



Übernahmekommission
Austrian Takeover Commission

Seilergasse 8/3, 1010 Wien
Tel: +43 1 532 2830 – 613
Fax: + 43 1 532 2830 – 650
uebkom@wienerbourse.at
www.takeover.at

GZ 2008/2/4 - 10

An die
Meinl International Power Limited
32 Commercial Street
St Helier Jersey JE4 0QH
Channel Islands

- vertreten durch -

RA Dr. Peter Solt
DLA Piper – Weiss – Tessbach Rechtsanwälte GmbH
Schottenring 14
1010 Wien
(zustellungsbevollmächtigt)

Der 2. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher, im Beisein der Mitglieder Senatspräsident des OGH Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Univ.-Prof. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag der Meinl International Power Limited zu Fragen der Anwendbarkeit des Übernahmegesetzes auf die Gesellschaft gemäß § 29 ÜbG folgende

Stellungnahme

ab:

I. Zugrunde gelegter Sachverhalt und Vorbringen

1. Sachverhalt

Meinl International Power Limited (im Folgenden: „MIP“) ist eine nach dem Recht von Jersey gegründete und in Jersey unter der Nummer 97789 registrierte Gesellschaft in der Rechtsform einer public limited company. Die Geschäftsanschrift lautet 32 Commercial Street, St Helier, Jersey JE4 0QH, Channel Islands. Das Grundkapital (subscribed share capital) beträgt zum 19. November 2008 EUR 600.000.000 und ist in 60.000.000 voll einbezahlte Namensaktien (ordinary shares) zum Nennbetrag von EUR 10,- zerlegt. Alle 60.000.000 Namensaktien sind mit Stimmrecht ausgestattet. Die Oesterreichische Kontrollbank Aktiengesellschaft („OeKB“) hält 59.999.999 Aktien der MIP und ist hinsichtlich dieser Aktien als Ak-

tionärin im Aktienregister der MIP eingetragen. Die OeKB hat in direktem Zusammenhang mit dem Erwerb dieser Aktien 59.999.999 auf Inhaber lautende Austrian Depositary Certificates (im Folgenden: „Zertifikate“ bzw „ADCs“) begeben, wobei jeweils ein Zertifikat eine Aktie der MIP vertritt. Die Inhaber dieser Zertifikate können auch über die Ausübung der Stimmrechte entscheiden, die aus den von OeKB jeweils gehaltenen Aktien resultieren.

Die Zertifikate notieren seit August 2007 unter der ISIN AT0000A05W59 an der Wiener Börse im Dritten Markt, Marktsegment „other securities.at“; bei diesem Markt handelt es sich um ein Multilaterales Handelssystem (MTF) gemäß § 1 Z 9 WAG.

Eine Aktie der MIP wird von Meinl Power Management Limited (im Folgenden: „MPM“) gehalten. Die Anteile der MIP befinden sich im Streubesitz. Kein Zertifikatsinhaber hält mehr als 5% der Zertifikate und Stimmrechte der MIP.

Dem Board der MIP gehörten vor der außerordentlichen Hauptversammlung vom 14. November 2008 folgende Personen an:

Board of Directors
Hans Haider
Georg Antesberger
Allen Fuchs
Karl Heiz
Michael B. Treichl
Simon Radford
Andrew Wignall

Im Zuge der außerordentlichen Hauptversammlung der MIP am 14. November 2008 kam es zu Zu- und Abwahlen im Board of Directors. Folgende Personen sind nunmehr im Board vertreten:

Board of Directors
Richard Boleat
Georg Baird
Wolfgang A.W. Vilsmeier
Hans-Peter Dohr
Björn Pirrwitz
Wilfried K. Hassler
Fred Duswald

MPM ist eine nach dem Recht von Jersey gegründete und in Jersey unter der Nummer 97788 eingetragene Gesellschaft. Die Geschäftsanschrift lautet 32 Commercial Street, St Helier Jersey JE4 0QH, Channel Islands. MIP hat im Juni 2007 ein Investment Management Agreement mit MPM abgeschlossen. Nach dieser Vereinbarung ist MPM verpflichtet, bestimmte Aufgaben hinsichtlich der Anbahnung, Durchführung und Verwaltung von Investitionen für MIP zu übernehmen. MPM verfügt hierbei über ein Vorschlagsrecht an MIP, während MIP Weisungsrechte gegenüber MPM hinsichtlich der Ausübung der Dienstleistungen zustehen. Die letztendlichen Entscheidungen über die Durchführung von Investitionen der MIP

stehen dem Board of Directors der MIP zu. Gesellschafter der MPM sind zu zwei Drittel die Meinl Bank AG und zu einem Drittel Mag. Karl-Heinz Grasser.

Zwischen den Organen der MIP und denen der MPM bestehen keine personellen Verflechtungen. Wirtschaftlich sind die beiden Gesellschaften ausschließlich im Rahmen des Investment Management Agreement sowie durch die Beteiligung der MPM an MIP im Ausmaß einer Aktie verbunden. MPM hält keine Zertifikate der MIP.

MPM hat einzelne Dienstleistungen, die sie für MIP erbringt, an eine 100%-Tochtergesellschaft, Meinl Power Management SK, s.r.o (im Folgenden „MPM SK“) mit Sitz in der Slowakei ausgelagert; dies geschah mit Zustimmung der MIP. Die interne Übertragung findet aufgrund eines Service Agreement statt, wobei nur ein eingeschränkter Bereich der von MPM gegenüber MIP zu erbringenden Dienstleistungen an MPM SK ausgelagert wurde. MPM SK erbringt die Leistungen lediglich an MPM. MPM bleibt auch für die ausgelagerten Dienstleistungen Schuldnerin der MIP. Es bestehen keine weiteren personellen Verflechtungen zwischen MIP und MPM SK.

Mit Schreiben vom 29. September 2008 beantragte MIP, die Übernahmekommission (im Folgenden „ÜbK“) möge gemäß § 29 ÜbG dazu Stellung nehmen, ob

1. derzeit auf MIP das Übernahmegesetz bei Notierung im Dritten Markt an der Wiener Börse anwendbar sei;
2. auf MIP das Übernahmegesetz Anwendung finden würde, sofern die Zertifikate der MIP zum Geregelten Markt zugelassen wären.

2. Vorbringen der Partei

Die Antragstellerin bringt in ihrem Schreiben vom 29. September 2008 vor, dass das österreichische Übernahmegesetz auf MIP keine Anwendung finde, da die Zertifikate auf Aktien der MIP lediglich zum Handel im „Dritten Markt“ der Wiener Börse zugelassen seien und dieses Marktsegment keinen geregelten Markt an einer österreichischen Börse iSd § 2 ÜbG darstelle.

Zur zweiten Frage führt die Antragstellerin aus, dass das Übernahmegesetz auch bei einer Zulassung und Notierung der die Aktien der MIP vertretenden Zertifikate zum Handel an einem geregelten Markt an einer österreichischen Börse nicht anwendbar sei, da es sich bei MIP nicht um eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland iSd § 2 ÜbG handle. Auch der Teilanwendungsbereich des § 27c ÜbG sei auf MIP nicht anwendbar, da die Gesellschaft nicht über den hierfür erforderlichen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem Vertragsstaat des EWR verfüge.

II. Rechtliche Beurteilung

1. Derzeitige Anwendbarkeit des ÜbG auf MIP

§ 2 ÜbG bestimmt den sachlichen Geltungsbereich des Übernahmegesetzes. Für eine Vollanwendung des Übernahmegesetzes ist ein Inlandsbezug in zweierlei Hinsicht erforderlich. Die Zielgesellschaft muss einerseits ihren Sitz in Österreich haben und andererseits müssen ihre Beteiligungspapiere an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sein.

Seit dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2007 – GesRÄG 2007 (BGBl I Nr 72/2007) verweist § 1 Z 8 ÜbG für die Definition eines geregelten Marktes auf § 1 Abs 2 BörseG. § 1 Abs 2 BörseG definiert den geregelten Markt als ein von einem Börseunternehmen im Inland oder einem Marktbetreiber in einem Mitgliedstaat betriebenes oder verwaltetes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems nach nicht-diskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt oder das Zusammenführen fördert, die zu einem Vertrag über Finanzinstrumente führt, die gemäß den Regeln und Systemen des Marktes zum Handel zugelassen wurden. Der geregelte Markt muss eine Konzession erhalten haben und gemäß jenen Vorschriften des Herkunftsmitgliedstaates ordnungsgemäß funktionieren, die dem Titel III der Richtlinie 2004/39/EG entsprechen.

Die FMA ist gemäß § 76 BörseG verpflichtet, ein **Verzeichnis der geregelten Märkte** zu führen. Dieses Verzeichnis ist den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission zu übermitteln. Als geregelte Märkte sind für Österreich der Amtliche Handel und der Geregelte Freiverkehr im Sinne des Börsengesetzes verzeichnet (siehe Information der Mitgliedstaaten 2007/C 38/07).

Seit dem Inkrafttreten des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007 (BGBl I Nr 60/2007) wird nunmehr in § 1 Z 8 und 9 WAG zwischen dem Betrieb geregelter Märkte und dem Betrieb Multilateraler Handelssysteme (MTF) unterschieden: Ein Multilaterales Handelssystem (MTF) ist ein von einer Wertpapierfirma oder einem Marktbetreiber betriebenes multilaterales System, das die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems nach nicht-diskretionären Regeln in einer Weise zusammenführt, die zu einem Vertrag gemäß den Bestimmungen des Titels II der Richtlinie 2004/39/EG führt, **jedoch kein geregelter Markt ist**. Die Unterscheidung zwischen dem Betrieb geregelter Märkte und dem Betrieb Multilateraler Handelssysteme (MTF) hat auch zur Streichung der Bestimmung des § 69 BörseG betreffend den unregulierten „Dritten Markt“ geführt, da dieser nunmehr als **MTF, das kein geregelter Markt ist**, geführt wird (vgl § 1 Abs 1 der *Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes* der Wiener Börse AG).

Vom Gesetzeswortlaut des § 2 ÜbG sind daher Gesellschaften im MTF (ehemals „Dritter Markt“) nicht umfasst, weswegen die direkte Anwendbarkeit des Übernahmegesetzes auf die in diesem Segment notierte MIP ausscheidet.

In Frage kommt jedoch grundsätzlich auch eine analoge Anwendung der übernahmerechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Anleger im MTF. Durch die Hinwendung an ein breites Publikum am Kapitalmarkt mittels öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren sowie deren freie Handelbarkeit, die durch die Notierung an einer österreichischen Börse gewährleistet ist, erscheinen die Interessen der Anleger im MTF vielfach nicht weniger schützenswert als jene im Amtlichen Handel oder im Geregeltten Freiverkehr. Das ÜbG soll nämlich prinzipiell all jenen Aktionären zugute kommen, die eine **Veranlagung in handelbaren Wertpapieren** erworben haben. Grundgedanke des Übernahmerechts ist damit der Anlegerschutz (so auch *Winner*, Zielgesellschaft 49 f).

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dem historischen Gesetzgeber durchaus bewusst war, dass der Anwendungsbereich des ÜbG nicht alle handelbaren Beteiligungspapiere umfasst: Dies ergibt sich aus den Ausführungen in den Materialien zum Geltungsbereich des Übernahmegesetzes (vgl nur EB zu RV 1276 BlgNR XX.GP 24). Entsprechend dem damaligen Richtlinienvorschlag der EU über öffentliche Übernahmeangebote in der Fassung vom 10. November 1997 [Kom(97)565 endg] wurde bewusst der Dritte Markt (bzw „sonstige Handel“) nicht dem übernahmerechtlichen Schutz unterworfen.

Auch Artikel 1 der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote stellt beim Anwendungsbereich der Regelungen für Übernahmeangebote auf den geregelten Markt ab.

Es sind für den 2. Senat keinerlei Anhaltspunkte erkennbar, die auf eine Änderung der Regelungsabsicht des Gesetzgebers – etwa im Zuge der Novellierung des Übernahmerechts durch das ÜbRÄG 2006 – hindeuten.

Ist für einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Rechtsfolge von der Gesetzgebungsinstanz absichtlich abgelehnt worden, fehlt es jedenfalls an der Gesetzeslücke und daher an der Möglichkeit ergänzender Rechtsfindung (*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 475).

Die für eine Analogie notwendige Voraussetzung einer planwidrigen Lücke liegt daher im gegenständlichen Fall nicht vor.

Nach Ansicht des 2. Senats liegt im konkreten Fall auch keine Umgehungsgefahr vor, da MIP seit Börsengang im Dritten Markt gelistet war und nicht etwa der Versuch unternommen wurde, sich dem übernahmerechtlichen Anwendungsbereich zu entziehen (vgl dazu GZ 2006/3/4 – 17).

Neben der direkten Anwendung scheidet daher auch die analoge Anwendung des Übernahmerechts auf MIP aus.

2. Anwendbarkeit des ÜbG auf MIP bei Listing im Geregelten Markt an der Wiener Börse

Bei der zweiten Fragestellung der Antragsteller handelt es sich nach Ansicht des 2. Senates um eine Rechtsfrage zu einem rein hypothetischen Sachverhalt. Die Antragstellerin hat weder begründet vorgebracht, dass ein Wechsel der Notierung in den geregelten Markt unmittelbar bevorsteht, noch, dass dieser auch nur angedacht sei.

In Einklang mit der bisherigen Praxis der ÜbK sieht der 2. Senat daher derzeit keine Veranlassung, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

Abschließend weist der 2. Senat darauf hin, dass seine Stellungnahmen gemäß § 29 Abs 1 ÜbG keine rechtliche Bindungswirkung entfaltet. Darüber hinaus verweist der Senat auf den Umstand, dass er bei der vorliegenden Stellungnahme von der Richtigkeit und Vollständigkeit der von der Antragstellerin vorgelegten Informationen ausgegangen ist.

Wien, am 19. November 2008

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
für den 2. Senat der Übernahmekommission