

Bescheid

Der 2. Senat der Übernahmekommission hat am 19. März 2002 unter dem Vorsitz von o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Hofrat Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Univ. Doz. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Dr. Oskar Grünwald (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über den Antrag der Einschreiterinnen B GmbH sowie der C Privatstiftung die Übernahmekommission möge feststellen, dass trotz Erwerbs einer kontrollierenden Beteiligung an der Z AG wegen § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG den Inhabern von Beteiligungspapieren kein Pflichtangebot gestellt werden muss, wie folgt entschieden:

Spruch

1. Die B GmbH hat ##### Stück Aktien der Z AG, das sind < 50 % vom Grundkapital der Z AG, iSd § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG zu Sanierungszwecken erworben. Sie hat weder nach § 22 ÜbG noch nach § 25 Abs 2 ÜbG ein Pflichtangebot an die Inhaber von Beteiligungspapieren der Z AG zu stellen.
2. Gemäß 2.1., 2.3., 7.1. iVm 7.3. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission haben die B GmbH sowie die C Privatstiftung als Solidarschuldner eine Gebühr von EUR 17.280,- zu entrichten. Der Restbetrag von EUR 8.640,- ist innerhalb von zehn Bankarbeitstagen ab Vorschreibung auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993 zu entrichten.

Begründung

1. Vorgehen und Sachverhalt

Am ##.##.##### haben die Einschreiterinnen B GmbH („Holding GmbH“) und die C Privatstiftung („Privatstiftung“) die Einbringung der Aktienmehrheit an der Z AG in die Holding GmbH der Übernahmekommission gegenüber mitgeteilt und den Antrag gestellt, die Übernahmekommission möge das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG bescheidmässig feststellen. Dieser Mitteilung nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG sind zahlreiche informelle Kontakte mit dem Rechtsvertreter der Einschreiterinnen vorausgegangen.

Der Gebührevorschuss für das Verfahren vor der Übernahmekommission in Höhe von EUR 8.640,- wurde am ##.##.##### erlegt.

Zur Ermittlung des Sachverhalts wurden abgesehen von den bereits aus dem Vorverfahren bekannten Tatsachen noch schriftliche Stellungnahmen vom Vorstand der Z AG sowie vom Sonderprüfer D eingeholt. Darüber hinaus wurden von den Einschreiterinnen zahlreiche andere Unterlagen und Urkunden vorgelegt. Mit Schreiben vom ##.##.##### wurde von den Einschreiterinnen ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurde folgender

Sachverhalt

festgestellt:

Die Z AG ist eine im amtlichen Handel an der Wiener Börse AG notierte Aktiengesellschaft mit Sitz in ###. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt nach Einziehung von ##### Stück Aktien EUR##### und ist in ##### Stück nennbetragslose Stammaktien zerlegt. Die ordentliche HV der Z AG hat am ##.##.##### die vereinfachte Herabsetzung des Grundkapitals auf das Mindestgrundkapital beschlossen. Diese Kapitalmaßnahme wurde am ##.##.##### im Firmenbuch eingetragen. Das Grundkapital beträgt seither EUR ##### und ist in ##### Stück nennbetragslose Stückaktien zerlegt. Der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft ist unter anderem auf ##### gerichtet.

Bereits am ##.##.##### wurde wegen erheblicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten über das Vermögen der Z AG das Ausgleichsverfahren eröffnet. Ein drohender Konkurs konnte nur durch das Zusammenwirken von Kernaktionären, die ihre Anteile auf den so genannten Sanierungsbeauftragten E, übertragen haben und Bankengläubigern der Z AG abgewendet werden. Letztere waren unter anderem bereit, für die bestehenden Forderungen in Höhe von ATS ## Mrd bis zum ##.##.##### Rückstellungserklärungen abzugeben und zusätzlich die zur Fortführung des Unternehmens notwendigen Finanzmittel in der Höhe von ATS ### Mio zur Verfügung zu stellen. Ein Pflichtangebot war damals wegen des Vorliegens der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Sanierungsprivilegs nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG nicht zu stellen (vgl ÜbK vom 9. August 2001, GZ 2001/2/5 - 50).

Am ##.##.##### wurde der Ausgleich der Zielgesellschaft angenommen und mit Beschluss des Landesgerichts ##### vom ##.##.##### das Ausgleichsverfahren gemäß § 57 Abs 1 AO aufgehoben. Die angenommene Quote für nicht bevorrechtete Forderungen beläuft sich auf 40 % oder ATS ### Mio. Davon sind bereits 7,5 % bezahlt, die verbleibenden Quotenverbindlichkeiten werden in den nächsten zwei Jahren in mehreren Teilbeträgen zu bezahlen sein.

Für das laufende Geschäftsjahr 2001/2002, das am 28. Februar 2002 endet, ist vom Vorstand der Z AG ein Jahresfehlbetrag von rund ATS ### Mio prognostiziert, womit sich die bilanzielle Überschuldung von ATS ##### Mio (Geschäftsjahr 2000/2001) auf ATS ##### Mio (Geschäftsjahr 2001/2002) erhöht, wobei der Sanierungsgewinn (rund EUR ## Mio), der sich aus der Differenz zwischen den vollen Insolvenzverbindlichkeiten und den Quotenverbindlichkeiten ergibt, handelsrechtlich erst nach vollständiger Erfüllung aller Quotenverbindlichkeiten vereinnahmt werden kann.

Nach Einschätzung des Vorstands der Z AG ist

„auch für das Geschäftsjahr 2001/2002 [ist] – wenn auch mit deutlich abnehmender Tendenz und Erwartung eines bereits positiven Ergebnisses vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern – noch ein erheblicher Jahresverlust“

zu erwarten. Die Gesellschaft entwickelt sich somit zwar plangemäß im Rahmen des von der U GmbH erarbeiteten Sanierungskonzeptes, die Fortführung und vollständige Sanierung der Z AG ist jedoch weiterhin vom Einstieg eines strategischen Partners oder Investors abhängig. Die vom Vorstand der Z AG erstellte Liquiditätsvorschau für das Geschäftsjahr 2002/2003 zeigt, dass

„die Erfüllung der Quotenverpflichtungen nicht ohne Zufuhr externer Mittel (Kredit oder Eigenkapital) darstellbar ist“

Da in Richtung der Hereinnahme von Eigenkapitalgebern bisher keine Fortschritte erzielt werden konnten, müssen nun andere Finanzierungsformen gefunden werden, die die Erfüllung der Ausgleichsquote ermöglichen sollen. Nach Darstellung der Beteiligten ist hierfür aber eine Aktionärsstruktur erforderlich, die von einer Einzelperson und deren Einflussmöglichkeit unabhängig ist.

E beabsichtigt daher seine ##### Stück Aktien (vor Umtausch: ##### Stück Aktien) an der Z AG in eine 100 %-ige Tochtergesellschaft (Holding GmbH) der von ihm errichteten C Privatstiftung einzubringen. Der Stiftungszweck der Privatstiftung soll die Förderung der Wirtschaft Österreichs sein, insbesondere durch Erhaltung und Förderung der Wettbewerbsfähigkeit von österreichischen Unternehmen durch unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an sanierungsbedürftigen Unternehmen und Zuführung von Risikokapital sowie die sorgfältige Verwaltung des Vermögens der Privatstiftung und die Sicherung des wirtschaftlichen Bestands jener Unternehmen, an denen die Stiftung unmittelbar oder mittelbar Beteiligungen hält oder erwirbt. Zuwendungen an individuell Begünstigte sollen grundsätzlich nicht erfolgen. Der Stiftungsvorstand entscheidet durch Beschluss über die Person des Letztbegünstigten und allfällige Zuwendungen an vom Stiftungsvorstand zu bezeichnende Begünstigte. Zu den Mitgliedern des Stiftungsvorstandes wird unter anderem E gehören.

Nach Einbringung der Beteiligung hält – abgesehen von der Bieterin - kein Aktionär mehr als 10 % am stimmberechtigten Grundkapital der Z AG.

2. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

a) Zum 1. Spruchpunkt:

Die Einschreiterinnen haben gemäss § 25 Abs 2 ÜbG beantragt, die Übernahmekommission möge feststellen, dass den Beteiligungspapierinhabern der Z AG nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG kein Pflichtangebot zu stellen ist. Die Anzeige selbst stützt sich auf § 25 Abs 1 Z 4 iVm § 25 Abs 2 ÜbG.

E verfügt über ##### Stück Aktien (vor Umtausch: ##### Stück Aktien) oder < 50 % vom Grundkapital der Z AG. Nach § 22 Abs 4 ÜbG iVm § 2 der 1. ÜbV hält E eine kontrollierende Beteiligung an der Z AG. Durch Einbringung der Aktien in eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der C Privatstiftung wird zunächst ein nach § 22 ÜbG beachtlicher Kontrollwechsel bewirkt; ein Pflichtangebot ist aber aus folgenden Gründen nicht zu stellen:

Die Z AG befindet sich nach wie vor in einer wirtschaftlichen Krise, die die Anwendung des so genannten Sanierungsprivilegs nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG rechtfertigt. Schon im Vorverfahren (GZ 2001/2/5 - 50) hat die Übernahmekommission ausgesprochen, dass ein Sanierungsbedarf jedenfalls dann vorliegt, wenn ein Insolvenz-

verfahren (KO, AO) über das Vermögen einer Zielgesellschaft eröffnet wird. Zwar ist mittlerweile der Ausgleich angenommen und das Ausgleichsverfahren mit Beschluss des LG ### vom ##.##.#### aufgehoben worden, es besteht aber weiterhin ein unmittelbarer zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zum am ##.##.#### eröffneten Ausgleichsverfahren.

Aber auch die Vermögens- und Ertragslage der Z AG hat sich seither nicht wesentlich geändert. Im soeben abgelaufenen Geschäftsjahr ist ein erheblicher Jahresfehlbetrag in Höhe von ATS ### Mio zu verzeichnen, der zur weiteren Überschuldung der Gesellschaft beitragen wird. Auch für das nächste Geschäftsjahr ist ein – wenn auch deutlich geringerer – Jahresfehlbetrag prognostiziert. Mit Gewinnen ist frühestens im Geschäftsjahr 2003/2004 zu rechnen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Gesellschaft in nächster Zukunft externes Kapital zugeführt wird. Ohne der Zufuhr externer Mittel wird die Erfüllung der Quotenverbindlichkeiten und die daraus folgende Entschuldung der Z AG nicht möglich sein.

Der Fortbestand des Unternehmens ist daher weiterhin ungewiss und aktuell gefährdet. Der nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG erforderliche Sanierungsbedarf liegt somit vor. An der Sanierungsabsicht der C Privatstiftung darf schon auf Grund ihres darauf gerichteten Stiftungszweckes nicht gezweifelt werden. Eine durch die Einbringung der kontrollierenden Beteiligung gesteigerte Gefährdung von Vermögensinteressen iSd § 25 Abs 2 und 3 ÜbG kann nicht festgestellt werden. Der durch die Insolvenz der Gesellschaft bereits bewirkte Vermögensverzehr ist davon unabhängig.

§ 24 Abs 1 Z 3 ÜbG war nicht anzuwenden, weil E nicht zum Begünstigten der Privatstiftung bestellt worden ist (zu den Voraussetzungen vgl GZ 2001/1/2 – 26 und GZ 2001/2/8 - 24). Darüber hinausgehende stiftungsrechtliche Aspekte sind von der Übernahmekommission nicht zu prüfen.

b) Zum 2. Spruchpunkt:

Gemäß 2.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 28. Dezember 2001, Nr. 247) ist für ein Verfahren zur Prüfung einer Mitteilung nach § 25 ÜbG vom Bieter eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten.

Nach 2.3. der Gebührenordnung hat der Bieter zusätzlich eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten, wenn ein Feststellungsantrag nach § 25 Abs 2 dritter Satz ÜbG (Feststellung betreffend die Angebotspflicht) gestellt wird. Ein solcher Antrag wurde mit Schreiben vom ##.##.#### gestellt.

Der Bieter hat daher insgesamt eine Gebühr in der Höhe von EUR 17.280,-- zu entrichten. Gehen mehrere Bieter gemeinsam vor, haften sie gemäß 7.1. für die Entrichtung der Gebühren und Barauslagen solidarisch.

Bieterinnen im Sinne dieser Bestimmung sind die B GmbH und die C Privatstiftung (vgl § 9 der 1. ÜbV).

Am ##.##.#### wurde gemäß 2.5. der Gebührenordnung ein Gebührenvorschuss in Höhe von EUR 8.640,-- erlegt. Dieser Betrag ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen. Die restliche Gebühr beträgt daher EUR 8.640,--.

Darüber hinaus halten 2.1. bzw 2.3. jeweils letzter Satz der Gebührenordnung fest, dass die Gebühr zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die Übernahmekommission zur Zahlung fällig ist. 7.3. der Gebührenordnung normiert, dass Zahlungen auf das Konto der Wiener Börse AG zu erfolgen haben.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zulässig, wobei diese Beschwerde innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erhoben werden muss und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen ist. Spätestens bei Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von Eur 180,-- zu entrichten.

Wien, den 19. März 2002

Univ. Prof. Dr. Josef Aicher
Für den 2. Senat der Übernahmekommission