

Zustellung an:

Herrn RA Dr. Robert Briem, AvW Gruppe AG und AvW Invest AG

Herrn RA Dr. Albert Birkner, Hygiene Holding GmbH

Herrn RA Dr. Peter Huber, S&T AG

[Anmerkung: geringfügig redaktionell bearbeitet]

GZ 2009/3/1 - 118

Bescheid

Der 3. Senat der Übernahmekommission hat am 7. April 2009 unter dem Vorsitz von Dr. Winfried Braumann, im Beisein der Mitglieder Hofrätin Dr. Elfriede Solé (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), RA Univ.-Prof. Dr. Stefan Weber (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und RA Dr. Sieglinde Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über das auf Antrag der AvW Gruppe AG (FN 206508p) und der AvW Invest AG (FN 109272w) eingeleitete Verfahren gemäß § 26b ÜbG betreffend die S&T System Integration & Technology Distribution AG, AT0000905351 („S&T AG“) wie folgt entschieden:

Spruch

- 1. Es wird festgestellt, dass für AvW Gruppe AG und AvW Invest AG durch Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung am 19. Dezember 2008 gemäß § 22 Abs 1 ÜbG die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots besteht. Die Bieter haben binnen 20 Börsetagen ab Zustellung dieses Bescheids das Pflichtangebot anzuzeigen oder ihre Beteiligung an S&T AG binnen 20 Börsetagen auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien zu reduzieren.**
- 2. Der Antrag der AvW Gruppe AG und AvW Invest AG auf Erstreckung der Frist von 20 Börsetagen zur Reduzierung der Beteiligung auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien iSd § 26 Abs 3 ÜbG wird abgewiesen.**
- 3. Der Antrag der S&T AG und Hygiene Holding GmbH auf Erteilung von Auflagen und Bedingungen betreffend die Reduzierung der Beteiligung durch die Bieter auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien iSd § 26 Abs 3 ÜbG wird abgewiesen.**

4. Gemäß § 26b ÜbG iVm Punkt 4.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Verordnung der Wiener Börse AG, BGBl II 2006/369) sind AvW Gruppe AG und AvW Invest AG solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,-- sowie von Barauslagen in der Höhe von EUR 502,48 (darin enthalten EUR 83,75 USt), somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in Höhe von EUR 21.902,48 verpflichtet. Dieser Betrag ist gemäß Punkt 8.3. und 8.6. GebO innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, zu entrichten.

Begründung

1. Verfahrenseinleitung

Im Zuge der Andienung von S&T Aktien aus an Banken geschriebenen Put-Optionen haben AvW Invest AG und AvW Gruppe AG (beide Rechtsträger zusammen im Folgenden auch die „AvW Gesellschaften“) gemeinsam am 19. Dezember 2008 die 30%-Schwelle gemäß § 22 Abs 2 ÜbG geringfügig überschritten. Dies wurde der Geschäftsstelle der Übernahmekommission bereits in einem Telefonat am 18. Dezember 2008 durch den rechtsfreundlichen Vertreter der beiden Gesellschaften telefonisch angekündigt sowie durch den Schriftsatz vom 19. Dezember 2008 mit dem Hinweis, der Abschluss der gegenständlichen Put-Optionen sei auf ein strafrechtswidriges Verhalten des mittlerweile entlassenen Prokuristen der AvW Invest AG, Harald Knechtl, zurückzuführen und daher nicht zurechenbar, konkretisiert. Die daraufhin folgende Absicht, durch Aktienverkäufe die Kontrollschwelle wieder zu unterschreiten, scheiterte an der fehlerhaften Berücksichtigung eigener Aktien der S&T AG durch die AvW Gesellschaften.

Am 29. Dezember 2008 wurden AvW Gruppe AG schließlich 315.000 Stück S&T Aktien, somit 8,79%, aus Put-Optionsgeschäften angedient, wodurch sich der Gesamtbestand der von den AvW Gesellschaften gehaltenen S&T Aktien auf rund 38,44% erhöhte.

Nach weiteren Gesprächen mit der Übernahmekommission (im Folgenden „ÜbK“) beantragten die AvW Gesellschaften schließlich am 12. Jänner 2009 einen Feststellungsbescheid gemäß § 26b ÜbG, dass wegen Rechtsunwirksamkeit der Optionsgeschäfte, einem daraus fehlenden Titel für die Übertragung des Eigentums an den

optionsgegenständlichen Aktien und einem damit verbundenen Nichterlangen einer kontrollierenden Beteiligung keine Angebotspflicht besteht.

Der 3. Senat der ÜbK hat hierüber am 21. Jänner 2009 beraten und die Einleitung eines Feststellungsverfahrens unter Berücksichtigung der Verfahrensbestimmungen des § 33 ÜbG beschlossen. Die Verfahrenseinleitung wurde am 24. Jänner 2009 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bekannt gemacht. Beteiligungspapierinhaber der S&T AG, die allein oder gemeinsam mit anderen Beteiligungspapierinhabern über Beteiligungspapiere mit einem anteiligen Betrag des Grundkapitals von insgesamt mindestens EUR 70.000 verfügten, konnten sich in analoger Anwendung von § 33 Abs 2 und Abs 3 ÜbG innerhalb einer Frist von einem Monat ab Veröffentlichung dieser Mitteilung dem Verfahren anschließen. Hiervon hat die Hygiene Holding GmbH Gebrauch gemacht.

Die Parteistellung der Zielgesellschaft ergab sich aus analoger Anwendung von § 33 Abs 2 Z 3 ÜbG.

2. Anträge und Vorbringen der Parteien

2.1 AvW Gruppe AG und AvW Invest AG

Die AvW Gesellschaften brachten in ihrem Antrag vom 19. Dezember 2008 vor, dass der ehemalige Prokurist der AvW Invest AG, Herr Harald Knechtl, ohne Wissen und Zustimmung des Vorstands Put-Optionsgeschäfte betreffend S&T AG zulasten der AvW Gruppe AG mit unterschiedlichen Banken abgeschlossen habe, die bei Ausübung zur Überschreitung der Kontrollschwelle führen würden. Die Wirksamkeit der Optionsvereinbarungen werde bestritten, da Herr Knechtl und Mitarbeiter der A Bank kollusiv zusammengewirkt hätten und das Verhalten von Herrn Knechtl daher strafrechtlich relevant sei. Diesbezüglich sei bereits ein Strafverfahren vor dem Landesgericht Klagenfurt anhängig. Der Vorstand der AvW Gruppe AG habe vom Umfang der Optionsvereinbarungen erst im Oktober 2008 Kenntnis erlangt.

Mangels rechtswirksamer Optionsgeschäfte, einem daraus fehlenden Titel für die Übertragung des Eigentums an den optionsgegenständlichen Aktien und einem damit verbundenen Nichterlangen einer kontrollierenden Beteiligung sei daher von keiner Angebotspflicht auszugehen. Für den Fall, dass die Optionsgeschäfte jedoch rechtswirksam vereinbart worden seien, brachten die Antragsteller vor, dass gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG

dennoch keine Angebotspflicht bestehe, weil die für das Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung erforderliche Zahl an Stimmrechten nur vorübergehend und unbeabsichtigt überschritten worden sei und die Überschreitung unverzüglich rückgängig gemacht werde.

Darüber hinaus habe nie die Absicht bestanden, eine kontrollierende Beteiligung an S&T AG zu erwerben. Da der Abschluss der gegenständlichen Optionsgeschäfte auf ein strafrechtswidriges Verhalten des Prokuristen zurück zu führen sei, sei das allfällige Überschreiten der 30%-Schwelle auch mit einer passiven Kontrollerlangung iSd § 22b ÜbG vergleichbar und führe daher zu keiner Angebotspflicht.

Am 22. Dezember 2008 teilten die AvW Gesellschaften mit, eine ausreichende Anzahl an Aktien verkauft zu haben, um die 30% Schwelle zu unterschreiten. Am 29. Dezember 2008 wurde der ÜbK mitgeteilt, dass es niemals zu einer Unterschreitung der 30%-Schwelle gekommen und die Kontrollschwelle somit bereits am 19. Dezember 2008 endgültig überschritten worden sei, da die ursprüngliche Berechnung auf Grundlage einer unrichtigen Anzahl eigener Aktien der S&T AG erfolgt sei. Seit 29. Dezember 2008 seien die Antragsteller unter der Annahme der Rechtswirksamkeit der Optionsvereinbarungen mit 38,44% an S&T AG beteiligt.

Am 12. Jänner 2009 beantragten die AvW Gesellschaften einen Feststellungsbescheid gemäß § 26b ÜbG, dass keine Angebotspflicht bestehe. Zur Unverzüglichkeit iSd § 26 Abs 3 Z 1 ÜbG wurde angeführt, dass erst am 29. Dezember 2008 Gewissheit darüber bestanden habe, dass A Bank ihre Optionen mit Verfallstag am 29. Dezember 2008 ausüben werde und sich kein Käufer finde, der das Aktienpaket übernehmen wolle. Darüber hinaus sei aufgrund des Unfalls des Vorstandsvorsitzenden der AvW Gesellschaften, Dr. Wolfgang Auer von Welsbach, am 26. Dezember 2008 keine Entscheidungsfindung seit 29. Dezember 2008 möglich gewesen, da dieser bis 9. Jänner 2009 in stationärer Behandlung gewesen sei.

Im Schriftsatz vom 13. März 2009 wurde von den Antragstellern eingeräumt, dass die Optionen an S&T AG mit A Bank bereits im Jahr 2007 von AvW Gruppe AG mit Wissen des Vorstandes abgeschlossen worden seien – teils um die Beteiligung an S&T AG weiter auszubauen, zum Großteil jedoch als Kapitalanlage. In der mündlichen Verhandlung am 18. März 2009 brachte Dr. Auer von Welsbach vor, lediglich von 150.000 Stück S&T Optionen gewusst zu haben; die übrigen Optionen seien ohne sein Wissen abgeschlossen worden.

Die Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung sei jedenfalls weder bei Abschluss der Optionsgeschäfte noch später beabsichtigt oder in Kauf genommen worden. Darüber

hinaus wären die finanziellen Mittel der AvW Gesellschaften schon im Jahr 2007 nicht für die Stellung eines Pflichtangebots ausgereicht gewesen; ebenso sei der Aufsichtsrat niemals mit einem derartigen Vorhaben befasst worden. Dazu wurden DI Rudolf Rheindt als Zeuge sowie die Parteienvernehmung von Dr. Arnulf Komposch, Dr. Wolfgang Auer von Welsbach und Maria Auer von Welsbach beantragt.

Herr Dr. Auer von Welsbach habe Herrn Knechtl bereits im Mai 2008 die konkrete Weisung erteilt, der AvW Gruppe AG am 30. Juni 2008 S&T Aktien nur bis zur Kontrollschwelle andienen zu lassen und die Verluste aus den übrigen Optionen in Kauf zu nehmen. Hierbei sollten 100.000 Stück S&T Aktien angedient, 40.000 Stück in den September weiter gerollt und die übrigen Optionen unter Realisierung der Verluste aufgelöst werden.

Aufgrund der gesundheitlich bedingten Abwesenheit von Dr. Auer von Welsbach sei es Herrn Knechtl möglich gewesen, unter Verstoß gegen das Vier-Augen-Prinzip der Gesellschaft ohne die gebotene vorherige Abstimmung und Genehmigung durch den Vorstand der AvW Gruppe AG und unter Mitwirkung der A Bank zum Schaden der AvW Gruppe AG diese Optionsverträge abzuschließen. Wahrheitswidrig habe Herr Knechtl auf Nachfrage, ob die erteilte Weisung entsprechend ausgeführt worden sei, geantwortet, dass dies erfolgt sei. Der Vorstand habe erst am 10. Oktober 2008 im Rahmen eines Gesprächs mit A Bank erfahren, dass sämtliche Optionen entgegen der Weisung weitergerollt worden seien.

Jedoch habe nicht nur Herr Knechtl ein die AvW Gesellschaften schädigendes Verhalten gesetzt, sondern auch A Bank, da die getätigten Transaktionen ganz offenkundig gegen die der Bank bekannten Interessen der Stillhalterin verstoßen habe. So seien die Optionen im Jahr 2008 zu nachteiligen und nicht marktkonformen Konditionen und Preisen abgeschlossen worden, da trotz eines vorherrschenden Abwärtstrends des Kurses der S&T Aktie bei EUR 33, dennoch ein Ausübungspreis von EUR 53 bzw 58 vereinbart worden sei. Dies hätte A Bank bei einem funktionierenden Internen Kontrollsystem auffallen müssen; der Vorstand der AvW Gruppe AG hätte daher umgehend von A Bank informiert werden müssen. Der Vorteil aus den Put-Optionsverträgen betreffend die S&T AG für A Bank sei in der Erzielung von hohen Transaktionsprämien gelegen.

Die Antragsteller brachten wiederholt vor, für die Dauer des allfälligen Überschreitens der 30%-Schwelle, das Stimmrecht zur Gänze nicht ausüben zu wollen. Ebenso werde alles daran gesetzt, die 30%-Schwelle durch Verkäufe von S&T Aktien unverzüglich zu unterschreiten. Dazu wurde wiederholt vorgebracht und in der mündlichen Verhandlung

vom 27. März 2009 im Detail dargelegt, dass seit Oktober 2008 Verhandlungsgespräche mit A Bank geführt worden seien. Nachdem klar geworden sei, dass A Bank die Aktien andiene, hätten Gespräche mit Investoren stattgefunden, die jedoch noch zu keinem verbindlichen Angebot geführt hätten. Der Verkauf der 8,44% über die Börse sei angesichts der negativen Auswirkungen auf den Kurs der S&T AG nicht beabsichtigt. Aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Lage gestalte sich jedoch auch der außerbörsliche Verkauf schwierig.

In der Verhandlung am 27. März 2009 beantragten die Bieter, die ÜbK möge das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des vor dem LG Klagenfurt zu GZ 13 St 173/08x anhängige Strafverfahren unterbrechen, die Vorlage des diesbezüglichen Strafaktes verlangen sowie Frau Dr. Praxl und Herrn Dr. Waniek als Zeugen vernehmen.

Weiters seien die AvW Gesellschaften bereit, sich gegenüber S&T AG zu verpflichten, keinesfalls über die Börse zu verkaufen, sofern die Möglichkeit eingeräumt werde, anstelle eines Pflichtangebots die Beteiligung auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien zu reduzieren. Im Schriftsatz vom 31. März 2009 wurde beantragt, die Frist zur Veräußerung auf zwei Monate ab Zustellung der Entscheidung der ÜbK zu erstrecken. Hingegen sprachen sich die AvW Gesellschaften gegen die von S&T AG vorgeschlagene Auflage aus. Weiters wurde beantragt, dass, sollte eine Veräußerung der über die 30% hinausgehenden Beteiligung nicht innerhalb der von der ÜbK festgelegten Frist gelingen, die AvW Gesellschaften ihre gesamte Beteiligung an S&T AG in Abstimmung mit der Zielgesellschaft möglichst zu einem Kurs von EUR 12 bis EUR 15 pro Aktie verkaufen würden und hierfür eine Erstreckung der Frist bis 30. Juni 2009 vorgesehen werden solle.

2.2 S&T AG

Die Zielgesellschaft brachte vor, dass das gesamte Verfahren eine erhebliche Belastung für die Gesellschaft darstelle und die operative Geschäftstätigkeit der S&T AG behindere, weswegen ein eminentes Interesse an rascher Rechtssicherheit bestehe.

Aus Sicht der Zielgesellschaft hätten die AvW Gesellschaften seit 19. Dezember 2008 die Kontrollschwelle nach § 22 Abs 2 ÜbG klar überschritten und wären daher verpflichtet gewesen, ein Übernahmeangebot zu stellen. Trotz „Übersehens“ eines Bestands eigener Aktien bei S&T AG fehle es für eine allfällige Privilegierung nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG an der Unabsichtlichkeit, da die dem Anteilserwerb zugrunde liegenden Optionsverträge in das

Jahr 2007 zurückreichen würden. Es sei zweifelhaft, dass der Vorstand der AvW Gruppe AG keine Kenntnis vom Bestand dieser Optionsgeschäfte gehabt habe, da doch vieles darauf hindeute, dass derartige Optionen der jahrelangen Geschäftspraxis entsprochen hätten. Zudem bestehe die kontrollierende Beteiligung seit nunmehr über 50 Börsetagen, innerhalb derer man sich zwar um eine Rückgängigmachung bemüht, diese jedoch nicht erreicht habe, weswegen auch durch die fehlende unverzügliche Reduktion unter die Kontrollschwelle eine Privilegierung nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG nicht in Frage komme. Auch im Falle des Versagens des Internen Kontrollsystems sei jedenfalls eine übernahmerechtliche Zurechnung der aus den Optionsgeschäften resultierenden Anteile gegeben.

Weiters bringt S&T AG vor, dass die privilegierenden Rechtsfolgen mangels Rechtszeitigkeit der Antragstellung nicht greifen würden. Denn einerseits bestünden die kontrollrelevanten Optionen seit dem Jahr 2007, andererseits setze eine Antragstellung schon dem Wortlaut nach nicht das Bestehen einer kontrollierenden Beteiligung voraus, sondern lasse die Feststellung nach § 26b ÜbG bereits in einem Zeitpunkt zu, in welchem mit hoher Wahrscheinlichkeit mit einer Kontrollerlangung zu rechnen war, sodass diesfalls ein Zuwarten bis zum 14. Jänner 2009 dem strengen Erfordernis der Unverzüglichkeit nicht Rechnung trage. Stelle sich daher im Verfahren heraus, dass die AvW Gesellschaften die Kontrolle über S&T AG erlangt hätten, so treffe sie eine unbedingte Angebotspflicht.

Sollte die ÜbK dennoch die Unverzüglichkeit und somit auch eine Privilegierung nach § 26b Abs 3 ÜbG bejahen, so erscheine angesichts der eingeschränkten Fungibilität der S&T Aktie zum Schutz der übrigen Aktionäre und der Zielgesellschaft die Erteilung von Bedingungen und Auflagen analog den Bestimmungen von §§ 25 Abs 2, 26a Abs 4 und § 34 Abs 2 und 3 ÜbG, unter denen die Anteile zu reduzieren seien, geboten. Diese müssten insbesondere sicherstellen, dass kein börslicher Verkauf stattefinde, eine kursneutrale Platzierung der Anteile erfolge und dem allfälligen Paketerwerber eine Behaltefrist von zumindest 12 Monaten auferlegt werde, um kurzfristige Spekulationen durch den Erwerber des Aktienpaketes zu verhindern. Begleitend solle die gesetzliche Frist von 20 Börsetagen, innerhalb derer eine Reduktion stattzufinden habe, angemessen verlängert werden, um den Handlungsspielraum des Bieters zu erweitern.

2.3 Hygiene Holding GmbH

Hygiene Holding GmbH (im Folgenden „HHG“) brachte vor, dass die AvW Gesellschaften durch Abschluss von Put-Optionsvereinbarungen insgesamt über 38,44% der ständig stimmberechtigten Aktien der S&T AG verfügen würden und demnach eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 1 ÜbG bestehe.

Von einer passiven Kontrollerlangung durch die AvW Gesellschaften könne keine Rede sein, da Dr. Auer von Welsbach nach eigener Aussage bereits Ende 2007 Kenntnis über einen Optionsstand betreffend die S&T AG gehabt habe, demzufolge ein Beteiligungsstand von mehr als 30% der Stimmrechte an S&T AG und damit ein Überschreiten der Kontrollschwelle nach ÜbG möglich gewesen wäre. Angesichts der Kursentwicklung der S&T AG habe man mit einer Ausübung der Optionen durch die A Bank zumindest rechnen müssen.

Für eine Privilegierung nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG bestehe kein Spielraum, da die Überschreitung der Kontrollschwelle weder geringfügig, noch unbeabsichtigt geschehen sei. Ein „Übersehen“ des Bestands eigener Aktien der S&T AG sei bei vorliegenden öffentlichen Meldungen der S&T AG, als auch Angesichts der Tatsache, dass Herr Dr. Auer von Welsbach Mitglied des Aufsichtsrates der S&T AG sei, unbeachtlich. Die Reduktion um bloß 500 Stück Aktien sei nicht ausreichend gewesen. Für ein Unterschreiten hätten die AvW Gesellschaften rund 6.400 Stück Aktien verkaufen müssen. Dies sei auch in einem illiquiden Marktumfeld möglich gewesen.

Weder ein Verkauf von S&T Aktien über die Börse, noch ein außerbörslicher Paketverkauf unterhalb eines bestimmten Mindestpreises würden den berechtigten Interessen der Zielgesellschaft und der übrigen Aktionären entsprechen. Allfällige Auflagen der ÜbK zu einem geordneten Abverkauf würden nicht den Prinzipien des ÜbG entsprechen, nach welchen die Beteiligungspapierinhaber zu schützen seien, wenn die Kontrolle über eine Gesellschaft erlangt werde. Daher sei die unbedingte Angebotspflicht als zentrale Rechtsfolge des ÜbG die einzig mögliche Rechtsfolge, um den Interessen der Beteiligungspapierinhaber zu entsprechen.

Für den Fall einer Privilegierung nach § 26b Abs 3 ÜbG solle zum Schutz vor massiven Kursverlusten durch Verkaufstransaktionen die Festlegung eines Mindestpreises analog zu den Preisregeln beim Pflichtangebot festgelegt werden. Diesfalls seien alle Referenztransaktionen der letzten 12 Monate zu berücksichtigen. Unter Heranziehung des höchsten Ausübungspreises aus den Optionsverpflichtungen betrage der Mindestpreis

EUR 58. Alternativ könne der Mindestpreis unter Subtraktion der von AvW Gruppe AG vereinnahmten Prämie zur jeweiligen Option ermittelt werden, woraus sich ein Mindestpreis von EUR 33,40 errechne.

Seien die AvW Gesellschaften nicht in der Lage, ein Pflichtangebot zu finanzieren, so müsse die ÜbK zumindest das Ruhen der Stimmrechte für die von ihnen gehaltenen S&T Aktien feststellen.

HHG beantragte daher im Schreiben vom 27. März 2007, die ÜbK möge im gegenständlichen Verfahren die Angebotspflicht der AvW Gesellschaften sowie das rückwirkende Stimmrechtsruhen seit erstmaliger Kontrollerlangung feststellen und für den Fall der Privilegierung nach § 26b Abs 3 ÜbG einen Mindestpreis bei Anteilsreduktion festlegen.

HHG brachte am 3. April 2009 einen Antrag ein, die ÜbK möge die Anträge auf Verlängerung der Frist zur Reduktion der Beteiligung auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien iSd § 26 Abs 3 ÜbG abweisen. Darüber hinaus möge die ÜbK für den Fall des Verkaufs der Beteiligung durch die AvW Gesellschaften einen Mindestpreis festsetzen.

3. Sachverhalt

Die ÜbK hat auf Grundlage der vorgelegten Urkunden und nach Durchführung der mündlichen Verhandlungen folgenden

Sachverhalt

festgestellt:

3.1 Die Zielgesellschaft

S&T System Integration & Technology Distribution AG, eingetragen unter FN 47292y, ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien, Geiselbergstraße 17-19, 1110 Wien, deren Aktien seit 11. April 2003 zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Marktsegment Prime Market notiert werden. Ein ADR Level 1 Programm besteht seit März 2002 mit der Bank of New York Mellon. Das Grundkapital beträgt EUR 7.170.034,-- und ist in 3.585.017 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt. S&T AG hielt per 19. Dezember 2008 19.946 Stück eigene Aktien.

Das durchschnittliche Tageshandelsvolumen der S&T Aktie innerhalb der letzten sechs Monate betrug nur an einzelnen Tagen mehr als 5.000 Stück; überwiegend wurden nur wenige hundert bis höchstens 2.000 Stück pro Handelstag umgesetzt.

An der Zielgesellschaft sind derzeit – unter Berücksichtigung der von S&T gehaltenen eigenen Aktien – die AvW Gesellschaften mit 38,44 % sowie Mag. Thomas Streimelweger, unter anderem indirekt über Hygiene Holding GmbH, mit rund 28 % beteiligt. Die übrigen Aktien befinden sich im Streubesitz.

Der Kursverlauf der S&T Aktie stellt sich in den letzten sechs Monaten (Oktober 2008 - März 2009) wie folgt dar (Quelle: Website der Wiener Börse AG):



Dem Vorstand gehören derzeit die Herren Christian Rosner, Dr. Peter Sturz, DI Georg Komornyik sowie Mag. Martin Bergler an. Der Aufsichtsrat der S&T AG setzt sich aus acht Kapitalvertretern zusammen: Mag. Thomas Streimelweger (Aufsichtsratsvorsitzender), Univ.-Prof. Dr. Reinhard Moser (Stellvertretender Vorsitzender), Dkfm. Dr. Franz Jurkowitsch, DDr. Karl-Michael Millauer, Ing. Karl Nigl, Dr. Ernst Nonhoff, Dr. Kurt Waniek, Dr. Wolfgang Auer von Welsbach.

Herr Dr. Auer von Welsbach wurde in der außerordentlichen Hauptversammlung am 29. August 2008 in den Aufsichtsrat gewählt.

In der ordentlichen Hauptversammlung der S&T AG am 7. Mai 2008 waren die AvW Gesellschaften mit 896.893 Stück Aktien (rund 25,5%) und Mag. Streimelweger mit 917.800 Stück Aktien (rund 26%) – bei einem anwesenden Grundkapital von 1.869.226 – vertreten. Das Grundkapital war zu diesem Zeitpunkt um 31.967 Stück eigene Aktien der S&T AG reduziert. In der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T AG am 29. August 2008 waren die AvW Gesellschaften mit 924.000 Stück Aktien (rund 26%) und Herr Mag. Streimelweger wiederum mit 917.800 (rund 26%) – bei einem anwesenden Grundkapital von 1.895.885 – vertreten. Seit dem 29. August 2008 hat keine Hauptversammlung bei S&T AG stattgefunden. Die den AvW Gesellschaften zuzurechnenden Stimmrechte aus S&T Aktien wurden seither nicht ausgeübt.

A Bank hat in beiden Hauptversammlungen der S&T AG 2008 weder Aktien der S&T AG angemeldet noch im Eigen- oder Fremdbesitz vertreten.

3.2 AvW Gruppe AG und AvW Invest AG

AvW Invest AG, eingetragen unter FN 109272w, ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Hauptstraße 118, 9201 Krumpendorf, deren Aktien seit 30. August 1999 zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Marktsegment Standard Market Auction notieren. Das Grundkapital beträgt EUR 3.010.000,- und ist in 3.010.000 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt. An AvW Invest AG ist AvW Gruppe AG mit rund 74% beteiligt.

Der Vorstand der AvW Invest AG setzt sich seit 25. März 2009 aus drei Vertretern zusammen: Dr. Wolfgang Auer von Welsbach, Frau Maria Auer von Welsbach und Dr. Arnulf Komposch.

Dr. Komposch wechselte im März 2009 vom Aufsichtsrat der AvW Invest AG in den Vorstand der Gesellschaft. Er ist seit März 2009 auch im Vorstand der AvW Gruppe AG vertreten. Herr Dr. Auer von Welsbach ist Vorstandsvorsitzender der AvW Invest AG und

primär für die Bereiche Beteiligungsmanagement, Finanz- und Immobiliengeschäfte zuständig; Frau Maria Auer von Welsbach hingegen ist im Wesentlichen für den Bereich IT und Personalwesen verantwortlich.

Gemäß § 10 der Satzung der AvW Invest vom 22. April 2008 wird die Gesellschaft durch je zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam oder durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. Die Vertretung durch zwei Gesamtprokuristen ist ebenso zulässig.

Der Aufsichtsrat setzt sich derzeit aus drei Kapitalvertretern zusammen: DI Rudolf Rheindt (Aufsichtsratsvorsitzender), Michael Weinzierl (Stellvertreter) und Dr. Helmut Berger-Kriegler.

AvW Gruppe AG, eingetragen unter FN 206508p, ist eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Hauptstraße 121, 9201 Krumpendorf. Das Grundkapital beträgt EUR 70.000,- und ist in 70.000 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt. Einziger Aktionär dieser Gesellschaft ist AvW Beteiligungsverwaltungs GmbH, Volksgartenstrasse 5/6, 1010 Wien, welche ihrerseits im 100 % Eigentum der Auer von Welsbach Privatstiftung steht.

Dem Vorstand der AvW Gruppe AG gehören an: Dr. Wolfgang Auer von Welsbach, Mag. Reinhold Oblak und Dr. Arnulf Komposch (seit März 2009).

Vorstandsvorsitzender ist Dr. Auer von Welsbach. In dieser Funktion ist er primär für die Bereiche Beteiligungsmanagement, Finanz- und Immobiliengeschäfte verantwortlich; Herr Mag. Oblak ist für die Kommunikation und Strategieplanung des Unternehmens zuständig.

Die Gesellschaft wird, wenn mehrere Vorstandsmitglieder bestellt sind, durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam oder durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten.

Der Aufsichtsrat der AvW Gruppe AG setzt sich zusammen aus: DI Rudolf Rheindt (Aufsichtsratsvorsitzender), Michael Weinzierl (Stellvertreter) und DI Dr. Andreas Auer von Welsbach.

Insgesamt bestehen an den AvW Gesellschaften mehrere personelle Überschneidungen; so ist Dr. Auer von Welsbach in beiden Gesellschaften Vorstandsvorsitzender. Im

Aufsichtsrat der beiden Gesellschaften sind jeweils DI Rudolf Rheindt und Michael Weinzierl vertreten.

AvW Gruppe AG und AvW Invest AG halten zusammen seit 19. Dezember 2008 30,03% bzw seit 29. Dezember 2009 38,44% der ständig stimmberechtigten Aktien (abzüglich der von S&T gehaltenen eigenen Aktien).

3.3 Harald Knechtl

Herr **Harald Knechtl**, geboren am 20. April 1969, war von 1. September 2004 bis zum 11. Oktober 2008 als Prokurist der AvW Invest AG mit dem Aufgabenbereich Beteiligungsgeschäft betraut. In dieser Funktion war er gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied oder gemeinsam mit einem weiteren Gesamtprokuristen zur Vertretung berechtigt. Das Erlöschen der Prokura wurde am 23. Oktober 2008 ins Firmenbuch eingetragen. Für die AvW Gruppe AG wurde Herrn Knechtl keine Prokura erteilt.

Herr Knechtl war jedoch bei A Bank und B Bank sowohl für die AvW Gruppe AG als auch für AvW Invest AG einzelzeichnungsberechtigt. Eine Einschränkung der Einzelzeichnungsbefugnis gegenüber A Bank und B Bank bestand nicht.

3.4 Dr. Baumgartner Wirtschaftstreuhand und Steuerberatungs GmbH

Dr. Baumgartner Wirtschaftstreuhand und Steuerberatungs GmbH, eingetragen unter FN 267320v, Josef-Gruber-Straße 12, 9020 Klagenfurt, mit dem Geschäftsführer Dr. Hubert Baumgartner (im Folgenden „Kanzlei Dr. Baumgartner“) ist seit Gründung der AvW Gesellschaften für die gesamte Buchhaltung und Erstellung der Jahresberichte zuständig. Für die börsennotierte AvW Invest AG wurden von der Kanzlei darüber hinaus auch die Quartals- und Halbjahresberichte erstellt.

In allen Angelegenheiten der AvW Gesellschaften war Dr. Auer von Welsbach Hauptansprechpartner von Dr. Baumgartner. Mit Herrn Knechtl hatte Dr. Baumgartner keinen Kontakt (Aussage von Dr. Baumgartner am 2. März 2009 S 1 und am 18. März 2009, S 96). Gelegentlich kam es zu Kontakten zwischen Frau Rest, Vorstandsekretärin der AvW Gruppe AG, und der Kanzlei Dr. Baumgartner betreffend die Übersendung von Unterlagen. In der Kanzlei Dr. Baumgartner wurden alle Belege und Depotauszüge, jedoch keine Einzelverträge im Rahmen der Buchhaltung erfasst. Der Kanzlei ist es jederzeit

möglich, Wertpapierbestandslisten zu erstellen (etwa die am 11. März 2009 an die ÜbK übermittelte Saldenliste betreffend S&T Optionen zum 31. Dezember 2007).

3.5 Ehrenböck Wirtschaftstreuhand-GmbH

Ehrenböck Wirtschaftstreuhand-GmbH, eingetragen unter FN 116124x, Glückgasse 1, 1010 Wien, ist Abschlussprüfer der AvW Gesellschaften. Diese Gesellschaft hat den Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2007 der AvW Gruppe AG verfasst.

3.6 Hygiene Holding GmbH und Mag. Thomas Streimelweger

Hygiene Holding GmbH, eingetragen unter FN 79603p, Leopold-Steiner-Gasse 2E, 1190 Wien, ist eine Holdinggesellschaft. Alleiniger Geschäftsführer ist Herr Mag. Thomas Streimelweger. Gesellschafter der Hygiene Holding GmbH ist red-stars.com data AG. Alleinvorstand und Aktionär mit rund 97% des Grundkapitals ist Herr Mag. Streimelweger.

Hygiene Holding GmbH hat sich mit Antrag vom 30. Jänner 2009 dem Verfahren gem § 26b iVm § 33 Abs 2 und 3 ÜbG analog angeschlossen. Der erforderliche anteilige Betrag des Grundkapitals der S&T AG von insgesamt EUR 70.000 wurde von Hygiene Holding GmbH durch einen Depotauszug der Investkredit Bank AG, Depotnummer 2044 nachgewiesen.

3.7 Beteiligungsaufbau der AvW Gesellschaften bei S&T AG

Die AvW Gesellschaften sind seit dem Jahr 2004 an S&T AG beteiligt. In der Hauptversammlung vom 28. April 2004 wurden von der AvW Invest AG erstmals 213.856 Stück S&T Aktien, das entspricht 6,03%, vertreten. Ausgehend von diesem Bestand wurde die Beteiligung sukzessive auf 14,95% im Jahr 2006 und auf 20,46% bzw über 25% im Jahr 2007 erhöht und zu Hauptversammlungen angemeldet.

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2007 teilten die AvW Gesellschaften der ÜbK mit, unter Berücksichtigung von 20.955 eigenen Aktien der S&T AG die Schwelle von 26% überschritten zu haben und insgesamt 26,158% zu halten. Zwischenzeitlich wurde diese Beteiligung durch eine Erhöhung des Grundkapitals der S&T AG wieder unterschritten, doch mit Zukauf von weiteren 4.500 S&T Aktien am 14. November 2007 abermals

überschritten, sodass beide AvW Gesellschaften gemeinsam seit diesem Zeitpunkt wieder mit mehr als 26%, aber weniger als 30% der ständig stimmberechtigten Aktien beteiligt waren.

Am 19. Dezember 2008 wurde von den AvW Gesellschaften die Kontrollschwelle zunächst geringfügig überschritten. Eine Reduktion unter 30% scheiterte an der fehlerhaften Berücksichtigung eigener Aktien der S&T AG. Am 29. Dezember 2008 wurden der AvW Gruppe AG schließlich 315.000 Stück S&T Aktien, somit 8,79%, aus Put-Optionsgeschäften angedient, wodurch sich der Gesamtbestand der von den AvW Gesellschaften gehaltenen S&T Aktien auf rund 38,44% erhöhte. Von 19. Dezember 2008 bis zur Erlassung dieses Feststellungsbescheides hat keine Reduktion unter 30% stattgefunden.

AvW Gruppe AG und AvW Invest AG sind daher derzeit mit 1.370.404 Stück Aktien an der S&T AG beteiligt. Daneben ist AvW Gruppe AG Stillhalterin einer weiteren offenen Europäischen Put-Optionsvereinbarung mit der A Bank über den Erwerb von 20.000 Stück Aktien der S&T AG. Ausübungsdatum ist der 20. April 2009.

3.8 Put-Optionsvereinbarung betreffend S&T AG

Aus der von Kanzlei Dr. Baumgartner auf Ersuchen der ÜbK erstellten Saldenliste in Bezug auf zum 31. Dezember 2007 bestehende offene Put-Optionen, in denen sich AvW Gruppe AG als Stillhalterin gegenüber A Bank und B Bank im Falle der Ausübung zur Übernahme von S&T Aktien verpflichtet hatte, ergibt sich folgender Bestand:

Option:	Abschlussdatum	Ausübungspreis	Tageskurs ¹	Kontraktgröße	Laufzeit bis
A	05.10.2007	53	52,70 - 53,69	50.000	31.03.2008
B	31.10.2007	53	51,10 - 52,11	50.000	31.03.2008
C	28.11.2007	49	46,03 - 50,22	20.000	10.03.2008
D	10.12.2007	58	46,70 - 47,50	20.000	30.06.2008
E	18.12.2007	53	44,50 - 46,70	20.000	30.06.2008
F	20.12.2007	55	43,65 - 45,40	50.000	30.06.2008
G	20.12.2007	57	43,65 - 45,40	40.000	30.06.2008
H	20.12.2007	55	43,65 - 45,40	10.000	30.06.2008
I	21.12.2007	54	45,20 - 46,30	25.000	30.06.2008
J	21.12.2007	56	45,20 - 46,30	15.000	30.06.2008

¹ Diese (und auch sämtlich nachfolgende) Daten der Tageskurse laut Kursabfrage der Website der Wiener Börse AG.

K	27.12.2007	57	45,94 - 48,00	20.000	30.06.2008
L	27.12.2007	57	45,94 - 48,00	25.000	30.06.2008

Insgesamt waren daher zum 31. Dezember 2007 Optionen in einem Umfang offen, der die Put-Optionsinhaber zur Andienung von bis zu 345.000 S&T Aktien, das sind 8,94 % vom Grundkapital der Zielgesellschaft, an die AvW Gruppe AG berechnete. Diese Optionen wurden im Jahr 2008 durch Rückkauf der Alt-Optionen bei anschließendem Neuabschluss und unter Beibehaltung des jeweiligen Ausübungspreises ein- oder mehrmals weitergerollt:

Option:	Abschlussdatum	Ausübungspreis	Tageskurs	Kontraktgröße	Laufzeit bis
M	17.03.2008	35	36,30 - 37	20.000	30.09.2008
A,B (alt)	01.04.2008	53	40 - 41,70	100.000	31.03.2008
A,B (neu)	01.04.2008	53	40 - 41,70	100.000	30.06.2008
D (alt)	26.06.2008	58	31,11 - 32,24	20.000	30.06.2008
D (neu)	27.06.2008	58	31,60 - 32,16	20.000	19.12.2008
I (alt)	30.06.2008	54	31,95 - 32,49	25.000	30.06.2008
(N), I	01.07.2008	54	31,36 - 32,50	30.000	29.12.2008
J (alt)	30.06.2008	56	31,95 - 32,49	15.000	30.06.2008
(N)	30.06.2008	56	31,95 - 32,49	20.000	29.12.2008
G, K, L (alt)	30.06.2008	57	31,95 - 32,49	85.000	30.06.2008
G, K, L (neu)	01.07.2008	57	31,36 - 32,50	85.000	29.12.2008
F, H (alt)	30.06.2008	55	31,95 - 32,49	60.000	30.06.2008
F, H (neu)	01.07.2008	55	31,36 - 32,50	60.000	29.12.2008
E (alt)	30.06.2008	53	31,95 - 32,49	20.000	30.06.2008
E (neu)	01.07.2008	53	31,36 - 32,50	20.000	19.12.2008
A, B (alt)	02.07.2008	53	31,08 - 31,08	100.000	30.06.2008
A,B (neu)	01.07.2008	53	31,36 - 32,50	100.000	29.12.2008
M (08 alt)	18.09.2008	35	kein Kurs	20.000	30.09.2008
M (08 neu)	18.09.2008	35	kein Kurs	20.000	20.04.2009

Die am 17. März 2008 erstmals abgeschlossene Put-Option (M) im Ausmaß von 20.000 Stück S&T Aktien wurde am 18. September 2008 auf den 20. April 2009 weitergerollt und ist derzeit noch offen. Alle übrigen optionsgegenständlichen Aktien wurden der AvW Gruppe AG am 19. bzw am 29. Dezember 2008 angedient. Insgesamt lukrierte die AvW Gruppe AG aus über das Kalenderjahr 2007 laufenden, sowie im Jahr 2008 weitergerollten Put-Optionen Prämieinnahmen in der Höhe von EUR 2.030.150,-. Unter Einrechnung der Prämienzu- und Abflüsse errechnet sich für AvW Gruppe AG zum 31. Dezember 2008 ein Gesamtverlust aus diesen Optionsgeschäften von rund EUR 13,4 Mio.

Alle die S&T Aktien betreffenden Optionen wurden von Herrn Harald Knechtl auf Basis einer zwischen der AvW Gruppe AG und der A Bank bestehenden Rahmenvereinbarung zur Abwicklung von Optionen und Termingeschäften bzw unter Ausnutzung einer Telefonvereinbarung als Europäische Optionen unter Ausschluss eines Barausgleichs fernmündlich abgeschlossen. Über alle Optionen bestehen auch schriftliche Verträge, die von Herrn Knechtl und dem jeweiligen Vertragspartner unterzeichnet sind. Alle Verträge liegen bei AvW Gruppe AG als auch bei den Banken auf.

Zur Absicherung der S&T Optionsgeschäfte hat A Bank ihrerseits Absicherungsgeschäfte getätigt und nur einen Teil der veroptionierten S&T im Eigenbestand gehalten (Aussage von Herrn Eibel am 18. März 2009, S 73).

Alle S&T Optionen entsprechen der von AvW Gruppe AG üblicherweise gewählten Vorgehensweise zum Beteiligungsaufbau bzw zur Kapitalanlage. Im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit hat AvW Gruppe AG regelmäßig Optionsgeschäfte bezüglich verschiedenster Wertpapiertitel abgeschlossen. Ein Weiterrollen der Optionen war üblich – entweder, um eine Beteiligung erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erwerben oder zumeist um durch Verschiebung des Ausübungstichtages Verluste zu vermeiden (Aussage von Herrn Dr. Auer von Welsbach am 18. März 2008, S 11). Die im Jahr 2008 zur Weiterrollung von bestehenden S&T Optionen abgeschlossenen Derivatgeschäfte wurden wie bei AvW Gruppe AG üblich abgeschlossen. Die Differenz zwischen Tageskurs und Ausübungspreis und der sich daraus ergebende höhere Prämienfluss erklären sich aus der Absicht, Verluste im Zeitpunkt des Vorrollens zu vermeiden. Ein Herabsetzen der Ausübungspreise hätte zu einer endgültigen Realisierung von Verlusten geführt. Die Vorgehensweise von Herrn Knechtl entsprach der ständigen Geschäftspraxis der AvW Gruppe AG.

3.9 Kenntnisstand des Vorstands und des Aufsichtsrats von S&T Optionen

Herr Knechtl hatte vor jeder Derivate-Transaktion Rücksprache mit dem Vorstand der AvW Invest AG, Herrn Dr. Auer von Welsbach, zu halten. Ob bei Abschluss von sämtlichen Wertpapiergeschäften in den AvW Gesellschaften das Vier-Augen-Prinzip eingehalten wurde, konnte nicht festgestellt werden. Dr. Auer von Welsbach hat alle abgeschlossenen Transaktionen in einem eigenen Buch verzeichnet (Aussage von Dr. Auer von Welsbach am 18. März 2009, S 20). Dieses oder auch nur Auszüge daraus wurden im Verfahren nicht vorgelegt. Darüber hinaus hat Herr Knechtl regelmäßig, auch nach Rückfrage, Berichte über Prämieinnahmen an den Vorstand übermittelt.

Da die Buchhaltung der AvW Gesellschaften in dem für diese Entscheidung relevanten Zeitraum von der Kanzlei Dr. Baumgartner erledigt wurde, wurden sämtliche Belege – somit auch die Konto- und Depotauszüge über die gegenständlichen Optionsvereinbarungen im Ausmaß von 345.000 Stück – am Ende des Monats von der Vorstandsassistentin des Dr. Auer von Welsbach, Frau Bianca Rest, an die Kanzlei übermittelt und dort entsprechend verbucht. Frau Rest wurden die Belege direkt von A Bank übermittelt. Alle Optionsgeschäfte wurden im Jahresbericht 2007 der AvW Gruppe AG lediglich als vereinnahmte Prämiensummen dargestellt; eine gesonderte Aufstellung wurde standardmäßig nicht vorgenommen. Herrn Dr. Auer von Welsbach war es jedoch jederzeit möglich, eine Auflistung aller Optionen von der Kanzlei Dr. Baumgartner als auch von Herrn Knechtl anzufordern. Die Erstellung einer vollständigen Saldenliste durch die Kanzlei Dr. Baumgartner wäre jederzeit möglich gewesen, wie die im Auftrag der ÜbK durch Dr. Baumgartner erstellte Saldenliste zeigt. Eine Nachprüfung wurde jedoch nicht vorgenommen (Aussagen von Dr. Baumgartner am 18. März 2009, S 93 f und Dr. Auer von Welsbach am 18. März 2009, S 13 ff). Dr. Auer von Welsbach hatte im Mai 2008 Kenntnis von zumindest 150.000 Stück (Aussage von Dr. Auer von Welsbach am 18. März 2009, S 12). Die Ausübung dieser Optionen hätte unter Berücksichtigung der von S&T AG gehaltenen eigenen Aktien zu einer Beteiligung von 30,03% geführt (Aussage Dr. Auer von Welsbach am 18. März 2009, S 27).

Darüber hinaus musste dem Vorstand der AvW Gesellschaften bereits Anfang des Jahres 2008 aus folgenden Gründen bekannt gewesen sein, dass Optionen in einem Ausmaß von insgesamt 345.000 Stück bestanden:

3.9.1 Prüfbericht zum Jahresabschluss 2007 der AvW Gruppe AG

Die Bilanz der AvW Gruppe AG beinhaltet zum 31. Dezember 2007 auf der Passivseite unter Punkt C Z 4 sonstige Verbindlichkeiten in der Höhe von EUR 18.625.104,39,--. Diese sind im Vergleich zum 31. Dezember 2006 von EUR 1.510.780,30,-- um rund EUR 17,1 Mio angestiegen. Der von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft erstellte Bericht zur Prüfung des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2007 der AvW Gruppe AG begründet in Anlage 3, S 6 ff den Anstieg der sonstigen Verbindlichkeiten mit bis zum Bilanzstichtag erzielten Optionsprämien, deren Realisierung erst bei Ausübung der Optionen im Geschäftsjahr 2008 erfolgt. Der Marktwert am Bilanzstichtag betrug rund EUR 14,296 Mio.

Der Gegenposten des vereinnahmten Optionspreises wurde bei AvW Gruppe AG als Stillhalterin aufgrund der Passivierungspflicht unter sonstige Verbindlichkeiten ausgewiesen.

Weiters wird im Prüfbericht ausgeführt, dass aufgrund des immer größer werdenden Umfangs an Optionsgeschäften im vergangenen Geschäftsjahr die Optionserträge bzw -aufwendungen erstmals in Umsatzerlöse bzw in Aufwendungen für bezogene Leistungen umgegliedert werden und das Vorjahr ebenfalls entsprechend umgegliedert wurde. Zur voraussichtlichen Entwicklung des Unternehmens wird festgehalten, dass im Beteiligungsbereich der Erwerb neuer und die Aufstockung bestehender Beteiligungen Priorität hat.

Insgesamt ist aus der Bilanz der AvW Gruppe AG zum 31. Dezember 2007 und dem entsprechenden Prüfbericht ersichtlich, dass im Jahr 2007 der Umfang der Optionsgeschäfte deutlich zugenommen hat. Im Schnitt waren Aktien von etwa zehn verschiedenen Unternehmen veroptioniert. Hierbei hat S&T AG einen wesentlichen Stellenwert eingenommen (Aussage von Herrn Knechtel am 18. März 2009, S 65).

3.9.2 Kontrolle durch den Aufsichtsrat der AvW Gruppe AG

Der Aufsichtsrat der AvW Gruppe AG wurde im Beisein des Vorstandsvorsitzenden Dr. Auer von Welsbach mit der Prüfung des Jahresabschlusses 2007 der Gesellschaft befasst. Dies beinhaltete auch eine umfassende Diskussion mit dem anwesenden Wirtschaftsprüfer, der den Prüfbericht erläuterte und Fragen der Aufsichtsratsmitglieder beantwortete. Darüber hinaus hat sich der Vorsitzende des Aufsichtsrats, DI Rheindt, zwei bis dreimal pro Monat mit Dr. Auer von Welsbach getroffen, um sich über den Geschäftsfortgang zu informieren.

Der Aufsichtsrat wurde auch mit konkreten Berichten über abgeschlossene Optionsverträge und deren Ausgestaltung, insbesondere betreffend S&T AG, informiert (Aussage von DI Rheindt am 27. März 2009, S 10 ff). Aus der dem Aufsichtsrat im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses 2007 Anfang 2008 vorgelegten Aufstellungen, die von Dr. Baumgartner erstellt worden waren, waren ua die Anzahl der geschriebenen Optionen, Ausübungspreise, Verfallsdaten und Prämienflüsse erkennbar (Aussage von DI Rheindt am 27. März 2009, S 11). Nach Gesprächen mit dem Vorsitzenden der AvW Gruppe AG im Mai 2008 war DI Rheindt jedenfalls auch ein drohendes Verlustpotential aus S&T Optionen bekannt.

Im Aufsichtsrat wurde in den Jahren 2007 bzw 2008 niemals die Absicht erörtert, für S&T AG ein Übernahmeangebot zu legen.

Sowohl Herr Dr. Auer von Welsbach als auch der Aufsichtsrat der AvW Gruppe AG hatten spätestens nach Prüfung des Jahresabschlusses 2007 der AvW Gruppe AG Anfang 2008 Kenntnis von Umfang – insgesamt 345.000 Stück – und Ausgestaltung der Put-Optionsvereinbarungen betreffend S&T AG oder hätten zumindest Kenntnis davon haben müssen.

3.9.3 Gespräch mit A Bank am 9. und 10. Oktober 2008

Am 9. und 10. Oktober 2008 haben Gespräche zwischen Herrn Dr. Auer von Welsbach und dem Vorstand der A Bank stattgefunden. Bei diesen Gesprächen war auch Herr Knechtl anwesend. Am 10. Oktober 2008 hat darüber hinaus auch Herr Wolfgang Dorner, Leiter der internen Revision der A Bank, teilgenommen. In diesen Gesprächen wurden alle Wertpapierpositionen der AvW Gesellschaften bei A Bank im Einzelnen besprochen und über eine wirtschaftliche Bereinigung der Situation diskutiert.

Am 10. Oktober 2008 wurde der genaue Bestand an S&T Optionen erörtert. Herr Dr. Auer von Welsbach hat diese mit seinen eigenen Aufzeichnungen abgeglichen. Die Positionen wurden von Dr. Auer von Welsbach letztlich zur Kenntnis genommen und vorerst in ihrer Wirksamkeit nicht bestritten. In beiden Gesprächen wurden weder eine mangelnde Vertretungsbefugnis von Herrn Knechtl, noch ein nicht autorisiertes Abschließen der von Herrn Knechtl getätigten Geschäfte noch kollusives Verhalten von Herrn Knechtl und Mitarbeitern der A Bank von Dr. Auer von Welsbach behauptet (Aussage von Herrn Knechtl am 26. Jänner 2009, S 4; Aussage von Herrn Dorner am 4. Februar 2009, S 2).

3.9.4 Konkrete Weisung an Herrn Knechtl betreffend S&T Optionen im Mai 2008

Die von den Antragstellern im Schriftsatz vom 13. März 2009 erstmals vorgebrachte und in der mündlichen Verhandlung am 18. März 2009 von Herrn Dr. Auer von Welsbach behauptete mündliche Weisung des Herrn Dr. Auer von Welsbach an Herrn Knechtl im Mai 2008 betreffend die Verfahrensweise hinsichtlich der dem Vorstand bekannten S&T-Optionen konnte nicht festgestellt werden. Selbst wenn eine diesbezügliche Weisung erteilt worden wäre, wurden keine Kontrollmaßnahmen von Herrn Dr. Auer von Welsbach oder andere Vorstandsmitglieder gesetzt (Aussage von Dr. Auer von Welsbach am 18. März 2009, S 32).

3.10 Schädigendes Verhalten des Herrn Harald Knechtl

Es konnte im Rahmen der Sachverhaltsermittlung nicht festgestellt werden, dass Herr Knechtl im Zusammenhang mit S&T Optionsvereinbarungen gegen eine Weisung verstoßen oder seine Befugnisse überschritten hat.

Dass der Verkauf von Put-Optionen im Jahr 2008 und der daraus lukrierte Prämienzufluss dazu gedient hätten, kurzfristig Liquidität vorzutauschen, um einen Margin Call zu verhindern, konnte ebenso nicht festgestellt werden.

3.11 Maßnahmen zur Anteilsreduktion seit 19. Dezember 2008

Die AvW Gesellschaften sind seit 19. Dezember 2008 bemüht, die Kontrollschwelle bei der Zielgesellschaft wieder zu unterschreiten. Es wurde versucht, das zunächst bloß geringfügige Überschreiten der 30 % Schwelle mittels Abverkauf von 500 Stück S&T Aktien wieder rückgängig zu machen (Ad hoc Meldung der S&T AG vom 29. Dezember 2008). Andererseits versuchen die AvW Gesellschaften seit dem Erlangen von 38,44% an der S&T AG, Investoren für den Erwerb eines Teil- oder auch des Gesamtpaket an der S&T AG zu gewinnen. Mit wem konkret Verhandlungen geführt wurden und wie weit diese gediehen sind, konnte nicht festgestellt werden. Bisherige Veräußerungsgespräche scheiterten jedoch an den Preisvorstellungen der potentiellen Käufer. Ein Verkauf von Teilen der S&T Aktien über die Börse ist bislang nicht erfolgt (Aussage von Dr. Kurt Waniek am 27. März 2009, S 21 ff).

4. Beweiswürdigung

Die vorstehenden Feststellungen basieren auf den zum Akt genommenen Urkunden, der Vernehmung der Vertreter der Verfahrensparteien sowie auf den Zeugenaussagen von Herrn Harald Knechtl, Herrn Oliver Eibel, Herrn Wolfgang Dorner, Herrn Dr. Baumgartner, Frau Bianca Rest, DI Rudolf Rheindt sowie Dr. Kurt Waniek in den mündlichen Verhandlungen am 18. und 27. März 2009.

Der Senat konnte aufgrund der widersprüchlichen und unpräzisen Aussagen im Rahmen der Parteienvernehmung von Dr. Auer von Welsbach (Aussage am 18. März 2009, S 12 ff)

und Frau Maria Auer von Welsbach (Aussage am 18. März 2009, S 36 ff) sowie aufgrund der Aussagen der Zeugen Knechtel (Aussage am 18. März 2009, S 53 f) und DI Rheindt (Aussage am 27. März 2009, S 9 f) nicht feststellen, dass im Mai 2008 von Herrn Dr. Auer von Welsbach eine konkrete Weisung an Herrn Knechtel hinsichtlich der S&T Optionen erfolgt ist. Insbesondere der Umstand, dass Frau Maria Auer von Welsbach während der Verhandlung am 18. März 2009 ihre Aussage betreffend das Vorliegen einer konkreten Weisung mehrmals revidierte, der Umstand, dass es keine Zeugen für eine derartige Weisung gibt, sowie der Tatsache, dass die Einhaltung der fraglichen Weisung angesichts ihrer wirtschaftlichen Tragweite (mit einem erwarteten zu realisierenden Verlust von EUR 10 Mio) nicht hinreichend vom Vorstand der AvW Gesellschaften kontrolliert wurde, konnten den Senat nicht davon überzeugen, dass eine konkrete Weisung erteilt wurde.

Die Feststellung, dass sowohl Herr Dr. Auer von Welsbach als auch der Aufsichtsrat der AvW Gruppe AG spätestens nach der Sitzung des Prüfungsausschusses Anfang des Jahres 2008 in Kenntnis von Umfang und Ausgestaltung der Put-Optionsvereinbarungen betreffend die S&T AG zum 31. Dezember 2007 waren bzw hätten sein müssen, stützt sich auf die Zeugenaussage von DI Rheindt betreffend Art und Umfang des Berichtswesens im Aufsichtsrat – insbesondere auf dessen Schilderung des Ablaufes und Kommunikationsflusses innerhalb des Prüfungsausschusses – als auch auf faktische Gegebenheiten: Dr. Auer von Welsbach führte persönlich Aufzeichnungen über alle Transaktionen; der Kanzlei Dr. Baumgartner war es jederzeit möglich, vollständige Saldenlisten über getätigte Optionsgeschäfte zu erstellen; darüber hinaus enthält der Jahresabschluss 2007 der AvW Gruppe AG ein massives Anwachsen des Prämienvolumens aus Optionsgeschäften.

Die Feststellung, dass der Verkauf von Put-Optionen im Jahr 2008 und der daraus lukrierte Prämienzufluss wohl nicht dazu geeignet waren, kurzfristig Liquidität vorzutäuschen, um einen Margin Call zu verhindern, ergibt sich schon daraus, dass durch das Weiterrollen gar kein Liquiditätsüberschuss entstanden sein konnte, da vor Abschluss neuer Put-Optionen mit längerer Laufzeit und einem damit verbundenen Prämienzufluss zuerst alle auslaufenden Put-Optionen zurückgekauft werden mussten, woraus sich insgesamt eine bloße Saldierung ergab und der primäre Prämienzufluss daher bereits im Jahr 2007 stattgefunden hat.

Wären die Optionen zum damaligen Tageskurs abgeschlossen worden, wäre es gar zu einer Verlustrealisierung und daher zu einem negativen Zahlungsstrom für die AvW Gruppe AG gekommen.

Folgende Optionsvereinbarungen und Prämienzu- bzw Abflüsse wurden bei AvW Gruppe AG im Jahr 2008 verbucht:

Option:	Abschluss/Rückkauf	Ausübungspreis	Kontrakt	Laufzeit	Prämienfluss
M (08 neu)	17.03.2008	35	20.000	30.09.2008	1,4
A,B (alt)	01.04.2008	53	100.000	31.03.2008	-15,39
A,B (neu)	01.04.2008	53	100.000	30.06.2008	14,69
D (alt)	26.06.2008	58	20.000	30.06.2008	-26,5
D (neu)	27.06.2008	58	20.000	19.12.2008	24,6
I (alt)	30.06.2008	54	25.000	30.06.2008	-21,12
(N), I (08 neu)	01.07.2008	54	30.000	29.12.2008	19,38
J (alt)	30.06.2008	56	15.000	30.06.2008	-23,12
N (08 neu)	30.06.2008	56	20.000	29.12.2008	21,38
G, K, L (alt)	30.06.2008	57	85.000	30.06.2008	-25,36
G, K, L (neu)	01.07.2008	57	85.000	29.12.2008	23,1
F, H (alt)	30.06.2008	55	60.000	30.06.2008	-23,07
F, H (neu)	01.07.2008	55	60.000	29.12.2008	21,14
E (alt)	30.06.2008	53	20.000	30.06.2008	-21,76
E (neu)	01.07.2008	53	20.000	19.12.2008	19,84
A, B (08 alt)	02.07.2008	53	100.000	30.06.2008	-21,18
A,B (08 neu)	01.07.2008	53	100.000	29.12.2008	19,63
M (08 alt)	18.09.2008	35	20.000	30.09.2008	-3,05
M (08 neu)	18.09.2008	35	20.000	20.04.2009	3

Die Aufstellung ergibt, dass bedingt durch Refinanzierungskosten der Banken beim Weiterrollen von Put-Optionen gar ein geringer negativer Saldo im Jahr 2008 bei AvW Gruppe AG entstand und die Gesamtprämieinnahmen dadurch sanken. Zur Abdeckung allfälliger Margin Calls hätte das Volumen an S&T Optionen nicht annähernd gleich bleiben, sondern massiv erweitert werden müssen, um zusätzliche Prämieinnahmen zu erzielen. Dies ist nicht geschehen.

Die diesbezügliche Aussage von Herrn Dr. Auer von Welsbach ist daher nicht schlüssig.

5. Rechtliche Beurteilung

5.1 Zu Spruchpunkt 1

5.1.1 Zum Bestehen der Angebotspflicht gemäß § 22 ff ÜbG

Wer eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt, hat dies der ÜbK gem § 22 Abs 1 ÜbG unverzüglich mitzuteilen und innerhalb von 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung ein Übernahmeangebot für alle Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft anzuzeigen.

Eine unmittelbare kontrollierende Beteiligung ist gem § 22 Abs 2 ÜbG eine unmittelbare Beteiligung an einer Zielgesellschaft, die mehr als 30% der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt.

Gem § 23 Abs 1 ÜbG sind die Beteiligungen gemeinsam vorgehender Rechtsträger diesen wechselseitig zuzurechnen. Gem § 1 Z 6 ÜbG wird vermutet, dass ein Rechtsträger, der eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 und 3 ÜbG an einem oder mehreren anderen Rechtsträgern hält, gemeinsam mit diesen vorgeht. AvW Gruppe AG ist zu rund 74% an AvW Invest AG beteiligt, so dass diese von der gesetzlichen Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG umfasst sind. Das Ermittlungsverfahren hat keinerlei Umstände ergeben, die eine mögliche Widerlegung dieser Vermutung nahe legen würden; der Annahme, AvW Gruppe AG und AvW Invest AG seien als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu betrachten, wurde auch von den Antragstellern nicht entgegengetreten.

Wie festgestellt, haben die AvW Gesellschaften als Folge der Ausübung von Put-Optionen seitens A Bank am 19. Dezember 2008 Aktien erhalten, die – zusammen mit den Aktien, über welche die AvW Gesellschaften bereits verfügten – zum Überschreiten der Schwelle gem § 22 Abs 2 ÜbG geführt haben. Die als Folge der Optionsausübung angedienten Aktien wurden auf das Depot der AvW Gruppe AG gebucht, so dass diese darüber verfügen konnte. Nach Ausübung weitere Optionen halten die AvW Gesellschaften nunmehr wie festgestellt 1.370.404 Stück Aktien an S&T. Unter Berücksichtigung der eigenen Aktien der Zielgesellschaft (s auch § 22 Abs 6 ÜbG) entspricht dies rund 38,44% der ständig stimmberechtigten Aktien der S&T. Die AvW Gesellschaften haben demgemäß eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 ÜbG erlangt, sodass sie zur Stellung eines Übernahmeangebots gem § 22 ff ÜbG verpflichtet sind.

Die Antragsteller bringen vor, dass sie eine Angebotspflicht nicht treffe, da ihnen die Aktien mangels zivilrechtlicher Gültigkeit der zugrunde liegenden Verträge nicht zuzurechnen seien.

Dazu ist grundsätzlich festzuhalten, dass § 22 Abs 1 ÜbG für das Bestehen einer Angebotspflicht auf das *Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung* abstellt. Der Begriff des Erlangens ist weit auszulegen und insbesondere nicht mit dem sachenrechtlichen Begriff des Eigentumserwerbs gleichzusetzen, so dass bereits die bloße Verfügungsmöglichkeit über die den Aktien zugrunde liegenden Stimmrechte genügt (vgl die hL: *Huber in Huber, Übernahmegesetz², § 22 Rz 26; Driegger/Kalss/Winner, Das Österreichische Übernahmerecht², Rz 192; Zollner, Kontrollwechsel und Kontrollerlangung im Übernahmegesetz, S 101; s auch ÜbK v. 3.12.2001, GZ 2001/V/1*). Insbesondere ist der übernahmerechtliche Erlangensbegriff nicht mit dem zivilrechtlichen Erwerbsbegriff gleichzusetzen, so dass es auf ein Kauf- oder sonstiges Titelgeschäft zur Eigentumsübertragung von Aktien nicht ankommt (*Driegger/Kalss/Winner, Übernahmegesetz², Rz 192*).

Maßgeblich ist daher lediglich die Änderung der Verfügungsmöglichkeit über die Stimmrechte, welche die Kontrolle vermitteln, unabhängig davon, wodurch diese Änderung entsteht. Diese Grundwertung lässt sich bereits aus § 22a ÜbG ermitteln, wonach Kontrolle auch ohne jeglichen Aktienerwerb erlangt werden kann. Schließlich kommt es für das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung – entgegen dem Vorbringen der Antragsteller – auch nicht auf eine Kontrollerlangungsabsicht an (*Huber in Huber, Übernahmegesetz², § 22 Rz 26*).

Daher ist es nach Ansicht des 3. Senats für das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung grundsätzlich nicht von vornherein ausschlaggebend, ob das dem Aktienerwerb zugrunde liegende Titelgeschäft – sei es mit sachen- oder schuldrechtlicher Wirkung – aufgehoben werden kann.

Allerdings mag das Abstellen auf die bloße Verfügungsmöglichkeit in manchen Fällen zu weit greifen. Kommen Aktien ohne jegliches Zutun und gegen den expliziten Willen des Aktionärs in dessen Einflussbereich, so führt dies grundsätzlich nicht zu einer Angebotspflicht gem §§ 22 ÜbG. Diese Grundwertung des Gesetzgebers lässt sich bereits § 22b ÜbG (passive Kontrollerlangung) entnehmen. Die betreffenden Aktien wären dann aber – im Gegensatz zur passiven Kontrollerlangung – dem Aktionär schon von vornherein nicht einmal zurechenbar.

Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob die gegenständlichen Optionsgeschäfte wegen kollusiven Verhaltens des Prokuristen der AvW Gruppe AG und Mitarbeitern der betroffenen Kreditinstitute unwirksam sind, da ausreichend Anhaltspunkte vorliegen, die eine übernahmerechtliche Zuordnung der Aktien aus den ausgeübten Optionen an die AvW Gesellschaften rechtfertigen:

Dr. Auer von Welsbach als Vorstandsvorsitzender hatte positive Kenntnis zumindest von Optionsvereinbarungen, die zu einer Lieferung von 150.000 Stück Aktien führen würden; bereits diese Anzahl hätte bei Ausübung zur Überschreitung der Kontrollschwelle geführt. Darüber hinaus musste ihm – wie im Sachverhalt ausführlich dargelegt – spätestens seit der Aufsichtsratssitzung Anfang des Jahres 2008 das gesamte Ausmaß von 345.000 Stück bekannt gewesen sein: Der Umfang dieser Optionsgeschäfte war sowohl in der Gesellschaft selbst, als auch in der beratenden Kanzlei Dr. Baumgartner ausreichend dokumentiert. Dieser Bestand wurde bis Oktober 2008 stets hingenommen. Darüber hinaus entsprach der Abschluss von derartigen Optionsvereinbarungen der ständigen Geschäftspraxis der AvW Gesellschaften.

Von einem Erlangen ohne jegliches Zutun kann im vorliegenden Fall daher nicht ausgegangen werden.

Selbst wenn Herr Knechtel beim Abschluss bzw Weiterrollung der Optionsgeschäfte kollusiv gegen eine Weisung verstoßen hätte, würde dies im vorliegenden Fall zu keiner anderen Beurteilung führen, weil einerseits kein funktionierendes Kontrollsystem bei den AvW Gesellschaften installiert war, keine hinreichende Nachkontrolle der behaupteten Weisung erfolgte und darüber hinaus keine ausreichenden Abwehrmaßnahmen der Geschäftsführung ergriffen wurden, sobald das Ausmaß der Optionsvereinbarungen erkannt wurde bzw erkennbar gewesen wäre.

Die angedienten Aktien sind den AvW Gesellschaften daher zuzurechnen.

Ebenso vermag an dieser Beurteilung der Ausgang des strafrechtlichen Verfahrens gegen Herrn Harald Knechtel nichts zu ändern. Folglich war auch den Anträgen der AvW Gesellschaften, das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des vom LG Klagenfurt anhängigen Strafverfahrens zu unterbrechen bzw die Vorlage des Strafakts zu dem vor dem LG Klagenfurt anhängigen Strafverfahrens zu verlangen, nicht stattzugeben. Ebenso war aufgrund der bereits diesbezüglich verdichteten Sachverhaltslage von einer Aussage von Frau Dr. Praxl keine neue Erkenntnis zu gewinnen, so dass diesem Antrag ebenfalls nicht stattzugeben war.

Die AvW Gesellschaften haben daher am 19. Dezember 2008 eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 ÜbG erlangt, sie trifft grundsätzlich die Angebotspflicht gem § 22 ff ÜbG.

5.1.2 Ausnahmen von der Angebotspflicht

Nicht jede Kontrollerlangung löst jedoch automatisch die Angebotspflicht gem § 22 ff ÜbG aus. So sehen die §§ 22b, 24 und 25 ÜbG Ausnahmebestimmungen von der Angebotspflicht vor, selbst wenn eine kontrollierende Beteiligung erlangt wurde.

a. Passive Kontrollerlangung gemäß § 22b ÜbG

Gem § 22b ÜbG muss derjenige, der eine kontrollierende Beteiligung erlangt, ohne dies durch zeitnahe Handlung, wie durch Anteilserwerb bewirkt zu haben, kein Angebot stellen, wenn er beim Erwerb der Anteile nicht mit der Kontrollerlangung rechnen musste.

Im vorliegenden Fall scheidet die Passivität der Kontrollerlangung allerdings daran, dass die Kontrollerlangung vorhersehbar war. Denn mit der Ausübung von Gestaltungsrechten, wie etwa bei Put-Optionen, ist grundsätzlich zu rechnen, es sei denn, es gibt eine spezifische Vertrauensgrundlage für den Aktionär, dass diese nicht ausgeübt werden (*Huber in Huber, Übernahmegesetz², § 22b Rz 23*).

Es entsprach der ständigen Geschäftspraxis der AvW Gruppe AG durch Schreiben von Put-Optionen Prämieinnahmen zu lukrieren. Der Vorstand war in Kenntnis von S&T Put-Optionsvereinbarungen, die ausschließlich die physische Lieferung von Aktien vorsahen.

Bereits ein Großteil der über das Jahr 2007 laufenden Optionen war deutlich im Geld. Selbst wenn das Weiterrollen von Optionen ständige Geschäftspraxis der AvW Gruppe AG war, musste dennoch der jeweilige Put-Optionsberechtigte diesem Vorgang zustimmen. Daher war es grundsätzlich nicht unvorhersehbar, dass eine Zustimmung zur Weiterrollung unter Umständen nicht mehr erteilt wird und daher die den Optionen zugrunde liegenden Aktien angedient werden.

Eine passive Kontrollerlangung scheidet daher mangels Unvorhersehbarkeit aus.

b. Vorübergehende oder unabsichtliche Kontrollerlangung gem § 25 Abs 1 Z 3

Gem § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG besteht eine Ausnahme von der Angebotspflicht, wenn eine kontrollierende Beteiligung lediglich vorübergehend oder unbeabsichtigt überschritten wird, sofern die Überschreitung unverzüglich rückgängig gemacht wird.

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts war zwar das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch Optionen nicht beabsichtigt. Vielmehr stand die Prämienlukrierung im Vordergrund. Ob dieser Umstand bereits dem Kriterium der Unabsichtlichkeit des § 25 Abs 1 Z 1 ÜbG genügt, kann jedoch dahin gestellt bleiben, da der Ausnahmetatbestand des § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG schon daran scheitert, dass die Überschreitung nicht unverzüglich rückgängig gemacht wurde.

Was als unverzüglich anzusehen ist, mag auf den Einzelfall ankommen. So spielen insbesondere die Größe des Pakets und die Liquidität der betroffenen Aktien eine entscheidende Rolle. Allerdings sind seit der Überschreitung der Kontrollschwelle bereits mehr als drei Monate vergangen. Dies erfüllt nach Ansicht des 3. Senats selbst in dem derzeit vorherrschenden Marktumfeld nicht die Voraussetzung der Unverzüglichkeit iSd § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG. Eine Privilegierung gem § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG kommt daher nicht zur Anwendung.

Auch die Ausnahmeregelung über die vorübergehende Überschreitung findet im vorliegenden Fall keine Anwendung, da seit dem Erlangen der kontrollierenden Beteiligung am 19. Dezember 2008 nunmehr mehr als drei Monate vergangen sind. Diese Zeitspanne stellt nach Ansicht des 3. Senats auch keine bloß vorübergehende Überschreitung iSd § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG dar.

Somit haben die AvW Gesellschaften am 19. Dezember 2008 eine kontrollierende Beteiligung erlangt, die sie zur Erfüllung einer Angebotspflicht gem § 22 ff ÜbG verpflichtet.

5.1.3 Zeitpunkt der Zurechenbarkeit der Optionsvereinbarungen

HHG bringt zudem vor, dass jene Aktien, die den im Juni 2008 abgeschlossenen Optionsverträgen zugrunde lagen, bereits zu diesem Zeitpunkt der AvW Gruppe AG (einseitig) zuzurechnen wären. Dies ergebe sich aus § 23 Abs 2 ÜbG. Folgte man dieser Argumentation, so hätten die AvW Gesellschaften bereits im Juni 2008 eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 2 ÜbG erlangt und wäre bereits zu diesem Zeitpunkt verpflichtet gewesen, ein Übernahmeangebot an die Aktionäre der Zielgesellschaft zu stellen.

Nach § 23 Abs 2 ÜbG werden einem Rechtsträger Stimmrechten aus Aktien eines Dritten (einseitig) zugerechnet, wenn der Rechtsträger über einen faktischen oder rechtlichen Einfluss auf die Ausübung dieser Stimmrechte durch den Aktionär (Eigentümer) hat. Dies ist etwa bei Auseinanderfallen des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums oder auch bei Vorliegen vertraglicher Absprachen über die Stimmrechtsausübung der Fall.

Die Frage, wann es bei den einer Option zugrunde liegenden Aktien zu einer solchen einseitigen Zurechnung kommt, wird von der Bestimmung nur für bestimmte Call-Optionen explizit geregelt (Siehe Z 5 der demonstrativen Aufzählung in § 23 Abs 2 ÜbG). Darüber hinaus können einer (Put- oder Call-) Option zugrunde liegende Aktien in bestimmten Fällen jedoch auch bereits nach der Generalklausel in § 23 Abs 2 Satz 1 ÜbG oder gem § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG einem Nicht-Aktionär zuzurechnen sein. Eine Zurechnung ist demnach etwa in jenen Fällen geboten, in denen ein Vertragsverhältnis zwar formal als Option ausgestaltet wird, der Eigentümer die Aktien jedoch – bei wirtschaftlicher Betrachtung – bloß auf Rechnung seines Vertragspartners hält. In diesen Fällen entspricht der Abschluss des Optionsvertrags wirtschaftlich weitgehend einem unbedingten Kaufvertrag, weil aufgrund der Ausgestaltung das wirtschaftliche Risiko bereits auf den Vertragspartner übergegangen ist. So hat die ÜbK bereits in der Rechtssache RHI (GZ 2007/3/1 – 35) betreffend Call-Optionen die den Vereinbarungen zugrunde liegenden Aktien dem Berechtigten zugerechnet, weil in Anbetracht der hohen Optionsprämie und dem äußerst geringen Ausübungspreis der Stillhalter der Option das wirtschaftliche Risiko nicht mehr trug und aus wirtschaftlichen Gründen auch kein Zweifel daran bestehen konnte, dass der Berechtigte die Call-Option ausübt.

Spiegelbildlich kann es auch zu einer Zurechnung von optionsgegenständlichen Aktien an den Stillhalter einer Put-Option kommen, wenn diese – aufgrund eines besonders hohen Ausübungspreises – so ausgestaltet ist, dass bei Abschluss des Optionsvertrages kein vernünftiger Grund besteht daran zu zweifeln, dass der Berechtigte die Option auch tatsächlich ausüben wird. Auch hier muss das wirtschaftliche Risiko bereits als übergegangen angesehen werden.

Die im April und Juni 2008 von der AvW Gruppe AG abgeschlossenen Optionen weisen gemessen am Kurs der Aktie im jeweils relevanten Zeitraum - im April zwischen EUR 40,00 und EUR 41,70, im Zeitraum der Optionsabschlüsse im Juni und Juli 2008 zwischen der Optionsvereinbarungen zwischen EUR 31,08 und 32,5 – hohe Ausübungspreise aus. Für sich alleine betrachtet wäre im Zeitpunkt des Abschlusses dieser Optionsverträge

grundsätzlich davon auszugehen gewesen, dass A Bank von der Ausübung dieser Optionen Gebrauch macht. Jedoch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass es sich hier um weitergerollte Optionen handelte; die Fälligkeit der bereits bestehenden Verbindlichkeiten wurde demnach im Ergebnis hinausgeschoben. Die Festsetzung der Ausübungspreise der „ursprünglichen Optionen“ wurde jedoch auf Basis des damaligen Aktienkurses vorgenommen; AvW Gruppe AG hatte damals offenbar steigende Kurse erwartet. Der anschließend eingetretene Kursverfall der S&T Aktie führte jedoch zu einem sukzessiven Divergenz des Börsepreises und des Ausübungspreises der Optionen, wodurch es beim Weiterrollen der Optionen auch zu einem ständigen Anstieg der Optionsprämie kam. Im Ergebnis kommt die Verlängerung der Optionsverträge daher einer Stundung durch die A Bank gleich.

Festzuhalten ist weiters, dass nicht jede im Abschlusszeitpunkt „im Geld“ befindliche Option bereits zu einer entsprechenden Zurechnung nach § 23 Abs 2 ÜbG führt; Voraussetzung für eine Zurechnung ist, dass die Vertragsparteien unter Berücksichtigung der aktienspezifischen Volatilität nicht ernsthaft an der späteren Optionsausübung zweifeln konnten. Ähnlich gelagert sind etwa Fälle, in denen die Parteien einander wechselseitig (gleichartige) Optionen einräumen.

Aufgrund der ursprünglichen Bemessung des Ausübungspreises am Aktienkurs und in Anbetracht der Kursbewegungen der S&T Aktie ist nach Ansicht des Senats eine Zurechnung daher im konkreten Fall nicht geboten.

Für diese Beurteilung spricht auch, dass keinerlei Indizien dafür vorliegen, dass A Bank und AvW Gruppe AG Stimmrechtsvereinbarungen in irgendeiner Form getroffen haben und A Bank darüber hinaus nie Aktien zur Hauptversammlung der S&T AG angemeldet hatte.

Dies gilt freilich umso mehr für jene Option, die im März 2008 mit einem erheblich geringeren Ausübungspreis abgeschlossen wurde.

5.1.4 Zu § 26b Abs 3 ÜbG

Die ÜbK entscheidet im vorliegenden Fall auf Antrag der AvW Gruppe AG sowie der AvW Invest AG gem § 26b Abs 1 ÜbG.

Um sowohl der Zielgesellschaft als auch den Beteiligungspapierinhabern ausreichend Gehör zum Vorliegen eines Kontrollwechsels zu verschaffen und der Entscheidung des Senats erga omnes-Wirkung zu verleihen, entschied der Senat, die Bestimmungen über die Einräumung von Parteistellung iSd § 33 Abs 2 und 3 ÜbG analog anzuwenden. Dies war schon aufgrund derselben Interessenslage der Beteiligungspapierinhaber wie in einem Verfahren gem § 33 ÜbG geboten.

Mit Inkrafttreten des ÜBRÄG 2006 wurde mit dem neu geschaffenen § 26b ÜbG die Zulässigkeit eines Feststellungsantrags neu geregelt, mit dem Aktionäre auf eigene Initiative Klarheit darüber erlangen können, ob sie verpflichtet sind, ein Übernahmeangebot an die übrigen Aktionäre der Gesellschaft zu stellen. Wer demnach unmittelbar oder mittelbar eine Beteiligung an einer Gesellschaft hält, kann bei der ÜbK einen Feststellungsbescheid darüber beantragen, ob ihn die Angebotspflicht trifft. Wird dies von der ÜbK festgestellt, so hat der Antragsteller innerhalb von 20 Börsetagen entweder ein Pflichtangebot zu stellen, oder aber seine Beteiligung innerhalb desselben Zeitraums auf maximal 30% zu reduzieren.

Schon ausweislich der Materialien soll dieses Instrument dazu dienen, in Zweifelsfällen für Rechtssicherheit zu sorgen (vgl EB AB 1382 BlgNR XXII. GP, 1). Daraus folgt aber, dass nicht jeder Aktionär, der die Schwelle gemäß § 22 Abs 2 ÜbG überschreitet, berechtigt ist, einen Antrag gemäß § 26b Abs 1 ÜbG zu stellen und dadurch seine Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebotes zeitlich hinauszögert. Nur wenn bei Antragstellung ausreichend begründete Zweifel an der Kontrollerlangung bestehen können, ist das Begehren eines Feststellungsbescheids über die Angebotspflicht zulässig. Dies folgt auch aus § 22 Abs 1 ÜbG, der im Fall der Kontrollerlangung den betreffenden Aktionär verpflichtet, jedenfalls innerhalb von 20 Börsetagen ein Übernahmeangebot zu stellen. Die Frist von 20 Börsetagen ist dabei von der ÜbK nicht verlängerbar, womit der Gesetzgeber klarmacht, dass nach eingetretenem Kontrollwechsel kein langer Zeitraum bis zur Stellung des Pflichtangebotes vergehen soll.

Eine allfällige Verletzung der Vertretungsmacht von Harald Knechtel, die Indizien für ein kollusives Handeln des Prokuristen und beteiligter Kreditinstitute und die sich dadurch

ergebende Frage der Zurechnung der von der AvW Gruppe AG übernommenen Anteile an S&T AG stellen ausreichend begründete Zweifelsfragen dar und rechtfertigen daher die Antragstellung gem § 26b Abs 1 ÜbG.

Das Vorbringen der Zielgesellschaft, dass AvW Gruppe AG und AvW Invest AG den Antrag auf Feststellung nicht unverzüglich eingebracht haben und daher gemäß § 26b Abs 3 ÜbG die Rechtsfolgen der Angebotspflichtverletzung für die Antragsteller eintreten müssen, führt zur Frage, ob AvW Gruppe AG und AvW Invest AG überhaupt noch die Möglichkeit haben, gem § 26b Abs 2 ÜbG innerhalb von 20 Börsetagen ab Zustellung des Feststellungsbescheids ein Pflichtangebot anzuzeigen oder gemäß Abs 3 dieser Bestimmung die kontrollierende Beteiligung innerhalb von 20 Börsetagen auf zumindest 30% der ständig stimmberechtigten Aktien zu reduzieren.

Abweichend von § 22 Abs 1 ÜbG treten nach einem Verfahren gemäß 26b ÜbG die Rechtsfolgen der Angebotspflichtverletzung nur dann nicht ein, wenn der Antrag auf Feststellung gemäß dieser Bestimmung unverzüglich nach Verwirklichung des zugrunde liegenden Sachverhalts gestellt wurde. Der dem Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt der Kontrollerlangung wurde am 19. Dezember 2008 verwirklicht, weil an diesem Tag die Beteiligungen der AvW Gruppe AG und der AvW Invest AG die Kontrollschwelle überschritt.

Bei der Unverzüglichkeit ist jedoch richtigerweise darauf abzustellen, ob der Antragsteller den Antrag ohne schuldhafte Verzögerung eingebracht hat (siehe *Gall in Huber, Übernahmegesetz², § 26b Rz 5*). Dies trifft auf den vorliegenden Antrag zu. Die Antragsteller haben drei Tage vor Überschreiten der Kontrollschwelle die ÜbK kontaktiert und in der Folge mit der ÜbK umfassend kooperiert. In der Folge war der Vorstandsvorsitzende Dr. Auer Welsbach durch einen Unfall mit anschließendem Krankenhausaufenthalt über mehrere Wochen bei der Ausübung seiner Tätigkeit erheblich eingeschränkt. Darüber hinaus vergingen bis zu letztendlichen Antragstellung durch AvW Gruppe AG und AvW Invest AG am 12. Jänner 2009 aufgrund der Weihnachtsfeiertage verhältnismäßig wenige Börsetage.

Aus diesen Gründen ist der 3. Senat zu der Auffassung gelangt, dass der Antrag ohne schuldhafte Verzögerung eingebracht wurde. Dass AvW Gruppe AG und AvW Invest AG aufgrund der abgeschlossenen Optionsverträge unter Umständen berechtigt gewesen wären, bereits zu einem früheren Zeitpunkt einen Antrag gemäß § 26b Abs 1 ÜbG zu stellen, vermag an dieser Ansicht nichts zu ändern. Der Sachverhalt, der zur Angebotspflicht führte, wurde erst am 19. Dezember 2008 verwirklicht.

5.2 Zu Spruchpunkt 2

AvW Gruppe AG und AvW Invest AG haben beantragt, im Falle der Feststellung der Angebotspflicht der beiden Rechtsträger die 20-tägige Frist gemäß § 26b Abs 3 ÜbG angemessen zu verlängern. Eine Verlängerung übernahmerechtlicher Fristen im Zusammenhang mit der Pflicht, ein Übernahmeangebot anzuzeigen, ist explizit in § 10 Abs 1 ÜbG vorgesehen. Danach kann der Bieter beantragen, dass die Frist zur Anzeige eines Übernahmeangebotes von 10 Börsetagen auf bis zu 40 Börsetage erstreckt wird.

Die Frist wird durch die Bekanntgabe des Bieters ausgelöst, ein Übernahmeangebot stellen zu wollen. Die Bestimmung ist grundsätzlich auf freiwillige öffentliche Angebote, die nicht kontrollrelevant sind, sowie auf freiwillige Angebote zur Kontrollerlangung anzuwenden. Bei letzteren wird die Kontrolle gerade erst im Zuge des Übernahmeangebotes erlangt. Ist hingegen der Kontrollwechsel bereits eingetreten, sieht der Gesetzgeber in § 22 Abs 1 ÜbG vor, dass der Bieter innerhalb von 20 Börsetagen ein Übernahmeangebot bei der ÜbK anzuzeigen hat. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist diese Frist nicht verlängerbar. Grund hierfür ist, dass nach bereits erfolgtem Kontrollwechsel dem Bieter nicht allzu viel zeitlicher Spielraum zur Verfügung stehen soll, bevor er den übrigen Aktionären ein Austrittsrecht aus der Gesellschaft gewährt. Eine entsprechende Gefährdung der Minderheitsaktionäre, an die das Übernahmegesetz die Angebotspflicht knüpft, ist mit der Erlangung der Beherrschung durch den Bieter bereits eingetreten. Eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 ÜbG scheidet daher aus.

Die Fristen gemäß § 26b Abs 2 und 3 ÜbG sind nach Ansicht des 3. Senats jener in § 22 Abs 1 ÜbG nachgebildet. Da es im Falle der Feststellung der Angebotspflicht auch hier bereits zur Kontrollerlangung bzw zu einem Kontrollwechsel gekommen ist und der Bieter im Anschluss daran nicht weitere zeitliche Spielräume haben soll – die Bestimmung demnach den selben Zweck verfolgt wie jene des § 22 Abs 1 ÜbG – kommt eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 ÜbG nicht in Frage.

Im Übrigen wird auf § 33 Abs 4 AVG verwiesen, wonach durch Gesetz festgesetzte Fristen nicht geändert werden können, wenn nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist.

5.3 Zu Spruchpunkt 3

Die Zulässigkeit der Erteilung von Auflagen durch die Übernahmekommission ist in mehreren Regelungen des Übernahmegesetzes ausdrücklich vorgesehen. So kann die ÜbK etwa gemäß § 25 Abs 2 ÜbG die Entscheidung, von der Anordnung eines Pflichtangebotes abzusehen, von Bedingungen und Auflagen abhängig machen.

§ 26b ÜbG sieht hingegen keine explizite Möglichkeit vor, dem Antragsteller Auflagen zu erteilen. Zwar mag dem Übernahmerecht die Erteilung von Bedingungen und Auflagen durchaus immanent und in Einzelfällen auch ohne explizite Ermächtigung des Gesetzgebers denkbar sein; im vorliegenden Fall erachtet der 3. Senat die Erteilung von Auflagen und Bedingungen im Rahmen der Feststellung der Angebotspflicht auf Antrag einer Partei jedoch insbesondere deshalb für unzulässig, weil für eine Ermächtigung der ÜbK zu einer Einschränkung des Rechtes des Bieters, die Aktien innerhalb von 20 Börsetagen auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien zu reduzieren, keine Anhaltspunkte bestehen.

Der von HHG am 3. April 2009 eingebrachte Antrag ist gem § 39 Abs 3 AVG nicht zu berücksichtigen gewesen, da die Sache zur Entscheidung bereits reif war, und dadurch keine anderslautende Entscheidung der Sache herbeigeführt werden würde.

5.4 Zu Spruchpunkt 4

Für ein Verfahren gemäß § 26b ÜbG ist gemäß Punkt 4.1. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der ÜbK (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 12. Juni 2006, Nr. 110) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400,-- zu entrichten.

Gemäß Punkt 4.1. GebO trägt der Bieter die Kosten des Verfahrens. Bieter sind, wie zu Spruchpunkt 1 festgestellt, AvW Gruppe AG und AvW Invest AG. Nach Pkt. 4.2. der GebO entsteht der Gebührenanspruch zu dem Zeitpunkt, zu dem die Bieter den Antrag bei der ÜbK einbringen. Somit haben AvW Gruppe AG und AvW Invest AG die Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,-- zu tragen.

Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 24. Jänner 2009 sind Barauslagen in der Höhe von EUR 502,48 (darin enthalten EUR

83,75 USt) angefallen. Diese sind gem 8.4. GebO ebenfalls von AvW Gruppe AG und AvW Invest AG zu tragen.

Der am 10. März 2009 gemäß Pkt 4.3. GebO überwiesene Gebührevorschuss in der Höhe von EUR 10.700,-- ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen.

Ingesamt betragen die zu ersetzenden Kosten des Verfahrens damit **EUR 21.902,48**.

Gemäß Pkt 8.3 GebO sind sämtliche Gebühren und Zahlungen zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die ÜbK zur Zahlung fällig. Die Zahlung hat gemäß Pkt 8.6. GebO auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG mit der Nr. 012-20993, BLZ 20111 zu erfolgen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zulässig, wobei diese Beschwerde innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erhoben werden muss und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen ist. Spätestens bei Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr in der Höhe von EUR 220,-- zu entrichten.

Wien, am 7. April 2009

Dr. Winfried Braumann

Für den 3. Senat der Übernahmekommission