



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 2009/2/3 - 17

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 RA Dr. Sieglinde Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag der A-AG betreffend ein allfälliges gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG der B-GmbH, C-GmbH, A-AG, D-AG, E-AG und Herrn F durch den Abschluss einer Restrukturierungsvereinbarung und entsprechendes Stimmverhalten in der Hauptversammlung der Z-AG am xx. xx. 2009 folgende

Stellungnahme

ab:

Die Ausübung der Stimmrechte durch die betreffenden Aktionäre im Sinne der Restrukturierungsvereinbarung begründet kein gemeinsames Vorgehen dieser Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG.

I. Antragstellung, Parteilvorbringen und zugrunde gelegter Sachverhalt

1. Antragstellung

Nach mehreren Gesprächen zwischen der Übernahmekommission (im Folgenden: „ÜbK“) und den in die Transaktion unmittelbar involvierten Rechtsträgern stellte die A-AG den Antrag, die ÜbK möge dazu Stellung nehmen, ob B-GMBH, C-GmbH, A-AG, D-AG, E-AG und Herr F im Falle des Abschlusses einer der ÜbK vorgelegten Restrukturierungsvereinbarung sowie bei entsprechender Ausübung der diesen Rechtsträgern jeweils zukommenden Stimmrechte in der kommenden Hauptversammlung der Z-AG (im Folgenden: „Z-AG“ oder „Zielgesellschaft“) als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren wären. Sollte die ÜbK ein gemeinsames Vorgehen der vorgenannten Rechtsträger bejahen,

so möge sie dazu Stellung nehmen, ob im vorliegenden Fall das Sanierungsprivileg des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG geltend gemacht werden könne.

2. Parteilvorbringen

Die Antragstellerin legte in ihrem Antrag dar, dass im vorliegenden Fall die Restrukturierungsvereinbarung und das damit einhergehende Stimmverhalten in der kommenden Hauptversammlung zwar als Absprache im übernahmerechtlichen Sinn zu qualifizieren sei. Um den Tatbestand des § 1 Z 6 ÜbG zu erfüllen, müsse die Absprache aber auf die Erlangung der Kontrolle über die Zielgesellschaft gerichtet sein. Im vorliegenden Fall ziele der Abschluss der Restrukturierungsvereinbarung und das damit einhergehende Stimmverhalten in der Hauptversammlung jedoch ausschließlich darauf ab, Z-AG vor der Insolvenz zu retten. Es erfolge daher lediglich eine einmalige Abstimmung, die Basis dafür sei, Z-AG nachhaltig zu sanieren.

Im Vordergrund stehe dabei die Entflechtung der beiden Unternehmensgruppen G-GmbH und Z-AG, die Entschuldung der Zielgesellschaft durch den Wegfall der gesamten Akquisitionsförderung sowie die Zuführung liquider Mittel in Höhe von bis zu EUR 31 Mio durch A-AG. Durch die Umsetzung des Sanierungskonzeptes würden weder Aufsichtsratsmitglieder bestellt oder abberufen, noch die Unternehmensführungsstrategien festgelegt werden, noch werde in sonstiger Weise in die Geschäftsführung eingegriffen. B-GmbH, C-GMBH, D-AG, E-AG und Herr F seien daher keine gemeinsam vorgehenden Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG.

Selbst wenn die genannten Personen als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren seien, würde dies die Angebotspflicht nicht auslösen, da diesfalls das Sanierungsprivileg gem § 25 ÜbG zur Anwendung komme.

Obwohl es im vorliegenden Fall nicht um einen Aktienwerb zu Sanierungszwecken gehe, der ohne die Anwendung des Sanierungsprivilegs ein Pflichtangebot auslösen würde, sondern vielmehr um eine Absprache zum Abschluss der Restrukturierungsvereinbarung und der damit einhergehenden gleichförmigen Stimmrechtsausübung, sei § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG analog heranzuziehen. Denn wenn schon der Erwerb von Aktien zu Sanierungszwecken eine Ausnahme von der Angebotspflicht rechtfertige, müsse dies umso mehr gelten, wenn es um die Frage der wechselseitigen Zusammenrechnung von Stimmrechten aufgrund gemeinsamen Vorgehens zwecks Sanierung einer Gesellschaft gehe.

Um das Sanierungsprivileg geltend machen zu können, müsse ein objektiv feststellbarer Sanierungsbedarf sowie die Sanierungsabsicht des Bieters bzw der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger vorliegen. Im vorliegenden Fall sei zwar ein Insolvenzantrag noch nicht gestellt worden. Ohne diese Absprache müsste aber ein solcher unmittelbar gestellt werden, da bereits der Insolvenzeröffnungstatbestand der Überschuldung gegeben sei und lediglich auf-

grund der Sanierungsverhandlungen und der Aussichten auf Erfolg eine positive Fortbestehensprognose gegeben sei.

Auch die Sanierungsabsicht gehe ganz klar aus dem vorliegenden Sanierungskonzept hervor und manifestiere sich insbesondere in der Übernahme der strukturierten Akquisitionsfinanzierung durch die Erwerbsgesellschaften, im Verzicht der Banken, in der damit einhergehenden Entschuldung der Z-AG sowie in der Weiterfinanzierung der Zielgesellschaft in Höhe von bis zu EUR 31 Mio durch A-AG.

Die Gleichbehandlung der Aktionäre sei gewahrt. Zwar werde D-AG und E-AG als einzigen Aktionären ein Austrittsrecht gewährt. Dies sei aber gerechtfertigt, da diese beiden Aktionäre gleichzeitig bereit seien, G-GmbH samt vormaliger Akquisitionsfinanzierung zu übernehmen, den kaufpreisfinanzierenden Banken darüber hinaus eine Besserung in Form eines Fruchtgenussrechts einzuräumen, die maßgeblichen Geschäftsanteile an den Erwerbsgesellschaften sowie an der G-GmbH zugunsten der kaufpreisfinanzierenden Banken zu verpfänden und als Branchenkenner die industrielle Führung der G-GmbH zu übernehmen.

3. Sachverhalt

Z-AG ist eine Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind.

An der Zielgesellschaft sind derzeit **B-GmbH**, **C-GmbH** eine 100% Gesellschaft von Herrn B, mit > 30%, **D-AG**, eine von **I-GmbH** beherrschte Gesellschaft, mit > 10%, die durch I-GmbH kontrollierte **E-AG** eingetragen mit rund > 5% und die **J-AG** mit rund > 5% beteiligt. Die übrigen Aktien befinden sich im Streubesitz. **A-AG** hält derzeit über eine Stiftung eine Beteiligung von rund < 5% an der Zielgesellschaft.

Aktionär	%
B-GmbH und C-GMBH	> 30
I-GmbH	> 10
E-AG	> 5
J-AG	> 5
A-AG	< 5
Streubesitz	> 40

Z-AG erwarb die G-GmbH um rund EUR 220 Mio von H-KG. Davon wurden EUR 50 Mio aus Eigenmitteln und EUR 173 Mio durch Fremdmittel über ein Bankenkonsortium, unter anderen Banken auch die A-AG, (im Folgenden auch: „kaufpreisfinanzierende Banken“) finanziert. Z-AG erzielte im Geschäftsjahr 2008 einen Gesamtjahresumsatz von rund EUR 1,08 Mrd (darin einbezogen rund EUR 327 Mio Umsatzerlöse der G-GmbH nach Eingliederung in die Z-AG Gruppe); G-GmbH wies einen Gesamtjahresumsatz für das Geschäftsjahr 2008 von rund EUR 1,33 Mrd auf.

Wenige Monate nach dem Erwerb der G-GmbH führten die Auswirkungen der Finanzkrise zu erheblichen finanziellen Schwierigkeiten bei den beiden Gesellschaften. Durch anhaltende massive Umsatzeinbrüche und trotz sofort eingeleiteter Kostensenkungsmaßnahmen war der Zielgesellschaft eine entsprechende Bedienung der Kreditlinien nicht mehr möglich. Das daraufhin mit den kaufpreisfinanzierenden Banken ausgearbeitete Sanierungskonzept zur Abwendung des derzeit bestehenden Insolvenzrisikos sieht die Herauslösung und vollständige Trennung der G-GmbH aus Z-AG unter Entschuldung der Zielgesellschaft vor. Die Transaktion stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:

1. Verkauf sämtlicher im Eigentum der Z-AG stehender Anteile an der G-GmbH. Ausgenommen sind lediglich zwei Werke, die bei Z-AG verbleiben. Käufer dieser Anteile ist zu < 90% die Q-GmbH und zu > 10% die von E-AG neu zu gründende E-AG GmbH wobei Q-GMBH im Alleineigentum und die von der E-AG neu zu gründende E-AG GmbH indirekt im Mehrheitseigentum der I-GmbH stehen. Die Anteile werden zugunsten der kaufpreisfinanzierenden Banken verpfändet. Im Zusammenhang mit der Festsetzung des Unternehmenswertes der G-GmbH wurde ein Bewertungsgutachten erstellt. Dieses Bewertungsgutachten ergab einen Unternehmenswert in einer Bandbreite von rund EUR 70 bis 110 Mio.
2. Übertragung der von der G-GmbH Holding AG emittierten und ausstehenden Schuldverschreibungen an Q-GMBH.
3. Strukturierung der Akquisitionsfinanzierung und Übernahme der strukturierten Akquisitionsfinanzierung durch Q-GMBH und E-AG GmbH von Z-AG in Form einer privaten Schuldübernahme (EUR 70 Mio zzgl Zinsen in Form eines Senior Loans und EUR 40 Mio zzgl Zinsen in Form eines Subordinated Loans [nachrangig iSd § 67 Abs 3 KO]. Auf den Rest der Akquisitionsfinanzierung in Höhe von EUR 59,5 Mio zzgl Zinsen verzichten die kaufpreisfinanzierenden Banken).
4. Übertragung der Z-AG-Aktien der D-AG und der E-AG an eine Konzerngesellschaft der A-AG.
5. Übertragung von 25 % der strukturierten Akquisitionsfinanzierung von den kaufpreisfinanzierenden Banken an D-AG und E-AG.

6. Einräumung eines Fruchtgenussrechts an die kaufpreisfinanzierenden Banken dergestalt, dass bei einem Verkauf der G-GmbH der EUR 110 Mio zzgl Zinsen übersteigende Veräußerungserlös zwischen den neuen Eigentümern und den kaufpreisfinanzierenden Banken im Verhältnis 51:49 aufgeteilt wird.
7. Aus einem anhängigen Schiedsverfahren überträgt Z-AG 50% der allfälligen Ansprüche aus einer möglichen Minderung des Kaufpreises der G-GmbH an die kaufpreisfinanzierenden Banken. Der Ausgang des Verfahrens ist aufgrund des noch frühen Verfahrensstadiums jedoch nicht vorhersehbar.
8. Gewährung einer neuen Betriebsmittelfinanzierung von bis zu EUR 31 Mio durch A-AG an Z-AG im Zeitraum bis zum 31. März 2010.
9. Sicherungsübereignung von 16 % Z-AG-Aktien der B-GmbH an einen Treuhänder zur Besicherung der durch A-AG gewährten neuen Betriebsmittelfinanzierung an Z-AG. Als Treuhänder soll Herr F eingesetzt werden. Der Treuhandvertrag soll zwischen B-GmbH und Herrn F unter Beitritt der A-AG als Sicherungsnehmerin abgeschlossen werden. Herr F soll hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts grundsätzlich weisungsfrei sein und die Stimmrechte „im Interesse der Z-AG Holding“ ausüben. Herr B soll lediglich bei Kapitalmaßnahmen und Entscheidungen, die unter die Holzmüller/Gelatine-Doktrin fallen, ein Weisungsrecht hinsichtlich der Stimmrechtsausübung sowie ein einmaliges Ablehnungsrecht bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern haben. Ein Weisungsrecht der A-AG an Herrn F soll ausdrücklich ausgeschlossen werden. Herr F steht weder zu Herrn B noch zu A-AG in einem Naheverhältnis.

Die beteiligten Parteien haben dieses Sanierungskonzept in Form einer Restrukturierungsvereinbarung ausgearbeitet und beschlossen. Die hierfür notwendigen Hauptversammlungsbeschlüsse sollen im Rahmen einer außerordentlichen Hauptversammlung gemeinsam gefasst werden.

Die Beteiligungsstruktur an Z-AG stellt sich nach den durchgeführten Restrukturierungsmaßnahmen wie folgt dar:

Aktionär	%
A-AG	< 25
B-GmbH und C-GMBH	> 15
Herr F	> 15
J-AG	> 5

Streubesitz	> 40
-------------	------

II. Rechtliche Beurteilung

An die Qualifikation des gemeinsamen Vorgehens von Rechtsträgern sind zahlreiche übernahmerechtliche Folgen geknüpft. Neben der Haftung der mit einem Bieter gemeinsam vorgehenden Rechtsträger für den Angebotspreis eines Übernahmeangebotes ist die wohl praktisch bedeutsamste Rechtsfolge die wechselseitige Zurechnung bzw Zusammenrechnung der von den gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern an einer Zielgesellschaft gehaltenen Beteiligungen gem § 23 Abs 1 ÜbG. Halten die betreffenden Aktionäre dabei zusammenge-rechnet mehr als 30% der ständig stimmberechtigten Aktien an der Zielgesellschaft und ü-berschreiten sie somit die Kontrollschwelle gem § 22 Abs 2 ÜbG, so löst die Bildung einer Gruppe von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern für jeden einzelnen Beteiligten grund-sätzlich die Angebotspflicht aus. Diese Rechtsfolge tritt unabhängig davon ein, ob die Ge-sellschaft bereits zuvor von einem Aktionär kontrolliert wurde, oder ob es sich um eine bisher nicht beherrschte Gesellschaft gehandelt hat.

Herr B verfügt mittelbar über > 30% der ständig stimmberechtigten Aktien der Zielgesell-schaft und damit über eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 2 ÜbG. Daneben ist seit geraumer Zeit I-GmbH im Ausmaß von rund 20% mittelbar über D-AG und E-AG, an der sie eine kontrollierende Beteiligung iHv mehr als 55% der Stimmrechte hält, an der Zielgesell-schaft beteiligt. A-AG hält derzeit < 5% der Stimmrechte an Z-AG.

Treffen diese Aktionäre – bzw Herr F nach Übertragung des 16%-Pakets durch B-GmbH – Absprachen über die Ausübung ihrer Stimmrechte an der Zielgesellschaft und bilden eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, so kommt es zu einem Wechsel der Beherr-schungsverhältnisse bei Z-AG. Da diese Rechtsträger über Beteiligungen verfügen, die ih-nen unter der dann gem § 23 Abs1 ÜbG gebotenen Zusammenrechnung insgesamt einen beherrschenden Einfluss über Z-AG vermitteln, trifft sie – sofern keine Ausnahmeregelung gem § 25 ÜbG Anwendung findet – die Angebotspflicht gem § 22a Z 1 ÜbG. Zu untersuchen ist daher, ob Herr B über B-GmbH, I-GmbH, A-AG sowie Herr F aufgrund der Durchführung der beabsichtigten Transaktion als iSd § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vorgehend zu qualifizieren sind.

Die gemeinsame Planung der gegenständlichen Transaktion durch die beteiligten Rechtsträ-ger beinhaltet die gegenseitige Verpflichtung, bei der kommenden Hauptversammlung der Zielgesellschaft für die Durchführung der Transaktion zu stimmen. Die Restrukturierungsver-einbarung normiert eine Wohlverhaltensverpflichtung der Parteien gegenüber den anderen Beteiligten sowie die Verpflichtung, in der Hauptversammlung für die Herauslösung der G-

GmbH zu stimmen. Eine solche Verpflichtung zwischen den Aktionären stellt eine Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG dar.

Der als Treuhänder vorgesehene Herr F ist nicht schon deshalb vom Kreis allenfalls gemeinsam vorgesehener Rechtsträger ausgenommen, weil er zum Zeitpunkt der kommenden Hauptversammlung, die über die Durchführung der Transaktion entscheiden soll, noch keine Stimmrechte an Z-AG hält. Vielmehr kommt Herrn F bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Transaktion eine bedeutende Rolle zu, da ihm 16% der Stimmrechte der Zielgesellschaft übertragen werden und er diese für die Dauer der Sicherungsübereignung „im Interesse der Zielgesellschaft“ ausüben können soll. Schon aus diesem Grund wird Herr F in die folgenden Erwägungen des 2. Senats miteinbezogen.

Ebenso bewirkt das unmittelbare Ausscheiden von D-AG und E-AG durch die Übertragung des gesamten Stimmrechtsanteils im Ausmaß von ca 20% an A-AG nicht von Vornherein, dass I-GmbH nicht mehr mit B-GmbH, A-AG und Herrn F gemeinsam vorgeht, da auch fremdnütziges Handeln und die Unterstützung der Kontrollerlangung durch einen anderen Aktionär bzw andere Gruppe von Aktionären als gemeinsames Vorgehen qualifiziert werden kann (vgl ÜbK vom 31.1.2008, GZ 2007/3/3-35). Entscheidend bleibt daher, ob die übrigen Aktionäre gemeinsam die Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangen.

Gem § 1 Z 6 ÜbG gehen Rechtsträger dann gemeinsam vor, wenn sie auf Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte. Mit der Erlangung der Kontrolle wird im Allgemeinen auch deren Ausübung bzw eine gewisse Dauerhaftigkeit einhergehen. Sollte aber eine Abstimmung bloß erfolgen, um einen Beschluss zu fassen, der nicht auf die dauernde Beeinflussung der Geschäftsführung abzielt, führt dies ausweislich der Materialien nicht zum gemeinsamen Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG (1334 BlgNr 22. GP, 5).

Die Beschlussfassung über die Ausgliederung wesentlicher Teile eines Unternehmens kann grundsätzlich Ausdruck der Beherrschung einer Gesellschaft sein und insofern eine kontrollrelevante Maßnahme darstellen. Insofern kann die von B-GmbH, I-GmbH, und A-AG angedachte Ausgliederung der G-GmbH, deren Umsatz auf Jahresbasis etwa zwei Drittel des Gesamtumsatzes der Z-AG Gruppe ausmacht, schon aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung aus übernahmerechtlicher Sicht relevant sein. Zu beachten ist darüber hinaus, dass auch bereits die einmalige Absprache über die Ausübung der Stimmrechte, die eine nachhaltigen Einflussnahme auf die Zielgesellschaft ermöglicht, zur Angebotspflicht führen kann (*Winner*, ÖJZ 2006, 663; *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz², § 1 Rz 68). So kann insb schon die gemeinsame Wahl von Mitgliedern in den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft zu einer gemeinsamen Beherrschung des Unternehmens führen.

Im konkreten Fall ist aber zu berücksichtigen, dass die Ausgliederung der G-GmbH Teil eines Gesamtkonzeptes zur Restrukturierung der Z-AG darstellt, die notwendig ist, um die Insolvenzgefahr der Zielgesellschaft abzuwenden. B-GmbH, A-AG und I-GmbH haben die Ab-

sicht, die Zielgesellschaft zu retten und deren Fortbestand zu sichern. Es ist nicht beabsichtigt, wesentliche Vermögenswerte der Zielgesellschaft untereinander aufzuteilen.

Die vorliegende Transaktion soll die Zielgesellschaft in einem für sie schwierigen wirtschaftlichen Umfeld vor der drohenden Insolvenz bewahren und liegt daher grundsätzlich im Interesse aller Aktionäre der Zielgesellschaft. Dies wird im konkreten Fall insb dadurch deutlich, dass die kaufpreisfinanzierenden Banken auf Forderungen gegenüber der Zielgesellschaft iHv rund EUR 60 Mio verzichten und die die Z-AG bisher kontrollierende B-GmbH 16% der Z-AG-Aktien zur Besicherung einer neu gewährten Kreditlinie der A-AG iHv bis zu EUR 31 Mio an einen Treuhänder überträgt. I-GmbH wird zwar unter Abgabe ihres Anteils an Z-AG die G-GmbH übertragen, übernimmt dafür jedoch auch die offenen Verbindlichkeiten der Z-AG in Höhe von EUR 110 Mio. Die beabsichtigte Trennung und Entschuldung liegt keineswegs nur im Interesse von A-AG, B-GmbH oder I-GmbH, sondern sichert den Fortbestand der Zielgesellschaft und dient somit auch den Vermögensinteressen der übrigen Aktionäre der Z-AG. Besonders berücksichtigungswert ist auch, dass der Erwerb der G-GmbH erst kürzlich erfolgte; unmittelbar danach verschlechterte sich das wirtschaftliche Umfeld derart, dass der Unternehmensgruppe die Insolvenz droht. Die Ausgliederung der G-GmbH soll die Struktur der Z-AG vor deren Erwerb wieder herstellen. Von einer Zerschlagung langjähriger Unternehmensstrukturen durch die Verfolgung von Sonderinteressen einer Aktionärsgruppe, die allenfalls Indiz für ein gemeinsames Vorgehen darstellen könnte, kann daher nach Ansicht des 2. Senats nicht die Rede sein.

Die Vereinbarung der Aktionäre über die Ausübung der Stimmrechte in dieser besonderen Situation zur Rettung der Zielgesellschaft führt daher nicht zum gemeinsamen Vorgehen dieser Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG, sofern keine weiteren Anknüpfungspunkte für eine beabsichtigte gemeinsame Kontrollausübung gegeben sind.

Solche Anhaltspunkte liegen auf Grundlage der von den Antragstellern vorgelegten Informationen im konkreten Fall jedoch nicht vor. Durch die beabsichtigte Transaktion wird die Beherrschung der Zielgesellschaft durch B-GmbH beendet und damit das bisherige Kontrollverhältnis – zumindest für die Dauer der Sicherungsübereignung von 16% an Herrn F – beseitigt. Gegen ein gemeinsames Vorgehen zur Durchführung der Restrukturierung spricht weiters die Einsetzung eines unabhängigen Treuhänders, der die an ihn übertragenen Stimmrechte – abgesehen vom eingeschränkten Weisungsrecht durch Herrn B – im Interesse der Zielgesellschaft ausüben soll. Stimmrechtsvereinbarungen zwischen A-AG, B-GmbH oder Herrn F für die Zeit nach der kommenden Hauptversammlung wurden nicht getroffen; insb erhält A-AG gemäß der Sicherungsvereinbarung keinerlei Weisungsrecht betreffend die Ausübung der an den Treuhänder übertragenen Stimmrechte. Es besteht auch kein Naheverhältnis zwischen Herrn F und der A-AG.

Ob der dem Treuhänder zu übertragende Anteil nach wie vor zumindest teilweise der B-GmbH zuzurechnen ist, oder ob der 16%ige Stimmrechtsblock als unabhängig vom bisher beherrschenden Aktionär zu qualifizieren ist, ist für die vorliegende Frage von untergeordne-

ter Bedeutung. Wesentlich ist, dass der durch Herrn F gehaltene Stimmblock jedenfalls nicht der A-AG zuzurechnen ist, da dieser explizit keinerlei Einflussrechte eingeräumt werden und zwischen B-GmbH, A-AG und Herrn F keine über die Durchführung der Restrukturierung hinausgehende Stimmrechtsvereinbarung und auch sonst keinerlei relevanten Absprachen bestehen.

Im Ergebnis kommt es nach Ansicht des 2. Senats im Rahmen der beabsichtigten Rettung der Zielgesellschaft durch Abschichtung der G-GmbH unter gleichzeitiger Entschuldung der Z-AG zu keiner Bildung einer Gruppe iSv § 22a Z 1 ÜbG und daher zu keinem Kontrollwechsel. Vielmehr ist für die Zeit der Sicherungsübereignung von einer Einschränkung der Beherrschungsmöglichkeit der B-GmbH auszugehen. Die Frage, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen des sogenannten „Sanierungsprivilegs“ gem § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG vorliegen, kann daher dahingestellt bleiben.

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 und zukünftige Änderungen im Verhalten der Aktionäre eine neuerliche Beurteilung nach dem ÜbG erforderliche machen können.

Wien, am 25. Juni 2009

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