung stattfindenden AR-Sitzung sei Herr Ernst Hable zum weiteren stellvertretenden Vorsitzenden des AR gewählt worden.

Für die BUD brachte Herr GD Dr. Raidl vor, der Ausstieg der ÖIAG sei erst ab Mai 2003 absehbar gewesen, als der Privatisierungsauftrag bezüglich BUD förmlich erteilt worden sei. In die Entscheidung über die Art und den Zeitpunkt des Ausstiegs der ÖIAG sei das Management der BUD nicht eingebunden gewesen.

Zur Einflussmöglichkeit der BUI mit einer relativen Stimmkraft in der Hauptversammlung von mehr als 70 % äußerte sich Herr GD Dr. Raidl wie folgt: „*Ich habe das jahrelang so gehabt, wie die ÖIAG so stark war. Genau das gleiche. [...] Die ÖIAG war auch jahrelang zu 25%*

beteiligt“. Auf eine ähnlich lautende Zusatzfrage: *„Die ÖIAG hat sieben Jahre lang 70%, sogar 90% der Stimmrechte gehabt. 1996, 1997, 1998, 1999, 2000. Da hat die ÖIAG 25% gehabt und war mit 90, 94% auf der HV“.*

In der Folge verneinte Herr GD Dr. Raidl allerdings die Frage, ob die Beteiligung der ÖIAG an BUD als kontrollierend einzustufen gewesen sei.

Jeder Aktionär der BUD, der im Zeitraum nach der ordentlichen Hauptversammlung vom 3. Mai 2004 aus diesem Investment aussteigen wollte, habe dies aufgrund der Kursentwicklung über die Börse tun können.

Bei wirtschaftlicher Betrachtung sei aus der Sicht der BUD die BUI-Gruppe an die Stelle der ÖIAG getreten. Dies gelte sowohl in Hinblick auf die Hauptversammlungs-Präsenzen als auch in Hinblick auf ihr generelles Verhalten (GD Dr. Raidl: *„Ich habe mit der Situation gelebt, dass ein großer Aktionär da ist, der in der HV stark ist und im Aufsichtsrat, die waren seinerzeit alle von der ÖIAG nominiert, glaube ich“*).

### **3) Mag. Dr. Wilhelm Rasinger, IVA-Interessenverband für Anleger**

Am 11. November 2004 brachte Herr Mag. Dr. Rasinger einen Antrag auf Teilnahme am Feststellungsverfahren gemäß § 33 ÜbG ein. Diesem Antrag schloss sich der IVA-Interessenverband für Anleger (IVA) an. Dem Antrag sind ein Depotauszug über insgesamt ## Stück Aktien der BUD in Besitz von Herrn Mag. Dr. Rasinger, sowie ein Depotauszug über ## Stück Aktien der BUD in Besitz des IVA angeschlossen.

Im Zuge der am 10. Dezember abgehaltenen mündlichen Verhandlung führte Herr Mag. Dr. Rasinger aus, dass er über die mittels Depotauszug nachgewiesenen Aktien nicht nur im Zeitpunkt der Antragstellung, sondern bereits zum Zeitpunkt der ordentlichen Hauptversammlung der BUD am 3. Mai 2004 in voller Höhe verfügt habe. Er habe darüber hinaus im Jahr 2004 weder Käufe noch Verkäufe in Aktien der BUD getätigt.

Über Aufforderung des Senats, eine Bestätigung über das Vorliegen des die Voraussetzungen gemäß § 33 Abs 3 ÜbG erfüllenden Aktienbesitzes per Stichtag 3. Mai 2004 vorzulegen, wurde mit Schriftsatz vom 20. Dezember 2004 einlangend am 23. Dezember 2004, eine entsprechende Bestätigung vorgelegt. Am 20. Jänner 2005 langte zudem eine Bestätigung über den Aktienbesitz des IVA zum Stichtag 3. Mai 2004 ein; diese wurde ebenso wie die Bestätigung über den Aktienbesitz von Herrn Mag. Dr. Rasinger an die BUI übermittelt.

## **C) Beweismittel**

Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die vorgelegten Schriftsätze, Einvernahme der Parteien sowie Einsicht in die folgenden Urkunden: Firmenbuchauszüge der BU Industrieholding GmbH (vormals TECHNO Holding AG), FN 193960 k, vom 12. Mai 2003, vom 19. Februar 2004, vom 10. Dezember 2004 und vom 21. Dezember 2004, Firmenbuchauszug der BU-Industrieholding GmbH, FN 207563 s, vom 22. Dezember 2004, Firmenbuchauszug der BUB Beteiligungs GmbH, FN 212344 x, vom 22. Dezember 2004, Teilnehmerverzeichnis und Einzelstimmenauswertung der 13. ordentlichen Hauptversammlung der Böhler-Uddeholm AG vom 3. Mai 2004, Teilnehmerverzeichnis der 12. ordentlichen Hauptversammlung vom 12. Mai 2003, Teilnehmerverzeichnis der 11. ordentlichen Hauptversammlung vom 13. Mai 2002, Teilnehmerverzeichnis der 10. ordentlichen Hauptversammlung vom 14. Mai 2001, Teilnehmerverzeichnis der 9. ordentlichen Hauptversammlung vom 15. Mai 2000, Teilnehmerverzeichnis der 8. ordentlichen Hauptversammlung vom 17. Mai 1999, Teilnehmerverzeichnis der 7. ordentlichen Hauptversammlung vom 18. Mai 1998, Teilnehmerverzeichnis der 6. ordentlichen Hauptversammlung vom 14. Mai 1997, Satzung der Böhler-Uddeholm AG idF vom 7. Mai 1999, Schreiben der ÖIAG vom 26. August 2002, Die Presse vom 25. Juni 2001, Der Standard vom 15. August 2001, Wirtschaftsblatt Online vom 19. Oktober 2001, Profil vom 16. Juli 2001 und vom 15. Oktober 2001, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 10. Mai 2001, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 3. September 2001, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 8. Oktober 2001, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 8. November 2001, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 9. Jänner 2002, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 16. April 2003, Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 1. Dezember 2003.

## **D) Feststellungen**

Aufgrund der erhobenen Beweise wird der nachfolgende Sachverhalt festgestellt:

### **1) Zielgesellschaft im Sinne des ÜbG**

Die Böhler-Uddeholm Aktiengesellschaft (BUD) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien, eingetragen im Firmenbuch zu FN 78568 t. Das Grundkapital der BUD beträgt EUR 79.970.000,- und ist in 11.000.000 nennbetragslose, stimmberechtigte, auf Inhaber lautende Stückaktien aufgeteilt. Die Aktien der BUD werden seit 10. April 1995 an der Wiener Börse sowie im SEAQ International in London gehandelt.

Der Böhler-Uddeholm Konzern ist 1991 aus der Fusionierung der österreichischen Böhler Gruppe und der schwedischen Uddeholm Group hervorgegangen. Als Muttergesellschaft der Gruppe wurde am 10. Mai 1991 die BUD in Österreich gegründet.

Gemäß § 27 der Satzung ist der in § 26 Abs 1 ÜbG vorgesehene Abschlag bei Bestimmung des Preises des Pflichtangebots gemäß § 27 Abs 1 Z 2 ÜbG ausgeschlossen.

## **2) Organe der Zielgesellschaft**

### **a) Vorstand**

Der Vorstand der BUD besteht laut § 5 der Satzung aus bis zu sechs Mitgliedern. Die Beschlussfassung im Vorstand erfolgt mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, wobei dem Vorsitzenden des Vorstandes ein Dirimierungsrecht zukommt.

Die Gesellschaft wird gemäß § 6 der Satzung durch zwei Vorstandsmitglieder, durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen oder im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis durch zwei Prokuristen gemeinsam vertreten.

Derzeit sind vier Vorstandsmitglieder bestellt, Herr Dkfm. Dr. Claus J. Raidl (Vorsitzender), Herr Dr.-Ing. Knut Consemüller, Herr Mag. Horst Königslehner und Herr DI Heimo Stix.

### **b) Aufsichtsrat**

Gemäß § 10 der Satzung besteht der Aufsichtsrat aus bis zu zehn von der Hauptversammlung gewählten sowie aus den gemäß § 110 ArbVG entsandten Mitgliedern.

Derzeit gehören dem Aufsichtsrat der BUD folgende Personen an:

#### **(i) Von der Hauptversammlung gewählte Mitglieder:**

Hon.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. Rudolf Streicher (Vorsitzender des Aufsichtsrates)

Ernst Hable (Stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrates)

Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt

RA Dr. Rudolf Fries

Lars G. Josefsson

Mag. Dr. Wilhelm Rasinger

Mag. Walter Scherb

GD Dkfm. Dr. Siegfried Sellitsch

**(ii) Gemäß § 110 ArbVG entsandte Mitglieder**

Peter Bacun  
Gotthard Klaus  
Helmut Meinl  
Johann Prettenhofer

**(iii) Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats**

Auf Vorschlag von Herrn Dr. Riemer (ÖIAG) wurden in der 10. Hauptversammlung am 14. Mai 2001 folgende Personen in den Aufsichtsrat gewählt:

Dr. Johannes Ditz  
Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt  
Ernst Hable  
Dipl.-Ing. Albert Hochleitner  
Lars G. Josefsson  
Dr. Wolfgang Leitner  
Dr. Peter Michaelis  
Mag. Dr. Wilhelm Rasinger  
Dkfm. Dr. Siegfried Sellitsch  
Prof. Dipl.-Ing. Dr. Rudolf Streicher

Dieser Vorschlag wurde von der Hauptversammlung mit 3.974.851 Pro-Stimmen, 400.829 Contra-Stimmen und 450 Stimmenthaltungen bei einer Gesamtpräsenz von 4.376.130 stimmberechtigten Aktien angenommen.

Die Bestellung erfolgte auf die satzungsmäßige Höchstdauer, also bis zum Ende der Hauptversammlung, die über den Jahresabschluss des Geschäftsjahres 2005 entscheidet.

Von den in der Hauptversammlung am 14. Mai 2001 gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats sind bisher folgende Personen vorzeitig ausgeschieden (Ausscheidungsdatum in Klammern):

Dr. Johannes Ditz	(19.12.2001)
Dipl.-Ing. Albert Hochleitner	(13.05.2002)
Dr. Wolfgang Leitner	(13.05.2002)
Dr. Peter Michaelis	(25.11.2003)

In der 11. Hauptversammlung am 13. Mai 2002 wurden die Herren RA Dr. Rudolf Fries und Mag. Walter Scherb von Frau RA DDr. Christa Fries zur Wahl in den Aufsichtsrat vorgeschlagen. Herr Dr. Riemer schlug die Wahl von Herrn Dipl.-Ing. Rainer Wieltsch vor.

Bei der gemeinsamen Abstimmung nahm die Hauptversammlung die beiden Vorschläge bei 6.484.126 Pro-Stimmen, 700 Contra Stimmen und 9.900 Enthaltungen mehrheitlich an.

Die Bestellung erfolgte auf die restliche Funktionsperiode des amtierenden Aufsichtsrates, also bis zur Beendigung jener Hauptversammlung, die über den Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2005 beschließt.

Herr Dipl.-Ing. Rainer Wieltsch legte am 25. November 2003 – ebenso wie Herr Dr. Peter Michaelis – sein Aufsichtsratsmandat nieder.

### **3) Eigentümerstruktur der Zielgesellschaft**

#### **a) Historische Eigentümerstruktur**

Bis zum Börsegang im Jahr 1995 stand die BUD im alleinigen Eigentum der Österreichischen Industrieholding Aktiengesellschaft (ÖIAG). Durch den Börsegang reduzierte sich die Beteiligung der ÖIAG an der BUD auf 72,7 %.

Im Jahr 1996 reduzierte die ÖIAG ihre Beteiligung an der BUD mittels eines „Secondary Public Offering“ (SPO) auf 25,00 % (2.750.000 Stück Aktien).

#### **b) Die BUI-Gruppe**

Die Gruppe um Herrn RA Dr. Rudolf Fries („BUI-Gruppe“) hat im Jahr 2001 begonnen, über drei unterschiedliche Gesellschaften eine Beteiligung an BUD aufzubauen. Hinter diesen Gesellschaften, die entsprechend dem Verschmelzungsvertrag vom 31. März 2003 zur BUI verschmolzen wurden (Eintragung am 12. April 2003), standen überwiegend dieselben Personen bzw Familien; die Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder waren von Beginn an größtenteils identisch.

Herr RA Dr. Fries, Kernaktionär der BUI hält mittelbar eine Beteiligung an der ENGEL Holdinggesellschaft mbH, Schwertberg, der Konzernspitze des ENGEL Konzerns, sowie – zusammen mit syndizierten Rechtsträgern – eine Mehrheitsbeteiligung an der Eybl International AG. Während der ENGEL Konzern mit der Herstellung von Spritzgussmaschinen in einem verwandten Geschäftsbereich tätig ist, konzentriert sich der Betrieb der Eybl International AG im Wesentlichen auf die Autoinnenraumausstattung.

Die BUI-Gruppe war bzw ist über die folgenden Rechtsträger an der BUD beteiligt:



### (i) BU-Industrieholding GmbH

Die BU-Industrieholding GmbH mit Sitz in Linz („Linzer BU-I“) wurde am 27. März 2001 zu FN 207563 s im Firmenbuch eingetragen. Die Geschäftsführer der Linzer BU-I waren Herr Ernst Hable und Herr RA Dr. Rudolf Fries.

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 31.3.2003 wurde die Verschmelzung der Linzer BU-I auf die BUI als übernehmende Gesellschaft beschlossen. Die Verschmelzung wurde am 12. April 2003 im Firmenbuch eingetragen. Zu diesem Zeitpunkt stellte sich die Gesellschafterstruktur der Linzer BU-I wie folgt dar:

<b>BU-Industrieholding GmbH (im Verschmelzungszeitpunkt)</b>		
<b>Gesellschafter</b>	<b>Stammeinlage</b>	<b>in % (gerundet)</b>
Dr. Rudolf Fries	EUR 241.250	1,12%
Dr. Rudolf FRIES Familien-Privatstiftung	EUR 200.000	0,93%
FRIES Familien-Privatstiftung	EUR 4.250.000	19,77%
DDr. Christa Fries	EUR 400.000	1,86%
Mag. Elisabeth Bukowiecki-Fries	EUR 700.000	3,26%
Friesca-Holding Gesellschaft m.b.H.	EUR 200.000	0,93%
Rudolf Fries	EUR 2.300.000	10,70%
Anna Fries	EUR 2.300.000	10,70%
Ernst Hable	EUR 8.750	0,04%
Hable Privatstiftung	EUR 3.150.000	14,65%
St. Klemens Privatstiftung	EUR 6.000.000	27,91%
STF Liegenschaftsvermietungs GmbH	EUR 1.000.000	4,65%
Humer Privatstiftung	EUR 750.000	3,49%
<b>Summe</b>	<b>21.500.000</b>	<b>100 %</b>

### (ii) BUB Beteiligung GmbH

Die BUB Beteiligung GmbH (BUB) mit Sitz in Linz wurde am 25. August 2001 unter FN 212344 x im Firmenbuch eingetragen. Die Geschäftsführer der BUB waren Herr Ernst Hable und Herr Dr. Rudolf Fries.

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 31.3.2003 wurde die Verschmelzung der BUB auf die BUI als übernehmende Gesellschaft beschlossen. Die Verschmelzung wurde am 12. April 2003 im Firmenbuch eingetragen. Zu diesem Zeitpunkt stellte sich die Gesellschafterstruktur der BUB wie folgt dar:

<b>BUB Beteiligungs GmbH (im Verschmelzungszeitpunkt)</b>		
<b>Gesellschafter</b>	<b>Stammeinlage</b>	<b>in % (gerundet)</b>
Dr. Rudolf Fries	EUR 682.500	3,35%
FRIES Familien-Privatstiftung	EUR 2.750.000	13,51%

Mag. Elisabeth Bukowiecki-Fries	EUR	200.000	0,98%
Friesca-Holding Gesellschaft m.b.H.	EUR	200.000	0,98%
Rudolf Fries	EUR	3.000.000	14,74%
Anna Fries	EUR	3.000.000	14,74%
Ernst Hable	EUR	17.500	0,09%
St. Klemens Privatstiftung	EUR	5.250.000	25,80%
Obermair Privatstiftung	EUR	750.000	3,69%
Humer Privatstiftung	EUR	1.250.000	6,14%
MAP Privatstiftung	EUR	750.000	3,69%
Hans Schmid Privatstiftung	EUR	1.500.000	7,37%
Mag. Kuno Haas	EUR	200.000	0,98%
Dr. Karin Haas	EUR	150.000	0,74%
Mag. Friedrich Reinhard Kepplinger	EUR	450.000	2,21%
Mag. Heidemarie Kepplinger	EUR	200.000	0,98%
<b>Summe</b>	<b>EUR</b>	<b>20.350.000</b>	<b>100 %</b>

### (iii) BU Industrieholding GmbH (BUI; vormals TECHNO Holding AG)

Die TECHNO Holding AG mit Sitz in Wien wurde am 8. April 2000 unter FN 193960 k im Firmenbuch eingetragen.

Die TECHNO Holding AG wurde mit Hauptversammlungsbeschluss vom 25. Februar 2003 in eine GmbH umgewandelt. Vom Zeitpunkt der Gründung der TECHNO Holding AG bis zu deren Umwandlung in eine GmbH war Herr Dr. Rudolf Fries zum Vorstand der Gesellschaft bestellt Herr Ronny Pecik war von 8. April 2000 bis 26. Juli 2000 als zweites Vorstandsmitglied eingetragen. Gleichzeitig mit der Umwandlung in eine GmbH erfolgte die Änderung der Firma in BU Industrieholding GmbH, die nunmehr an BUD beteiligte BUI. Die Geschäftsführer der BUI sind Herr Ernst Hable und Herr Dr. Rudolf Fries.

Mit Generalversammlungsbeschluss vom 31. März 2003 wurde die Verschmelzung der BUB sowie der Linzer BU-I – jeweils als übertragende Gesellschaft – mit der BUI als übernehmender Gesellschaft beschlossen. Die Verschmelzung wurde am 12. April 2003 im Firmenbuch eingetragen.

Derzeit stellt sich die Gesellschafterstruktur der BUI wie folgt dar:

<b>BU Industrieholding GmbH (aktuell)</b>		
<b>Gesellschafter</b>	<b>Stammeinlage</b>	<b>in % (gerundet)</b>
Dr. Rudolf Fries	EUR 1.597.000	2,36%
Dr. Rudolf FRIES Familien-Privatstiftung	EUR 2.940.000	4,35%
FRIES Familien-Privatstiftung	EUR 25.780.000	38,11%

DDr. Christa Fries	EUR	480.000	0,71%
Mag. Elisabeth Bukowiecki-Fries	EUR	1.040.000	1,54%
Friesca-Holding Gesellschaft m.b.H.	EUR	440.000	0,65%
Ernst Hable	EUR	28.000	0,04%
Hable Privatstiftung	EUR	3.780.000	5,59%
St. Klemens Privatstiftung	EUR	21.590.000	31,91%
Obermair Privatstiftung	EUR	3.375.000	4,99%
STF Liegenschaftsvermietungs GmbH	EUR	1.200.000	1,77%
Humer Privatstiftung	EUR	2.150.000	3,18%
MAP Privatstiftung	EUR	750.000	1,11%
Hans Schmid Privatstiftung	EUR	1.500.000	2,22%
Mag. Kuno Haas	EUR	200.000	0,30%
Dr. Karin Haas	EUR	150.000	0,22%
Mag. Friedrich Reinhard Kepplinger	EUR	450.000	0,67%
Mag. Heidemarie Kepplinger	EUR	200.000	0,30%
<b>Summe</b>		<b>67.650.000</b>	<b>100 %</b>

### c) Aufbau der Beteiligung der BUI-Gruppe

Chronologisch lässt sich der Aufbau der Beteiligung wie folgt feststellen:

10. Mai 2001	Die Linzer BU-I hat die Beteiligungsschwelle von 5 % des Grundkapitals der BUD überschritten; dies wird von der BUD am 10. Mai 2001 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung gemäß § 93 BörseG bekannt gemacht.
14. Mai 2001	Die ordentliche Hauptversammlung vom 14. Mai 2001 ermächtigt den Vorstand, eigene Aktien gemäß § 65 Abs 1 Z 4 AktG zurückzukaufen. Die Herren Dr. Michaelis und Ernst Hable werden in den Aufsichtsrat gewählt.
3. Sept. 2001	Die TECHNO Holding AG hat die Beteiligungsschwelle von 5 % des Grundkapitals der BUD überschritten; die Beteiligungsmeldung gemäß § 93 BörseG durch die BUD im Amtsblatt zur Wiener Zeitung erfolgt am 3. September 2001.
8. Okt. 2001	Die Linzer BU-I, die TECHNO-Holding AG und die BUB halten zusammengerechnet 20,46 % vom Grundkapital der BUD.

8. Nov. 2001	Die BUB hat die Beteiligungsschwelle von 5 % des Grundkapitals der BUD überschritten; die Bekanntmachung der BUD gemäß § 93 BörseG erfolgt am 8. November 2001 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung.
9. Jän. 2002	Die BUB, die BUI und die Linzer BU-I haben die Beteiligungsschwelle von 25 % des Grundkapitals der BUD überschritten. die Bekanntmachung der BUD gem § 93 BörseG erfolgt am 9. Jänner 2002 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung.
Seit Jänner 2002 hält die BUI-Gruppe eine Beteiligung in der Höhe von 25,65 % des Grundkapitals an BUD.	
13. Mai 2002	Aufgrund des Beschlusses der ordentlichen Hauptversammlung ziehen DI Wieltsch, Dr. Fries und Mag. Scherb in den AR der BUD ein. Dr. Michaelis und Ernst Hable werden zu stellvertretenden Vorsitzenden des AR gewählt
24. Juli 2002	Das Rückkaufprogramm der BUD ist abgeschlossen. Die Anzahl eigener Aktien liegt bei 504.900 Stück (4,59 %)
31. März 2003	Die Linzer BU-I und die BUB werden auf die BUI verschmolzen.
1. April 2003	Der Ministerrat beschließt die Erteilung eines Privatisierungsauftrages gemäß § 7 Abs 1 ÖIAG-Gesetz, der unter anderem die 100 %-ige Privatisierung der BUD zum Gegenstand hat. Dieser Privatisierungsauftrag wird im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung der ÖIAG am 9. Mai 2003 erteilt.
11. Nov. 2003	Die ÖIAG beschließt die Privatisierung des 25%-Anteils an BUD über die Börse (SPO).
25. Nov. 2003	Die ÖIAG verkauft ihre Beteiligung an BUD breit gestreut.

#### **d) Veräußerung der Beteiligung der ÖIAG, Privatisierungsplan**

Bereits im Jahr 2001 gab es Spekulationen über einen baldigen Verkauf des ÖIAG-Anteils der BUD (vgl zB: Die Presse vom 25. Juni 2001: „Aktionäre von Voest und Böhler sollten nicht auf Abfindung setzen“, Der Standard, 15. August 2001: „Neuer Aktionärskern für Böhler-Uddeholm“, Profil vom 15. Oktober 2001: „Ausgeklügeltes Spiel“, Wirtschaftsblatt Online vom 19. Oktober 2001: „Böhler-Uddeholm reicht Fries nicht. Der Anwalt will mehr“).

Diese Spekulationen waren Herrn Dr. Rudolf Fries und Herrn Ernst Hable bekannt, nicht zuletzt da sie in Interviews darauf angesprochen wurden. So wird Herr Hable beispielsweise in einem Artikel des „Profil“ vom 15. Oktober 2001 (Titel: „Der Edelstahl-Anwalt“) wie folgt zitiert:

*„Ich gehe schon davon aus, dass wir zu dem Zeitpunkt, zu dem die ÖIAG ihre 25 Prozent verkauft, unsererseits 25 % plus 1 Aktie erreicht haben werden.“*

In einem Artikel des „Profil“ vom 16. Juli 2001 (Titel: „Objekt der Begierde“) heißt es:

*[...] Anwalt Fries: „Ditz hat uns zu verstehen gegeben, dass er mit uns reden wird, bevor sich die ÖIAG von ihren Böhler Aktien trennt.“ [...]*

Nicht bekannt waren der BUI-Gruppe hingegen Art und Zeitpunkt des Verkaufs.

Die BUD war nicht Gegenstand des Privatisierungsauftrags gemäß § 7 Abs 1 ÖIAG-Gesetz 2000 (Stand 26. August 2002); eine Veräußerung von Aktien der BUD war seitens des Vorstands der ÖIAG in der damaligen Legislaturperiode nicht beabsichtigt.

Der Verkauf des Anteils war erst im Privatisierungsauftrag der Bundesregierung vom 9. Mai 2003 gemäß § 7 Absatz 1 ÖIAG-Gesetz 2000 im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung der ÖIAG grundsätzlich angeordnet, im Privatisierungsprogramm des ÖIAG Aufsichtsrats vom 13. Juni 2003 konkretisiert und am 11. November 2003 beschlossen worden. Grundlage für die Erteilung des Privatisierungsauftrags der Bundesregierung war ein Ministerratsbeschluss vom 1. April 2003.

Das Privatisierungsprogramm umfasste alle im Privatisierungsauftrag enthaltenen Unternehmen und erstreckte sich über die gesamte Legislaturperiode. Für die einzelnen Unternehmen wurde ein entsprechendes Privatisierungskonzept für das jeweilige Kalenderjahr entwickelt.

Der gesamte Anteilsbesitz der ÖIAG an BUD von 2.750.000 Aktien wurde am 25. November 2003 breit gestreut über die Börse verkauft; dies wurde am 1. Dezember 2003 im Amtsblatt der Wiener Zeitung bekannt gegeben.

#### e) Aktuelle Beteiligungsstruktur der BUD

Derzeit stellt sich die Eigentümerstruktur der BUD wie folgt dar:

Aktionär	Beteiligung in % des Grundkapitals		Stimmrechtsanteil
	in % (gerundet)	Stück Aktien	in % (gerundet)
BUI	25,65 %	2,821.585	26,76 %
eigene Aktien (Stichtag HV 2004)	4,15 %	456.900	-----
Streubesitz (<5 %)	70,15 %	8,178.415	73,23 %

Die BUI hält seit Jänner 2002 wie bereits festgestellt insgesamt 2,821.585 Aktien der BUD, das sind etwa 25,65 % des Grundkapitals. Die Gesellschaft verfügte per Stichtag 3. Mai 2004, dem Tag der ordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2004 über 456.900 Stück eigene Aktien. Damit hält die BUI einen Anteil von 26,76 % der ausübenden Stimmrechte der BUD.

Die restlichen Aktien der BUD befinden sich in Streubesitz, wobei kein weiterer Aktionär neben der BUI die Überschreitung einer Schwelle iSv § 91 BörseG gemeldet hat. Zudem zeigen die Hauptversammlungsprotokolle der BUD, dass seit der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2000 neben BUI und ÖIAG jedenfalls kein weiterer Paketaktionär mit einem Anteil von über 5% des Grundkapitals an den Hauptversammlungen teilgenommen hat (zu den Präsenzen siehe gleich unten).

#### 4) Hauptversammlungspräsenzen der BUD

Die Hauptversammlungspräsenz hat sich seit 1997 wie folgt entwickelt:

Jahr	anwesende Stück	Präsenz in % des Grundkapitals (gerundet)
1997	4.173.292	37,94%
1998	4.400.356	40,00%
1999	2.988.183	27,17%
2000	2.924.696	26,59%
2001	4.772.131	43,38%
2002	6.497.987	59,07%
2003	6.391.395	58,10%
2004	3.481.139	31,65%

In der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2001 war die BUI-Gruppe mit 681.233 Stück Aktien vertreten. Bei einer Gesamtpräsenz von 4,772.131 Stück Aktien verfügte die BUI-Gruppe demnach über ca 14,28 % der Stimmrechte in der Hauptversammlung.

In der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2002 war die BUI-Gruppe mit 2,824.189 Stück Aktien vertreten. Bei einer Gesamtpräsenz von 6,497.987 Stück Aktien verfügte die BUI-Gruppe demnach über ca. 43,46 % der Stimmrechte in der Hauptversammlung.

In der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2003 war die BUI-Gruppe mit 2,911.842 Stück Aktien vertreten. Davon waren ## Stück Aktien wirtschaftlich Herrn Rudolf Fries und Frau Anna Fries zuzuordnen, die diese Beteiligung über einen Spezialfonds neben der mittelbaren Beteiligung über die BUI hielten.

Der Gesellschafterkreis der BUI setzte sich zu diesem Zeitpunkt wie folgt zusammen:

<b>BU Industrieholding GmbH (Stichtag 12.5.2003)</b>			
<b>Gesellschafter</b>	<b>Stammeinlage</b>		
Dr. Rudolf Fries	EUR	1.597.000	2,36%
Dr. Rudolf FRIES Familien-Privatstiftung	EUR	2.940.000	4,35%
FRIES Familien-Privatstiftung	EUR	12.840.000	18,98%
DDr. Christa Fries	EUR	480.000	0,71%
Mag. Elisabeth Bukowiecki-Fries	EUR	1.040.000	1,54%
Friesca-Holding Gesellschaft m.b.H.	EUR	440.000	0,65%
Rudolf Fries	EUR	7.180.000	10,61%
Anna Fries	EUR	5.760.000	8,51%
Ernst Hable	EUR	28.000	0,04%
Hable Privatstiftung	EUR	3.780.000	5,59%
St. Klemens Privatstiftung	EUR	21.590.000	31,91%
Dipl. Ing. Hermann Obermair	EUR	1.125.000	1,66%
Obermair Privatstiftung	EUR	2.250.000	3,33%
STF Liegenschaftsvermietungs GmbH	EUR	1.200.000	1,77%
Humer Privatstiftung	EUR	2.150.000	3,18%
MAP Privatstiftung	EUR	750.000	1,11%
Hans Schmid Privatstiftung	EUR	1.500.000	2,22%
Mag. Kuno Haas	EUR	200.000	0,30%
Dr. Karin Haas	EUR	150.000	0,22%
Mag. Friedrich Reinhard Kepplinger	EUR	450.000	0,67%
Mag. Heidemarie Kepplinger	EUR	200.000	0,30%
<b>Summe</b>		<b>67.650.000</b>	<b>100 %</b>

Insgesamt verfügte die BUI-Gruppe – unter Einrechnung der von Herrn Rudolf Fries und Frau Anna Fries über den Spezialfonds gehaltenen Aktien – bei einer Gesamtpräsenz von 6.391.395 Stück Aktien demnach über ca 45,56 % der Stimmrechte in der Hauptversammlung.

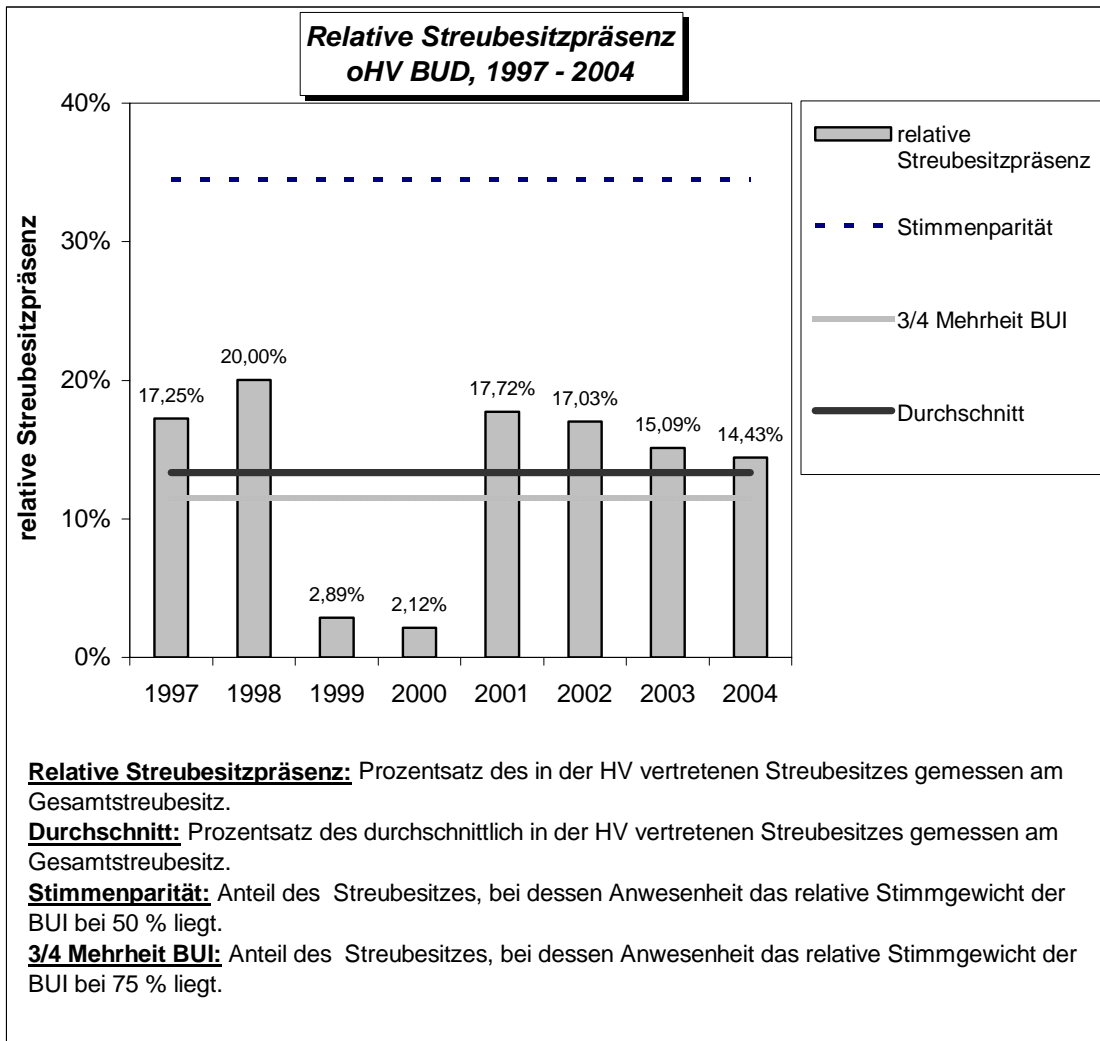
In der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2004, der ersten Hauptversammlung nach dem Ausstieg der ÖIAG, war die BUI-Gruppe wieder mit einer etwas geringeren Aktienzahl von 2.751.585 Stück vertreten. Bei einer Gesamtpräsenz von 3.860.500 Stück Aktien verfügte die BUI-Gruppe damit über ca 71,28 % der Stimmrechte in der Hauptversammlung.

Es kam zu keiner Anfechtung von Beschlüssen der ordentlichen Hauptversammlung der BUD vom 3. Mai 2004.

Angesichts der aktuellen Beteiligungsstruktur sowie der Hauptversammlungspräsenzen des Streubesitzes seit 1997 ergibt sich bei Rückrechnung, dass die BUI in den Hauptversammlungen der Jahre 1997 bis 2003 bei Herausrechnung des von der ÖIAG gehaltenen Anteils bei gleichzeitiger entsprechender Erhöhung des rechnerischen Streubesitzes sowie der absoluten Streubesitzpräsenz um diesen Anteil ebenso wie im Jahr 2004 jeweils über eine deutliche Stimmenmehrheit verfügt hätte.

Bei der folgenden Darstellung zur relativen Streubesitzpräsenz wurden die eigenen Aktien der Gesellschaft für die Berechnung der „Stimmenparität“ sowie der „ $\frac{3}{4}$ -Mehrheit BUI“ nicht berücksichtigt, da anzunehmen ist, dass diese in näherer Zukunft ebenfalls dem Streubesitz zuzurechnen sein werden.



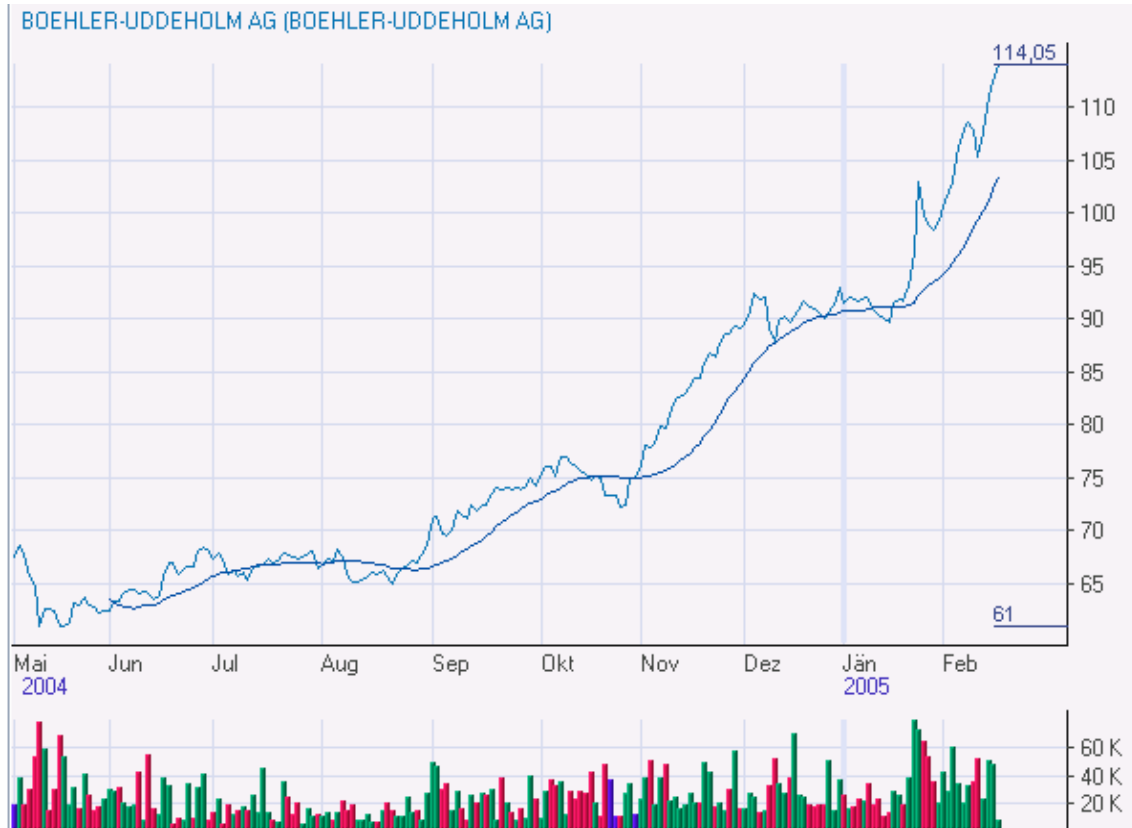


Ausgehend von der aktuellen Beteiligungsstruktur müssten in Zukunft in den Hauptversammlungen mindestens 34,50 % der im Streubesitz stehenden Aktien (unter Hinzurechnung der eigenen Aktien zum Streubesitz) vertreten sein (siehe den Eintrag „*Stimmenparität*“ in der obigen Darstellung) und geschlossen gegen die BUI stimmen, um die relative Stimmenmehrheit der BUI zu verhindern. Dies würde eine grundlegende Änderung des bisherigen Verhaltens der Streubesitzaktionäre darstellen.

Selbst nach dem Ausstieg der ÖIAG mittels SPO ist eine derartige Änderung des bisherigen Verhaltens der Streubesitzaktionäre nicht zu erkennen – im Gegenteil: Die Veräußerung des ÖIAG Anteils führte zwar zu einem Anstieg des absoluten Streubesitzes, die Quote des Streubesitzes, der in der Hauptversammlung vertreten war, sank jedoch von 15,09% auf 14,43 %.

## 5) Kursentwicklung der Aktien der BUD

Der Börsenkurs der Aktien der BUD hat sich seit der ordentlichen Hauptversammlung am 3. Mai 2004 wie aus nachstehender Grafik ersichtlich entwickelt:



Quelle: Homepage der Wiener Börse AG ([www.wienerbourse.at](http://www.wienerbourse.at))

### E) Beweiswürdigung

Die vorangehenden Feststellungen gründen auf den glaubwürdigen Aussagen der Parteien sowie den im Akt erliegenden eingangs erwähnten Urkunden. Die Feststellung, dass die BUI bzw. die BUI-Gruppe seit Jänner 2002 eine Beteiligung in Höhe von 2,821.585 Stück Aktien (ca. 25,65 % des Grundkapitals) an BUD hält, gründet auf den in den Schriftsätzen der BUI vom 8. März 2004, vom 17. März 2004 und vom 25. Juni 2004 gemachten Angaben sowie auf den Aussagen in der mündlichen Verhandlung. Die dazu im Widerspruch stehende Aussage im Schriftsatz vom 21. August 2002, die BUI-Gruppe halte nach dem Zukauf von in Summe insgesamt 20.000 Stück Aktien der BUD (ca. 0,18 % des Grundkapitals) durch die TECHNO Holding AG im Juli 2002 insgesamt eine Beteiligung in Höhe von etwa 25,18 %, wurde durch oben genannte Schriftsätze und Aussagen entsprechend richtig gestellt.

Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass Beteiligungen an BUD bestehen, die unter Missachtung der Meldeverpflichtung nach §§ 91 ff BörseG nicht offen gelegt wurden.

Weiters konnte nicht festgestellt werden, dass der BUI bzw deren Vertretern, Herrn RA Dr. Rudolf Fries und Herrn Hable, während des Aufbaus der Beteiligung an der BUD bereits die Art sowie der konkrete Zeitpunkt des Ausstiegs der ÖIAG aus ihrer Beteiligung an der BUD bekannt waren.

## **F) Rechtliche Beurteilung**

### **1) Zum I. Spruchpunkt: Erlangen der Kontrolle – Anzeigepflicht gemäß § 25 Abs 1 ÜbG**

Das ÜbG gilt für öffentliche Angebote zum Erwerb von Beteiligungspapieren, die von einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ausgegeben wurden und an einer österreichischen Börse zum amtlichen Handel oder zum geregelten Freiverkehr zugelassen sind (§ 2 ÜbG). Gemäß § 22 Abs 1 ÜbG („*Pflicht zur Stellung eines Angebots bei kontrollierender Beteiligung*“) hat jener Rechtsträger, der die Kontrolle über eine Zielgesellschaft im Sinne des ÜbG erlangt, ein Übernahmeangebot für sämtliche Beteiligungspapiere abzugeben (Pflichtangebot). Auf diese Weise wird den Aktionären und sonstigen Beteiligungspapierinhabern eine Möglichkeit zur Deinvestition zu angemessenen Konditionen eingeräumt. Die für den Kontrollwechsel regelmäßig bezahlte Kontrollprämie ist damit im Ergebnis auf alle Aktionäre der Zielgesellschaft zu verteilen, wenngleich derzeit eine Ungleichbehandlung in Form des Abschlags vom Paketpreis gemäß § 26 Abs 1 ÜbG zu Lasten der Minderheitsaktionäre zulässig ist. Letztendlich dient die daraus resultierende Stärkung des Minderheitenschutzes der Hebung der Attraktivität des inländischen Kapitalmarktes. Ein höheres Anlegervertrauen – sowohl seitens in- als auch ausländischer Investoren – soll überdies den Unternehmen die Kapitalbeschaffung erleichtern.

Von zentraler Bedeutung sind im Zusammenhang mit der Angebotspflicht zwei Fragen: (1) Wie kann eine kontrollierende Beteiligung erlangt werden? (2) Wann liegt eine kontrollierende Beteiligung vor? Im zu beurteilenden Fall sind folgende Überlegungen maßgeblich:

(1) Auslösetatbestand des obligatorischen Übernahmeangebotes ist das „*Erlangen*“ der Kontrolle (§ 22 Abs 1 ÜbG). § 6 der 1. ÜbV konkretisiert diese Verpflichtung dahingehend, dass eine kontrollierende Beteiligung auch ohne den Erwerb von Aktien erlangt werden kann. Dadurch wird klargestellt, dass neben Erwerbsvorgängen auch Fälle wie zB der Abschluss oder die Änderung eines Syndikatsvertrages die Angebotspflicht nach sich ziehen können. Die ErlRV verweisen neben dem Abschluss eines Syndikatsvertrages beispielsweise auch auf den Fall der Aufhebung eines Höchststimmrechtes (ErlRV 1276

BlgNR XX. GP 40 f; vgl auch den Allg Teil der ErlRV, Punkt 6.2., 21 f., „Wie es zu diesem Kontrollerwerb kommt ist irrelevant“).

Unter Zugrundelegung des Regelungszweckes ergibt die Auslegung des Pflichtangebotstatbestands weiters, dass es nicht auf die Absicht der handelnden Aktionäre ankommt, die Kontrolle zu erlangen. Ausschlaggebend für das Entstehen der Angebotspflicht ist der objektive Tatbestand der Kontrollerlangung, unabhängig davon, ob dies auch beabsichtigt war. Dafür spricht insbesondere auch der klare Wortlaut des Anzeigetatbestands nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG, demzufolge die geringfügige und unbeabsichtigte Überschreitung der Kontrollschwelle zwar grundsätzlich die Angebotspflicht auslöst, aber in Form der Anzeigepflicht privilegiert ist (zur Tatbestandsmäßigkeit unbeabsichtigter Kontrollerlangung vgl nur *Terlitz/Zollner*, ÖBA 2000, 673).

Vom Begriffspaar absichtliche – unabsichtliche Kontrollerlangung ist grundsätzlich der Fall des so genannten passiven Kontrollerlangens zu unterscheiden. Darunter können jene Fälle subsumiert werden, in denen ein Aktionär ohne unmittelbares zeitnahes aktives Verhalten in eine Kontrollposition kommt. Im Regelfall ist zwar anzunehmen, dass Fälle der unbeabsichtigten Kontrollerlangung auch ohne eigenes aktives Zutun – also passiv - erfolgen, wie zB im Fall des vom größten Aktionär nicht beeinflussbaren und zum Zeitpunkt des Aktienerwerbs nicht vorhersehbaren Auflebens des Stimmrechtes aus Vorzugsaktien. Dennoch ist nicht auszuschließen, dass ein Aktionär im Einzelfall geplant, das heißt absichtlich, aber ohne aktives Verhalten die Möglichkeit zur Beherrschung der Zielgesellschaft erlangt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Aktionär zum Zeitpunkt seiner Investitionsentscheidung weiß, dass der bisherige Kernaktionär seine Beteiligung in absehbarer Zeit weit gestreut veräußern wird. Als weiteres Beispiel kann der Erwerb eines umfangreichen Paketes an Vorzugsaktien dienen, wenn der erwerbende Aktionär aufgrund des Ausbleibens von Dividendenzahlungen in den Vorjahren damit rechnen musste, dass das Stimmrecht aus den Vorzugsaktien aufleben und zusammen mit den von ihm bereits gehaltenen Stammaktien eine kontrollierende Beteiligung vermitteln wird. Bei solchen Konstellationen stellt sich folglich die Frage, ob das ÜbG auch auf Fälle passiver Kontrollerlangung anwendbar ist. Der Senat schließt sich bei Beantwortung dieser Frage der überwiegend in der Literatur vertretenen Ansicht an, dass auch die passive Kontrollerlangung die Angebotspflicht gemäß § 22 Abs 1 ÜbG iVm § 6 der 1. ÜbV auslöst, dass aber zumindest jene Fälle in Form einer Anzeigepflicht nach § 25 Abs 1 ÜbG privilegiert sind, in denen diese Kontrollerlangung nicht beabsichtigt war (für die Tatbestandsmäßigkeit der passiven Kontrollerlangung gemäß § 22 Abs 1 ÜbG und gleichzeitige Privilegierung im Rahmen einer Anzeigepflicht analog § 25 Abs 1 ÜbG *Zollner*, Kontrollwechsel und Kontrollerlangung im Übernahmegesetz 2002, 107 ff; *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht 2003, Rz 134 f; iE zustimmend *Gall*, Die Angebotspflicht

nach dem Übernahmegesetz 2003, 267 ff; für die Angebotspflicht bei Ausstieg des stimmenstärksten Aktionärs unter gleichzeitiger Kontrollerlangung des bislang zweitgrößten Aktionärs *Huber/Löber*, ÜbG § 22 Rz 26 f; *Kaindl*, Das Pflichtangebot im Übernahmegesetz 2001, 82 f; aA *Gruber/Zivny*, RdW 2002, 132 ff [Beschränkung der Angebotspflicht auf Umgehungskonstruktionen]; kritisch zur Angebotspflicht bei passiver Kontrollerlangung *Hügel/Leitgeb*, ÖBA 2000, 968 f, insb bei Fn 26).

Keiner der angeführten Tatbestände nach § 25 Abs 1 ÜbG, darunter auch der Fall der geringfügigen und unbeabsichtigten Überschreitung der Kontrollschwelle gemäß Z 3, ist zwar unmittelbar auf den konkreten Fall anwendbar, jedoch erfordert der Regelungszweck von § 22 Abs 1 ÜbG in Kombination mit den für die Entscheidung der Übernahmekommission gemäß § 25 Abs 1 seitens des Gesetzgebers festgelegten Grundsätzen gemäß Abs 3 (insbesondere Zweck und Nachhaltigkeit der Kontrollerlangung), dass auch Fälle der passiven Kontrollerlangung über einen Analogieschluss unter den Privilegierungstatbestand subsumiert werden. Grundlage für die Anzeigepflicht ist somit eine Gesetzesanalogie zu § 25 Abs 1 ÜbG. Der Senat schließt sich damit der bereits mehrfach von der Übernahmekommission vertretenen Rechtsansicht an, dass der Gesetzgeber in § 25 Abs 1 ÜbG keine abschließende Regelung jener Fälle getroffen hat, in denen eine Ausnahme von der Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebotes gerechtfertigt ist (grundlegend Bescheid der Übernahmekommission vom 3. Juni 2002, GZ 2001/3/4-58; vgl auch Bescheid vom 6. August 2002, GZ 2002/3/3-63). Der Übernahmekommission wurde in § 25 Abs 1 ÜbG letzter Satz ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, im Verordnungsweg weitere generelle Ausnahmetatbestände zu schaffen. Bis dato hat die Übernahmekommission keine solche Verordnung erlassen. Wie bereits in der Vorentscheidung GZ 2001/3/4-58 festgestellt, steht dieser Umstand aber einer Erweiterung des Ausnahmekatalogs unter Berücksichtigung der Wertungen des Gesetzgebers durch Analogieschluss im Einzelfall nicht entgegen.

Folglich löst jeder Fall der Kontrollerlangung – ob aktiv oder passiv, beabsichtigt oder unbeabsichtigt – grundsätzlich die Angebotspflicht aus. Neben den explizit als Anzeigetatbestand vorgesehenen Fällen genügt jedoch auch im Falle eines passiven und unbeabsichtigten Kontrollwechsels die Erstattung einer Mitteilung über den Sachverhalt gemäß § 25 Abs 1 ÜbG an die Übernahmekommission.

Die BUI hat im Jänner 2002 ihre derzeitige Beteiligung in Höhe von 25,65 % des Grundkapitals an der BUD, einer Zielgesellschaft im Sinne des ÜbG, erreicht. Nach diesem Zeitpunkt konnten keine Zukäufe der BUI festgestellt werden. Durch den Ausstieg der ÖIAG aus dem Investment an der BUD im November 2003 erlangte die BUI ohne zeitnahes aktives Verhalten maßgeblichen Einfluss über die BUD (zur Kontrollerlangung siehe gleich unten). Die Feststellungen haben gezeigt, dass ein Fall der passiven und – aufgrund der

Unvorhersehbarkeit der Art und des Zeitpunkts der Vollprivatisierung – unbeabsichtigten Kontrollerlangung vorliegt.

(2) Zweitens muss eine kontrollierende Beteiligung vorliegen. § 22 Abs 2 ÜbG definiert diese wie folgt:

*„Eine kontrollierende Beteiligung ist eine Beteiligung, die es dem Bieter allein oder gemeinsam mit anderen Rechtsträgern (§ 23 Abs 1) ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft auszuüben.“*

In Ergänzung zu dieser Definition finden sich sowohl im ÜbG selbst als auch in der 1. ÜbV mehrere Vermutungstatbestände. Nach § 22 Abs 4 ÜbG wird das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung unwiderleglich vermutet, wenn die Voraussetzungen eines der Kontroll-Tatbestände gemäß § 244 Abs 2 Z 1 bis 3 HGB erfüllt sind (vgl auch § 1 der 1. ÜbV). §§ 2 f der 1. ÜbV enthalten demgegenüber widerlegbare Vermutungstatbestände. Nach § 2 Abs 1 der 1. ÜbV wird das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung vermutet, wenn der Beteiligte allein oder gemeinsam mit anderen Rechtsträgern mindestens 30 % der Stimmrechte aus ständig stimmberechtigten Aktien hält; nach § 3 Abs 1 der 1. ÜbV liegt der maßgebliche Schwellenwert bei einer Beteiligung (ebenfalls unter Einrechnung der Anteile von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern) von mindestens 20 % und weniger als 30 % der Stimmrechte aus ständig stimmberechtigten Aktien, sofern der gegenwärtig gehaltene Anteil die (hypothetische) Hauptversammlungsmehrheit in jeder der letzten drei abgehaltenen ordentlichen Hauptversammlungen dargestellt hätte. Die letztgenannte Vermutung ist insbesondere durch den Nachweis widerlegbar, dass ein Aktionär allein oder mit den mit ihm konzernmäßig verbundenen oder auf Grund einer Vereinbarung über die Ausübung der Stimmrechte gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern mindestens 10 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals hält, oder dass mindestens drei Aktionäre jeweils allein oder zusammen mit den mit ihnen konzernmäßig verbundenen oder auf Grund einer Vereinbarung über die Ausübung der Stimmrechte gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern jeweils mindestens 5 % des ständig stimmberechtigten Grundkapitals halten.

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber durch Konkretisierung der Generalklausel nach § 22 Abs 2 ÜbG mittels der Vermutungstatbestände eine Kombination aus qualitativem und quantitativem Kontrollbegriff geschaffen. Die Kontrollschwellen dienen der Rechtssicherheit und der leichteren Planbarkeit; zu deren Auslegung, aber auch zur Vermeidung von Umgehungstransaktionen werden diese durch die Generalklausel nach § 22 Abs 2 ÜbG ergänzt. Die letztgenannte Bestimmung ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn die Vermutungstatbestände nicht einsetzen, zB weil seit dem Börsegang erst eine Hauptversammlung abgehalten wurde. Sie kann allerdings auch dann Bedeutung erlangen,

wenn ein Vermutungstatbestand widerlegt wurde, zB weil ein Aktionär zu mehr als 10% an der Zielgesellschaft beteiligt war (dies im Beurteilungszeitpunkt aber nicht mehr ist) und in einer der vorangehenden Hauptversammlungen durch seine Präsenz die hypothetische Hauptversammlungsmehrheit des Bieters gemäß § 3 Abs 2 der 1. ÜbV verhindert hätte. In solchen und ähnlichen Fällen kann eine Widerlegung der Kontrollvermutung gemäß § 3 Abs 1 der 1. ÜbV möglich sein, obwohl der stimmenstärkste Aktionär über eine Beherrschungsmöglichkeit verfügt. Es obliegt daher der Übernahmekommission in gewissen, von den typisierten Kontrollvermutungstatbeständen abweichenden Fällen, unter Zugrundelegung der für die Beherrschung maßgeblichen Faktoren zu entscheiden, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung eine kontrollierende Beteiligung vorliegt. Kern des hierfür zu Grunde zu legenden beweglichen Systems sind die Beteiligungshöhe des (potenziellen) Bieters, die sonstige Beteiligungsstruktur der Zielgesellschaft, deren typische Hauptversammlungspräsenzen, der Einfluss des Bieters über die Personalpolitik (Vorstands- und Aufsichtsratsbesetzung, zB auch über Entsenderechte gemäß § 88 Abs 1 AktG), allfällige personelle Verflechtungen, mögliche besondere Satzungsgestaltungen bei der Zielgesellschaft (insb Erhöhung oder Herabsetzung von Beschlussmehrheiten, zusätzliche Beschlusserfordernisse), vertragliche Beziehungen zwischen Bieter und Zielgesellschaft etc (vgl auch § 22 Abs 5 ÜbG). Somit kann nach der klaren Festlegung des Gesetzgebers auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen eines Vermutungstatbestands, aber auch bei dessen erfolgreicher Widerlegung eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 2 ÜbG vorliegen.

Die BUI hat im Jänner 2002 eine Beteiligung im Ausmaß von 25,65 % an der BUD erreicht. Unter Berücksichtigung der von der Zielgesellschaft zum Stichtag 3. Mai 2004 gehaltenen Aktien vermittelt diese Beteiligung ein Stimmgewicht von rund 26,76 % des stimmberechtigten Grundkapitals. Als die BUI erstmals diese Beteiligungshöhe erreichte, war die ÖIAG noch mit 25 % der stimmberechtigten Aktien als zweitgrößter Aktionär an BUD beteiligt. Aufgrund der fast gleich großen Beteiligung bestand auf der Hauptversammlung des Jahres 2003 – ähnlich wie schon auf der Hauptversammlung 2002 – annähernd ein Stimmgleichgewicht zwischen der BUI und der ÖIAG. Zu diesem Zeitpunkt war keiner der Vermutungstatbestände erfüllt; aufgrund der vergleichbaren Beteiligungshöhe konnte die BUI auch keinen beherrschenden Einfluss gemäß § 22 Abs 2 ÜbG auf die BUD ausüben.

Die Situation änderte sich mit der breit gestreuten Veräußerung des Anteils der ÖIAG am 25. November 2003. Seit diesem Zeitpunkt sind neben der Beteiligung der BUI keine weiteren Paketaktionäre gemeldet. Zu untersuchen ist demnach, ob aufgrund der Beteiligungshöhe und der Hauptversammlungspräsenzen das Bestehen einer kontrollierenden Beteiligung seit Veräußerung der Beteiligung der ÖIAG zu vermuten ist. Die Beteiligungshöhe liegt klar über dem nach § 3 Abs 1 Z 1 der 1. ÜbV geforderten Schwellenwert von mindestens 20 % der

Stimmrechte aus ständig stimmberechtigten Aktien. Schwieriger ist das Vorliegen der kumulativen Voraussetzung nach § 3 Abs 1 Z 2 der 1. ÜbV zu beurteilen, wonach der von der BUI nunmehr (seit Jänner 2002) gehaltene Anteil von rund 25,65 % des Grundkapitals bzw 26,77 % der Stimmrechte unter Zugrundelegung der Hauptversammlungspräsenzen der letzten drei abgehaltenen ordentlichen Hauptversammlungen mehr als die Hälfte der anwesenden oder vertretenen Stimmrechte (Hauptversammlungsmehrheit) dargestellt haben muss. Die wörtliche Auslegung dieses Vermutungstatbestands führt zum Ergebnis, dass die BUI bereits in der ersten vorangehenden Hauptversammlung vom Mai 2003 mit ihrem Anteil von 25,65% des Grundkapitals aufgrund des Präsenzquorums von 58,10% keine Mehrheit erreicht hätte.

Der Grund für das Verfehlen der Hauptversammlungsmehrheit liegt in der damals noch bestehenden Beteiligung der ÖIAG. Im Rahmen der bei Auslegung des ÜbG gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl ErlRV 1276 BlgNR XX. GP 39) könnte nun erwogen werden, den seinerzeitigen Anteil der heute nicht mehr an der Zielgesellschaft beteiligten ÖIAG in Höhe von 25 % des Grundkapitals aus der Hauptversammlungspräsenz herauszurechnen. Zweck der Vermutung nach § 3 Abs 1 der 1. ÜbV ist es nämlich, zu ermitteln, ob ein Rechtsträger derzeit, also mit seiner aktuellen Beteiligungshöhe in der Lage ist, bei Zugrundelegung der typischen Hauptversammlungspräsenzen der Zielgesellschaft eine Hauptversammlungsmehrheit zu erreichen. Auf diese Weise soll eine Zukunftsprognose über das Vorliegen einer Beherrschungsmöglichkeit angestellt werden. Zu diesem Zweck hat sich der Verordnungsgeber dafür entschieden, der Prognose die historischen Präsenzquoten zu Grunde zu legen und diese der aktuellen Beteiligung des Bieters gegenüber zu stellen. Zeigt sich, dass der Bieter aufgrund regelmäßig niedriger Präsenzquoten in der Lage gewesen wäre, das Unternehmen in den vorangehenden drei Hauptversammlungen zu kontrollieren, so die Wertung, werde er dazu auch in der Zukunft in der Lage sein. Versucht man nun, diesen Vermutungstatbestand auf typische Fallkonstellationen anzuwenden, zeigt sich dessen eingeschränkte Praxistauglichkeit. Wenn der Bieter seine Beteiligung schleichend und unter gleichzeitiger Beteiligung eines weiteren Kernaktionärs aufbaut, und dessen Beteiligung in der Folge in den Streubesitz übergeht, würde regelmäßig bereits die hypothetische Hauptversammlungsmehrheit für das vorangehende Jahr verfehlt. Um dem Regelungszweck gerecht zu werden, könnte daher das historische Präsenzquorum um die Beteiligung des nunmehr ausgestiegenen weiteren Paketaktionärs bereinigt werden. Als Ausgleich müsste diese Beteiligung aber zur Gänze dem Streubesitz zugerechnet und in einem zweiten Schritt das Präsenzquorum um die typische Hauptversammlungspräsenz des Streubesitzes erhöht werden. Die Schwierigkeit der Berechnung zeigt bereits die Grenzen einer solchen am Regelungszweck orientierten Auslegung eines Vermutungstatbestandes auf. Der Senat vertritt daher die Ansicht, dass die Berücksichtigung der erfolgten Streuung der Beteiligung der ÖIAG nicht im Rahmen der Kontrollvermutung nach § 3 Abs 1 der 1. ÜbV



zu erfolgen hat, sondern vielmehr erst bei Anwendung der Generalklausel nach § 22 Abs 2 ÜbG. Im Ergebnis ist daher keine der Kontrollvermutungen im konkreten Fall erfüllt.

Es bleibt demnach zu prüfen, ob eine Beherrschungsmöglichkeit iSv § 22 Abs 2 ÜbG vorliegt. Für die Auslegung dieser Bestimmung ist die soeben angestellte Überlegung bezüglich der prognostizierbaren Hauptversammlungspräsenzen von großer Bedeutung; die Wertung der Kontrollvermutung nach § 3 Abs 1 der 1. ÜbV – Stimmgewicht des nunmehrigen Kernaktionärs in Relation zur Streubesitzpräsenz – hat dementsprechend bei Auslegung der Generalklausel nach § 22 Abs 2 ÜbG einzufließen.

Die Hauptversammlungspräsenzen der BUD seit dem Jahr 1997 zeigen, dass zwischen 2,12 % und 24,70 % des jeweiligen Streubesitzes an den Hauptversammlungen teilgenommen haben; im Durchschnitt waren es 14,04 %. Um eine korrekte Prognose anstellen zu können, ist nun der Übergang der Beteiligung der ÖIAG in den Streubesitz und dessen typische Präsenz in den Hauptversammlungen zu berücksichtigen. Unter Zugrundelegung der so ermittelten Daten zeigt sich, dass die BUI mit ihrer seit Jänner 2002 gehaltenen Beteiligung den in den Hauptversammlungen dieses Beobachtungszeitraums jeweils anwesenden und um die Beteiligung der ÖIAG aliquot erhöhten Streubesitz stets überstimmen und Beschlüsse durchsetzen hätte können. In den Hauptversammlungen der Jahre 1999 und 2000 wäre zudem die  $\frac{3}{4}$  Mehrheit erreicht worden. Damit übereinstimmend zeigen die Feststellungen, dass die ÖIAG über Jahre hinweg eine deutliche Mehrheit in den Hauptversammlungen innehatte; in den Jahren 1999 und 2000 erreichte die ÖIAG mit ihrem Anteil von 25 % ein relatives Stimmgewicht in der Hauptversammlung von 92 % bzw 94 %. Bei wirtschaftlicher Betrachtung wurde die ÖIAG als Kernaktionär der BUD – mit rund zwei Jahren überlappender Beteiligung – durch die BUI ersetzt. All dies zeigt, dass der Streubesitz in den Hauptversammlungen konstant in geringem Ausmaß vertreten war, sodass eine Beteiligung von etwas mehr als 25 % des Grundkapitals dauerhaft eine Hauptversammlungsmehrheit vermittelt, die fallweise auch die Schwelle von 90% der anwesenden oder vertretenen Stimmrechte überschreiten kann. Die Auswertung der Präsenzen in der ersten Hauptversammlung nach dem Ausstieg der ÖIAG im Mai 2004 bestätigt dieses Ergebnis: bei einer Gesamtpräsenz von 36,8 % verfügte die BUI über ein relatives Stimmgewicht von 73,09 %. Beschlüsse, die die einfache Mehrheit der abgegeben Stimmen erfordern (wie zB Neubestellungen in den Aufsichtsrat), können mit einem solchen Stimmgewicht jedenfalls gefasst werden.

Die von der BUI vorgebrachte Argumentation, dass *„Zahlenspielereien, [...] die[s] sich auf die zur Teilnahme an den ordentlichen Hauptversammlungen angemeldeten Aktienzahlen stützen, jeglicher Grundlage entbehren“*, da viele Aktionäre, die eine maßgebliche Beteiligung an BUD hielten, aufgrund der Hinterlegungsverpflichtung jeweils nur eine Aktie zur Teilnahme an der Hauptversammlungen anmeldeten, um über den Rest weiterhin frei

verfügen zu können, vermag nicht zu überzeugen. Die Untersuchung der Hauptversammlungspräsenzen der BUD hat gezeigt, dass neben der ÖIAG und der BUI seit der ordentlichen Hauptversammlung des Jahres 2000 kein einziger in wesentlichem Umfang beteiligter Aktionär an den Hauptversammlungen teilgenommen hat. Darüber hinaus finden sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass solche Beteiligungen überhaupt bestehen. Selbst wenn man unterstellt, dass bedeutende Beteiligungen iSv § 91 ff BörseG in rechtswidriger Weise nicht gemeldet wurden, zeigen die Präsenzquoten, dass solche Aktionäre ihr Stimmrecht nicht ausgeübt haben. Ist ein Kernaktionär demnach in der Lage, aufgrund des dauerhaften Fernbleibens von Paketaktionären – deren Existenz ohnedies nicht festgestellt werden konnte – mit seiner Beteiligung von 25,65 % Hauptversammlungsbeschlüsse durchzusetzen, so ist dies zweifellos als wichtiges Wertungskriterien für die Beurteilung heranzuziehen, ob eine Beherrschungsmöglichkeit gegeben ist; der Gesetzgeber hat bei der Definition des Kontrolltatbestands ausdrücklich auf die Möglichkeit zur Kontrollausübung abgestellt.

Die BUI stellt weiters eine Berechnung an, in der unterstellt wird, dass alle Aktionäre, die sich zur Teilnahme an der Hauptversammlung des Jahres 2004 mit einer bis maximal zehn Stück Aktien angemeldet haben, zusätzlich ein nicht hinterlegtes Aktienpaket im Ausmaß der Beteiligung von Herrn Mag. Dr. Rasinger hielten (## Stück); Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieser Behauptung werden nicht vorgebracht. Solcherart errechnet die BUI bei Anmeldung aller im vermeintlichen Eigentum dieser Gesellschafter stehenden Aktien eine hypothetische Anmeldezahl von rund ## Stück. Die BUI übersieht in ihrer Argumentation freilich, dass die BUI selbst in diesem unwahrscheinlichen und ganz extremen Fall mit ihrer Beteiligung in Höhe von 2.821.585 Aktien weiterhin über eine komfortable Hauptversammlungsmehrheit verfügt hätte.

Für eine abschließende Beurteilung, ob die BUI über die Möglichkeit zur Ausübung eines beherrschenden Einflusses auf die BUD gemäß § 22 Abs 2 ÜbG verfügt, sind auch die weiteren einflussvermittelnden Faktoren zu berücksichtigen.

Derzeit sind drei der acht Kapitalvertreter im Aufsichtsrat auf Vorschlag der Gruppe um Herrn Dr. Fries bestellt worden. Eine Mehrheit von unmittelbaren Vertretern oder der Gruppe der BUI zuordenbaren Vertrauensleuten im Aufsichtsrat ist demnach nicht gegeben. Dies stellt allerdings keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung des Bestehens einer kontrollierenden Beteiligung dar. Nach § 22 Abs 2 ÜbG genügt aufgrund ausdrücklicher Festlegung durch den Gesetzgeber bereits die Möglichkeit zur Beherrschung. Ein maßgebliches Stimmgewicht der BUI im Aufsichtsrat ist jedenfalls gegeben. Zudem verfügt die BUI mit einer einfachen Stimmenmehrheit in den Hauptversammlungen über die Möglichkeit, weitere Personen ihres Vertrauens in den Aufsichtsrat zu nominieren; bereits in der Hauptversammlung, die über den Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2005

beschließt, werden routinemäßig Neubestellungen erforderlich sein. Für eine vorzeitige Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern bedarf es hingegen gemäß § 87 Abs 3 AktG grundsätzlich einer 3/4 – Mehrheit. Bei den im langjährigen Durchschnitt äußerst geringen Hauptversammlungspräsenzen benötigt die BUI mit ihrer aktuellen Beteiligungshöhe dazu allenfalls lediglich die Unterstützung eines kleinen Teiles des präsenten Streubesitzes. Der Kernaktionär hat es überdies selbst in der Hand, zu diesem Zweck die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung durchzusetzen. Ähnliche Überlegungen gelten auch für den Vorstand; der Kernaktionär kann über die Besetzung des Aufsichtsrates mittelbar auf die Nominierung von Vorstandsmitgliedern Einfluss nehmen.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die BUI aufgrund ihrer Beteiligungshöhe und der im langjährigen Durchschnitt niedrigen Streubesitzpräsenz in den Hauptversammlungen bei einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der bereits erfolgten und durch das Beteiligungsausmaß darüber hinaus möglichen weiteren personellen Weichenstellungen über die Möglichkeit verfügt, auf die BUD einen beherrschenden Einfluss auszuüben. Demnach ist eine kontrollierende Beteiligung der BUI gemäß § 22 Abs 2 ÜbG gegeben.

Diese Beurteilung entspricht inhaltlich der von der BUI am 9. Dezember 2004 während des bereits laufenden Feststellungsverfahrens nach § 33 ÜbG beantragten Feststellung gemäß § 8 1. ÜbV. Die Frage des Bestehens einer kontrollierenden Beteiligung zählt zum Kernbereich dieses Feststellungsverfahrens, sodass über den diesbezüglichen Feststellungsantrag in einem abgesprochen wird.

Aufgrund der Besonderheiten des Sachverhaltes bedarf die Frage nach dem Kontrollwechselzeitpunkt weiterer Ausführungen. Grundsätzlich ist dies unabhängig davon zu beurteilen, ob ein Aktionär bereits die Möglichkeit hatte, in einer Hauptversammlung Beschlüsse mit seinem Stimmgewicht durchzusetzen. Auch die Vermutungstatbestände stellen auf den Erwerbszeitpunkt und nicht auf die Abhaltung einer Hauptversammlung ab. Dies lässt sich zum einen mit der Möglichkeit eines Kernaktionärs begründen, kurzfristig eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen und von seinem Stimmgewicht Gebrauch zu machen, zum anderen mit der Tatsache, dass Vorstand und Aufsichtsrat einer kernaktionärsdominierten Gesellschaft typischerweise einflusskonform handeln, auch wenn kein direkter Weisungszug besteht. Dementsprechend reicht im Regelfall bereits die Möglichkeit zur Durchsetzung der Kernaktionärsinteressen aus, um einflusskonformes Verhalten zu erreichen.

Der Senat vertritt im konkreten Fall die Rechtsansicht, dass sich die Kontrollsituation bereits mit dem Ausstieg der ÖIAG Ende November 2003 grundlegend geändert hat. Die Hauptversammlung der BUD im Mai 2004 hat diese vorherrschende Stellung der BUI verdeutlicht; die Vergrößerung des Streubesitzes durch Streuung des Anteils der ÖIAG hat nicht zu einer größeren Streubesitzpräsenz in der Hauptversammlung geführt. Die Daten

zeigen vielmehr, dass ein Rückgang der relativen Streubesitzpräsenz zu verzeichnen war. All dies lässt den Schluss zu, dass die BUI mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit auch in den künftigen Hauptversammlungen über die Mehrheit verfügen wird. Zudem ist zu beachten, dass bereits in einer einzigen Hauptversammlung, insbesondere durch Aufsichtsratsbesetzungen, die Weichenstellungen für eine Absicherung der Beherrschung gestellt werden können. Demnach liegt nach Ansicht des Senates jedenfalls mit dem Zeitpunkt der Hauptversammlung des Jahres 2004, am 3. Mai 2004, eine kontrollierende Beteiligung der BUI an BUD vor. Eine Erörterung der Frage, ob der Kontrollwechselzeitpunkt allenfalls schon mit dem Zeitpunkt des Ausstiegs der ÖIAG anzusetzen ist, kann nach Ansicht des Senates unterbleiben, da die genaue Festlegung des Zeitpunktes im konkreten Fall – wie die weiteren Ausführungen zeigen werden – nicht erforderlich ist; insbesondere ist es auch nicht zur Anfechtung von Beschlüssen der ordentlichen Hauptversammlung vom Mai 2004 unter Behauptung des Ruhens von Stimmrechten gemäß § 34 ÜbG gekommen.

Die von der BUI vertretene Ansicht, die exakte Festlegung des Zeitpunkts des Kontrollwechsels und des nachfolgenden Ruhens der Stimmrechte sei insbesondere deswegen erforderlich, weil bei Einsetzen der Sanktion vor der Hauptversammlung am 3. Mai 2004 *„jedenfalls alle auf den bei der Hauptversammlung ausgeübten Stimmrechten beruhenden Berechnungen durch die Übernahmekommission falsch wären“*, vermag nicht zu überzeugen. Die angestellten Berechnungen verfolgen den Zweck, anhand der historischen Präsenzquoten eine Prognose zu ermöglichen, ob die BUI mit der Beteiligung von 25,65 % in der Lage sein wird, einen beherrschenden Einfluss auszuüben. Insofern würde auch ein allfälliges Ruhen der Stimmrechte auf der Hauptversammlung vom 3. Mai 2004 – das wie bereits angesprochen durch den Umstand der Nichtanfechtung ohnedies saniert wäre – zu keiner Veränderung des Ergebnisses dieser Prognose führen. In gleicher Weise erfordern die von der BUI angeführten weiteren Gründe – Berechnung des Preises eines Pflichtangebots, Ruhen der Stimmrechte bei nachfolgenden Hauptversammlungen – keine Entscheidung, ob der Kontrollwechsel allenfalls schon vor dem 3. Mai 2004, dem Tag der Hauptversammlung eingesetzt hat. Die Senat sieht – wie unter 2) ausgeführt – von der Anordnung eines Pflichtangebotes ab, sodass die Frage nach der Preisberechnung nur bei Verstößen gegen die Bedingungen für das Wiederaufleben der Stimmrechte relevant würde, diesfalls allerdings mit dem Tag des Verstoßes gegen die Bedingungen als neuem Stichtag gemäß § 26 Abs 1 ÜbG (dazu unten 3)). Zum anderen hängt die Frage nach der Wirksamkeit der Stimmrechtsausübung auf späteren Hauptversammlungen nicht davon ab, ob das Ruhen der Stimmrechte allenfalls schon vor der Hauptversammlung vom 3. Mai 2004 oder erst zu einem kurz danach liegenden Zeitpunkt eingesetzt hat.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die BUI jedenfalls mit Stichtag 3. Mai 2004 eine kontrollierende Beteiligung gemäß § 22 Abs 2 ÜbG an der BUI erlangt hat. Wie

bereits oben ausgeführt, vertritt der Senat in Übereinstimmung mit der nahezu einhelligen Literaturmeinung die Ansicht, dass anstelle der Legung eines Pflichtangebotes an die Aktionäre der BUD seitens der BUI eine Mitteilung über den Sachverhalt gemäß § 25 Abs 1 ÜbG binnen 20 Börsetagen zu erstatten gewesen wäre.

Über die Rechtsansicht des Senates wurde Herr Dr. Fries als Vertreter der BUI mehrfach durch den Senatsvorsitzenden informiert. Die BUI hat es bis dato unterlassen, eine solche Mitteilung zu erstatten; es liegt daher ein Verstoß gegen § 25 Abs 1 ÜbG vor.

## **2) Zum II. Spruchpunkt – Keine Anordnung eines Pflichtangebotes**

Im Feststellungsverfahren gemäß § 33 ÜbG wurde der entscheidungsrelevante Sachverhalt von Amts wegen und unter Gewährung von umfassendem Parteiengehör ermittelt. Der Senat vertritt daher die Rechtsansicht, dass nach Durchführung dieses Verfahrens die Erstattung der Anzeige iSv § 25 Abs 1 ÜbG nicht abgewartet werden muss; der festgestellte Sachverhalt erfüllt alle Kriterien, die an eine Mitteilung über den Sachverhalt nach § 25 Abs 1 ÜbG zu richten sind. Der BUI ist auch schon im Rahmen des zu GZ 2004/1/1 gemäß § 29 ÜbG geführten Vorverfahrens ausreichend Gelegenheit gegeben worden, nach Bekanntgabe der Rechtsansicht des Senates eine solche Mitteilung gemäß § 25 Abs 1 ÜbG einzubringen. Zudem liegt es im Interesse der Zielgesellschaft und nicht zuletzt ihrer Aktionäre, weitere Unsicherheiten möglichst zu vermeiden und durch eine umfassende Entscheidung der Übernahmekommission alle im konkreten Fall übernahmerechtlich relevanten Fragen einer Klärung zuzuführen; dies gilt insbesondere auch für jene Fragen, die aus dem mit der Feststellung der Verletzung der Anzeigepflicht verbundenen Ruhen der Stimmrechte gemäß § 34 ÜbG resultieren.

Der Entscheidung über die Gewährung einer Ausnahme sind demnach die in § 25 Abs 3 ÜbG genannten Wertungskriterien zu Grunde zu legen. Die Übernahmekommission hat insbesondere darauf Bedacht zu nehmen,

- ob die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft auszuüben, in zuverlässiger und dauerhafter Weise abgesichert ist,
- ob der Erwerbsvorgang vorrangig auf die Erlangung eines beherrschenden Einflusses über die Zielgesellschaft gerichtet war,
- ob der Erwerber oder ein konzernmäßig mit ihm verbundener Rechtsträger eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem Unternehmen mit gleichem oder verwandtem Unternehmensgegenstand hält,
- ob eine einheitliche Leitung besteht und

- ob im Fall des Abs 1 Z 1 ÜbG die Beteiligung einen wesentlichen Teil der Aktiva des Rechtsträgers darstellt.

Wie bereits im vorangehenden Punkt ausgeführt, vertritt der Senat die Auffassung, dass die BUI aufgrund ihrer Beteiligungshöhe, der sonstigen Beteiligungsstruktur der BUD, der im langjährigen Durchschnitt niedrigen Hauptversammlungspräsenzen und des bereits gegebenen Einflusses über die Personalpolitik in der Lage ist, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; eine abgesicherte Beherrschungsmöglichkeit ist somit gegeben.

Die Feststellungen zeigen, dass die BUI beim Aufbau ihrer Beteiligung an BUD zwar mit dem Ausstieg der ÖIAG rechnen konnte, dass es jedoch unklar war, zu welchem Zeitpunkt und auf welche Art und Weise die Veräußerung über die Bühne gehen würde. Demnach liegt ein Fall des passiven, aber unbeabsichtigten Kontrollerlangens vor.

Die BUI hält keine Beteiligung an Unternehmen mit gleichem Unternehmensgegenstand. Allerdings ist der ENGEL Konzern, an dem Herr RA Dr. Fries mittelbar beteiligt ist, in einem verwandten Geschäftsbereich tätig.

Nach Würdigung all dieser Kriterien, der Berücksichtigung der Entwicklung des Börsenkurses der Aktien der BUD im Jahr 2004 und Abwägung der Kernaktionärsinteressen gegen die Interessen der Beteiligungspapierinhaber vertritt der Senat die Ansicht, dass insbesondere aufgrund der Art der Kontrollerlangung die Anordnung eines Pflichtangebotes nicht geboten ist. Zur Verhinderung einer umfassenden Beherrschung der Zielgesellschaft ohne Gewährung einer angemessenen Austrittsmöglichkeit werden der BUI zum Schutz der Minderheitsaktionäre allerdings für die Aufhebung des Ruhens der Stimmrechte gemäß § 34 Abs 6 ÜbG Bedingungen erteilt.

### **3) Zum III. Spruchpunkt - Ruhen der Stimmrechte; Wiederaufleben unter Bedingungen**

Das ÜbG sieht in § 34 zivilrechtliche Sanktionen für Verstöße gegen bestimmte Regeln des ÜbG vor. Gemäß § 34 Abs 1 Z 2 ÜbG ruht das Stimmrecht eines Aktionärs, wenn er seiner Verpflichtung zur Mitteilung gemäß § 25 Abs 1 ÜbG nicht entsprochen hat. Diese Sanktion tritt ex lege, dh unabhängig von einer Entscheidung der Übernahmekommission, ein und erfasst alle Stimmrechte des betroffenen Aktionärs (vgl ErlRV 1276 BlgNR XX. GP, 51).

Die BUI wäre – wie bereits unter 1) ausgeführt – verpflichtet gewesen, gemäß § 25 Abs 1 ÜbG binnen 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung eine solche Mitteilung über den Sachverhalt an die Übernahmekommission zu erstatten. Dieser Verpflichtung ist die BUI trotz mehrmaliger Aufforderung durch den Vorsitzenden nicht nachgekommen. Aufgrund dieser

Pflichtverletzung ruht das Stimmrecht der BUI aus den Aktien der BUD gemäß § 34 Abs 1 Z 2 ÜbG.

Die Feststellung des konkreten Zeitpunkts des Einsetzens dieser zivilrechtlichen Sanktion kann nach Ansicht des Senates im Sinne der unter 1) dargestellten Argumentation unterbleiben. Das Stimmrecht ruht jedenfalls seit Ablauf des 20. Börsetags nach dem spätestmöglichen Kontrollwechselzeitpunkt (3. Mai 2004), somit ab 3. Juni 2004. Da keine Hauptversammlungsbeschlüsse vor diesem Zeitpunkt angefochten wurden und sich daher ein allenfalls bereits früher einsetzendes Ruhen der Stimmrechte auf Anfechtungsprozesse nicht auswirken kann, muss nicht untersucht werden, ob die Stimmrechte allenfalls schon zu einem früheren Zeitpunkt geruht haben.

Gemäß § 34 Abs 6 ÜbG hat die Übernahmekommission das Ruhen von Stimmrechten in bestimmten Fällen aufzuheben. Nach § 34 Abs 6 Z 2 ÜbG kommt dies bei Verstößen gegen den 3. Teil des ÜbG, der auch die Anzeigepflicht nach § 25 ÜbG regelt, insbesondere dann in Betracht, wenn die Kommission feststellt, dass eine nach § 25 ÜbG zu erstattende Mitteilung gemacht wurde und eine Angebotspflicht nicht besteht. Wie bereits zu Spruchpunkt II ausgeführt, wurde zwar trotz mehrfacher Aufforderung keine Anzeige gemäß § 25 ÜbG erstattet. Der Senat hat jedoch von Amts wegen unter Gewährung von umfassendem Parteingehör den für eine Entscheidung nach § 25 Abs 2 ÜbG erforderlichen Sachverhalt ermittelt und festgestellt, dass nach Würdigung aller Umstände keine Angebotspflicht nach § 25 Abs 2 ÜbG auferlegt wird. Der Senat vertritt die Ansicht, dass auch für diesen Fall – im Wege eines Größenschlusses – § 34 Abs 6 Z 3 Fall 2 ÜbG eine geeignete Grundlage für das Wiederaufleben des Stimmrechts darstellt. § 34 Abs 6 letzter Satz ÜbG ermächtigt die Übernahmekommission, ihre Entscheidung von Bedingungen und Auflagen abhängig zu machen.

Nach Ansicht des Senates bedarf es im konkreten Fall nach der deklarativen Feststellung, dass das Stimmrecht der BUI aus den Aktien der BUD ruht, auch einer Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen das Stimmrecht wieder auflebt. Dadurch sollen insbesondere Unsicherheiten in den kommenden Hauptversammlungen über die Stimmberechtigung der BUI vermieden werden. Eine Aufhebung des Ruhens der Stimmrechte kann nach den grundlegenden Wertungen des ÜbG und daher zum Schutz der Interessen der Minderheitsaktionäre allerdings nur dann möglich sein, wenn sichergestellt ist, dass die BUI die Zielgesellschaft nicht uneingeschränkt beherrschen kann. Daher werden Bedingungen festgelegt, bei deren Einhaltung sowohl eine adäquate Vertretung der Streubesitzinteressen im Aufsichtsrat sicher gestellt ist, als auch der weitere Ausbau der Beteiligung der BUI an der Zielgesellschaft und damit eine Intensivierung der Kontrolle der BUI verhindert wird. Der Senat verzichtet hingegen darauf, der BUI bei Wahlen in den Aufsichtsrat ebenso wie generell bei Abstimmungen in der Hauptversammlung eine Stimmrechtsbeschränkung

aufzuerlegen. Bei Einhaltung dieser Bedingungen kann das Stimmrecht der BUI mit sofortiger Wirkung aufleben. Dies liegt sowohl im Interesse der Zielgesellschaft, als auch im Interesse der Aktionäre der BUD, da auf diese Weise Unsicherheiten über die Stimmberechtigung der BUI und mögliche nachteilige Auswirkungen auf den Aktienkurs vermieden werden.

Im Einzelnen erachtet der Senat demnach folgende zwei Bedingungen für erforderlich:

1. Der BUI wird die Verpflichtung auferlegt, keine weiteren Aktien an BUD zu erwerben, es sei denn, allen Aktionären wird im Zuge eines Übernahmeangebotes eine faire Austrittsmöglichkeit gewährt. Dadurch wird verhindert, dass die BUI ihren Einfluss auf die Zielgesellschaft weiter ausbaut.

Diese Bedingung wird mit 31. Dezember 2006 befristet; ein dauerndes Erwerbsverbot wäre sachlich nicht gerechtfertigt. Nach diesem Zeitpunkt gelten allerdings weiterhin die Regeln zum Creeping-in, sodass der Hinzuerwerb von mindestens zwei Prozent der Stimmrechte binnen einer Frist von jeweils zwölf Monaten ohnedies gemäß § 1 der 2. ÜbV grundsätzlich die Angebotspflicht auslösen würde.

Der BUI soll es – nicht zuletzt auch im Interesse der Zielgesellschaft – auch vor dem 31. Dezember 2006 möglich sein, im Zuge von Kapitalerhöhungen junge Aktien zu übernehmen, um das eigene Beteiligungsausmaß halten zu können. Daher wird die Übernahme von jungen Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung vom Erwerbsverbot ausgenommen, sofern im Zeitpunkt der Zeichnung nicht zu erwarten ist, dass der Erwerb weiterer Aktien zu einem prozentuellen Ausbau der Beteiligung führen wird. Daneben sind freilich die Bestimmungen der 2. ÜbV zu beachten.

2. Durch eine zweite Bedingung wird sichergestellt, dass zumindest die Hälfte der Kapitalvertreter im Aufsichtsrat als unabhängig von der BUI anzusehen ist. Des Weiteren soll auch der Vorsitz im Aufsichtsrat von einer unabhängigen Person eingenommen werden. Auch durch diese Bedingung wird ein weiterer Kontrollausbau der BUI eingedämmt, wenngleich es der BUI mit ihrer derzeitigen Beteiligung von 25,65% damit im Ergebnis möglich ist, die Hälfte der Aufsichtsräte mit ihr nahe stehenden Personen zu besetzen. Für die Festlegung des schwierig zu fassenden Begriffes der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern verweist der Senat auf die derzeit noch im Entwurf vorliegende Empfehlung der Europäischen Kommission zu den Aufgaben der nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitglieder sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrates (<http://europa.eu.int>). Nach Punkt 13.1. dieses Entwurfs gilt ein Mitglied der Unternehmensführung dann als unabhängig, *„wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.“*



Nach Punkt 13.2. sollen auf einzelstaatlicher Ebene weitere Kriterien für die Beurteilung der Unabhängigkeit festgelegt werden, wobei die Kommission als Leitlinien in Anhang II Situationen und Umstände auflistet, die potenzielle Interessenkonflikte herbeiführen. Der 1. Senat wird die Frage der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern im Einzelfall unter Zugrundelegung dieser Kommissionsempfehlung bzw. allfälliger auf deren Basis ergangener innerstaatlicher Regeln beurteilen. Daher wird dem Vorstand der BUD auf Basis von § 30 Abs 4 ÜbG die Verpflichtung auferlegt, jeweils vor der Hauptversammlung der Übernahmekommission mitzuteilen - soweit ihm dies bekannt ist -, welche Personen zu den Wahlen in den Aufsichtsrat nominiert werden sollen. Die BUI wird dazu verpflichtet, jeweils vor der Hauptversammlung gegenüber der Übernahmekommission darzustellen, ob die nominierten Kandidaten von ihr bzw. den dahinter stehenden Gesellschaftern unabhängig sind. Im Übrigen wird die BUI durch diese Bedingung auch nicht schlechter gestellt als zum Zeitpunkt des Erwerbs des Pakets; denn auch damals war es ihr nicht möglich, den Aufsichtsrat mehrheitlich mit ihren Vertrauensleuten zu besetzen.

Der 1. Senat vertritt die Ansicht, dass mit diesen Bedingungen ein Auslangen gefunden werden kann. Im konkreten Fall liegt ein passiver und - nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens - unbeabsichtigter Kontrollwechsel vor, infolge dessen eine Abwägung der Kernaktionärsinteressen gegen die Interessen der Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft vorzunehmen ist.

Bei Einhaltung dieser zwei Bedingungen lebt das Stimmrecht der BUI an der BUD mit sofortiger Wirkung wieder auf. Bei Verstoß gegen eine dieser Bedingungen setzt automatisch das Ruhen der Stimmrechte gemäß § 34 Abs 1 Z 2 ÜbG ein, ohne dass es einer diesbezüglichen Anordnung durch die Übernahmekommission bedürfte. Zudem wäre auch eine neuerliche Beurteilung gemäß § 25 Abs 2 ÜbG durch den Senat vorzunehmen. Bei Anordnung eines Pflichtangebotes hätte dies zur Folge, dass der Tag des Verstoßes gegen die Bedingung als Stichtag für die Berechnung des Mindestpreises gemäß § 26 ÜbG heranzuziehen wäre. Des Weiteren würde sich gegebenenfalls auch die Frage stellen, ob eine schwere Verletzung im Sinne von § 34 Abs 3 iVm Abs 5 ÜbG vorliegt, die insbesondere zu einem Verfall von Dividendenrechten führen kann.

#### **4) Zum IV. Spruchpunkt - Parteistellung**

Gemäß § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG sind Beteiligungspapierinhaber, die alternativ entweder über Aktien mit einem anteiligen Betrag von einem Hundertstel des Grundkapitals, oder über

Beteiligungspapiere im anteiligen Betrag von mindestens EUR 70.000,- verfügen, Parteien des Verfahrens, wenn sie die Erfüllung dieser Voraussetzungen glaubhaft machen.

Laut Satzung beträgt das Grundkapital der BUD derzeit EUR 79.970.000,- und die Gesamtzahl der Aktien 11.000.000 Stück. Für die Erfüllung der ersten Voraussetzung (1 % des Grundkapitals) sind demnach 110.000 Aktien erforderlich. Für die Erfüllung der zweiten – alternativen - Voraussetzung (EUR 70.000,-) ist ein Aktienbesitz von mindestens 9.629 Stück Aktien erforderlich, der einem anteiligen Betrag am Grundkapital in der Höhe von rund EUR 70.003,- entspricht.

Herr Mag. Dr. Rasinger verfügt über ## Stück Aktien. Dies entspricht einem anteiligen Betrag am Grundkapital in der Höhe von EUR ##. Die Anforderungen an den Mindestbesitz gemäß § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG sind somit erfüllt.

Gemäß § 33 Abs 3 ÜbG haben Beteiligungspapierinhaber sich dem Verfahren innerhalb einer Frist von einem Monat ab Veröffentlichung der Einleitung anzuschließen.

Die Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung erfolgte am 12. Oktober 2004. Der Antrag wurde am 10. November 2004, also innerhalb der Frist gemäß § 33 Abs 3 ÜbG und somit rechtzeitig eingebracht.

Dem Antrag von Herrn Mag. Dr. Rasinger hat sich gleichzeitig der IVA-Interessenverband für Anleger, vertreten durch Herrn Mag. Dr. Rasinger mit einer Aktienzahl von ## Stück angeschlossen.

Im Verfahren gemäß § 33 ÜbG müssen Personen, die Parteistellung begehren, die zur Legitimation erforderlichen Beteiligungspapiere nach Ansicht des Senates schon zum Zeitpunkt des Kontrollwechsels besessen haben. Als spätestmöglichen Zeitpunkt des Kontrollwechsels hat der 1. Senat den Tag der Hauptversammlung des Jahres 2004 festgelegt. Herr Mag. Dr. Rasinger hat nach Aufforderung des Senats den Besitz von ## Stück Aktien der BUD zum Stichtag 3. Mai 2004 nachgewiesen, ihm kommt daher im gegenständlichen Verfahren Parteistellung zu.

Der IVA-Interessenverband für Anleger hat den Nachweis erbracht, dass sich die erforderlichen Aktien per 3. Mai 2004 in seinem Besitz befanden. Dem IVA-Interessenverband für Anleger kommt daher ebenfalls Parteistellung zu.

Aus diesen Gründen war der Antrag der BUI auf Feststellung der mangelnden Parteistellung abzuweisen.

**5) Zum V. Spruchpunkt – Tragung der Gebühren und Barauslagen durch Herrn  
Mag. Dr. Wilhelm Rasinger**

Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 4.3 der GebO trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Gebühren der Bieter. Nach Billigkeit sind die Gebühren jedoch der Zielgesellschaft oder Beteiligungspapierinhabern aufzuerlegen, sofern diese einen Antrag oder Gegenantrag gestellt haben und voraussehen konnten, dass ihr Antrag einen nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand verursacht.

Herr RA Dr. Rasinger hat im gesamten Verfahrensverlauf lediglich den Antrag auf Beteiligung am Verfahren gemäß § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG gestellt. Diesem Antrag hat sich der IVA-Interessenverband für Anleger angeschlossen.

Für die Auferlegung der Kosten fehlt es in diesem Fall bereits an der Verursachung eines nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwandes gemäß § 33 Abs 5 Satz 2 ÜbG. Wie im IV. Spruchpunkt dargelegt, kommt Herrn Mag. Dr. Rasinger (wie auch dem IVA-Interessenverband für Anleger) tatsächlich Parteistellung gemäß § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG zu. Der Antrag war daher abzuweisen.

**6) Zum VI. Spruchpunkt – Antrag auf weitergehende Akteneinsicht**

Der Vorsitzende hat bereits in der mündlichen Verhandlung festgehalten, dass der Antrag auf Einsichtnahme in die mit „vertraulich“ gekennzeichneten Aktenteile abgewiesen wird.

Die BUI argumentiert in ihrem Antrag vom 9. Dezember 2004, dass eine weitergehende Akteneinsicht erforderlich sei, da die Übernahmekommission „*in keiner Weise ihren Rechtsstandpunkt [...] erläutert oder auch nur dargestellt*“ hätte.

Herrn RA Dr. Fries wurde bereits am 4. Juni 2004 in einem Gespräch mit dem Vorsitzenden die Rechtsansicht der Übernahmekommission mitgeteilt, die letztlich für die Einleitung des Verfahrens maßgeblich war. Über dieses Gespräch wurde ein Aktenvermerk aufgenommen, in den Frau RA DDr. Fries auch Einsicht genommen hat. Herr RA Dr. Fries hat in der Folge gebeten, die mündlich geäußerte Rechtsansicht auch schriftlich übermittelt zu bekommen. Der Vorsitzende hat daraufhin mit Herrn RA Dr. Fries am 11. Juni 2004 ein Telefonat geführt, über das ebenfalls ein der Akteneinsicht zugänglicher Aktenvermerk verfasst wurde. Im Zuge dieses Gesprächs stellte der Vorsitzende erneut die Rechtsansicht des Senates dar, sicherte aber auch zu, mit der Einleitung eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens bis zum Eingang einer Stellungnahme von Herrn RA Dr. Fries zuzuwarten. Weiters wurde die Übermittlung des Rechtsstandpunktes der Übernahmekommission in schriftlicher Form zugesichert. Diese schriftliche Mitteilung der Rechtsansicht wurde Herrn RA Dr. Fries am 15. Juni 2004 übermittelt.

Der Senat hat von Anfang an die gleiche Rechtsansicht vertreten; diese Rechtsansicht war der BUI auch bekannt. Die von der Übernahmekommission vertretene Auslegung hat sich zwischenzeitlich nicht geändert. Die Partei kann daher weder von der Einleitung des Verfahrens noch von der Rechtsansicht des 1. Senates überrascht worden sein.

Die mit „vertraulich“ bezeichneten Schriftstücke enthalten Beratungsprotokolle der in dieser Sache abgehaltenen Senatssitzungen und den internen Schriftverkehr des Vorsitzenden und der Senatsmitglieder mit der Geschäftsstelle, aus denen die in den Senatssitzungen offen diskutierte persönliche Rechtsmeinung der einzelnen Senatsmitglieder hervorgeht; die Äußerungen sind den jeweiligen Senatsmitgliedern zuordenbar.

Die Schriftstücke enthalten keine den Parteien unbekanntem Ermittlungsergebnisse.

Die Parteien haben keinen Anspruch darauf, die Rechtsmeinung einzelner Senatsmitglieder zu erfahren. Ein Nachvollzug des Diskussionsprozesses im Senat durch die Parteien würde die Aufgabe der Behörde gefährden und den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen. Aus diesem Grund werden Beratungsprotokolle und die interne Korrespondenz von der Einsichtnahme durch die Parteien ausgenommen.

Frau RA DDr. Fries beantragte nach Abweisung des Antrags der BUI noch in der mündlichen Verhandlung vom 10. Dezember 2004 eine gesonderte Bescheidausfertigung der Abweisung dieses Antrags.

Wie der Vorsitzende der BUI bereits mit Schreiben vom 23. Dezember 2004 mitgeteilt hat, besteht kein Anspruch auf gesonderte Bescheidausfertigung.

#### **7) Zum VII. Spruchpunkt - Antrag auf Ergänzung und Neuvorlage der Ermittlung des Beweisergebnisses**

Am 21. Jänner 2005 wurde der BUI die Bestätigung über den Aktienbesitz des IVA zum Stichtag 3. Mai 2004 ebenso wie schon zuvor der Nachweis über den Aktienbesitz von Herrn Mag. Dr. Rasinger übermittelt.

Der Antrag auf Ergänzung der Mitteilung des Beweisergebnisses und Neuvorlage an die BUI vom 13. Jänner 2005 war im übrigen aus folgenden Gründen abzuweisen:

In Punkt 1. und 2. der Eingabe der BUI vom 13. Jänner 2005 wird mehrfach ausgeführt, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass Aktionäre an der BUD beteiligt sind, die ihrer Meldeverpflichtung nicht nachgekommen sind. Anhaltspunkte für eine unter Missachtung der Meldepflichtung nach §§ 91 ff BörseG unterlassene Bekanntgabe werden freilich nicht genannt. Auch die zitierte Aussage von Herrn GD Dr. Raidl in der mündlichen Verhandlung lässt nicht den Schluss zu, dass Meldepflichten missachtet wurden. Auf die Frage von Frau

RA DDr. Fries, ob er wisse, „*ob es Aktionärsgruppen gibt, die 5% überschritten haben und sich [...] nicht melden, weil sie es nicht wissen oder aber wissen und verteilt haben [...] oder solche die knapp daran sind*“, antwortete Herr GD Dr. Raidl, dass die Zielgesellschaft ihre Aktionärsstruktur mit Hilfe von Informationsdienstleistern grob kenne („*Wir wissen die Aktionärsstruktur etwas, da gibt es in Amerika Firmen, die uns das zusammenstellen. Das kostet was, und die schauen alle Publikationen durch, von Fidelity angefangen [...]. Ich war am Montag in New York, da hat die Wiener Börse [...] eine Road Show gemacht und österreichische Firmen präsentiert. Da war ein Investor der uns gesagt hat, er hat 2 oder 3 Prozent. Es ist, glaube ich, allen Investoren die österreichische Gesetzeslage bekannt, dass sie die 5% melden müssen, aber es hat sich keiner gemeldet*“). Zudem zeigen auch die Teilnehmerverzeichnisse der jüngsten Hauptversammlungen, dass neben der ÖIAG bzw der BUI-Gruppe kein Aktionär mit maßgeblicher Beteiligung an den Hauptversammlungen teilgenommen hat. Wie bereits oben unter 2) detailliert ausgeführt, stellt das ÜbG auf die Möglichkeit der Kontrollausübung ab, die im Extremfall selbst dann gegeben sein kann, wenn ein weiterer in größerem Umfang beteiligter Paketaktionär über Jahre hinweg nicht an den Hauptversammlungen teilnimmt, weil er zB keine strategischen Interessen verfolgt.

Unter Punkt 4. des Schreibens vom 13 Jänner 2005 wird die Ansicht vertreten, eine Feststellung des Zeitpunkts des Kontrollwechsels sei unabdingbar, da die Wirksamkeit der Stimmrechtsausübung bei späteren Hauptversammlungen, die Berechnung der Streubesitzpräsenz auf Basis des Teilnehmerverzeichnisses der ordentlichen Hauptversammlung vom 3. Mai 2004 und der Preis des Pflichtangebotes von diesem Zeitpunkt abhingen. Zum einen vertritt der 2. Senat die Ansicht, dass die auf Basis der Feststellungen vorzunehmende Festlegung des Kontrollwechselzeitpunkts keine Tatsache sondern eine Rechtsfrage ist, deren Beurteilung der Partei nicht vorab zu übermitteln ist. Zum anderen kann die exakte Festlegung des Kontrollwechselzeitpunktes im konkreten Fall unterbleiben. Die maßgeblichen Gründe für diese Entscheidung werden oben unter Punkt 1) ausführlich dargestellt: Einerseits wird im konkreten Fall die Preisberechnung für das Pflichtangebot nach § 26 Abs 1 ÜbG nicht schlagend, da der Senat von der Anordnung eines Pflichtangebotes abgesehen hat, andererseits wurde festgestellt, dass das Stimmrecht der BUI aus den Aktien der BUD spätestens seit Ablauf des 20. Börsetags nach der Hauptversammlung vom 3. Mai 2004 ruht, sodass Unklarheiten bezüglich der Stimmberechtigung in künftigen Hauptversammlungen – insbesondere auch aufgrund der Anordnung des Wiederauflebens der Stimmrechte bei Einhaltung von Bedingungen – im Interesse der Zielgesellschaft und ihrer Aktionäre vermieden werden. Im Übrigen stellt sich entgegen der Ansicht der BUI die Frage nach der Gültigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse vom 3. Mai 2004 nicht, da kein Widerspruch zu Protokoll gegeben und keine Anfechtungsklage eingebracht worden ist.

## **8) Zum VIII. Spruchpunkt - Gebühren**

Nach Punkt 4.1 der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission (GebO) ist für ein Verfahren gemäß § 33 ÜbG eine Gebühr zu entrichten. Für den Fall, dass dem Feststellungsverfahren kein öffentliches Angebot vorausgegangen ist, beträgt diese Gebühr gemäß Abs 2 einheitlich EUR 21.400,--. Gemäß § 33 Abs 5 ist die Gebühr durch den Bieter zu tragen.

Die BUI hätte eine Mitteilung über den Sachverhalt gemäß § 25 Abs 1 ÜbG an die Übernahmekommission erstatten müssen. Aus § 25 Abs 2 ÜbG ergibt sich, dass der zur Mitteilung verpflichtete Rechtsträger, also die BUI, Bieter im Sinne dieser Bestimmung ist. § 33 Abs 1 Z 2 iVm Abs 5 ÜbG zeigt, dass derselbe Bieterbegriff auch dieser Bestimmung sowie Punkt 4.1 der GebO zugrunde liegt.

Gemäß Punkt 4.2 GebO sind Barauslagen, die der Übernahmekommission im Zusammenhang mit einem Verfahren gemäß § 33 ÜbG erwachsen, unabhängig von der Gebühr nach Punkt 4.1 GebO zu tragen.

Durch die Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung im „*Amtsblatt zur Wiener Zeitung*“ vom 12. Oktober 2004 gemäß § 33 Abs 3 in Verbindung mit § 11 Abs 1 dritter Satz ÜbG sind Barauslagen in der Höhe von EUR 564,80 (inklusive 20 % USt) angefallen; diese sind gemäß § 33 Abs 5 ÜbG in Verbindung mit Punkt 4.2 der Gebührenordnung ebenfalls durch die BUI zu tragen.

Insgesamt betragen die von der BUI zu ersetzenden Kosten des Verfahren iSv § 33 Abs 5 somit EUR 21.964,80.

Darüber hinaus halten Punkt 4.1, sowie Punkt 4.2 jeweils letzter Satz der Gebührenordnung fest, dass die Gebühren und Barauslagen zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die Übernahmekommission zur Zahlung fällig sind. Punkt 7.4 der Gebührenordnung normiert, dass Zahlungen auf das Konto der Wiener Börse AG zu erfolgen haben.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

### **Hinweis**

Gegen diesen Bescheid ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zulässig, wobei diese Beschwerde innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erhoben werden muss und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen ist.

Spätestens bei Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr in der Höhe von € 180,- zu entrichten.

Wien, am 24. Februar 2005

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher  
für den 1. Senat der Übernahmekommission