



Übernahmekommission
Austrian Takeover Commission

**Jahresbericht
2010**

Seilergasse 8/3

A 1010 Wien

Tel. (43) 1 532 2830 – 613

Fax (43) 1 532 2830 – 650

E-Mail: uebkom@wienerbourse.at

<http://www.takeover.at>

Inhaltsübersicht

I. Das Wichtigste aus dem Jahr 2010	3
II. Das Österreichische Übernahmerecht	4
1. Allgemeines	4
2. Die Novelle des Übernahmegesetzes – ÜbRÄG 2006	4
3. Grundsätze des ÜbG	5
III. Die Organisation der ÜbK	5
IV. Internationale und nationale Übernahmeaktivitäten	8
V. Tätigkeitsbericht	9
1. Einzelverfahren in den Senaten	9
(a) Öffentliche Übernahmeangebote	9
(b) Ausnahmen von der Angebotspflicht gem § 25 ÜbG	13
(c) Verfahren gem § 26b ÜbG	14
(d) Verfahren gem §§ 27b und 27c ÜbG	14
(e) Stellungnahmen gem § 29 ÜbG	15
(f) Feststellungsverfahren gem § 33 ÜbG	20
(g) Strafverfahren gem § 35 ÜbG	21
(h) Sonstige Verfahren	21
2. Beratung und Auskünfte, Serviceorientierung der Behörde	21
3. Information der Öffentlichkeit	22
4. Amtswegige Überwachung gem § 29 ÜbG	22
5. Sonstige Tätigkeiten – Arbeitsgruppen	23
6. Kontakte mit Behörden auf nationaler und internationaler Ebene	24
VI. Ausblick auf das Jahr 2011	24
VII. Danksagung	25
VIII. Anhang	27
1. Mitglieder der ÜbK während des Geschäftsjahrs 2010	27
2. Mitarbeiter der Geschäftsstelle	27
3. Statistik	28



Übernahmekommission

Austrian Takeover Commission

Jahresbericht 2010

I. Das Wichtigste aus dem Jahr 2010

Im Jahr 2010 ist die Zahl der vor den Senaten der Übernahmekommission („ÜbK“) anhängigen **Verfahren** (Übernahmeverfahren, Anzeigeverfahren, Feststellungsverfahren etc) im Vergleich zu 2009 wieder auf das Niveau der Vorjahre gefallen (2006:12, 2007:14, 2008:12, 2009:22, 2010:14). Die Mehrzahl der geführten Senatsverfahren betraf auch im Jahr 2010 wieder **Stellungnahmen** gem § 29 ÜbG zu unterschiedlichen Rechtsfragen.

Im Jahr 2010 wurden zwei Übernahmeverfahren durchgeführt: die Übernahme der ECO Business-Immobilien AG durch conwert Immobilien Invest SE und die Übernahme von CA Immo International AG durch CA Immobilien Anlagen Aktiengesellschaft. Zwei weitere geplante Übernahmeverfahren konnten nicht zu Ende gebracht werden: Der Übernahmever such von C-Quadrat Investment AG durch F&C Asset Management plc wurde nach der Anzeige des Angebots bei der ÜbK abgebrochen; die Übernahme von Constantia Packaging AG durch Sulipo Beteiligungsverwaltungs GmbH bzw One Equity Partners scheiterte (vorläufig) am Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung. Für die CA Immobilien Anlagen AG als Zielgesellschaft gab die UniCredit Bank Austria AG Ende 2010 die Absicht bekannt, ein freiwilliges Übernahmeangebot gem § 4 ÜbG stellen zu wollen. Das Übernahmeverfahren wird jedoch erst im ersten Quartal des Jahres 2011 durchgeführt und fällt damit in das Berichtsjahr 2011.

Das **Angebotsvolumen** ist im Jahr 2010 leicht gesunken und betrug rund MEUR 286, da wie gesagt lediglich zwei der angekündigten bzw veröffentlichten Übernahmeangebote auch beendet wurden¹. Weiters blieb – so wie auch schon in den Vorjahren – die Nachfrage nach **privilegierten Kontrollerwerben** ohne Angebotspflicht hoch.

Im Anhang zum Jahresbericht findet sich eine statistische Jahresübersicht über verschiedene Aspekte der Tätigkeit der ÜbK im Jahr 2010² (siehe dazu VIII.3).

¹ Unter Einbeziehung der Volumina der nicht beendeten Übernahmen von C-Quadrat Investment AG und Constantia Packaging AG würde sich das Gesamtangebotsvolumen des Jahres 2010 auf rund MEUR 367 erhöhen.

² Eine Statistik der Tätigkeit der ÜbK in den Jahren 1999 bis 2008 finden Sie im Jahresbericht 2008.

II. Das Österreichische Übernahmerecht

1. Allgemeines

Das **Übernahmegesetz 1998** wurde zunächst als politische Reaktion auf die feindliche Übernahme der Creditanstalt durch die Bank Austria eingeführt; damit sollte das österreichische Kapitalmarktrecht an internationale Standards angepasst werden und die Attraktivität des Börseplatzes Wien sowohl für inländische als auch ausländische Anleger gesteigert werden.

Das Hauptanliegen einer Kodifikation des „gelebten“ Übernahmerechts lag in der Bereitstellung eines geordneten Verfahrens für öffentliche Übernahmeangebote, insbesondere im Interesse der betroffenen Aktionäre, aber auch der Bieter und der börsennotierten Unternehmen selbst.

2. Die Novelle des Übernahmegesetzes – ÜbRÄG 2006

Im Jahr 2006 wurde das ÜbG durch die Umsetzung der Übernahmerrichtlinie der Europäischen Union novelliert. Die **wesentliche Änderung** der Novelle bestand in der Einführung eines **formellen Kontrollbegriffs** bei einer Schwelle von 30%. Nach mittlerweile fünf Jahren Übernahmepaxis mit dem „Kontrollbegriff NEU“ hält die ÜbK an ihrer bereits anlässlich der Novellierung geäußerten Kritik an der zu hoch angesetzten Schwelle fest. Wie bereits in den vergangenen Jahresberichten ausgeführt, verfügt aufgrund der hierzulande traditionell geringen Streubesitzpräsenz ein Aktionär mit zB 25% der stimmberechtigten Aktien nicht nur über die aktienrechtliche Sperrminorität, sondern im Durchschnitt auch über die reale Hauptversammlungsmehrheit an einer österreichischen börsennotierten Aktiengesellschaft. Eine Beteiligung von knapp unter 30% der stimmberechtigten Aktien kann einem Aktionär bereits eine komfortable $\frac{3}{4}$ -Mehrheit in der Hauptversammlung vermitteln.³ Auch die durch das ARÄG 2009 eingeführte Möglichkeit der Abhaltung elektronisch unterstützter Hauptversammlungen konnte bisher nicht viel an der geringen Streubesitzpräsenz ändern. Weiters ist ein teils bewusstes „Herankaufen“ bis knapp an die Kontrollschwelle zu beobachten.

Die durch die Novelle ebenfalls eingeführte **gesicherte Sperrminorität** bei 26% hat - wie in den Jahresberichten mehrfach dargestellt - praktisch wenig Bedeutung. Die Bestimmung würde nach Auffassung der ÜbK nur dann Sinn machen, wenn diese Schwelle wesentlich tiefer angesetzt würde, zB bei 20%.

³ Detaillierte Ausführungen zur Kontrollschwelle iZm Hauptversammlungspräsenzen sind in den vorangegangenen Jahresberichten zu finden.

Die ÜbK würde weiters eine Herabsetzung der börserechtlichen Meldeschwelle gem § 91 BörseG von derzeit 5% auf 2% begrüßen,⁴ da dies die Tätigkeit der ÜbK im Rahmen ihrer amtswegigen Überwachung - insbesondere in Hinblick auf die Entwicklung von Beteiligungsverhältnissen und den verdeckten Aufbau von kontrollrelevanten Aktienpaketen - erheblich erleichtern und somit den Schutz des Streubesitzes deutlich erhöhen würde. Schließlich spricht sich die ÜbK für eine verpflichtende Zusammenrechnung von Aktien und derivativen Instrumenten, eine entsprechende verpflichtende Aufschlüsselung in den Beteiligungsmeldungen sowie eine Meldepflicht für Schuldverschreibungen aus, die statt oder neben einer Tilgung zum teilweisen oder gänzlichen Bezug von mit Stimmrechten verbundenen Aktien berechtigen.

3. Grundsätze des ÜbG

Die allgemeinen **Grundsätze des Übernahmegesetzes** sind in dessen § 3 festgehalten:

- die **Gleichbehandlung** aller Aktionäre der Zielgesellschaft;
- ausreichende **Information** und **Zeit** für alle Angebotsempfänger zur Entscheidung über das Angebot (Transparenzgebot);
- die Verpflichtung der Organe der Zielgesellschaft, im Interesse aller Aktionäre zu handeln (**Vereitelungsverbot**; vgl insbesondere § 12 ÜbG);
- die Vermeidung von Marktverzerrungen (insbesondere Insiderhandel) und
- die zügige Durchführung von Übernahmeverfahren ohne allzu lange Behinderung der Zielgesellschaft (**Beschleunigungsgebot**).

III. Die Organisation der ÜbK

Die ÜbK ist eine bei der Wiener Börse eingerichtete Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag gem Artikel 133 Z 4 B-VG. Sie ist von der Wiener Börse AG wie auch von der staatlichen Verwaltung unabhängig und unterliegt keinen Weisungen.

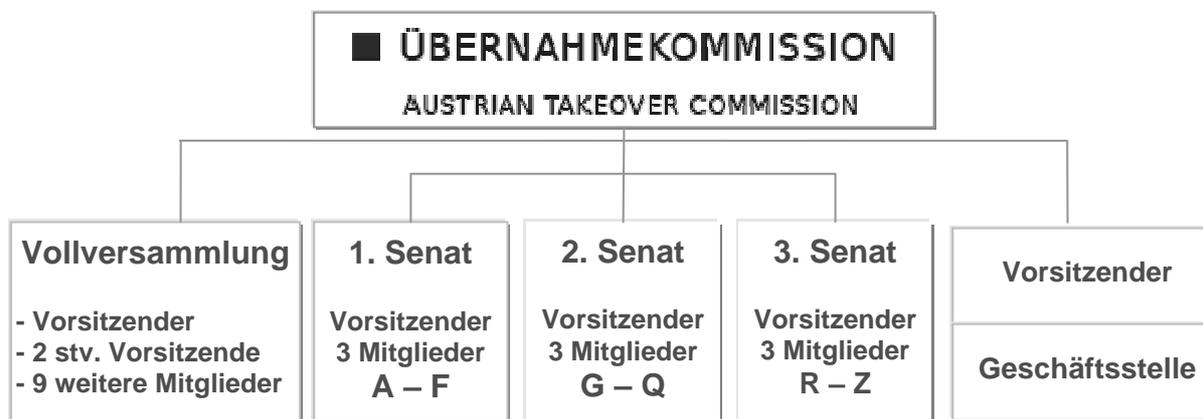
Der ÜbK gehören zwölf nebenberufliche **Mitglieder** an, die von der Bundesministerin für Justiz teilweise auf Vorschlag der Wirtschaftskammer Österreich und der Österreichischen Bundesarbeitskammer auf jeweils fünf Jahre bestellt werden. Alle Mitglieder verfügen über eine langjährige juristische oder betriebswirtschaftliche Berufserfahrung. Die ÜbK wird von einer kleinen qualifizierten **Geschäftsstelle** unterstützt, in der während des Berichtsjahres fünf Mitarbeiter (vier Vollzeitäquivalente) beschäftigt waren; zu den Mitgliedern der ÜbK sowie den Mitarbeitern der Geschäftsstelle siehe die Aufstellung im Anhang.

⁴ Zu der gemeinsam mit der FMA eingerichteten Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Transparenz am Kapitalmarkt siehe V.5.

Die **Organe** der ÜbK sind:

- **drei Senate mit je vier Mitgliedern** (inklusive einem in Wirtschaftsfragen erfahrenen Richter), welche alle Entscheidungen in Einzelfällen treffen;
- die **Vollversammlung** aller Mitglieder, die über die Geschäftsordnung und -verteilung entscheidet und generelles Beratungsgremium ist;
- der **Vorsitzende (und seine zwei Stellvertreter)**, der die Administration der ÜbK leitet, sie nach Außen vertritt und zuständiges Organ für die amtswegige Marktüberwachung ist. Er leitet auch den 1. Senat und wird bei Verhinderung in seiner Funktion als Vorsitzender der Gesamtkommission von einem der beiden stellvertretenden Vorsitzenden vertreten.

Zur **Struktur** der ÜbK siehe die nachstehende Grafik:



(Die Zuständigkeit der Senate richtet sich nach dem Anfangsbuchstaben der Zielgesellschaft)

Die ÜbK ist bemüht, ihre Tätigkeit und ihre Entscheidungen möglichst transparent zu gestalten. Dementsprechend findet man auf der **Website der ÜbK (www.takeover.at)** neben allgemeinen Informationen zur Behörde ua:

1. die **Rechtsgrundlagen** des Übernahmerechts, einschließlich der Geschäftsordnung und der Geschäftsverteilung der ÜbK;
2. Veröffentlichungen im Zusammenhang mit **laufenden Angebotsverfahren** (Angebotsunterlagen, Vorstandsäußerungen, etc) sowie vielfältige Literaturhinweise und Links zum Thema Übernahmerecht;
3. **Pressemitteilungen** zur raschen Information der Marktteilnehmer;
4. wichtige **Entscheidungen** der ÜbK.

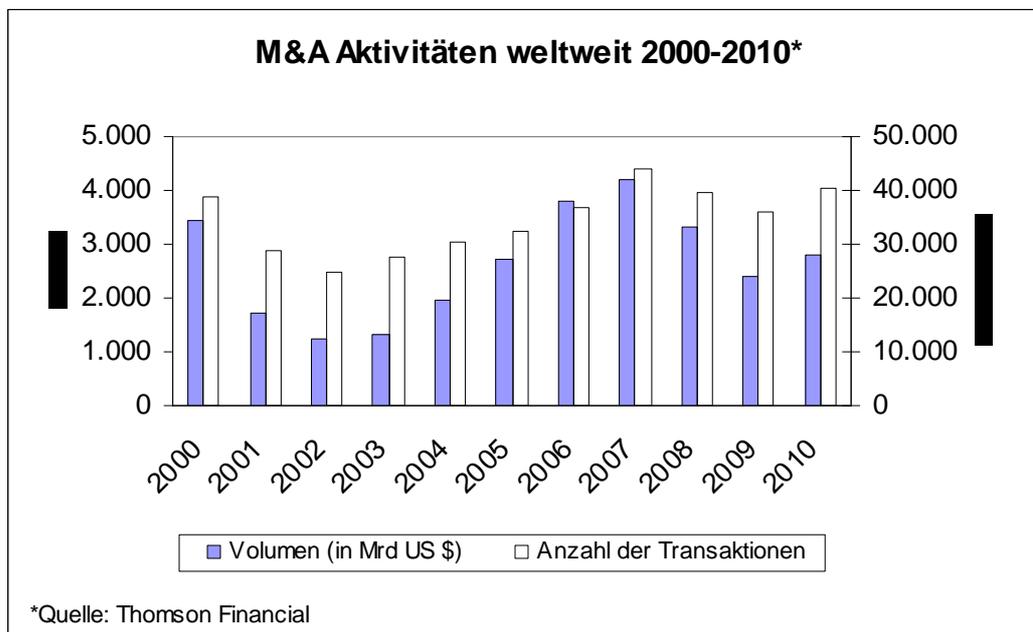
Die organisatorische Zusammenarbeit mit der **Wiener Börse AG** verlief ebenso wie in den Vorjahren reibungslos.

Die auf Grund der Gebührenordnung der Wiener Börse AG vorgeschriebenen **Gebühren** deckten wie bereits im Vorjahr **die direkten Personal- und Sachaufwendungen nicht ab**. Grund hierfür ist einerseits, dass die ÜbK mit einer Reihe von Verfahren beschäftigt war, die zwar einen hohen Arbeitsaufwand mit sich brachten, für die jedoch verhältnismäßig niedrige Gebühren zu entrichten waren. Große Übernahmeangebote blieben nicht zuletzt aufgrund der weiterhin schwierigen Situation auf den Kapitalmärkten aus. Dazu kommt, dass die ÜbK in Erfüllung ihres Beratungsauftrags wieder mit einer Reihe von Rechtsfragen oder Verfahren konfrontiert war, die letztlich keinem Senat zugewiesen werden konnten, weil die jeweiligen Transaktionen kurz vor der Durchführung scheiterten.

Die Wiener Börse AG erließ daher mit Beschluss vom 25. November 2010 nach Anhörung der ÜbK eine neue Gebührenordnung, welche mit 1. Jänner 2011 in Kraft tritt (BGBl. II Nr. 363/2010). Kernpunkte der abgeänderten Gebührenordnung sind eine Erhöhung der Gebühren für Stellungnahmen, welche wie bereits oben erwähnt die Mehrheit der Senatsverfahren stellen und regelmäßig juristisch anspruchsvolle Fragestellungen beinhalten, was wiederum einen dementsprechend hohen zeitlichen Aufwand nach sich zieht, sowie eine Adaptierung der Staffelung der Gebühren für Übernahmeverfahren. Die Auswirkungen dieser Gebührenordnung auf die Kostendeckung werden am Ende des ersten Jahres nach Inkrafttreten von der ÜbK evaluiert werden.

IV. Internationale und nationale Übernahmeaktivitäten⁵

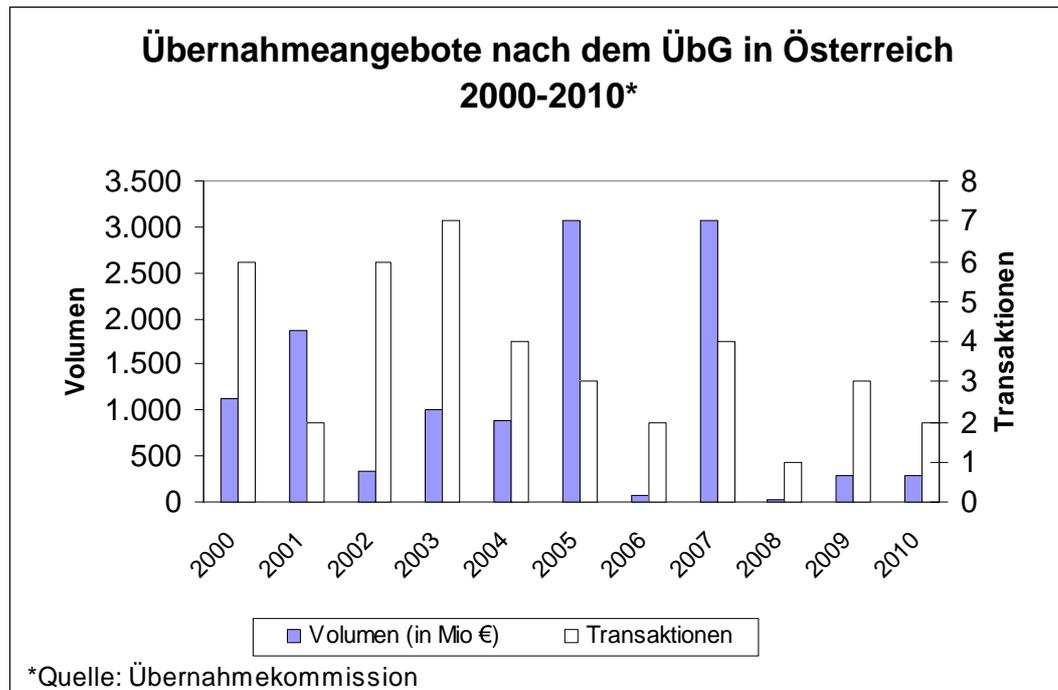
Im Jahr 2010 wurden weltweit M&A Transaktionen im Volumen von rund US \$ 2.816 Mrd angekündigt. Damit stieg das Transaktionsvolumen – entgegen dem Trend der Vorjahre - erstmals wieder an (2007: rund US \$ 4.200 Mrd, 2008: rund US \$ 3.050 Mrd, 2009: rund US \$ 2.395 Mrd). Auch die Deal-Aktivität konnte seit 2007 erstmals wieder zulegen. So stieg die Anzahl von Transaktionen im Vergleich zum Vorjahr um rund 8,7% (2009: 13,7%, 2008: 10%).



In **Österreich** blieb die Anzahl der nach dem ÜbG abgegebenen baren Übernahmeangebote annähernd gleich. Während im Vorjahr drei Übernahmeverfahren durchgeführt wurden, waren im Jahr 2010 vier Übernahmeverfahren anhängig, wobei jedoch ein geplantes Übernahmeangebot noch vor Anzeige des Angebots abgebrochen wurde und ein Übernahmeangebot wegen Nichteintritts einer aufschiebenden Bedingung scheiterte. Auffallend ist, dass die Anzahl an Übernahmeangeboten vor allem im zweiten Halbjahr 2009 und daran anschließend im ersten Halbjahr 2010 besonders hoch war, während von August bis Dezember 2010 kein Übernahmeangebot durchgeführt wurde.⁶ Das Angebotsvolumen im Jahr 2010 war insgesamt wieder äußerst gering und betrug lediglich MEUR 286 und somit rund 7 MEUR weniger als noch im Jahr 2009.

⁵ Quelle: *Spanninger*, Hinkt Deutschland hinterher? - Jahresrückblick auf das deutsche M&A-Geschehen 2010, Mergers & Acquisitions 2/2011, 49.

⁶ Die Übernahme der CA Immobilien Anlagen AG durch UniCredit Bank Austria AG wurde zwar Ende 2010 bekannt gegeben, wird jedoch erst im ersten Quartal des Jahres 2011 durchgeführt.



Eine Auffälligkeit im Jahr 2010 betraf die mangelnde Sparten-Streuung bei den Übernahmeangeboten. Beide erfolgreich durchgeführten Angebote, ebenso wie das im Dezember für das erste Halbjahr 2011 angekündigte, betrafen Immobiliengesellschaften. Gründe für die Häufung von Übernahmeangeboten in diesem Bereich dürfte die kriseninduzierte Konsolidierungswelle am Immobilienmarkt und der nach den Kursverlusten der letzten Jahre immer noch deutliche Abschlag der Börsenkurse österreichischer Immobilienunternehmen zu deren Net Asset Value sein.

V. Tätigkeitsbericht

Im folgenden Abschnitt werden zunächst die vor den einzelnen Senaten der ÜbK im Jahr 2010 anhängigen Verfahren nach Verfahrenstypen untergliedert überblicksweise dargestellt (1.); anschließend wird über die sonstigen Tätigkeiten der Behörde (2.) berichtet.

1. Einzelverfahren in den Senaten

(a) Öffentliche Übernahmeangebote

Im Jahr 2010 wurden zwei Übernahmeverfahren nach dem ÜbG erfolgreich durchgeführt. Einerseits legte conwert Immobilien Invest SE ein Übernahmeangebot an die Aktionäre der ECO Business Immobilien AG. Andererseits veröffentlichte CA Immobilien Anlagen Aktiengesellschaft ein Teilangebot an die Aktionäre der CA Immo International AG.

Zwei weitere Übernahmeverfahren konnten nicht zu einem positiven Abschluss geführt werden. Im Dezember 2009 gab F&C Asset Management plc zunächst bekannt, ein Angebot für die C-Quadrat Investment AG legen zu wollen und beantragte bei der ÜbK gleichzeitig die Erstreckung der Anzeigefrist auf 40 Börsetage. Ungeachtet intensiver Bemühungen konnte die Bieterin die Angebotsunterlage nicht fristgerecht einreichen, wodurch für sie die Sperrfrist ausgelöst wurde. Die Verhandlungen wurden jedoch fortgeführt; die Sperrfrist wurde durch die ÜbK nach Abschluss der Verhandlungen verkürzt. Dennoch wurde das Übernahmeverfahren nach Anzeige der Angebotsunterlage, jedoch vor Veröffentlichung des Angebots abgebrochen. F&C Asset Management plc fiel damit ein zweites Mal innerhalb kürzester Zeit in die Sperrfrist gem § 21 ÜbG; die ÜbK schloss daraufhin eine nochmalige Verkürzung bzw Aufhebung der Sperrfrist für diese Bieterin aus und teilte dies auch via Pressemitteilung dem Anlegerpublikum mit.

Die Übernahme von Constantia Packaging AG durch Sulipo Beteiligungsverwaltungs GmbH bzw One Equity Partners - auch dieses Verfahren wurde bereits Ende 2009 angekündigt - scheiterte am Nichteintritt einer aufschiebenden Bedingung am Ende der Annahmefrist. Dazu noch näher unten (weitere Ausnahme von der Angebotspflicht gem § 25 ÜbG).

Für die CA Immobilien Anlagen AG als Zielgesellschaft gab UniCredit Bank Austria AG Ende 2010 die Absicht bekannt, ein freiwilliges Übernahmeangebot gem § 4 ÜbG stellen zu wollen. Das Übernahmeverfahren wird jedoch erst im ersten Quartal des Jahres 2011 durchgeführt und fällt damit in das Berichtsjahr 2011. Erstmals wird damit dieselbe Gesellschaft innerhalb kürzester Zeit sowohl Bieterin als auch Zielgesellschaft.

CA Immo International AG

Am 20. April 2010 veröffentlichte CA Immobilien Anlagen Aktiengesellschaft („CA Anlagen“) – bis dahin mit rund 63% Mehrheitsaktionärin bei CA Immo International AG („CAI“) - ein freiwilliges öffentliches Angebot gem § 4 ff ÜbG an die übrigen Streubesitzaktionäre der CAI. Der Angebotspreis betrug EUR 6,50 pro Angebotsaktie. Das Angebot wurde innerhalb der Annahmefrist für insgesamt 11.293.906 Stück CAI Aktien (rund 26% des gesamten Grundkapitals der Zielgesellschaft) angenommen. Weitere 827.286 Aktien wurden während der Angebotsfrist von CA Anlagen parallel über die Börse erworben. Unter Berücksichtigung der bereits vor dem Angebot gehaltenen Beteiligung verfügte CA Anlagen mit Ablauf der Annahmefrist über 90,94% des gesamten Grundkapitals der CAI. Nach Ende der dadurch ausgelösten Nachfrist gem § 19 Abs 3 Z 2 ÜbG verfügte CA Anlagen über rund 97,14% an CAI. Rund einen Monat nach Ende der Angebotspflicht gab die Bieterin – so wie schon in der Angebotsunterlage angekündigt - bekannt, dass anschließend an das

Übernahmeangebot eine Verschmelzung der beiden Gesellschaften CA Anlagen und CAI durchgeführt werden soll.

ECO Business-Immobilien AG

Am 15. Juni 2010 gab conwert Immobilien Invest SE („conwert“) als größter Aktionär der ECO Business Immobilien AG („ECO“) die Absicht bekannt, ein freiwilliges Übernahmeangebot gem § 25a ÜbG zu EUR 6,50 je ECO-Aktie an die Aktionäre der ECO zu stellen. Gleichzeitig stellte conwert gem § 11 Abs 1 ÜbG einen Antrag auf Verkürzung der Anzeigefrist. Der 1. Senat gab nach mehreren Sitzungen - entgegen dem Ansuchen der Zielgesellschaft - dem Antrag der Bieterin mit der Begründung statt, dass der Zweck der Frist des § 11 ÜbG nicht darin bestehe, der Zielgesellschaft Vorbereitungszeit zur Verfassung ihrer Stellungnahme zu geben (dies garantieren die Regelungen der §§ 14 Abs 3 sowie 19 Abs 1a Satz 2 ÜbG), sondern lediglich darin, der ÜbK einen ausreichenden Zeitraum für die Prüfung der Angebotsunterlage zur Verfügung zu stellen. Noch vor Veröffentlichung der Angebotsunterlage und damit vor Beginn der Annahmefrist wurde der Angebotspreis von EUR 6,50 auf EUR 7,15 erhöht. Dem waren intensive Gespräche zwischen der Bieterin, dem Management der Zielgesellschaft und verschiedenen Investoren vorausgegangen.

Bis zum Ende der vierwöchigen Annahmefrist wurde das Angebot für rund 62,3% der stimmberechtigten Aktien angenommen. Insgesamt verfügte conwert unter Einbeziehung der bereits vor dem Übernahmeangebot gehaltenen Aktien mit Ablauf der Annahmefrist über rund 87,2% am Grundkapital der Zielgesellschaft. Im September 2010 teilte ECO mit, dass conwert 30.819.372 Stimmrechte oder 90,38% der Aktien an ECO hält. In der Nachfrist erhöhte sich der Anteil der conwert noch auf rund 96% an ECO.

Gescheitertes Übernahmeangebot: Constantia Packaging AG I

Am 12. Oktober 2009 kündigte One Equity Partners („OEP“, eine Fondsverwaltungsgesellschaft von JPMorgan Chase & Co.) die Absicht an, ein Übernahmeangebot an die Aktionäre der Constantia Packaging Group AG („CPAG“) stellen zu wollen. Am 23. Oktober 2009 gab die ÜbK dem Antrag der OEP auf eine Erstreckung der Anzeigefrist auf 40 Börsetage statt. Die Angebotsunterlage samt begleitendem Vertragswerk wurde schließlich fristgerecht am 9. Dezember 2009 bei der ÜbK angezeigt. Die Durchsicht der Angebotsunterlage sowie des umfangreichen Vertragswerks – OEP schloss parallel zum Übernahmeangebot mit dem bisherigen Kernaktionär der CPAG Verträge über den Erwerb eines 90% Aktienpakets an CPAG sowie ein Rückbeteiligungsmodell ab – warfen Fragen in

Bezug auf den Angebotspreis und die Zulässigkeit von Bedingungen in der Angebotsunterlage und in den Aktienkaufverträgen auf, welche eine nähere Prüfung durch den 1. Senat erforderten. Dies war innerhalb der gemäß § 11 Abs 1 ÜbG vorgesehenen Frist nicht möglich. Die ÜbK untersagte daraufhin die Veröffentlichung des Angebots zur näheren Prüfung vorübergehend für neun weitere Börsetage.

Schließlich veröffentlichte OEP am 20. Jänner 2010 das freiwillige Angebot zur Kontrollerlangung. Das Angebot stand im Wesentlichen unter zwei Bedingungen, welche bis zum Ende der Annahmefrist am 1. April 2010 eingetreten sein mussten: (i) Der Genehmigung durch die Kartellbehörden und (ii) des Abschlusses eines Generalvergleichs zwischen Constantia Packaging BV, Immoeast AG, Immofinanz AG sowie der Fries-Gruppe. Nachdem die Vergleiche nicht fristgerecht abgeschlossen werden konnten, scheiterte das Angebot, sodass OEP gem § 21 ÜbG per 2. April 2010 für die Dauer von einem Jahr für die Legung eines öffentlichen Übernahmeangebots sowie für den Erwerb von Aktien, der eine Angebotspflicht auslösen würde, gesperrt wurde. Die Bieterin konnte jedoch in weiterer Folge die Transaktion durch Inanspruchnahme einer Ausnahme gem § 25 ÜbG erfolgreich abschließen.⁷

Abgebrochenes Übernahmeverfahren: C-Quadrat Investment AG

Wie bereits im Jahresbericht 2009 dargestellt, war F&C Asset Management plc ("F&C") auf Grund der unterlassenen Anzeige einer Angebotsunterlage ab 12. Februar 2010 gem § 21 ÜbG für die Dauer von einem Jahr für die Legung eines öffentlichen Übernahmeangebots an die Aktionäre der C-Quadrat Investment AG (C-Quadrat“) sowie für den Erwerb von Aktien, der eine Angebotspflicht auslösen würde, gesperrt. F&C gab dies via Pressemitteilung bekannt, betonte jedoch, dass man die Gespräche mit C-Quadrat weiterführen wolle. Am 8. März 2010 wurde die Sperrfrist auf Antrag der Bieterin aufgehoben, da F&C dem 1. Senat der ÜbK glaubhaft darlegte, dass die Vertragsverhandlungen abgeschlossen seien und das Übernahmeangebot wie geplant durchgeführt werden könne. Auch die Zielgesellschaft sprach sich ausdrücklich für die Aufhebung der Sperrfrist aus.

Nachdem die Angebotsunterlage am 22. März 2010 angezeigt wurde, hätte das Angebot um den 12. April 2010 erfolgen sollen. Dennoch erklärte F&C am 26. März 2010, dass sie die angezeigte Angebotsunterlage jedenfalls nicht veröffentlichen werde, sodass F&C abermals gem § 21 ÜbG seit 26. März 2010 für die Dauer von einem Jahr gesperrt ist. In einer der ÜbK übermittelten Stellungnahme seitens F&C wurden als Grund für die

Nichtveröffentlichung der Angebotsunterlage plötzlich auftretende Uneinigkeiten zwischen den Aktionären der F&C und dem Management der Bieterin genannt. Die ÜbK betonte daraufhin in einer Pressemitteilung, dass eine nochmalige Verkürzung der Sperrfrist für diese Bieterin ausgeschlossen sei und sie gemeinsam mit der FMA in Zusammenhang mit diesem Verfahren Verletzungen von übernahme- sowie börserechtlichen Vorschriften prüfen werde.

(b) Ausnahmen von der Angebotspflicht gem § 25 ÜbG

Im Jahr 2010 wurden zwei Anzeigeverfahren gem § 25 ÜbG durchgeführt. In einem Verfahren wurde ein Sanierungsprivileg gem § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG, in einem weiteren Fall eine Ausnahme von der Angebotspflicht wegen Vorschaltens eines Gesellschafterausschlussverfahrens gem § 25 Abs 1 Z 6 ÜbG beantragt.

Constantia Packaging AG II

Von dem gescheiterten Übernahmeangebot und dem Eintritt der Sperrfrist (unter Punkt V.1.a des Jahresberichts) unberührt blieb der aufschiebend bedingte Aktienkaufvertrag zwischen OEP und dem Kernaktionär der Constantia Packaging AG über den Erwerb von 90,79% CPAG-Aktien. Der Bieterin stand es – wie bereits vor Durchführung des freiwilligen Übernahmeangebots – offen, eine Abwicklung des Aktienkaufvertrags ohne Auslösen der Angebotspflicht gem § 22 ÜbG unter Inanspruchnahme der Ausnahme gem § 25 Abs 1 Z 6 ÜbG durchzuführen. Nach dieser Vorschrift muss ein Bieter kein Übernahmeangebot stellen, wenn er innerhalb von fünf Monaten ab Erlangen der kontrollierenden Beteiligung die übrigen Aktionäre nach dem GesAusG aus der Gesellschaft ausschließt und die Abfindung dabei nicht niedriger als der nach § 26 ÜbG zu bietende Angebotspreis ist sowie dem höchsten Preis entspricht, der bis zur Eintragung des Gesellschafterausschlussbeschlusses in das Firmenbuch von der Bieterin bezahlt oder vereinbart wurde. Gleichzeitig war der entscheidende Senat der Ansicht, dass in diesem Fall auch kein Antrag auf Verkürzung der Sperrfrist zu stellen sei. Am 24. Juni 2010 erwarb OEP sämtliche vom Kernaktionär an CPAG gehaltenen Aktien und verfügte damit über eine Beteiligung an CPAG im Ausmaß von 91,49%.

Die Beschlussfassung über den Gesellschafterausschluss fand im Rahmen der 16. ordentlichen Hauptversammlung der CPAG statt; die Eintragung des Gesellschafterausschlusses in das Firmenbuch und der Widerruf der Zulassung zum Handel an der Wiener Börse erfolgten fristgerecht am 7. Oktober 2010. Mit Schreiben vom 12.

⁷ Siehe dazu Punkt V.1.b.

Oktober 2010 wurde der ÜbK bestätigt, dass keine Transaktionen in Beteiligungspapieren der CPAG zu besseren Bedingungen getätigt bzw vereinbart wurden und dass die Abfindung zumindest dem höchsten Preis entsprach, der von OEP oder mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern für Aktien der CPAG bezahlt oder vereinbart wurde.

S&T System Integration & Technology Distribution AG

grosso Holding Gesellschaft mbH („grosso“) hatte Anfang September 2010 Überlegungen bekannt gegeben, mehrere Aktienpakete an der S&T System Integration & Technology Distribution AG („S&T“) erwerben, in der Folge eine Barkapitalerhöhung zeichnen und im Anschluss einen Syndikatsvertrag mit einem der beiden Kernaktionäre abschließen zu wollen, was grundsätzlich zu einer Angebotspflicht gem § 22 ÜbG geführt hätte. Der Erwerb stand unter einer Reihe von aufschiebenden Bedingungen, so unter anderem, dass seitens der ÜbK von der Angebotspflicht wegen Vorliegens einer Sanierungsausnahme gem § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG abgesehen werde. Noch vor einer tiefer gehenden Befassung des Senats mit der Materie teilte grosso am 19. Oktober 2010 mit, dass der Antrag zurückgezogen werde. Gleichzeitig gab S&T via ad-hoc Mitteilung bekannt, dass aufgrund des Nichteintritts verschiedener aufschiebender Bedingungen kein Einstieg der grosso bei S&T stattfinden werde.

(c) Verfahren gem § 26b ÜbG

Das Feststellungsverfahren gem § 26b ÜbG gibt demjenigen, der eine Beteiligung erlangt, die Möglichkeit, in einem Verfahren vor der ÜbK eine Entscheidung über die Angebotspflicht zu erreichen. Dies sorgt in Zweifelsfällen für Rechtssicherheit. Stellt die ÜbK die Angebotspflicht fest, so hat der Beteiligte innerhalb von 20 Börsetagen ein Pflichtangebot anzuzeigen oder seine Beteiligung auf 30% zu reduzieren.

Im Jahr 2010 hatte die ÜbK keine Feststellung gem § 26b ÜbG zu treffen.

(d) Verfahren gem §§ 27b und 27c ÜbG

Auch im Jahr 2010 wurden weder Übernahmeverfahren gem § 27b ÜbG, welcher die Zuständigkeit über Zielgesellschaften mit Sitz im Inland jedoch Börsenotierung im Ausland regelt, noch Verfahren gem § 27c ÜbG, welcher die Zuständigkeit über Zielgesellschaften mit Sitz im Ausland und Notierung im Inland regelt, geführt (so genannter Teilanwendungsbereich des ÜbG).

(e) Stellungnahmen gem § 29 ÜbG

Die Mehrzahl an Verfahren betraf auch im Berichtsjahr 2010 Stellungnahmen gem § 29 ÜbG. Damit wird der Trend der letzten Jahre fortgesetzt. Vor allem Rechtsfragen zum gemeinsamen Vorgehen bzw zur Bildung/Auflösung/Änderung von Syndikaten, welche sich durch besondere Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Sachverhalts und hohe rechtliche Komplexität auszeichnen, standen 2010 im Vordergrund.

Allgemeine Baugesellschaft – A. Porr AG

Nachdem der Syndikatsvertrag zwischen Ortner Beteiligungsverwaltung GmbH („Ortner Gruppe“), B&C Baubeteiligungs GmbH („B&C“) und der Wiener Städtische Versicherung AG Vienna Insurance Group („WSV“) Anfang März 2010 einvernehmlich aufgelöst worden war, beantragten Ortner Gruppe und B&C, die ÜbK möge eine Stellungnahme dazu abgeben, ob der Abschluss eines „neuen“ Syndikatsvertrags zwischen der Ortner Gruppe und B&C eine Angebotspflicht auslöse. Sollte die ÜbK eine Angebotspflicht bejahen, so möge sie dazu Stellung nehmen, ob der Abschluss des Syndikatsvertrags gem § 24 ÜbG oder auf einer anderen Rechtsgrundlage von der Angebotspflicht ausgenommen sei.

Der zuständige Senat kam zu dem Ergebnis, dass der Abschluss bzw die Neufassung des Syndikatsvertrags ohne Beteiligung von WSV auf Basis der vorgelegten Rahmenbedingungen zu keiner Angebotspflicht gem § 22a ÜbG führe. Folgende Gründe waren dafür ausschlaggebend: § 22a Z 3 ÜbG sieht grundsätzlich eine Angebotspflicht vor, wenn sich die Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger oder die Absprache zwischen diesen Rechtsträgern ändert. Allerdings ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen, ob es dabei zu einer Änderung der Willensbildung und einer möglichen Gefährdung von Vermögensinteressen der Aktionäre und sonstigen Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft kommen würde. Nach Ansicht des Senats führte der Abschluss bzw die Neufassung des Syndikatsvertrags zwischen B&C und der Ortner Gruppe ohne Beteiligung von WSV auf Basis der dem Senat vorgelegten Rahmenbedingungen zwar zu einer Änderung der Willensbildung, jedoch auf Grund der besonderen Umstände – so insbesondere auf Grund der Beteiligungsstruktur, der üblichen Hauptversammlungspräsenzen und der Besetzung des Aufsichtsrats – zu keiner Gefährdung von Interessen der Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft. Demgemäß lag keine Angebotspflicht gem § 22a ÜbG vor. In der Stellungnahme wurde ausdrücklich festgehalten, dass der 1. Senat zu einer anderen Beurteilung kommen könnte, sollten besondere Umstände hinzutreten oder der endgültig abgeschlossene Stimmbindungsvertrag

weitere, bisher nicht offen gelegte Regelungen beinhalten bzw der Syndikatsvertrag im Nachhinein geändert werden.

Anonymisiert veröffentliche Stellungnahme

Nach einem erfolgreichen Übernahmeangebot an die Aktionäre der B AG beantragte die vormalige Bieterin A AG, die ÜbK möge gem § 29 ÜbG eine Stellungnahme dazu abgeben, ob die Beendigung der Notierung der B AG im Wege einer Verschmelzung auf die übernehmende A AG innerhalb des Zeitraums der Nachzahlungsgarantie gem § 16 Abs 7 ÜbG durchgeführt werden könne, ohne dass hierdurch eine Nachzahlung an die Aktionäre der Zielgesellschaft ausgelöst würde.

Die ÜbK entschied, dass die Verschmelzung auf Basis der Nettoaktivvermögen beider Gesellschaften keine Nachzahlungspflicht an jene Aktionäre der B AG auslöse, die das freiwillige öffentliche Angebot der A AG angenommen hatten.

Folgende Gründe waren für die Entscheidung ausschlaggebend: Unter Berücksichtigung der Nettoaktivvermögen beider Gesellschaften hätte der bloße Tausch von B AG Aktien in A AG Aktien grundsätzlich zu keiner höheren Gegenleistung geführt. Den Angebotsadressaten wäre ein de facto Tausch durch Annahme des freiwilligen öffentlichen Angebots bei gleichzeitigem Reinvestment der erhaltenen Kaufpreiszahlung in Aktien der A AG jederzeit ohne maßgebliche Kursbeeinflussung möglich gewesen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung hatten die Angebotsadressaten eine deutlich bessere Tauschalternative, die sie aufgrund ausreichender Marktliquidität auch nutzen konnten. Die Vorschaltung eines, im Vergleich zur Verschmelzung der beiden Gesellschaften, attraktiveren Barangebots wurde gerade vor diesem Hintergrund von der Bieterin bewusst forciert.

Dennoch war aus Sicht des Senats bei Beurteilung der Gegenleistung ein allfälliger Börsenkurs nicht unberücksichtigt zu lassen. Doch auch unter diesem Blickwinkel führte die Transaktion zu keiner Besserstellung der verbliebenen Streubesitzaktionäre der B AG. Nur für den Fall, dass der Börsenkurs der A AG nach Eintragung der Verschmelzung bis zum Ende der Frist für die Nachzahlungsgarantie deutlich gestiegen wäre, hätte die Gegenleistung auf Basis des Börsenkurses aus den Tauschaktien über dem Angebotspreis gelegen. Der Senat war jedoch der Ansicht, dass ein solcher Kursanstieg im vorliegenden Fall auf Grund der Gesamtumstände keine Auswirkung habe und die Nachzahlungspflicht nicht auslösen würde.

Die Frage, ob in § 16 Abs 7 ÜbG in Hinblick auf Verschmelzungen eine Gesetzeslücke bestehe, die im Wege der Analogie zu schließen sei, musste vom Senat nicht beantwortet werden, da die Gegenleistung bei der beabsichtigten Verschmelzung den Angebotspreis

ohnehin nicht überstieg und daher im vorliegenden Fall keine Nachzahlungspflicht ausgelöst worden wäre.

Anonymisiert veröffentlichte Stellungnahme

Anfang März 2010 wurde die ÜbK mit Fragen zu Änderungen von Beschlussmehrheiten und Nominierungsrechten in einem bestehenden Syndikat befasst. Der Senat kam zu dem Ergebnis, dass durch die Neufassung des Syndikatsvertrags kein anderer Rechtsträger bzw keine andere Gruppe von Rechtsträgern die Willensbildung in der Zielgesellschaft beherrsche und daher eine Angebotspflicht gem § 22a Z 3 ÜbG nicht bestehe.

Entscheidungsrelevant war, dass zwar eine Verschiebung der Willensbildung im Syndikat festgestellt werden konnte, diese sich allerdings nicht in entscheidender Weise geändert hatte und insbesondere durch diese Änderung keine mögliche Gefährdung der übrigen Beteiligungspapierinhaber zu erkennen gewesen war. Der bloße Wegfall von Möglichkeiten der Mehrheitsbildung stellt nach Ansicht des zuständigen Senats keine Änderung der Kontrollverhältnisse im Syndikat dar. Außerdem waren durch die Einschränkung denkbarer Mehrheitsbildungen keine neuen Allianzen von Syndikatspartnern möglich, die nicht bereits vor Neufassung des Syndikatsvertrages durchsetzbare Beschlüsse fassen konnten. Deshalb war die Verschiebung der Stimmgewichte zugunsten zweier Untersyndikate durch den überproportionalen Abbau der Beteiligung des dritten Syndikatspartners nicht kontrollrelevant.

Auch die neugefassten Bestimmungen über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern hatten keine Auswirkung auf das Nominierungs- bzw Vorschlagsrecht der Untersyndikatspartner, da schon zuvor ein erhöhtes Beschlusserfordernis für die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds vorgesehen war. Die Verschiebung des Stimmgewichts zugunsten zweier Syndikatspartner wirkte sich somit nicht auf die bisherige Kontrollsituation aus.

KTM Power Sports AG

Die Hauptgesellschafter der KTM Power Sports AG („KTM“), Bajaj International Holdings BV („Bajaj Holding“) und Cross Industries AG („Cross“), welche bisher nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG anzusehen waren, brachten aufgrund von neuerlichen Änderungen der Aktionärsvereinbarung (vgl bereits die veröffentlichten Stellungnahmen zu GZ 2007/2/2-31 und GZ 2009/2/7-12) abermals einen Antrag auf Stellungnahme zur Frage der Qualifizierung als gemeinsam vorgehende Rechtsträger ein. Die Änderungen betrafen lediglich Mitverkaufsrechte und Optionsrechte, welche wiederum nur für den Fall von Relevanz sein sollten, wenn die Aktien der KTM nicht mehr an einer

Börse notiert wären und demzufolge kein übernahmerechtlicher Schutz vorliegen würde. Da keine kontrollrelevanten Änderungen in der Aktionärsvereinbarung – wie Nominierungs- oder Vetorechte bzw Modifikationen der Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat – geplant waren, kam der 2. Senat in seiner Stellungnahme zum Ergebnis, dass die beabsichtigten Änderungen in der Aktionärsvereinbarung weiterhin kein gemeinsames Vorgehen der Aktionäre Bajaj Holding und Cross indizieren.

Strabag SE

Entsprechend den zu GZ 2008/3/2-40 bzw GZ 2009/3/1-42 ergangenen Stellungnahmen hatte Rasperia die Möglichkeit, bis Oktober 2010 ihren an RAIFFEISEN-/UNIQA-Gruppe und Hans Peter Haselsteiner Gruppe („HPH-Gruppe“) übertragenen 25% Anteil an Strabag SE zurückzuerwerben. Im September 2010 traten RAIFFEISEN-/UNIQA-Gruppe und HPH-Gruppe an die ÜbK heran, da von Seiten Rasperias Bedenken zur Finanzierbarkeit des Rückerwerbs geäußert worden waren. Nach intensiven Vorbesprechungen stellten RAIFFEISEN-/UNIQA-Gruppe und HPH-Gruppe den Antrag, die ÜbK möge zu Fragen betreffend eine Rückübertragung von Strabag-Aktien an Rasperia im Ausmaß von bloß 17% sowie eine Verlängerung der Optionseinräumung hinsichtlich der übrigen 8% eine Stellungnahme abgeben.

Der 3. Senat sprach in seiner Stellungnahme aus, dass ein Rückerwerb von zumindest 17% des Grundkapitals innerhalb der ursprünglichen Optionsfrist - eine geringfügige Erstreckung bis 15. Dezember 2010 wurde zur Finalisierung der Finanzierungsverhandlungen gewährt - erfolgen müsse. Bei dem dann bestehenden Verhältnis der Anteile der Syndikatspartner, RAIFFEISEN-/UNIQA-Gruppe, HPH-Gruppe und Rasperia, könne wieder davon ausgegangen werden, dass die Willensbildung im Einstimmigkeitssyndikat mit den bestehenden wirtschaftlichen Gegebenheiten übereinstimme, was einen Kontrollwechsel ausschließen lasse. Unbeachtlich für diese Ansicht war hingegen, ob und wie sich in der Folge der Rückerwerb der übrigen optionsgegenständlichen Aktien gestalten sollte, weswegen sowohl die teilweise aber auch gänzliche Nichtausübung der Option durch Rasperia im Umfang der verbleibenden 8% Aktien der Strabag SE unter der Voraussetzung, dass die Rechte und Pflichten der drei Syndikatspartner unverändert fortbestehen, keine Angebotspflicht auslöst.

Telekom Austria AG

Die ordentliche Hauptversammlung der Telekom Austria AG („TKA“) vom 20. Mai 2009 ermächtigte den Vorstand, eigene Aktien im Ausmaß von bis zu 46.000.000 Stück in den

der Beschlussfassung folgenden dreißig Monaten zu erwerben. Sollte die Ermächtigung zum Aktienrückkauf voll ausgeübt werden und ÖIAG selbst keine Aktien abgeben, würde sich der Anteil der ÖIAG an TKA auf über 30% erhöhen.

Zur Frage der Angebotspflicht gem § 22 ÜbG bei Überschreiten der Kontrollschwelle bzw einer möglichen Privilegierung nach § 22b ÜbG sprach der dritte Senat aus, dass die Zustimmung zur Ermächtigung des Aktienrückkaufs durch ÖIAG, die in der gegenständlichen Hauptversammlung rund 51,96% des anwesenden Grundkapitals repräsentierte und für die genannte Ermächtigung stimmte, als aktive Handlung iSd § 22b Abs 1 ÜbG zu qualifizieren sei. Weiters müsse mit einer Änderung der Stimmrechtsverhältnisse wegen des Erwerbs eigener Aktien durch die Zielgesellschaft im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten immer gerechnet werden. Da eine Privilegierung gem § 22b ÜbG nur dann möglich ist, wenn der Beteiligte die Erlangung der kontrollierenden Beteiligung weder durch zeitnahe, aktive Handlungen bewirkt hat noch beim Erwerb der Anteile mit der Kontrollerlangung rechnen musste, würde ein Überschreiten der 30%-Schwelle durch die ÖIAG nicht als passive Kontrollerlangung eingestuft und daher eine Angebotspflicht gem § 22 ÜbG ausgelöst.

Sollte die Ermächtigung zum Aktienrückkauf durch TKA nicht voll ausgeübt werden, könnte ÖIAG eine Beteiligung an TKA erlangen, die mehr als 26, aber nicht mehr als 30 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt, was gem § 26a Abs 2 ÜbG zur Folge hätte, dass nicht mehr als 26 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte ausgeübt werden könnten. Zu diesem Punkt hielt der Senat fest, dass § 26a ÜbG nur jene Fälle erfasse, in denen sich ein Aktionär „von unten“ der Kontrollschwelle nähere und 26% erstmals überschreite. Beteiligungen von mehr als 26 vom Hundert, die schon bei Inkrafttreten des Übernahmerechts-Änderungsgesetzes 2006 bestanden hatten („Altbeteiligungen“) und die in Folge innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen von 26% und 30% reduziert bzw erhöht wurden, seien grundsätzlich nicht erfasst, wenn sie nach Inkrafttreten des ÜBRÄG 2006 zu keinem Zeitpunkt die 26%-Schwelle unterschritten hatten. Die Beteiligung der ÖIAG an der TKA gilt als „Altbeteiligung“ und ist nicht vom Stimmrechtsruhen gem § 26a ÜbG betroffen.

Webfreetv.com AG

Da webfreetv.com AG („webfreetv“) seit Mai 2010 fällige Optionsanleihen im Nominale von EUR 720.000 mangels Refinanzierungsmöglichkeiten und ausreichender Liquidität der Gesellschaft nicht rückführen konnte, planten die Kernaktionäre folgende Transaktion:

ATHENA Burgenland Beteiligungen AG („ATHENA“) und CONNEXIO alternative investment holding AG („CONNEXIO“) hielten rund 33% an webfreetv. Beide Aktionäre sollten in einem ersten Schritt 520.000 Stück Stammaktien (rund 18%) zu einem Kaufpreis von EUR 520.000 an eine Bank unter Einräumung einer Put-Option zugunsten der Bank verkaufen. Anschließend hätten beiden Kernaktionäre eine Barkapitalerhöhung iHv EUR 520.000 unter Ausschluss des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre zeichnen und dadurch 520.000 Stück neue Stammaktien erhalten sollen, wodurch sich das Grundkapital der Zielgesellschaft auf EUR 2.790.000 erhöht hätte und der Anteil der beiden Kernaktionäre unter Berücksichtigung der an die Bank übertragenen Aktien auf rund 45% gestiegen wäre. Webfreetv hätte mit dem Erlös aus der Barkapitalerhöhung die fälligen Optionsanleihen zurückgeführt. Die Optionsanleihegläubiger sollten anschließend von der Bank die von den beiden Kernaktionären zuvor übertragenen Stammaktien der webfreetv erwerben wofür auch der Erlös aus der Tilgung der Optionsanleihe verwendet hätte werden können. Nach Durchführung der Transaktionen hätten ATHENA und CONNEXIO nur noch rund 27% an der Zielgesellschaft gehalten und webfreetv zu Sanierungszwecken ein weiteres nachrangiges Gesellschafterdarlehen iHv EUR 400.000 gewährt. Es stellten sich bei diesem Sachverhalt zwei übernahmerechtliche Fragen: Zunächst, ob die Aktien trotz Übertragung an die Bank wegen der Einräumung der Put-Option ATHENA und CONNEXIO einseitig hinzuzurechnen seien. Weiters, ob - im Falle einer einseitigen Zurechnung - der Tatbestand des creeping-in erfüllt sei. Der 3. Senat sprach in der Stellungnahme aus, dass die im Zuge der Gesamttransaktion geplante Zeichnung einer Kapitalerhöhung durch ATHENA und CONNEXIO samt dem damit verbundenen vorübergehenden Ausbau ihrer Beteiligung weder zur Angebotspflicht gem § 22 Abs 4 ÜbG noch zu einer Anzeigepflicht gem § 25 ÜbG führen würde. Begründet wurde diese Ansicht einerseits damit, dass im vorliegenden Fall zwar Vereinbarungen geschlossen würden, die zu einer einseitigen Zurechnung der an die Bank zu veräußernden Aktien an ATHENA und CONNEXIO führen. Andererseits müsse man bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung die Transaktionen als Einheit sehen, bei welcher ATHENA und CONNEXIO niemals mehr als 2% der Aktien hinzuerwerben würden, da der Erwerb der neuen Aktien und die Veräußerung der alten Aktien im konkreten Fall zu saldieren wären. Dafür sprach auch, dass nach der Transaktion ATHENA und CONNEXIO verwässert worden wären und nur noch rund 27% an webfreetv gehalten hätten. Ein schleichender Beteiligungsausbau wäre ebenso wenig erfolgt wie der privilegierte Ausstieg eines einzelnen Aktionärs zu besonders attraktiven Bedingungen. Die Transaktion kam trotz positiver Stellungnahme seitens der ÜbK zu keinem Abschluss. Im Laufe des Jahres 2010 wurde die Zulassung der Aktien der webfreetv zum Handel an der Wiener Börse AG widerrufen.

(f) Feststellungsverfahren gem § 33 ÜbG

Im Jahr 2010 wurde kein Verfahren nach § 33 ÜbG eingeleitet.

(g) Strafverfahren gem § 35 ÜbG

Im Jahr 2010 wurde ein Strafverfahren gem § 35 ÜbG geführt.

(h) Sonstige Verfahren

In sieben Fällen wurde **Mitteilung gem § 24 ÜbG** an die ÜbK erstattet, wonach eine Angebotspflicht nicht besteht, wenn die Beteiligung an der Zielgesellschaft keinen beherrschenden Einfluss vermitteln kann oder wenn der Rechtsträger, der diesen Einfluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben kann, nicht wechselt. In diesem Fall ist der Sachverhalt der ÜbK unverzüglich, spätestens innerhalb von 20 Börsetagen ab Erlangen der Beteiligung mitzuteilen.

2. Beratung und Auskünfte, Serviceorientierung der Behörde

Aktionäre, Bieter, Investoren, Organe der Zielgesellschaften und deren Berater (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Investmentbanken) haben die Möglichkeit zur Beratung durch die ÜbK (vgl § 29 Abs 1 ÜbG) auch im Jahr 2010 intensiv in Anspruch genommen. Die Beratungsfunktion wird so unbürokratisch wie möglich wahrgenommen: Senatstermine werden in dringenden Fällen meist innerhalb weniger Tage gewährt. Rasche Auskünfte und formlose Beratung sowie lösungsorientierte Zusammenarbeit mit der Financial Community und ihren Beratern werden flexibel angeboten, um den Akteuren Sicherheit zu geben, ihre Kosten niedrig zu halten und gleichzeitig die gesetzlichen Regeln zugunsten der Investoren am Markt wirksam durchzusetzen. Teil des Selbstverständnisses der ÜbK als serviceorientierte Behörde ist es, dass für Bieter, Zielgesellschaft und Berater eine von der Geschäftsstelle der ÜbK erstellte - im Jahr 2010 überarbeitete - **Musterangebotsunterlage** zur Verfügung gestellt wird und im Vorfeld eines Verfahrens Terminabläufe und „Fahrpläne“ abgestimmt werden. Abgerundet wird die Beratungsaufgabe der ÜbK durch das umfangreiche Informationsangebot, das über die laufend aktualisierte **Website** der ÜbK unter www.takeover.at abrufbar ist.

Die Beratung durch die Geschäftsstelle oder einen Senatsvorsitzenden kann allerdings Entscheidungen der unabhängigen Senate in keiner Weise präjudizieren und ist daher unverbindlich. Die der ÜbK zugewiesenen **Behördenfunktionen** werden entweder durch den Vorsitzenden der ÜbK, durch die jeweils zuständigen Senate oder die Vollversammlung wahrgenommen.

Die Mitglieder der ÜbK haben insgesamt rund 280 Arbeitsstunden (Senatssitzungen, Vollversammlungen, Arbeitsgruppen, Beratungen) investiert.

3. Information der Öffentlichkeit

Die Vorsitzenden der Senate und die Geschäftsstelle sind bemüht, den öffentlichen Stellen und Journalisten – soweit mit dem Amtsgeheimnis vereinbar – mit Auskünften zur Verfügung zu stehen. Ziel ist es weiterhin, dass vor allem die mit der Materie regelmäßig befassten Journalisten so rasch als möglich alle Informationen erhalten, um sich selbst ein sachliches Urteil bilden zu können.

Zur Information der Öffentlichkeit über die grundsätzlichen Ziele des Übernahmerechts und die von den Senaten der ÜbK getroffenen Entscheidungen (Stellungnahmen und Bescheide) wurden im Jahr 2010 folgende Maßnahmen gesetzt:

- Betrieb und laufende Aktualisierung einer umfassenden Website (www.takeover.at);
- Veröffentlichung von Entscheidungen in laufenden Verfahren sowie von Stellungnahmen und Bescheiden im Zuge bereits abgewickelter Verfahren, die über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben (vgl. www.takeover.at);
- Am 16. Juni 2010 fand ein Pressegespräch über aktuelle Themen der ÜbK statt, zu der die Vertreter aller Redaktionen eingeladen waren. Als Gesprächs- und Diskussionspartner standen die drei Senatsvorsitzenden der ÜbK zur Verfügung.

4. Amtswegige Überwachung gem § 29 ÜbG

Die ÜbK hat die Einhaltung des ÜbG zu überwachen, um auf der Grundlage ihrer eigenen Beobachtungen gegebenenfalls die Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen zu beschließen. Dies erfolgt unter anderem durch laufende Beobachtung und Auswertung der Kursentwicklungen, Medienberichte, Beteiligungs- und ad-hoc-Meldungen sowie wöchentlicher Handelsvolumina im Hinblick auf besondere Auffälligkeiten. Ferner werden laufend Gerüchte und Spekulationen betreffend übernahmereklevante Aktivitäten, insbesondere auch in Online-Medien, verfolgt sowie alle Hauptversammlungspräsenzen erfasst und im Hinblick auf das Teilnahme- und Abstimmungsverhalten regelmäßig ausgewertet. Daraus resultieren mittlerweile **umfangreiche Datenbanken**, aus denen sich wichtige Anhaltspunkte für die Kontrollstruktur jener Gesellschaften ergeben, die der Überwachung durch die ÜbK unterliegen (Entwicklung der Beteiligungsverhältnisse;

Hauptversammlungspräsenzen; Teilnahme- und Abstimmungsverhalten auf Hauptversammlungen; Kurs-, Umsatzentwicklung etc).

Zur Klärung besonderer Auffälligkeiten werden zunächst telefonische oder schriftliche Anfragen an die betreffenden Personen, häufig auch an Organmitglieder und Mitarbeiter der Zielgesellschaften gerichtet. Liegen konkrete übernahmerechtlich relevante Sachverhalte vor (zB bei vermutetem Kontrollwechsel) oder entzieht sich der Befragte dem Auskunftersuchen des Kommissionsvorsitzenden und der ihn unterstützenden Geschäftsstelle, wird die Angelegenheit dem zuständigen Senat zugewiesen, der sodann alle weiteren Schritte setzt. Im Jahr 2010 führte die verstärkte Marktüberwachung zur Einleitung eines Senatsverfahrens von Amts wegen.

Rund ein Drittel der Gesamtrössourcen der Geschäftsstelle werden für die amtswegige Überwachung und Kontakte vor Verfahrensbeginn verwendet.

Als Hindernis für eine wirksame Überwachung sowie eine rasche Verfahrensdurchführung erwiesen sich erneut die beschränkten Befugnisse der ÜbK und die (praktischen) Schwierigkeiten insbesondere bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Eigentums. Verbesserungen zum Beispiel im Bereich der Transparenz bei Hauptversammlungspräsenzen brachte das ARÄG 2009. Die Auflistung der Aktionäre selbst, seien es natürliche oder juristische Personen, und nicht ihrer Vertreter macht nun auch rückblickend die Zuordnung von - teils mehreren - Aktienpaketen an einzelne Aktionäre möglich. Die international üblichen Rechtsbehelfe zur Durchleuchtung der verschiedensten Konstruktionen zur Verschleierung der Eigentumsverhältnisse fehlen der Kommission jedoch weiterhin. Insbesondere kann die Kommission im Ergebnis nur bei Verdacht auf Insiderhandel Auskünfte von Banken über Aktienbesitzstände erhalten. In diesem Bereich sieht die ÜbK daher weiterhin dringenden Novellierungsbedarf, um der gesetzlich vorgesehenen Überwachungsaufgabe in effektiver Weise nachkommen zu können. Die in Österreich nach wie vor bestehende Möglichkeit, sich gegenüber der ÜbK auf das Bankgeheimnis zu berufen und anonym zu bleiben, ist sachlich nicht vertretbar und geeignet, dem internationalen Ansehen des österreichischen Kapitalmarkts zu schaden.

Die **Zusammenarbeit mit der Finanzmarktaufsicht** und der **Wiener Börse AG** im Zuge der Marktüberwachung oder auch anlässlich von Senatsverfahren **funktioniert unverändert gut.**

5. Sonstige Tätigkeiten – Arbeitsgruppen

Bereits im Jahr 2009 richtete die ÜbK gemeinsam mit der FMA eine Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Transparenz am Kapitalmarkt ein, deren Ziel insbesondere die Anpassung des Börsegesetzes auf Entwicklungen am österreichischen Kapitalmarkt war,

um die Attraktivität des Finanzplatzes Österreich zu erhalten bzw wiederherzustellen. Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe konnten im Jahr 2010 ua folgende Eckpunkte erarbeitet und im Rahmen eines Gesetzesvorschlags formuliert werden: Änderungen von §§ 91 ff BörseG zwecks besserer Lesbarkeit, eine verpflichtende Zusammenrechnung von Aktien mit derivativen Finanzinstrumenten, eine entsprechende verpflichtende Aufschlüsselung in der Beteiligungsmeldung, eine Meldepflicht für Schuldverschreibungen, die statt oder neben einer Tilgung zum teilweisen oder gänzlichen Bezug von mit Stimmrechten verbundenen Aktien berechtigen, sowie eine Anpassung des Strafausmaßes.

6. Kontakte mit Behörden auf nationaler und internationaler Ebene

Im Jahr 2010 wurde die regelmäßige und intensive Zusammenarbeit im Rahmen des CESR-Netzwerks mit den Schwesterbehörden der EU-Mitgliedstaaten fortgeführt. Die Sitzungen dienen großteils dem Erfahrungsaustausch. Dieser findet in verstärkter Form nunmehr auch außerhalb der Sitzungen der Behörden statt. Übernahmerechtliche Fragestellungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Auslegung der Übernahmerichtlinie, werden auch formlos über Anfragen zwischen den Behörden diskutiert. Das nächste Treffen im Rahmen des CESR-Netzwerks wird im September 2011 in Wien stattfinden.

Auf nationaler Ebene wurde im Jahr 2010 insbesondere die intensiviertere Zusammenarbeit mit der Finanzmarktaufsicht fortgeführt. Diese umfasst nicht nur gegenseitige Unterstützung bei der Marktüberwachung, sondern auch Beratungen wie etwa über die notwendige Verbesserung der Transparenz am Kapitalmarkt.⁸

VI. Ausblick auf das Jahr 2011

So wie schon in den Vorjahren ist aus derzeitiger Sicht damit zu rechnen, dass Fragen zum gemeinsamen Vorgehen auch im Jahr 2011 einen wesentlichen Bestandteil der täglichen Arbeit in der ÜbK darstellen wird. Abzuwarten bleibt, ob das Jahr 2011 – so wie 2009 und zum Teil auch 2010 - von Sanierungen von Gesellschaften und Ausnahmen von der Angebotspflicht geprägt sein wird. Die Entwicklung der letzten Monate gibt zumindest ein wenig Hoffnung, dass es 2011 zu einer Rückkehr zur Normalität kommen könnte.

Zu beobachten ist aber auch ein deutlicher Rückgang der Anzahl jener Unternehmen, für die das ÜbG Anwendung findet. War die ÜbK zu Beginn des Jahres 2009 noch für die Überwachung von 96 Unternehmen zuständig, sind es Anfang 2011 nur noch 80

⁸ Zur Arbeitsgruppe zur Verbesserung der Transparenz am Kapitalmarkt siehe V.5.

Gesellschaften. Dabei ist im laufenden Jahr mit einem weiteren Rückgang zu rechnen. Ausschlaggebend für diese Entwicklung sind einerseits Börserückzüge im Rahmen von Übernahmeangeboten, Segmentwechseln vom regulierten Markt in den unregulierten MTF sowie mangelnde neue Börsegänge.

Von 7. bis 9. September 2011 wird in Wien die „**Conference of International Takeover Regulators - Takeovers, Mergers & Acquisitions**“ stattfinden, zu der die Vertreter aller internationalen Aufsichtsbehörden für Übernahmeverfahren geladen werden. Nach Australien, Südafrika und zuletzt 2008 den USA wird diese Veranstaltung erstmals in Europa stattfinden. Die Konferenz wird zweigeteilt, in einem geschlossenen Teil für Behördenvertreter und einem offenen Teil, an dem auch Vertreter der Wirtschaft, der beratenden Berufe sowie sonstige Interessierte teilnehmen können, abgehalten.

VII. Danksagung

Dank für die gute Zusammenarbeit im Jahr 2010 gilt zunächst dem Bundesministerium für Justiz und dem Bundesministerium für Finanzen, der Wiener Börse AG und der Finanzmarktaufsicht.

Besonderer Dank gebührt Frau RA Dr. Sieglinde Gahleitner für ihre engagierte Tätigkeit in der ÜbK. Sie wurde mit Jahreswechsel 2009/10 zur Verfassungsrichterin nominiert und hat aus diesem Grund ihr Amt in der ÜbK zurückgelegt. Nachfolger ist Herr RA Dr. Georg Legat.

Weiters ist den Mitarbeitern der Geschäftsstelle zu danken, insbesondere dem seit Oktober 2009 im Amt befindlichen Leiter der Geschäftsstelle, Dr. Sascha Schulz. Die Mitarbeiter der Geschäftsstelle haben Ihre Arbeit auch im Jahr 2010 mit hoher Sachkunde, absoluter Integrität und großem Engagement fortgesetzt und damit einen wichtigen Beitrag für die Funktionsfähigkeit der ÜbK geleistet. Der von Woche zu Woche stark wechselnde Arbeitsanfall kann nur deshalb in kurzer Frist erledigt werden, weil die Mitarbeiter bereit sind, bei unvorhergesehenen Mehrbelastungen von den frühen Morgenstunden bis spät in die Nacht, wenn nötig auch an Wochenenden zu arbeiten, und durch ständige Weiterbildung und vorausschauende Bearbeitung neuer Probleme über ein exzellentes Fachwissen verfügen.

Dank gebührt auch den betroffenen Unternehmen, ihren Vorstandsmitgliedern, ihren Mitarbeitern und ihren Beratern, die, von wenigen Ausnahmen abgesehen, mit der ÜbK in fairer und sachgerechter Weise zusammengearbeitet haben.

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner
Vorsitzender

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
stellv. Vorsitzender

Dr. Winfried Braumann
stellv. Vorsitzender

VIII. Anhang

1. Mitglieder der ÜbK während des Geschäftsjahrs 2010

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner (Vorsitzender)	Universitätsprofessor für Unternehmensrecht
Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher (stv. Vorsitzender)	Universitätsprofessor für Unternehmensrecht
Dr. Winfried Braumann (stv. Vorsitzender)	Aufsichtsrat der SPOT – Special Opportunities Transaction AG
SenPräs. d. OGH Dr. Peter Baumann	Senatspräsident des Obersten Gerichtshofes
Dr. Ursula Fabian	Richterin des Oberlandesgerichts
Mag. Helmut Gahleitner	Wirtschaftspolitischer Referent der Arbeiterkammer
Univ.-Prof.. Dr. Hanspeter Hanreich	Universitätsprofessor für Wirtschaftsrecht Konsulent des IHS
RA Dr. Wulf Gordian Hauser	Rechtsanwalt
RA Dr. Georg Legat	Rechtsanwalt
Mag. Heinz Leitsmüller	Leiter der Abteilung Betriebswirtschaft der Arbeiterkammer Wien
Hofrätin Dr. Elfriede Solé	Hofrätin des Obersten Gerichtshofes
Univ.-Prof. Dr. Stefan Weber, LL.M.	Rechtanwalt

2. Mitarbeiter der Geschäftsstelle

Dr. Sascha Schulz	Leiter der Geschäftsstelle
Dr. Julia Fragner	Juristin
Mag. Christina Lang	Juristin
Walter Martetschläger	Sekretariat
Jasna Cvijetic	Sekretariat

3. Statistik

STATISTIK				
Bezeichnung	Einheit	2010		
Senatsverfahren				
	Anz			
gesamt		15		
Übernahmeangebote*		4		
sonstige Senatsverfahren		11		
Anzeigeverfahren nach § 25		2		
Feststellungsverfahren nach § 26b				
Verfahren nach § 27b,c				
Verfahren nach § 29 (Stellungnahmen)		7		
Verfahren nach § 33 (Nachprüfungen)				
Verfahren nach § 35 (Verwaltungsstrafen)		1		
andere Verfahren (§ 21, ...)		1		
Sonstige Verfahren				
Ausnahmen von der Angebotspflicht nach § 24 (Mitteilung)		7		
Überschreiten der ges. Sperminorität nach § 26a (Mitteilung)				
Übernahmeangebote				
	Anz			
gesamt / davon erfolgreich beendet		4 / 2		
einfache freiwillige Angebote § 4		2 / 1		
freiwillige Angebote zur Kontrollerlangung § 25a		2 / 1		
Pflichtangebote § 22				
Durchschnittliche Annahmquote				
	%			
einfache freiwillige Angebote § 4		70,33		
freiwillige Angebote zur Kontrollerlangung § 25a		83,67		
Pflichtangebote § 22				
Volumina				
	Mio €			
Angebotsvolumen**		286		
Annahmenvolumen**		225		
Übernahmeprämie				
	%			
(bez. auf Bekanntmachung; Durchschnitt)		3M	6M	12M
einfache freiwillige Angebote § 4		23,2	20,3	50,3
freiwillige Angebote zur Kontrollerlangung § 25a		53,6	47,4	60,7
Pflichtangebote § 22				
Sonstiges				
Anzahl der Kommissionsmitglieder		12		
Mitarbeiter der Geschäftsstelle		4		
Zielgesellschaften gemäß ÜbG		80		

* Die Anzahl der Übernahmeangebote umfasst alle in dem jeweiligen Kalenderjahr abgeschlossenen (erfolgreich beendeten oder abgebrochenen) Übernahmeangebote

** Erfasst werden lediglich die Volumina von erfolgreich abgeschlossenen Übernahmeangeboten