



**Übernahmekommission**  
gem. Übernahmegesetz 1998

p.A. Wiener Börse AG  
1014 Wien, Postfach 192  
Tel: (43) 1 532 2830 -613  
Fax: (43) 1 532 2830 -650  
Email: uebkom@wbag.at  
<http://www.takeover.at>

**GZ 2004/3/8 - 145**

**Bescheid**

Der 3. Senat der Übernahmekommission hat am 9. November 2004 unter dem Vorsitz von Dr. Winfried Braumann im Beisein der Mitglieder Dr. Erich Schwarzenbacher (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dkfm. R. Engelbert Wenckheim (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Dr. Sieglinde Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über das auf Antrag der A-AG eingeleitete Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 ÜbG wie folgt entschieden:

**Spruch**

- I. Die B-Privatstiftung, die C-Privatstiftung und Herr Dr. D, haben im übernahmerechtlich relevanten Zeitraum seit Zulassung der Aktien zum Handel an der Wiener Börse eine kontrollierende Beteiligung an der Z-AG im Sinne des ÜbG nicht erlangt; die genannten Personen haben weder gegen die Anzeigepflicht nach § 25 ÜbG noch gegen die Angebotspflicht bei Kontrollwechsel nach § 22 Abs 1 ÜbG verstoßen. Zivilrechtlichen Sanktionen nach § 34 ÜbG, wie insbesondere das Ruhen der Stimmrechte, sind nicht eingetreten.
- II. Gemäß 4.1., 4.2., 4.3. sowie 7.4. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission hat die A-AG 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.
- III. Der Antrag der Z-AG, die Übernahmekommission möge die A-AG zum Ersatz sämtlicher im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren stehender Kosten des Einschreiters, insbesondere der diesem erwachsenen Gebühren und Kosten rechtsfreundlicher Vertretung, verpflichten, wird abgewiesen.

**Begründung**

**1. Verfahrenseinleitung**

Die A-AG („die Antragstellerin“) gab am ##.##.2004 bekannt, ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot an die Aktionäre der börsennotierten Z-AG vorzubereiten. Weiters wurde angekündigt, dass die Gegenleistung vorbehaltlich der Bewertung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer rund € # je Aktie betragen werde.

Am ##.##.2004 wurde eine außerordentliche Hauptversammlung der Z-AG abgehalten, bei der unter anderem folgende Beschlüsse gefasst wurden: Verlängerung der bestehenden Aufsichtsratsmandate auf die satzungsmäßig zulässige Höchstdauer, Zuwahlen in den Aufsichtsrat, Änderung der satzungsgemäßen Beschlussmehrheiten, Verabschiedung eines genehmigten Kapitals und Ermächtigung zum Rückkauf eigener Aktien.

Mit Schreiben vom ###.##.2004 teilte A-AG der Übernahmekommission mit, das für den ###.##.2004 angekündigte freiwillige Übernahmeangebot nicht weiter zu verfolgen. Begründet wurde dieser Schritt mit den Ergebnissen der außerordentlichen Hauptversammlung der Z-AG vom ###.##.2004, die eine Übernahme durch A-AG unmöglich gemacht hätten. Im selben Schreiben beantragte A-AG die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 33 ÜbG.

Nach Erteilung eines Verbesserungsauftrages durch den 3. Senat der Übernahmekommission am ###.##.2004 erfolgte am ###.##.2004 eine Verbesserung des verfahrenseinleitenden Antrages. Der nach § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG erforderliche Beteiligungspapierbesitz wurde durch Depotauszug per ###.##.2004 bescheinigt.

Im Gefolge einer Sitzung des Senates am ###.##.2004 kam es zu mehreren Telefonaten zwischen dem Vertreter der Antragstellerin und dem Vorsitzenden des Senats. Der Vorsitzende berichtete über die vorläufige Rechtsauffassung des Senates, wonach eine Verletzung der Angebotspflicht nach § 22 ÜbG nur dann vorliegen könne, wenn sich die Kontrollverhältnisse geändert haben; zudem wies der Vorsitzende auf die möglichen Kostenfolgen nach § 33 Abs 5 ÜbG hin. Seitens der Antragstellerin wurde in der Folge kurzfristig die Zurückziehung des Antrages erwogen, schließlich aber in einem Telefonat mit dem Vorsitzenden vom ###.##.2004 angekündigt, dass der Antrag aufrecht erhalten werde.

Am ###.##.2004 erfolgte die Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung gemäß § 33 Abs 3 ÜbG im Amtsblatt der Wiener Zeitung.

## 2. Anträge und Vorbringen der Parteien

Die Parteien haben im Zuge des Verfahrens ihre Standpunkte wie folgt dargelegt:

### 1. A-AG

Nach dem Antrag der A-AG auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 33 ÜbG vom ###.##.2004 sollte Gegenstand des Verfahrens sein, ob

- 1) die B-Privatstiftung und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger iSv § 23 ÜbG eine kontrollierende Beteiligung gemäß § 22 ÜbG iVm §§ 1 bis 8 der 1. ÜbV an Z-AG erlangt haben,
- 2) die genannten Rechtsträger ein Pflichtangebot für die Aktien der Z-AG zu Unrecht nicht gestellt haben,
- 3) die Stimmrechte aus ihren Aktien ruhen, und ob
- 4) von den genannten Personen gegebenenfalls eine gemäß § 25 ÜbG gebotene Mitteilung unterlassen wurde.

Als Begründung wird im Antrag im Wesentlichen ausgeführt, dass es alleiniger Zweck der Hauptversammlung vom ###.##.2004 gewesen sei, die Rechtsstellung der Aktionärsgruppe um die B-Privatstiftung zu stärken. Dies sei durch gezieltes gemeinsames Vorgehen der Gruppe in übernahmerechtlich relevanten Punkten gelungen. Weiters habe das Vorstandsmitglied ##### ein substantielles Aktienpaket vertreten, mit dessen Stimmen unter anderem die Kostentragung durch die Gesellschaft beschlossen wurde. Die Gruppe um die B-Privatstiftung habe spätestens mit dem Zeitpunkt der ao HV durch das gemeinsame Abstimmungsverhalten in allen Tagesordnungspunkten die Kontrolle über die Z-AG übernommen. Zudem bestehe praktisch Identität der Organe der B-Privatstiftung und der C-Privatstiftung, die bei der Hauptversammlung mehr als 50% der Stimmrechte vertreten hätten.

Im Schriftsatz vom ###.##.2004, der nach Erteilung eines Verbesserungsauftrages eingebracht worden war, wird unter anderem ergänzend ausgeführt, dass zwischen der B-Privatstiftung und der C-Privatstiftung enge personelle Verflechtungen bestünden. Zwei der Vorstände der B-Privatstiftung und der C-Privatstiftung, nämlich Herr ##### und Herr #####, seien identisch. Aufgrund der Aus-

gestaltung der jeweiligen Stiftungsurkunde (§ 7 PSG) werde jede Stiftung durch jeweils zwei Stiftungsvorstandsmitglieder vertreten, weshalb die zuvor genannten Stiftungsvorstände weit reichende Rechte inne hätten; in beiden Stiftungen sei auf das Widerrufsrecht der Stifter verzichtet worden; die beiden Privatstiftungen hätten den gleichen Sitz und die gleiche Anschrift; die Stiftungsurkunden seien jeweils von demselben Notar beurkundet und bis auf vernachlässigbare Punkte inhaltlich identisch ausgestaltet worden; in den Hauptversammlungen vom ###.##.2004, vom ###.##.2003, vom ###.##.2002 und vom ###.##.2002 seien beide Privatstiftungen jeweils durch einen der gemeinsamen Stiftungsvorstände vertreten worden.

Zu den Gemeinsamkeiten zwischen Dr. D und der B-Privatstiftung führt die Antragstellerin aus, Dr. D sei der alleinige Stifter. In der Hauptversammlung vom ###.##.2004 sei Dr. D ebenso wie beide Privatstiftungen von Herrn Dr. ##### vertreten worden.

Als „*übernahmerechtlich relevante Punkte*“ werden im Antrag (Seite 4) insbesondere folgende genannt:

- Die Bestellung der zusätzlichen Aufsichtsratsmitglieder sowie die Wiederbestellung der bereits bestellten Aufsichtsratsmitglieder, obwohl deren Funktionsperiode noch nicht beendet war.
- Der Aktionärsgruppe seien sechs der insgesamt sieben Aufsichtsratsmitglieder zuzurechnen, womit der Vorstand einzig und allein durch die Aktionärsgruppe beherrscht und bestimmt werde.

Zur Frage des gemeinsamen Vorgehens wird ausgeführt, dass ein einheitliches Stimmverhalten der B-Privatstiftung, der C-Privatstiftung und von Dr. D in folgenden Hauptversammlungen vorgelegen habe:

- 1) Ordentliche Hauptversammlung vom ###.##.2004  
(Teilnahme der gesamten Aktionärsgruppe)
- 2) Ordentliche Hauptversammlung vom ###.##.2003  
(Teilnahme B-Privatstiftung und C-Privatstiftung)
- 3) Außerordentliche Hauptversammlung vom ###.##.2002  
(Teilnahme B-Privatstiftung und C-Privatstiftung)
- 4) Ordentliche Hauptversammlung vom ###.##.2002  
(Teilnahme B-Privatstiftung und C-Privatstiftung)
- 5) Ordentliche Hauptversammlung vom ###.##.2001  
(Teilnahme B-Privatstiftung und Dr. D)

Das gemeinsame Vorgehen sei nach Ansicht der Antragstellerin auch bei der Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder RA Dr. ##### in der Hauptversammlung vom ###.##.2002 und Prof. ##### und Dr. ##### in der Hauptversammlung vom ###.##.2001, welche jeweils durch die Stimmen der genannten Aktionärsgruppe gewählt worden seien, offensichtlich geworden. Diese drei Aufsichtsratsmitglieder seien auf Antrag der B-Privatstiftung in der Hauptversammlung vom ###.##.2004 noch vor Ablauf ihrer Funktionsperiode wieder gewählt worden.

Eine faktische Beherrschung der Zielgesellschaft liege daher nach Ansicht der Antragstellerin seit längerer Zeit vor. Die vorzeitige Wiederwahl bzw die Neuwahl von drei zusätzlichen Aufsichtsratsmitgliedern mit den Stimmen der Aktionärsgruppe zeige, dass die faktische Beherrschung weiterhin aufrecht sei.

Zur Frage der kontrollierenden Beteiligung führt die Antragstellerin aus, dass diese gemäß § 3 Abs 1 der 1. ÜbV jedenfalls seit der Hauptversammlung vom ###.##.2003 vorliege. Da die Aktionärsgruppe die Stellung eines Pflichtangebotes unterlassen habe, hätte ihr Stimmrecht gemäß § 34 ÜbG geruht. Dementsprechend sei der Aktionärsgruppe insbesondere in der Hauptversammlung vom ###.##.2004 kein Stimmrecht zugekommen. Der Antrag der B-Privatstiftung auf Einberufung der HV vom ###.##.2004, in dem Folgendes ausgeführt werde: „*Als wesentliche Aktionäre sehen wir*

*unsere Position ... in Frage gestellt. Wir glauben, dass unsere Position in der Aktiengesellschaft gefestigt werden sollte.*“, zeige, dass diese der Ansicht sei, Z-AG zu kontrollieren.

Des weiteren führt die Antragstellerin unter Verweis auf das jeweilige Stimmgewicht der Mitglieder der Gruppe B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D aus, dass in den ordentlichen Hauptversammlungen vom ###.###.2004, vom ###.###.2003, vom ###.###.2002 und vom ###.###.2001 eine kontrollierende Beteiligung der Gruppe vorgelegen habe. Am deutlichsten zeige sich der beherrschende Einfluss in der Hauptversammlung vom ###.###.2001, in der die Gruppe selbst ohne Teilnahme der C-Privatstiftung mit ##### Stück Aktien 98% der anwesenden Stimmrechte repräsentiert habe.

Zum Zeitpunkt des Entstehens der Angebotspflicht befragt, konkretisierte die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, dass sich das abgestimmte Verhalten in allen Hauptversammlungen seit Börseingang in Wien, vor allem aber im Rahmen der jüngsten Hauptversammlung vom ###.###.2004, gezeigt habe. Eine Änderung des Sachverhaltes nach dem Börseingang in Wien sei nicht erkennbar – auch nicht im Hinblick auf mögliche Verletzungen der Anzeigepflicht nach § 25 ÜbG; die Kontrollstruktur habe bereits bei Beginn der Anwendbarkeit des ÜbG auf die Zielgesellschaft bestanden. Der Börsezulassungsprospekt sei allerdings insofern unvollständig, als das schon zum damaligen Zeitpunkt vorliegende abgestimmte Verhalten in keiner Weise offen gelegt wurde. Entsprechend einer Entscheidung des 2. Senats der Übernahmekommission vom 13.10.1999 komme das übernahmerechtliche Austrittsrecht in Gestalt des Pflichtangebots nur dann nicht zur Anwendung, wenn die Beteiligungsverhältnisse und allfällige, für die Fragen des ÜbG relevante Stimmbindungen im Prospekt offen gelegt würden. Da dies nicht geschehen sei, habe im Gefolge des Börsegangs in Wien ein Kontrollwechsel im Sinne des ÜbG stattgefunden. Gemäß § 3 Abs 1 der 1. ÜbV sei der Kontrollwechsel jedenfalls in den Hauptversammlungen vom ###.###.2003 und vom ###.###.2004 verwirklicht worden. Kontrolle im Sinne des ÜbG erfordere allerdings ein fortdauerndes, zumindest aber ein wiederholtes gemeinsames Vorgehen. Daher sei es fraglich, ob in Bezug auf die Hauptversammlung vom ###.###.2003 bereits vom Vorliegen eines gemeinsamen Vorgehens gesprochen werden könne, weshalb als Zeitpunkt des Kontrollwechsels der ###.###.2004 anzusetzen sei. Zu diesem Zeitpunkt habe sich das einheitliche Stimmverhalten zum dritten Mal seit Börseneinführung gezeigt. Zudem sei auch bei Tagesordnungspunkten abgestimmt vorgegangen worden, die über die gewöhnlicherweise in einer Hauptversammlungen zu beschließenden Gegenstände hinausgingen.

## 2. B-Privatstiftung

Mit zwei Schriftsätzen vom 9.9.2004 brachte RA Dr. #####, gleichzeitig Stiftungsvorstand der B-Privatstiftung und der C-Privatstiftung, Stellungnahmen für diese beiden Privatstiftungen ein.

Namens der B-Privatstiftung beantragte RA Dr. ##### die kostenpflichtige Abweisung des Antrags von A-AG und die Einstellung des Verfahrens. Zur Entstehungsgeschichte der B-Privatstiftung brachte RA Dr. ##### im Wesentlichen vor, dass diese von Dr. D Ende des Jahres ##### gegründet worden sei, wobei er dabei auf seine Stifterrechte verzichtet habe. Begünstigte seien #####, nicht aber Dr. D oder seine Familie. Seit Beginn des sachlichen Anwendungsbereichs des ÜbG halte die B-Privatstiftung unverändert #.###.### Stück Aktien der Z-AG. Die B-Privatstiftung habe am ###.###.2004 die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung beantragt, weil sie die Stabilität und Kontinuität der Gesellschaft aufrechterhalten wollte. Es seien zu keiner Zeit Absprachen oder Besprechungen mit Dr. D oder der C-Privatstiftung erfolgt. Die Anhebung der Beschlussmehrheiten auf das gesetzliche Ausmaß (Dreiviertelmehrheit für qualifizierte Beschlussgegenstände) habe darauf abgezielt, den Wert einer Minderheitsaktie zu erhalten. Zudem habe die B-Privatstiftung, der bislang kein Aufsichtsrat zuzurechnen war, erstmals die Bestellung von drei neuen Mitgliedern des Aufsichtsrates beantragt. Der Antrag auf Bestellung von Herrn Dr. ##### als weiteres Aufsichtsratsmitglied sei der B-Privatstiftung erst in der HV bekannt geworden. Die vorzeitige Mandatsverlängerung von drei Aufsichtsratsmitgliedern sei erfolgt, um eine gleiche Funktionsdauer für alle Aufsichtsräte zu schaffen und solcherart Stabilität und Kontinuität zu wahren. Eine personelle Beherrschung des Aufsichtsrates durch B-Privatstiftung sei daher auszuschließen.

Nach Ansicht der B-Privatstiftung habe seit Anwendbarkeit des ÜbG im Dezember 2002 kein Kontrollwechsel bezüglich Z-AG stattgefunden. Auch ein gemeinsames Vorgehen zwischen B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D sei nicht erfolgt, insbesondere sei es zu keinen Absprachen über das Stimmverhalten gekommen. Vielmehr zeigten die Hauptversammlungsprotokolle

seit 2001, dass bis zur außerordentlichen Hauptversammlung vom ###.##.2004 die Abstimmungen meist einstimmig erfolgten. Andererseits hätten auch B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D nicht immer gleich abgestimmt, so habe zB Dr. D den Antrag des Vorstands auf Kapitalerhöhung im Rahmen der Hauptversammlung vom ###.##.2004 nicht goutiert und erst einem abgeänderten Antrag zugestimmt; im Rahmen der Hauptversammlung vom ###.##.2004 habe die C-Privatstiftung abweichend gestimmt. Generell habe die B-Privatstiftung etwas anders gelagerte Interessen zu vertreten als die C-Privatstiftung und als Herr Dr. D. Ein Gleichlauf der Interessen bestehe hingegen grundsätzlich bezüglich der Unterstützung des Managements und der Wahrung der Kontinuität der Entwicklung der Gesellschaft.

Die Einberufung der Hauptversammlung vom ###.##.2004 sei allein durch B-Privatstiftung vorgenommen worden, wobei das dritte, mit dem Vorstand der B-Privatstiftung nicht idente Vorstandsmitglied der C-Privatstiftung in keiner Weise damit befasst worden sei.

Die Begünstigten der B-Privatstiftung seien in einer Stiftungszusatzurkunde namentlich genannt. Die C-Privatstiftung sei nicht Begünstigte der B-Privatstiftung. Sonstige wirtschaftliche oder persönliche Verflechtungen zwischen den Begünstigten der beiden Stiftungen könnten jedoch nicht ausgeschlossen werden. Die Ausschüttung sei nach Abstimmung mit dem Stiftungsbeirat vorzunehmen. Dessen zwei Mitglieder seien bei Stiftungerrichtung durch Dr. D bestellt worden.

Hinsichtlich des Vorstandes der B-Privatstiftung sei es seit der Erstberufung durch Dr. D zu keinen personellen Veränderungen gekommen. RA Dr. ##### habe allerdings seit Stiftungerrichtung bis zu den beiden Hauptversammlungen 2004 nur einmal Kontakt mit Herrn Dr. D gehabt. Auch Herr Dr. ##### habe nicht mehr als einmal mit Herrn Dr. D telefoniert.

Auf Vorschlag der B-Privatstiftung seien drei der derzeit sieben Aufsichtsratsmitglieder bestellt worden. Dahinter sei die Überlegung gestanden, den Wert der Aktie und eine gleichmäßige Entwicklung der Gesellschaft abzusichern. Die Verlängerung der noch aufrechten Aufsichtsratsmandate sei vorgenommen worden, um ein uneinheitliches Auslaufen der Mitgliedschaften im Aufsichtsrat zu verhindern.

### 3. C-Privatstiftung

Die C-Privatstiftung beantragte ebenfalls die kostenpflichtige Abweisung des Antrags der A-AG und die Einstellung des Verfahrens. Die C-Privatstiftung sei Ende des Jahres 2002 gegründet worden, als Stifter hätten Dr. ##### sowie die E fungiert. ##### sowie die E hätten die Aktien im Rahmen einer Treuhand gehalten. Zu diesem Zeitpunkt seien auch ###.### Stück Aktien der Z-AG eingebracht worden, wobei der Bestand bis dato gleich geblieben sei. Begünstigt sei eine Familie, nicht jedoch Herr Dr. D oder dessen Familie. Im Unterschied zur B-Privatstiftung sei kein Verzicht auf die Stifterrechte erfolgt. Zwischen B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D sei kein gemeinsames Vorgehen erfolgt, insbesondere sei es zu keinen Absprachen gekommen.

Zwischen der C-Privatstiftung und den Mitgliedern des Aufsichtsrates der Z-AG bestehe kein Naheverhältnis. Im Übrigen sei auch kein Mitglied auf Vorschlag der C-Privatstiftung bestellt worden.

### 4. Z-AG

In Ihrer umfangreichen Stellungnahme vom ###.##.2004 gab Z-AG die Absicht bekannt, sich nicht aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligen zu wollen. Zum Verfahrensgegenstand brachte Z-AG im Verfahren im Wesentlichen Folgendes vor: Seit Einführung der Z-AG-Aktien zum Amtlichen Handel an der Wiener Börse seien die Aktionärsstruktur sowie die Beteiligungen der Aktionäre Dr. D, B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Herr ##### unverändert geblieben. Die zu GZ ##### beim Handelsgericht Wien am ###.##.2004 gegen Z-AG eingebrachte Anfechtungs- und Feststellungsklage verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellten „*erkennbar eine 'Revanche' der A-AG an Z-AG für den gescheiterten Übernahmeversuch*“ im #####i 2004 dar. Nach Auffassung der Zielgesellschaft sei das Gesetz lediglich auf Sachverhalte anwendbar, die nach Dezember 2002 verwirklicht wurden, da das ÜbG erst ab diesem Zeitpunkt auf die Zielgesellschaft Anwendung finde. Selbst wenn ein gemeinsames Vorgehen von B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D angenommen werden sollte – was seitens Z-AG ausdrücklich bestritten wird – wäre nach Ansicht von Z-AG eine Vereinigung von deren Stimmrechten übernahmerechtlich

unbedenklich. Es mangle daher auf jeden Fall an einem Kontrollwechsel im Sinne des ÜbG und damit an einer Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebotes. Zur Frage des gemeinsamen Vorgehens führt Z-AG aus, dass die beiden Stiftungen sowie Dr. D ihr Stimmverhalten in den Hauptversammlungen von Z-AG nicht abgestimmt hätten und daher auch nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger einzustufen seien. Dies wird nach Ansicht von Z-AG insbesondere auch dadurch belegt, dass die drei genannten Aktionäre nicht in allen Hauptversammlungen anwesend oder vertreten waren. Insbesondere Dr. D habe an mehreren Hauptversammlungen nicht teilgenommen. Ein gemeinsames Vorgehen sei daher denkunmöglich. Im Übrigen seien die Beschlüsse auf den Hauptversammlungen überwiegend einstimmig gefasst worden. Im Zusammenhang mit der Frage des gemeinsamen Vorgehens verweist Z-AG auf eine Entscheidung der ÜbK aus dem Jahr 2001 (GZ 2001/1/3/-27), in der festgehalten werde, dass eine Privatstiftung nicht von ihrem Stifter beherrscht werde; ein gemeinsames Vorgehen zwischen dem Stifter und der Privatstiftung könne nur dann angenommen werden, wenn der Stifter die Stiftungserklärung ändern könne, für die Bestellung des Vorstands zuständig sei und ein Zustimmungsrecht für einzelne Geschäftsführungsangelegenheiten habe. Diese Voraussetzungen seien bei der B-Privatstiftung nicht gegeben, weshalb ein gemeinsames Vorgehen zwischen Dr. D und der B-Privatstiftung ausgeschlossen sei. Bezüglich der C-Privatstiftung sei festzuhalten, dass Dr. D nicht Stifter sei. Auch die Tatsache, dass B-Privatstiftung und C-Privatstiftung den gleichen Sitz und die gleiche Anschrift haben, sowie Personenidentitäten im Stiftungsvorstand bestehen, würde keine Annahme eines gemeinsamen Vorgehens begründen. Schließlich sei eine einmalige Verhaltensabstimmung, wie sie für die Entstehung von Ad Hoc Mehrheiten in Hauptversammlungen typisch sei, für die Herstellung eines Tatbestands des gemeinsamen Vorgehens nicht ausreichend. Gefordert sei vielmehr ein Verhalten, aus dem eine wiederholte abgestimmte Ausübung der Stimmrechte erschlossen werden könne. Tatbestandsmäßig sei demnach nur eine regelmäßige Abstimmung des Stimmverhaltens erfasst.

Zur Frage des Vorliegens einer kontrollierenden Beteiligung führt Z-AG im Ergebnis aus, dass weder B-Privatstiftung, noch C-Privatstiftung noch Dr. D eine kontrollierende Beteiligung an Z-AG halten. Es liege daher auch aus diesem Grund kein Ruhen der Stimmrechte vor.

Seitens Z-AG werden folgende Anträge gestellt:

Die ÜbK möge

- das Verfahren gemäß § 33 ÜbG einstellen.
- A-AG gemäß § 33 Abs 5 ÜbG zum Ersatz der Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten eines etwaig von der ÜbK bestellten Sachverständigen, sowie
- zum Ersatz sämtlicher im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren stehender Kosten des Einschreiters, insbesondere der diesem erwachsenen Gebühren und Kosten rechtsfreundlicher Vertretung, verpflichten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am ##.##.2004 legte Frau RA ##### als Vertreterin der Z-AG eine Kostennote über insgesamt € ##### vor.

## 5. Dr. D

Dr. D brachte am ##.##.2004 eine Stellungnahme ein, in der er im Wesentlichen festhält, dass von der Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung keine Rede sein könne. Er habe seinen Anteil an Z-AG Ende 2000 auf < 5 % gesenkt und halte diese Beteiligung unverändert bis heute. Gleichzeitig habe er die B-Privatstiftung gegründet und ~ 14 % der Aktien übertragen. In dieser Stiftung sei er weder direkt noch indirekt begünstigt und habe auch auf Widerruf der Stiftung verzichtet. Ein abgestimmtes Verhalten finde nicht statt; der Stiftungsvorstand habe aufgrund des von ihm festgelegten Stiftungszwecks eine abweichende Interessenlage und habe daher auch bei bestimmten Fragestellungen, wie zB Einsparungen im Forschungsbereich zwecks Gewinnerhöhung, gegebenenfalls anders abzustimmen. Zum Stimmverhalten von C-Privatstiftung liegen ihm keine Informationen vor. Schließlich führt Dr. D aus, dass er keinen der vier neuen Aufsichtsräte kenne und daher auch in keinem Naheverhältnis stehen könne. Er kenne nicht einmal den Aufsichtsratsvorsitzenden, Herrn Prof. #####.

## 3. Sachverhalt

Die Übernahmekommission hat auf Grundlage der vorgelegten Urkunden und nach Durchführung der mündlichen Verhandlung folgenden

### Sachverhalt

festgestellt:

Z-AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien. Ihr Grundkapital beträgt € ###.###.### und ist in ###.###.### Stück Stammaktien eingeteilt. Die Aktien notierten von ##.##.##### bis ##.##.2003 an der #####. Am ##.##.2002 wurden die Aktien zusätzlich auch an der Wiener Börse zum amtlichen Handel zugelassen, die Notierungsaufnahme erfolgte am ##.##.2002.

Im Börsenzulassungsprospekt der Z-AG wird zur Beteiligungsstruktur ausgeführt, dass es zwei Hauptaktionäre gibt, die zu mehr als 5 % an der Gesellschaft beteiligt sind. Angeführt werden die B-Privatstiftung mit > 10 % der Aktien sowie Herr ##### mit ~ 5 % der Aktien. Weiters heißt es, dass sich die restlichen Aktien der Gesellschaft im Streubesitz befänden. *„Dadurch könnten die beiden Hauptaktionäre einen erheblichen Einfluss auf die Meinungsbildung innerhalb der Hauptversammlung ausüben.“*

Im Börsenzulassungsprospekt wird zudem angegeben, dass der Gesellschaft keine Stimmbindungsverträge zwischen Aktionären bekannt seien.

Die Beteiligungsverhältnisse der Kernaktionäre von Z-AG haben sich seit Zulassung zum amtlichen Handel an der Wiener Börse nur geringfügig geändert. Die Anteile von B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Herrn Dr. D sind in diesem Zeitraum zur Gänze unverändert geblieben. Die Antragstellerin A-AG ist seit ##.##.2004 an der Gesellschaft beteiligt.

Aktionär	Stück Aktien	Beteiligung in % des Grundkapitals
B-Privatstiftung	###	> 10
C-Privatstiftung	###	< 5
Dr. D	###	< 5
Herr #####	###	> 5
A-AG	###	> 5

Die B-Privatstiftung wurde mit Stiftungsurkunde vom ##.##.2000 von Herrn Dr. D errichtet. Die Eintragung ins Firmenbuch erfolgte am ##.##.2000. Das der B-Privatstiftung gewidmete Vermögen bestand im Wesentlichen aus einer Beteiligung an der Z-AG im Ausmaß von # % des Grundkapitals, die bis dahin im Eigentum von Herrn Dr. D gestanden war. Der Bestand an Aktien der Z-AG hat sich in der Folge noch vor dem ##.##.2002 auf etwa # % verringert. Neben dem Stiftungsvorstand und dem Stiftungsprüfer ist als weiteres Organ der B-Privatstiftung ein Stiftungsbeirat bestellt. Dieser berät den Vorstand in Fragen zur Ausschüttung an die Begünstigten. Dem Stiftungsbeirat gehören zwei Personen an, diese wurden bei Stiftungserrichtung vom Stifter eingesetzt und üben diese Funktion seither aus.

Der Stifter hat sich in der Stiftungsurkunde weder den Widerruf, noch die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten. Ihm steht jedoch das Recht zu, eine Stiftungszusatzurkunde zu errichten. Von diesem Recht hat der Stifter bereits bei Stiftungserrichtung Gebrauch gemacht. Inhalt der Stiftungszusatzurkunde sind der Kreis der Begünstigten Personen sowie Regelungen betreffend die vorzunehmenden Ausschüttungen. Die Begünstigten der B-Privatstiftung wurden nicht offen gelegt.

Die Errichtung der C-Privatstiftung erfolgte durch Stiftungserklärung vom ##.##.2000. Die Eintragung im Firmenbuch erfolgte am ##.##.2000. Erststifter der C-Privatstiftung ist die E, deren Gesellschafter Herr Dr. ##### und Frau ##### sind. Zweitstifter ist Herr Dr. #####. Das der C-Privatstiftung gestiftete Vermögen bestand im Wesentlichen aus einer Beteiligung an der Z-AG im Ausmaß von ~ 5 % des Grundkapitals. Die beiden Stifter waren nicht wirtschaftliche Eigentümer des gestifteten Vermögens.

Die C-Privatstiftung wurde auf unbestimmte Zeit errichtet, der Widerruf wurde nicht vorbehalten. Der Erststifter hat das Recht auf Änderung der Stiftungsurkunde sowie der Stiftungszusatzurkunde. Der Stiftungsvorstand ist dazu berufen, den oder die Begünstigten festzustellen. Die Begünstigten der C-Privatstiftung wurden ebenfalls nicht offen gelegt.

Herr Dr. ##### und Herr RA Dr. ##### sind sowohl Mitglieder des Vorstands der B-Privatstiftung als auch der C-Privatstiftung. Insgesamt sind bei jeder der beiden Privatstiftungen drei Vorstandsmitglieder bestellt. Das dritte Vorstandsmitglied der B-Privatstiftung ist Herr Dr. #####. Drittes Vorstandsmitglied der C-Privatstiftung ist Herr #####. Aufgrund der jeweiligen Stiftungsurkunde werden die Stiftungen durch zwei Stiftungsvorstandsmitglieder gemeinsam vertreten. Beide Privatstiftungen haben ihren Sitz in ### und führen die gleiche Geschäftsanschrift.

Die Protokolle der Hauptversammlungen vor Zulassung zum amtlichen Handel an der Wiener Börse sowie die Protokolle der Hauptversammlungen ab diesem Zeitpunkt bzw die handschriftlichen Aufzeichnungen des öffentlichen Notars Dr. ##### zur Hauptversammlung vom ##.##.2004 zeigen, dass B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D, - soweit sie in den Hauptversammlungen anwesend waren - , stets in gleicher Weise abgestimmt haben. Dies ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der insgesamt vertretenen Stimmen und der maximalen Gegenstimmen (inklusive aller übrigen anwesenden Aktionäre) sowie Stimmenthaltungen (siehe dazu nachstehende Tabelle). Eine Ausnahme bildet die Beschlussfassung über die Verlängerung der Aufsichtsratsmandate in der HV vom ##.##.2004. Bei diesem Tagesordnungspunkt stimmten B-Privatstiftung und Dr. D mit „Ja“, die C-Privatstiftung hingegen enthielt sich der Stimme, da sich in einer der ao. HV vorausgegangenen Besprechungen des Vorstands der C-Privatstiftung mit den Begünstigten herausgestellt hat, dass diesen die betreffenden Aufsichtsratsmitglieder nicht bekannt waren.

Die Darstellungen verdeutlichen weiters, dass die Aktionäre B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D zusammengerechnet stets über eine klare Hauptversammlungsmehrheit verfügten, selbst wenn einer der genannten Rechtsträger nicht vertreten war (Dr. D war in folgenden Hauptversammlungen nicht anwesend: o. HV 2002, ao. HV 2002, und o. HV 2003; die C-Privatstiftung war in der o. HV 2001 nicht vertreten). Weiters zeigen die Angaben zur Vertretung, dass Dr. ##### in den HV vom ##.##.2002 und vom ##.##.2003 sowohl B-Privatstiftung als auch C-Privatstiftung vertreten hat. In der HV vom ##.##.2004 wurden beide Stiftungen von RA Dr. ##### vertreten. In der jüngsten Hauptversammlung vom ##.##.2004 schließlich wurden beide Stiftungen jeweils durch Dr. ##### und RA Dr. ##### vertreten.

Im Teilnehmerverzeichnis der aoHV vom ##.##.2004 sind bei Herrn Dr. #####, Vorstand von Z-AG, wie schon in den Hauptversammlungen zuvor ein kleineres Aktienpaket von ##### Stück als Eigenbesitz sowie erstmals zwei weitere Aktienpakete im Ausmaß von insgesamt ##### Stück als Fremdbesitz ausgewiesen. Dr. ### war kurzfristig seitens einer deutschen Großbank als Vertreterin mehrerer Fonds gebeten worden, deren Stimmrechte auszuüben. Er übernahm allerdings nicht selbst die Vertretung dieser Aktionäre, sondern erteilte Herrn RA Dr. ##### Vollmacht und beauftragte ihn, sich wegen der Kriterien für die Stimmrechtsausübung direkt mit den Fonds in Verbindung zu setzen.

Die A-AG hat am ##.##.2004 beim Handelsgericht Wien eine Anfechtungs- und Feststellungsklage verbunden mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegen Z-AG eingebracht. Damit wurden sämtliche Hauptversammlungsbeschlüsse der ao. HV der Z-AG vom ##.##.2004 wegen Verstoßes gegen das ÜbG angefochten. Der Provisorialantrag wurde bereits rechtskräftig abgewiesen.

Am ##.##.2004 haben Vertreter der F die Übernahmekommission über die Pläne zur Stellung eines freiwilligen Übernahmeangebots gemäß § 22 Abs 11 ÜbG an die Aktionäre der Z-AG informiert. Die Veröffentlichung der Angebotsunterlage erfolgte am ##.##.2004. Der Angebotspreis belief sich ursprünglich auf € # je Stückaktie, und wurde in der Folge auf € # verbessert. Das Angebot steht unter anderem unter der aufschiebenden Bedingung des Erwerbs von 75% der stimmberechtigten Aktien der Z-AG. Sowohl der Antragsteller A-AG als auch die Aktionäre B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D haben das Angebot angenommen. Die allgemeine Annahmefrist beträgt nach Verlängerung insgesamt ## Börsetage und endet am ##.##.2004.

#### **4. Rechtliche Beurteilung**

## A) Zum 1. Spruchpunkt

Die Übernahmekommission hat nach § 33 Abs 1 ÜbG auf Antrag eines Beteiligungspapierinhabers, der allein oder gemeinsam mit anderen Beteiligungspapierinhabern über Aktien mit einem Nennbetrag oder anteiligen Betrag von einem Hundertstel des Grundkapitals oder über Beteiligungspapiere im anteiligen Betrag von mindestens ATS 1 Million bzw € 70.000 verfügt, ein so genanntes Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Demgemäß hat der 3. Senat der Übernahmekommission auf Antrag von A-AG die Einleitung des Feststellungsverfahrens beschlossen und diese Verfahrenshandlung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom ##.##.2004 veröffentlicht. Die Parteistellung von A-AG gründet sich auf § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG, jene der Antragsgegner B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D auf § 33 Abs 2 Z 2 sowie die Parteistellung von Z-AG auf § 33 Abs 2 Z 3.

Gemäß § 2 ÜbG gilt das ÜbG 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. Gemäß § 22 Abs 1 ÜbG hat ein Pflichtangebot abzugeben, wer die Kontrolle über eine Zielgesellschaft im Sinne des ÜbG erlangt.

Die Aktien der Z-AG sind seit ##.##.2002 zum amtlichen Handel an der Wiener Börse zugelassen; die Notierungsaufnahme erfolgte am ##.##.2002. Seit ##.##.2002, dem Tag der Zulassung, findet das ÜbG daher auf Z-AG Anwendung. Ein Wechsel der Kontrolle nach diesem Zeitpunkt führt grundsätzlich zur Auslösung der Angebotspflicht.

Das ÜbG definiert in § 22 Abs 2, was unter einer kontrollierenden Beteiligung zu verstehen ist:

*„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.“*

Diese allgemeine Definition wird ergänzt durch mehrere Vermutungstatbestände. So ist nach § 22 Abs 4 ÜbG eine kontrollierende Beteiligung unwiderleglich zu vermuten, wenn die Voraussetzungen eines der Tatbestände gemäß § 244 Abs 2 Z 1 bis 3 HGB erfüllt sind (vgl auch § 1 der 1. ÜbV) Weiters enthalten §§ 2 f der 1. ÜbV widerlegbare Vermutungstatbestände.

Bereits aus § 22 Abs 2 ÜbG folgt, dass bei Ermittlung der relevanten Schwellenwerte nicht bloß auf den einzelnen Rechtsträger abgestellt werden darf, vielmehr sind nach § 23 ÜbG die Stimmrechte bestimmter Dritter mit jenen des Bieters zusammenzurechnen. §§ 5 und 9 der 1. ÜbV enthalten eine Reihe von Tatbeständen, in denen Stimmrechte eines Dritten dem Bieter einseitig hinzuzurechnen bzw mit den Stimmrechten des Dritten zusammenzurechnen sind. Ob eine kontrollierende Beteiligung vorliegt, kann daher nur unter Berücksichtigung der Stimmrechte allfälliger mit dem Bieter gemeinsam vorgehender Rechtsträger beurteilt werden.

Von Bedeutung ist im konkreten Fall überdies, dass abgestimmtes Verhalten nicht in einem gleichförmigen Verhalten, wie insbesondere der parallelen Stimmabgabe bei Hauptversammlungsbeschlüssen, resultieren muss. Kontrolle durch eine gemeinsam vorgehende Gruppe kann auch dann gegeben sein, wenn sich mehrere Aktionäre im Vorfeld einer Hauptversammlung auf ein bestimmtes Abstimmungsverhalten einigen und nur ein Teil der Gruppe, der über eine ausreichende Anzahl von Stimmrechten verfügt, um Beschlüsse durchzusetzen, auch tatsächlich an der HV teilnimmt. Ein solches Vorgehen wird im Regelfall als gemeinsames Vorgehen im Hinblick auf die Ausübung der Stimmrechte gemäß § 23 ÜbG zu qualifizieren sein.

§ 22 Abs 1 ÜbG legt als Auslösetatbestand für die Angebotspflicht das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung fest. Damit sind sowohl Fälle der erstmaligen Kontrollenerlangung als auch des Kontrollwechsels, also des Übergangs der Kontrolle auf einen anderen Aktionär bzw eine andere Gruppe von Aktionären, erfasst.

Von der Antragstellerin wird unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme der ÜbK aus dem Jahr 1999 (GZ 1999/A/4 – 5 vom 13.10.1999) die Ansicht vertreten, dass die unrichtige bzw unvollstän-

dige Offenlegung der Kontrollstruktur im Börseneinführungsprospekt, insbesondere die Unterlassung der Angabe, dass eine Gruppe von Aktionären bestehe, die durch ihr gemeinsames Vorgehen einen beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft ausüben könne, in weiterer Folge zur Angebotspflicht führt, wenn sich die Kontrolle auch nach Börsegang manifestiert. Der Leitsatz der zitierten Stellungnahmen lautet:

*„Es ist nicht Zweck des Pflichtangebots, Anlegern, die ihre Aktien bei Börseneinführung im Wissen um eine bestimmte Beteiligungsstruktur erworben haben, bei Verwirklichung dieser Struktur eine Austrittsmöglichkeit zu gewähren.“*

In dieser Stellungnahme hatte der erkennende Senat einen Fall zu behandeln, bei dem ein Investor noch vor Börsegang im Ausmaß einer Sperrminorität an der Zielgesellschaft beteiligt werden sollte. Zudem wurde zwischen dem hinzukommenden Aktionär und den Altaktionären der Zielgesellschaft ein Syndikatsvertrag abgeschlossen. All dies erfolgte unter der Bedingung der kartellgerichtlichen Nichtuntersagung des Hinzutritts dieses Aktionärs. Der Bedingungeintritt erfolgte wegen des knappen Zeitplans erst nach der Börseneinführung, dementsprechend konnte die Übertragung der Anteile und die Durchführung der syndikatsvertraglichen Vereinbarungen erst nach diesem Zeitpunkt vorgenommen werden. Im Börseneinführungsprospekt wurde dieser Sachverhalt offen gelegt. In seiner rechtlichen Beurteilung kam der 2. Senat zum Schluss, dass die tatsächliche Verwirklichung der im Börseneinführungsprospekt in Aussicht gestellten Beteiligungsstruktur kein übernahmerechtliches Austrittsrecht erforderlich machte, da die Aktionäre ihre Investitionsentscheidung in Kenntnis dieser Kontrollstruktur getroffen hatten.

Der hier zu beurteilende Fall ist gänzlich anderes gelagert. In der knapp gehaltenen Darstellung im Börseneinführungsprospekt wird auf das Verhältnis der beiden Stiftungen untereinander (insbesondere personelle Verflechtungen) und zu Herrn Dr. D nicht eingegangen; sie beschränkt sich auf die Offenlegung der Beteiligung von Aktionären mit einer Beteiligung über den nach §§ 91 ff BörseG meldepflichtigen Schwellen. Dementsprechend finden nur die B-Privatstiftung und Herr ##### Erwähnung, wenn auch mit dem Hinweis, dass aufgrund der Beteiligungsstruktur ein erheblicher Einfluss auf die Willensbildung innerhalb der Hauptversammlungen ausgeübt werden könne.

Für die Frage der Auslösung der Angebotspflicht ist jedoch auch in diesem Fall von zentraler Bedeutung, ob ein Kontrollwechsel im Sinne des ÜbG, also seit Zulassung der Aktien an der Wiener Börse am ##.##.2002, erfolgt ist. Die Richtigkeit bzw Vollständigkeit der Angaben zur Beteiligungs- und Kontrollstruktur im Börsezulassungsprospekt ist primär nicht von der Übernahmekommission zu beurteilen. Der dadurch möglicherweise geweckte Anschein und das darauf allenfalls aufbauende Anlegervertrauen mögen zwar im Einzelfall auch im Rahmen der Entscheidung der Übernahmekommission von Bedeutung sein, insbesondere weil die Frage nach einem allfälligen Kontrollwechsel aus Anlegersicht zu beurteilen ist. Wesentlich bleibt aber auch in diesem Zusammenhang, dass tatsächlich eine Änderung des Sachverhaltes und damit einhergehend ein Kontrollwechsel erfolgt. Zudem ist nach Auffassung des Senates zu berücksichtigen, dass die Angaben im Börseneinführungsprospekt zumindest auf die Möglichkeit eines erheblichen Einflusses auf die Willensbildung in der Hauptversammlung verweisen, wenn auch ein Hinweis auf die der B-Privatstiftung nahestehenden Aktionäre, Dr. D und C-Privatstiftung, unterblieben ist.

Im konkreten Fall hat die Sachverhaltsermittlung gezeigt, dass seit dem Börsegang in Wien keine wesentliche Änderung der Beteiligungsstruktur an der Zielgesellschaft erfolgt ist. Die Anteile der Aktionäre B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D sind seit diesem Zeitpunkt gänzlich unverändert geblieben. Die einzige spürbare Änderung erfolgte im Jahr 2004 mit dem Einstieg von A-AG im Zusammenhang mit dem gescheiterten Übernahmeversuch. Bezüglich des Ausweises von Dr. ### als Fremdbesitzer eines größeren Aktienpaketes in der jüngsten HV vom ##.##.2004 haben sich keinerlei Anhaltspunkte eines etwaigen abgestimmten Verhaltens mit der B-Privatstiftung, C-Privatstiftung oder Dr. D ergeben. Auch eine Veränderung in der regelmäßigen Ausübung der Stimmrechte war nicht festzustellen. Die Hauptversammlungsprotokolle zeigen, dass die Aktionärsgruppe B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D - mit der Ausnahme einer Stimmenthaltung - ausnahmslos gleichförmig abgestimmt hat. Hinzu kommt, dass Mitglieder dieser Gruppe regelmäßig durch einen gemeinsamen Vertreter in den Hauptversammlungen repräsentiert waren. Im Ergebnis führte dies stets zu einer komfortablen HV-Mehrheit, selbst wenn mitunter ein Mitglied der Gruppe nicht vertreten war.

Aus all diesen Gründen sieht der Senat weder einen die Angebotspflicht auslösenden Kontrollwechsel, noch einen die Anzeigepflicht nach § 25 ÜbG auslösenden Sachverhalt, wie insbesonde-

re die qualitative Änderung der Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, seit der Zulassung der Aktien zum Handel an der Wiener Börse als verwirklicht an. Eine Erörterung der möglichen Indizien dafür, dass Z-AG bereits bei Börseneinführung in Wien durch die Aktionäre B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D iSd ÜbG kontrolliert wurde, (wie der engen personellen Verflechtungen, der Entstehungsgeschichte der Stiftungen und dem Stimmverhalten in den Hauptversammlungen, sowohl vor als auch nach dem Börsengang in Wien), kann als für die gegenständliche Rechtsfrage irrelevant unterbleiben. Selbst wenn aufgrund dieser Indizien das Bestehen einer Gruppe von Aktionären zu bejahen wäre, die Z-AG im Sinne des ÜbG schon vor und seit der Börsenzulassung in Wien und damit seit dem Beginn des zeitlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des ÜbG kontrolliert, ist es seither weder zu einem Kontrollwechsel noch zu einem anzeigepflichtigen Vorgang gemäß § 25 ÜbG gekommen.

Eine Verletzung der Bestimmungen des Übernahmegesetzes liegt somit nicht vor; zivilrechtliche Sanktionen nach § 34 ÜbG sind nicht eingetreten.

## **B) Zum 2. Spruchpunkt**

Nach 4.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission 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 € 21.400,--.

Neben der Gebühr nach 4.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG hat der Bieter nach 4.2 auch für Barauslagen, die der Übernahmekommission im Zusammenhang mit einem Verfahren gemäß § 33 ÜbG erwachsen, aufzukommen. Als Barauslagen sind demnach auch jene Kosten zu verstehen, die der Behörde durch das Setzen von verfahrensleitenden Handlungen infolge entsprechender Anträge der Parteien erwachsen sind.

Nach § 33 Abs 5 ÜbG und 4.3. der Gebührenordnung sind die Gebühr gemäß Punkt 4.1. und die Barauslagen gemäß 4.2. grundsätzlich vom Bieter zu tragen. Nach § 33 Abs 5 Satz 2 ÜbG sind diese Verfahrenskosten aber insoweit der Zielgesellschaft ganz oder zum Teil nach Billigkeit aufzuerlegen, als diese einen Antrag oder Gegenantrag gestellt hat und überhaupt oder ab einem bestimmten Zeitpunkt voraussehen konnte, dass ihr Antrag einen nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand verursacht; unter den gleichen Voraussetzungen können den Beteiligungspapierinhabern Verfahrenskosten auferlegt werden.

Als (potentielle) Bieter im gegenständlichen Verfahren sind aufgrund des Antrages der A-AG die Aktionäre B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D anzusehen; seitens dieser Gruppe wurde kein Sachverhalt verwirklicht, der angesichts der übernahmerechtlichen Bestimmungen über den Kontrollwechsel auch bei nur oberflächlicher Prüfung die Einleitung eines Verfahrens gem § 33 ÜbG nahegelegt hätte.

Die Antragstellerin ist Beteiligungspapierinhaber der Z-AG. Weder im verfahrenseinleitenden Antrag vom ###.###.2004 noch in dem, nach Erteilung eines Verbesserungsauftrages eingegangenen Schriftsatz vom ###.###.2004 wird ein Sachverhalt behauptet, der zu einem Wechsel der Kontrollsituation bezüglich Z-AG im Zeitraum nach Börsenzulassung in Wien, dem Beginn der Anwendbarkeit des ÜbG auf diese Gesellschaft, geführt hätte. Ebenso wenig wird ein Sachverhalt behauptet, der eine Verletzung der Anzeigepflicht nach § 25 ÜbG indizieren würde. Mehrfach wird hingegen dargestellt, dass die Gruppe um B-Privatstiftung schon seit längerer Zeit einen maßgeblichen Einfluss auf die Zielgesellschaft ausübe und gleichförmig abstimme. Selbst nach Information durch den Senatsvorsitzenden über den Stand der Diskussion im Senat am ###.###.2004, wonach für das Entstehen einer Angebotspflicht jedenfalls eine Änderung der Kontrollverhältnisse nach dem Börsengang in Wien erforderlich sei, und Belehrung über die möglichen Kostenfolgen, wurde der Antrag aufrechterhalten; das Verfahren war dementsprechend fortzuführen. In der mündlichen Verhandlung bekräftigte der Vertreter der Antragstellerin die Ansicht, wonach im Zeitraum nach dem Börsengang in Wien keine kontrollrelevante Sachverhaltsänderung eingetreten sei.

Der erkennende Senat ist aus diesen Gründen der Ansicht, dass für die Antragstellerin A-AG von vornherein iSv § 33 Abs 5 ÜbG vorhersehbar war, dass durch den gestellten Antrag ein nicht zweckentsprechender Verfahrensaufwand verursacht würde. Dementsprechend legt der Senat nicht dem (potentiellen) Bieter, also den Aktionären B-Privatstiftung, C-Privatstiftung und Dr. D,

sondern dem Beteiligungspapierinhaber A-AG die Verpflichtung auf, gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm 4.3. der Gebührenordnung die Gebühren des Verfahrens in Höhe von € 21.400,-- zu tragen.

Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1 ÜbG vom ###.###.2004 sind Barauslagen in der Höhe von € 564,80 angefallen; diese sind gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm 4.2. der Gebührenordnung ebenfalls durch A-AG zu tragen.

Ingesamt betragen die von der Antragstellerin zu ersetzenden Kosten des Verfahren iSv § 33 Abs 5 1. Satz damit € 21.964,80.

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

### **C) Zum 3. Spruchpunkt**

Nach § 33 Abs 5 letzter Satz ÜbG sind die Kosten rechtsfreundlicher Vertretung der Zielgesellschaft und der Beteiligungspapierinhaber nach Billigkeit ganz oder zum Teil dem Bieter aufzuerlegen, insbesondere wenn ihren Anträgen stattgegeben wird. Eine Kostenersatzpflicht zu Lasten von Beteiligungspapierinhabern ist hingegen nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung nicht vorgesehen.

Der Antrag von Z-AG war daher abzuweisen.

### **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 9. November 2004

Dr. Winfried Braumann  
Für den 3. Senat der Übernahmekommission