



*[geringfügig redaktionell verändert]*

An  
[...]

**GZ 2014/1/7 - 132**  
**(Andritz)**

### **B E S C H E I D**

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat unter dem Vorsitz von o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) wie folgt entschieden:

#### **Spruch**

- 1. Cerberus Vermögensverwaltung GmbH, Certus Beteiligungs-GmbH, Custos Privatstiftung, ELINAM Holding GmbH, Manile Privatstiftung, Salapo Beteiligungsverwaltungs GmbH, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Dr. Wolfgang Leitner, CL, MCL und NL haben es nicht zu Unrecht unterlassen, ein Pflichtangebot an sämtliche Beteiligungspapierinhaber der Andritz AG zu stellen.**
- 2. Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% aus allen der Custos Privatstiftung zurechenbaren Aktien wird gemäß § 22b Abs 3 ÜbG bis zum 30.6.2018 mit folgenden Einschränkungen aufgehoben:**
  - a) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% wird nicht aufgehoben für Hauptversammlungsbeschlüsse über Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss und/oder für Kapitalerhöhungen mit Sacheinlage durch Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner. Ein teilweiser Bezugsrechtsausschluss zum Ausgleich von Spitzenbeträgen ist davon ausgenommen.**
  - b) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% wird nicht aufgehoben für Hauptversammlungsbeschlüsse über Umgründungsmaßnahmen, insbesondere Verschmelzung und Spaltung, bei denen Vermögen auf oder von Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner übertragen werden soll.**
  - c) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl von von Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner unabhängigen Aufsichtsrats-**

mitgliedern keiner Stimmrechtsbeschränkung; ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zur Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.

- d) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl anderer als unter Punkt c) zu qualifizierender Kandidaten in den Aufsichtsrat keiner Stimmrechtsbeschränkung, sofern insgesamt die Mehrheit der Mitglieder im Aufsichtsrat – unter Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter – von Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner unabhängig sind; ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zur Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenskonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.
3. Gemäß der Punkte 5.1., 5.3., 8.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission sind Custos Privatstiftung und die gemeinsam mit ihr vorgehenden Rechtsträger solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,- sowie von Barauslagen in der Höhe von EUR 564,83 (darin enthalten EUR 94,14 Umsatzsteuer), somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in der Höhe von EUR 21.964,83 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 IBAN AT602011100001220993, BIC GIBAATWW zu entrichten.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Gegenstand und Parteien des Verfahrens .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Parteienvorbringen und Antragstellung .....</b>	<b>4</b>
2.1	Schriftliches Vorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...] ...	4
2.2	Vorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL in der mündlichen Verhandlung.....	6
2.3	Schriftliches Vorbringen von Certus, Salapo und Manile PS [...].	7
2.4	Vorbringen von Certus, Salapo und Manile PS in der mündlichen Verhandlung .....	8
2.5	Schriftliches Vorbringen von MCL und NL [...] .....	9
2.6	Vorbringen von MCL und NL in der mündlichen Verhandlung .....	10
2.7	Ergänzendes schriftliches Parteienvorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]	11
2.8	Ergänzender Antrag von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]	13
2.9	Ergänzender Antrag von Certus, Salapo und Manile PS [...] .....	14
2.10	Ergänzendes schriftliches Parteienvorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]	14
<b>3</b>	<b>Sachverhalt.....</b>	<b>14</b>
3.1	Allgemeines.....	14
3.2	Die Historie der Wertpapierleihe zwischen Certus und X.....	15
3.3	Umgründungsmaßnahmen im Jahr 2014 .....	17
3.3.1	Erster Schritt – Spaltung.....	17
3.3.2	Zweiter Schritt – Gründung Manile PS .....	17
3.3.3	Dritter Schritt – Einbringung der Certus.....	20
3.4	Substanzgenussrecht .....	21
3.5	Rückkauf und Verkauf eigener Aktien durch Andritz AG in den Jahren 2006 bis 2014.....	22
<b>4</b>	<b>Beweiswürdigung.....</b>	<b>22</b>
<b>5</b>	<b>Rechtliche Beurteilung .....</b>	<b>24</b>
5.1	Zu Spruchpunkt 1: Kreis gemeinsam vorgehender Rechtsträger – Sphäre Custos PS.....	24
5.2	Abschluss des Wertpapierdarlehens im Jahr 2004.....	24
5.3	Änderung der Rechtslage durch das ÜbRÄG 2006 .....	26
5.3.1	Änderung der Zurechnung der Aktien aus dem Wertpapierdarlehen .....	26
5.3.2	Passive Kontrollerlangung durch Certus und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger .....	27
5.4	Hinzuerwerb von [...] Aktien der Andritz AG von Dr. Wolfgang Leitner im Jahr 2006.....	28
5.5	Zurechnung der Aktien durch die Umstrukturierungen im Jahr 2014.....	28
5.6	Rückerwerb eigener Aktien durch Andritz AG .....	30
5.7	Zu Spruchpunkt 2: Aufhebung des Stimmrechtsruhens .....	31
5.8	Zu Spruchpunkt 3: Gebühren.....	31
<b>6</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung.....</b>	<b>32</b>

## Begründung

### **1 Gegenstand und Parteien des Verfahrens**

Gegenstand des Verfahrens war die Prüfung, ob in Zusammenhang mit den im August 2014 von den Kernaktionären der Andritz AG, insbesondere Custos Privatstiftung bzw Certus Beteiligungs-GmbH, durchgeführten Umgründungsmaßnahmen sowie mit der erfolgten Rückführung eines seit 2004 bestehenden Wertpapierdarlehens über Aktien der Andritz AG ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt worden war (§§ 22 ff ÜbG).

Parteien des Verfahrens waren gemäß § 33 Abs 2 Z 1 bzw Z 2 ÜbG Cerberus Vermögensverwaltung GmbH („Cerberus“), Certus Beteiligungs-GmbH („Certus“), Custos Privatstiftung („Custos PS“), ELINAM Holding GmbH („ELINAM“), Manile Privatstiftung („Manile“ PS), Salapo Beteiligungsverwaltungs GmbH („Salapo“), SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltungs GmbH („SASR“), Dr. Wolfgang Leitner, CL, MCL sowie NL. Die Parteistellung der Zielgesellschaft Andritz AG ergibt sich aus § 33 Abs 2 Z 3 ÜbG.

Innerhalb der Aufruffrist von einem Monat nach Veröffentlichung der Verfahrenseinleitung in der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 ÜbG beteiligte sich kein Aktionär, der die Voraussetzungen des § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG erfüllt, am Verfahren.

### **2 Parteienvorbringen und Antragstellung**

#### **2.1 Schriftliches Vorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]**

Custos Privatstiftung („Custos PS“), SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH („SASR“), Cerberus Vermögensverwaltung GmbH („Cerberus“), Dr. Wolfgang Leitner und CL nahmen zur Mitteilung der Übernahmekommission vom 30.9.2014 betreffend die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG in Bezug auf die Andritz AG wie folgt Stellung:

**Zum Sachverhalt** sei generell anzumerken, dass der Zweck der Manile PS einerseits die Bildung eines Vermögensstammes sei, der den beiden Kindern von Dr. Wolfgang und CL, MCL und NL, eine von ihren Eltern unabhängige Lebensführung ermögliche, sowie andererseits die generelle Förderung der beruflichen Ausbildung von Jugendlichen durch die Errichtung eines Ausbildungsfonds. Begünstigte der Manile PS seien zu 40% MCL und NL sowie zu 60% Jugendliche über die Errichtung eines Ausbildungsfonds. Überlegungen zur Errichtung einer solchen überwiegend gemeinnützigen Stiftung hätten schon länger bestanden.

Als Vermögensgrundlage der Manile PS seien Andritz Aktien an Manile PS übertragen worden, die einer von den Stiftern und der Familie Leitner unabhängigen und interessenfreien Verwaltung durch erfahrene Persönlichkeiten des Wirtschaftslebens unterstellt worden sei. Im Ergebnis werde dadurch erreicht, dass über die Dividendenflüsse aus den Andritz Aktien liquide Mittel für die Erfüllung des Stiftungszwecks der Manile PS zur Verfügung stehen. [...].

Bei Manile PS handle es sich um eine kontrollfreie Privatstiftung; [...].

In einer Gesamtbetrachtung sei Manile PS daher als kontrollfreie Privatstiftung zu qualifizieren. Sollte man dennoch zur gegenteiligen Ansicht gelangen, so werde Manile PS jedenfalls nicht von Custos PS

und/oder deren Stiftern kontrolliert, da die in der Stiftungsurkunde der Manile PS eingeschränkten Gestaltungsrechte nur den Stiftern MCL und NL zukämen.

**Zum Thema Umstrukturierungen** brachten die Parteien vor, dass die beabsichtigte Umstrukturierung der Beteiligung an Andritz AG der ÜbK von ihrem rechtlichen Berater am 1.8.2013 gemäß § 29 ÜbG zur Stellungnahme vorgelegt worden sei. Mit Stellungnahme der ÜbK vom 14.10.2013 habe diese mitgeteilt, dass, sollten die in der Stellungnahme der ÜbK dargelegten Umstrukturierungen umgesetzt werden, ABC Privatstiftung als eine von Custos PS bzw Familie Leitner kontrollierte Privatstiftung zu qualifizieren sei. Den Bedenken der ÜbK sei nun in der tatsächlichen Umsetzung der Umstrukturierung jedoch Rechnung getragen worden. Am 16.4.2014 sei die ÜbK sodann vorab über die angedachten Änderungen informiert worden. Die Umsetzung der Umstrukturierung selbst sei erst im August 2014 erfolgt. Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL seien der Meinung und von ihrem rechtlichen Berater auch dahingehend informiert gewesen, dass bei den im August 2014 durchgeführten Maßnahmen allfälligen in der Stellungnahme der ÜbK vom 14.10.2013 geäußerten Bedenken durch entsprechende Änderungen der Struktur vollkommen Rechnung getragen worden sei.

**Zum Thema des gemeinsamen Vorgehen** von Custos PS und Manile PS brachten Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL vor, dass keine Vereinbarungen zwischen Custos PS, Manile PS und/oder deren Stiftern in Bezug auf Andritz AG bestehen und der Abschluss solcher Vereinbarungen auch nicht geplant sei. Es bestehe keine Personenidentität zwischen den Vorständen von Custos PS und Manile PS. Die Stiftungsvorstände beider Privatstiftungen seien jeweils und unabhängig voneinander verpflichtet, Custos PS bzw Manile PS zu verwalten, zu vertreten sowie für die Erfüllung des jeweiligen Stiftungszwecks zu sorgen. Auch das Verwandtschaftsverhältnis von Dr. Wolfgang Leitner, CL, MCL und NL rechtfertige nicht die Annahme des „gemeinsamen Vorgehens“ dieser Personen bzw von Custos PS und Manile PS. Das ÜbG enthalte keine (widerlegliche) Vermutung, dass Angehörige als gemeinsam vorgehend anzusehen seien. Die Regelung von Angehörigenprivilegierungen in bestimmten Fällen (wie etwas nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG) könne nicht einfach dahingehend angewandt werden, dass bei nahen Angehörigen ein gemeinsames Vorgehen zu vermuten sei. Vielmehr seien auch bei Angehörigen die Voraussetzungen für ein gemeinsames Vorgehen im Sinne von § 1 Z 6 ÜbG nachzuweisen. Durch die Begünstigtenstellung der beiden Kinder bei Manile PS sei deren Unterhaltsanspruch gegenüber ihren Eltern abgegolten. MCL und NL hätten somit keinen weiteren Unterhaltsanspruch. Überdies verfügten sie zusätzlich über substantielle Vermögenswerte und lebten seit mehr als einem Jahr räumlich getrennt von ihren Eltern in einem jeweils eigenen Haushalt.

**Zum Thema der einseitigen Zurechnung** brachten Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL vor, dass es aufgrund der wirtschaftlichen Zuordnung von Vermögensrechten allein nicht zu einer Zurechnung des Beteiligungsbesitzes kommen könne. Dadurch könnten sich nur Rückschlüsse auf die Möglichkeit der Stimmrechtsbeeinflussung ergeben. Als Gegenleistung für die Einbringung ihres gesamten Geschäftsanteils an Certus in Salapo habe Custos PS von Salapo ein Genussrecht auf schuldrechtlicher Grundlage erhalten. Die Leitung von Salapo und somit auch die Ausübung des Stimmrechts aus den von Salapo indirekt gehaltenen Aktien an Andritz AG erfolge jedoch frei von Weisungen und Zustimmungsvorbehalten der Custos PS. Eine unmittelbare Übertragung von Vermögenswerten durch Custos PS an die neu zu gründende Privatstiftung sei deshalb nicht erfolgt, weil dies eine erhebliche Steuerbelastung [...] ausgelöst hätte. Deshalb sei der Weg der Übertragung der Andritz Aktien in Form einer Umgründungsmaßnahme mit einem Substanzgenussrecht als Gegenleistung für das übertragene Vermögen gewählt worden. Die Höhe des Substanzgenussrechts entspreche den Erfordernissen des Umgründungssteuerrechts, was vom zuständigen Finanzamt bescheid-

mäßig bestätigt worden sei. Das Substanzgenussrecht sei so ausgestaltet, dass Custos als Inhaberin des Genussrechts keinerlei Einflussmöglichkeiten auf die übertragenen Aktien habe. Die ÜBK habe sich in zwei Bescheiden (GZ 2001/1/2-26 und GZ 2001/2/8-24) mit Genussrechten als Zurechnungselement bzw als Kontrollinstrument über Privatstiftungen auseinandergesetzt. Die in diesen Bescheiden relevanten Genussrechte seien jedoch mit Einflussrechten verbunden gewesen, welche im vorliegenden Fall fehlten. Der gegenständliche Sachverhalt sei auch von jenem im Sachverhalt abzugrenzen, welcher der RHI Stellungnahme der ÜBK (GZ 2007/3/1-35) zugrunde lag. Dieser Sachverhalt sei mit dem verfahrensgegenständlichen nicht zu vergleichen. Manile PS/Salapo/Certus hätten ein substantielles, finanzielles Interesse an ihrer Beteiligung an Andritz AG. Sie tragen auch das volle wirtschaftliche Risiko daraus. [...]. Es widerspreche somit der Pflicht eines sorgfältigen Geschäftsmannes, die Stimmrechte an Andritz AG nicht im Interesse von Salapo, sondern im Interesse eines Dritten auszuüben.

Überdies brachten Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL vor, dass von Certus, über welche Custos PS vor der Umgründung im August 2014 ihre Beteiligung an Andritz AG gehalten habe, und mit ihr gemeinsam vorgehende Rechtsträger nie mehr als 26% der Stimmrechte angemeldet worden seien. Diese Aktien hätten **keine Mehrheit in den letzten zwei Hauptversammlungen** vermittelt, weshalb der Ausnahmetatbestand des § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG erfüllt sei. Bei Berechnung der Kontrolle im Sinne des § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG seien Aktien, die nicht zur Hauptversammlung angemeldet wurden, nicht zu berücksichtigen.

In diesem Zusammenhang stellten Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL die folgenden Anträge:

- (1) Die Übernahmekommission möge feststellen, dass Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH, Dr. Wolfgang Leitner und CL es nicht zu Unrecht unterlassen haben, ein Pflichtangebot für sämtliche Beteiligungspapiere von Andritz AG zu stellen.  
*in eventu*
- (2) Die Übernahmekommission möge das mit Bescheid vom 30.9.2014 (GZ 2014/1/7) eingeleitete Nachprüfungsverfahren einstellen.

## **2.2 Vorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL in der mündlichen Verhandlung**

In der mündlichen Verhandlung vom 22.1.2015 brachte das **Ehepaar Leitner sowie Custos PS und Cerberus** ergänzend bzw zusammenfassend vor, dass es im Wesentlichen drei Überlegungen für die Umstrukturierungen im Sommer 2014 gegeben habe. Diese seien gewesen: Die Schaffung eines unabhängigen Vermögensstamms für MCL und NL, die Errichtung eines Ausbildungsförderungsfonds sowie die Vermeidung von finanziellen Nachteilen durch eine hohe steuerliche Belastung. Diese steuerrechtlichen Erwägungen seien auch der Grund für die Ausgestaltung des Genussrechts zwischen Certus und Salapo gewesen. Zweck der Errichtung der Manile PS sei keinesfalls die Umgehung übernahmerechtlicher Vorschriften gewesen. [...]. Custos PS als Genussrechtsinhaberin habe keinerlei wirtschaftliches Risiko aus den Aktien. Dieses liege ausschließlich bei Manile PS.

Die Wertpapierleihe zwischen Certus und X sei erstmals 2004 abgeschlossen worden, [...]. Certus sei damals anwaltlich beraten gewesen. Zwar sei damals noch das alte ÜbG in Kraft gewesen und somit habe es noch keine formelle, sondern eine bloß materielle Kontrollschwelle gegeben, doch habe man ua auch deshalb zur Klärung der Rechtslage ein Gutachten eingeholt, welches den Abschluss einer

Wertpapierleihe als Lösungsmöglichkeit enthalten habe. Der Abschluss des Wertpapierdarlehens sei der ÜbK auch mit Schreiben vom 18.8.2004 mitgeteilt worden. Als Antwort habe man von der Kommission ein Schreiben erhalten, in dem mitgeteilt wurde, dass man den Sachverhalt näher prüfen werde. Nach diesem Schreiben habe es jedoch kein weiteres Schreiben oder ähnliches seitens der ÜbK gegeben, weshalb man davon ausgegangen sei, dass der Sachverhalt rund um die Wertpapierleihe von der ÜbK akzeptiert worden sei. In den Jahren 2008 und 2011 sei die Leihe verlängert worden. Erst im Jahr 2013 sei die Kommunikation mit der ÜbK hinsichtlich der Wertpapierleihe wieder intensiver geworden, da sich die börserechtlichen Meldepflichten verändert hätten und die Wertpapierleihe daher mit 1,2 Mio Aktien bzw mit 3,4 Mio Aktien nach einem Split gemeldet worden sei. In diesem Zusammenhang gebe es auch ein Mail der ÜbK vom 29.9.2004 in dem sie erklärt, dass sie den Sachverhalt rund um die Wertpapierleihe näher prüfen werde. Im Jahr 2008, als die Wertpapierleihe das erste Mal verlängert wurde, habe man dies der ÜbK nicht extra mitgeteilt. Man habe sich diesbezüglich einerseits auf die rechtsfreundliche Beratung verlassen, andererseits habe man angenommen, dass die ÜbK davon ausgehe, dass die Wertpapierleihe nach wie vor existiere, zumal es keinerlei Meldungen über einen Aktienverkauf seitens Certus oder ähnliches gegeben habe. Man sei davon ausgegangen, dass eine Meldung an die ÜbK nicht notwendig sei, da sich am Sachverhalt im Vergleich zum Jahr 2004 im Grunde nicht viel geändert habe. Jedenfalls habe es keinen Grund gegeben, irgendetwas zu verheimlichen und deshalb eine Meldung zu unterlassen.

[...].

### **2.3 Schriftliches Vorbringen von Certus, Salapo und Manile PS [...]**

Certus Beteiligungs-GmbH („Certus“), Salapo Beteiligungsverwaltungs GmbH („Salapo“) und Manile Privatstiftung („Manile PS“) nahmen in ihrem Schriftsatz vom 12.11.2014 zum Schreiben der Übernahmekommission vom 30.9.2014 betreffend die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 33 ÜbG hinsichtlich der Andritz AG wie folgt Stellung:

Certus, Salapo und Manile PS gehen weder mit Custos PS noch mit einem Mitglied der Familie Leitner gemeinsam vor. Insbesondere kenne das Übernahmerecht auch keinen Vermutungstatbestand, wonach nahe Angehörige wegen ihrer Angehörigeneigenschaft gemeinsam iSd § 1 Z 6 ÜbG miteinander vorgehen.

Der von Certus gehaltene Beteiligungsbesitz könne der Custos PS nicht zugerechnet werden. Die Einräumung des Substanzgenussrechts habe ausschließlich steuerliche Gründe gehabt. Das Genussrecht der Custos PS vermittele keinerlei Einflussrechte an Salapo, sodass eine übernahmerechtliche Zurechnung über das Genussrecht nicht in Betracht komme. Gemäß § 6 der Genussrechtsbedingungen kämen den Genussberechtigten keinerlei gesellschaftsrechtliche Berechtigungen zu. Auch in Punkt 2.1 des Sacheinlage- und Einbringungsvertrags sei nochmals festgehalten worden, dass mit dem Genussrecht keine Mitwirkungs- und Mitspracherechte verbunden seien. Der vorliegende Sachverhalt sei nicht mit jenen zu GZ 2001/1/2-26 und zu GZ 2001/2/8-24 vergleichbar, weil im gegenständlichen Fall Kontroll- und Aufsichtsrechte fehlten. Überdies sei eine bloße Vermögensbeteiligung übernahmerechtlich irrelevant.

Ebenso wenig könne der Beteiligungsbesitz der Certus indirekt über die Stifter oder Begünstigten der Manile PS der Custos oder der Familie Leitner zugerechnet werden. Dies sei schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei der Manile PS um eine sowohl gegenüber der Custos PS als auch der Familie Leitner kontrollfreie Privatstiftung handle. Zwischen Certus, Salapo und Manile PS einerseits und den Stiftern und Begünstigten der Manile PS oder Dr. Wolfgang Leitner und CL andererseits bestün-

den keine Syndikatsverträge oder sonstige Absprachen. Die von der ÜbK und der Lehre hinsichtlich einer kontrollierten Privatstiftung herausgearbeiteten Kriterien wie etwa ein Widerrufsrecht, das Recht auf Bestellung und Abberufung von Stiftungsvorstandsmitgliedern oder sonstiger Organmitgliedern trafen im vorliegenden Fall nicht oder nur in sehr eingeschränktem Ausmaß zu. Die Stiftung könne nicht widerrufen werden und sei auf zehn Jahre befristet. Nach Ablauf dieser zehn Jahre seien die Stifter zwar indirekt in der Lage, die Weiterführung der Stiftung über die von ihnen nominierten Beiratsmitglieder zu verhindern, weil (nur) in diesem Fall dem Vorsitzenden des Beirats kein Dirimierungsrecht zukomme. Selbst dann hätten diese aber keinen Rechtsanspruch auf Sachauskehr der Andritz-Aktien. Der Stiftungsvorstand sei vielmehr verpflichtet, die Aktien zu verkaufen, wenn die Begünstigten ansonsten in ein nicht finanzierbares Pflichtangebot gedrängt würden. Auch Custos PS könne nach Ablauf der zehn Jahre nicht über die Fortsetzung der Manile PS mitbestimmen. Überdies sei zur Kontrollfreiheit festzuhalten, dass einerseits Personen, die der Custos PS nahe stehen, gemäß § 7 Abs 5 der Stiftungsurkunde vom Vorstandsamt ausgeschlossen wären und dass andererseits die Stifter keine über die Bestellung des ersten Vorstands hinausgehenden Rechte hätten und diesen auch nicht abberufen könnten. Auch eine Beherrschung durch den Beirat sei ausgeschlossen, da die diesem zukommenden Rechte keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Manile PS erlauben.

Hinsichtlich der Familienangehörigkeit könne dem ÜbG an keiner Stelle entnommen werden, dass Familienmitglieder ex lege gemeinsam vorgehende Rechtsträger sein sollen.

In diesem Zusammenhang stellten Certus, Salapo und Manile PS die folgenden Anträge:

- (1) Die Übernahmekommission möge das gemäß § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG eingeleitete Nachprüfungsverfahren in Bezug auf die Zielgesellschaft Andritz AG einstellen.  
*in eventu*
- (2) Die Übernahmekommission möge feststellen, dass von der Custos, Salapo und/oder Manile kein den Vorschriften des dritten Teils des Übernahmegesetzes entsprechendes Pflichtangebot an die Inhaber von Beteiligungspapieren der Andritz AG zu richten ist.

## **2.4 Vorbringen von Certus, Salapo und Manile PS in der mündlichen Verhandlung**

**Certus, Salapo und Manile PS** erklärten in der mündlichen Verhandlung, dass man aufgrund der Bedenken der Übernahmekommission hinsichtlich einer allfälligen Überschreitung der 30% und zur Wahrung der Ausnahmebestimmung des Übernahmegesetzes nach § 25 Abs 1 Z 3 den die 30% übersteigenden Aktienanteil an Andritz AG an einen Treuhänder übertragen habe.

Außerdem weisen die Parteien darauf hin, dass die Manile PS gerade erst gegründet worden sei. Kurz nach der Gründung sei das Nachprüfungsverfahren der ÜbK eingeleitet worden. Dadurch werde man nun in Zusammenhang mit der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts sehr oft den Namen Leitner hören, da auch eine kontrollfreie Stiftung immer einen Gründungshelfer haben müsse.

Zur Umsetzung der Stiftungs konstruktion und der Ausgestaltung des Genussrechts erklärten die Parteien, dass beides rein steuerliche Gründe gehabt habe und führten zum Genussrecht Folgendes näher aus: Da die ÜbK in ihrer Stellungnahme GZ 2013/1/5-16 erklärt habe, dass die damals vorgelegten Genussrechtsbedingungen im Ausmaß von [...] % des Gewinns, Vermögens und Liquidationsüberschusses auf eine gewollte Absicherung der Kontrolle durch Dr. Wolfgang Leitner hindeuten, da das Verhältnis [...] % als zu hoch erachtet werde, habe man sich für eine Beteiligung von [>50] % am Vermögen und bloß [>50] % am Gewinn entschieden.

Als letzter Punkt sei anzumerken, dass Herr K, Vorstandsvorsitzender der Manile PS und Geschäftsführer der Salapo, nichts von der Vorgeschichte zu den Umstrukturierungsmaßnahmen gewusst habe. Von einer allfälligen übernahmerechtlichen Thematik habe er erst durch die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens Kenntnis erlangt.

## 2.5 Schriftliches Vorbringen von MCL und NL [...]

MCL und NL nahmen in ihrem Schriftsatz vom 14.11.2014 zum im Nachprüfungsverfahren GZ 2014/1/7 von der Übernahmekommission zu prüfenden Sachverhalt wie folgt Stellung:

Eine Angebotspflicht würde voraussetzen, dass zumindest ein Rechtsträger infolge der umgesetzten Umgründungsmaßnahmen eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft erlangt hätte (§ 22 ÜbG). Eine Angebotspflicht seitens MCL und NL komme nur dann in Betracht, wenn durch die Umgründungsmaßnahmen in Verbindung mit der Rückführung der Wertpapierleihe die von Cerberus und von SASR unmittelbar gehaltenen 26.800.001 Andritz Aktien (25,77%) einerseits und die von Certus unmittelbar gehaltenen 5.949.543 Andritz Aktien andererseits übernahmerechtlich zusammenzurechnen wären, diese Rechtsträger gemeinsam eine kontrollierende Beteiligung an Andritz AG bildeten und diese MCL und NL zurechenbar wäre. Dies sei jedoch nicht der Fall, da durch die Umgründungsmaßnahmen keiner der Zurechnungstatbestände des § 23 ÜbG verwirklicht worden sei. Insbesondere werde ein Aktienpaket (indirekt) von einem übernahmerechtlich nicht beherrschten (kontrollfreien) Rechtsträger, nämlich Manile PS, kontrolliert. Weder MCL und NL noch deren Eltern hätten einen beherrschenden Einfluss auf Manile PS. Vielmehr sei die *Governance* der gemeinnützigen Zwecken und der finanzielle Versorgung von MCL und NL dienenden Manile PS so ausgestaltet worden, dass eine Beherrschung durch Stifter, Begünstigte oder andere Rechtsträger ausgeschlossen sei. Selbst wenn man einen beherrschenden Einfluss von MCL und NL auf Manile PS unterstellen wollte, führte dies nicht zu einer Zusammenrechnung der beiden Aktienpakete, da zwischen MCL und NL einerseits und ihren Eltern und Custos PS andererseits keine Absprache betreffend die Aktienpakete oder die Andritz AG iSd § 1 Z 6 ÜbG und auch kein Zurechnungsgrund iSd § 23 Abs 2 ÜbG vorliege. Die Kontrollschwelle gemäß § 22 Abs 2 ÜbG sei bei Andritz AG nicht überschritten.

Hinsichtlich Manile PS sei speziell auf folgende Punkte hinzuweisen:

- Dem Stiftungsvorstand als zentralem Organ der Manile PS seien über das gesetzliche Ausmaß hinausreichende vertragliche Einflussrechte eingeräumt worden. Die Manile PS sei als vorstandsdominierte Stiftung ausgestaltet. Der Vorstand habe das Recht zur Auswahl der Begünstigten und zur Festsetzung von Art und Höhe der Zuwendungen und er habe ein Selbstergänzungsrecht.
- Der Beirat der Stiftung kontrolliere die Wahrung des Stiftungszwecks. Ihm komme jedoch kein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zu. Zwei der Sitze im Beirat würden außerdem mit unabhängigen Personen besetzt. Überdies werde überlegt, nun doch alle Beiratssitze mit unabhängigen Personen zu besetzen.
- Darüber hinaus enthalte die Stiftungsurkunde kein Widerrufsrecht. Eine Änderung der Stiftungserklärung sei nur sehr eingeschränkt möglich und unterliege außerdem der gerichtlichen Kontrolle.
- Die Stellung von MCL und NL als Begünstigte der Manile PS sei mit keiner Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung der Manile PS verbunden.
- Da Manile PS vorerst auf zehn Jahre errichtet worden sei, hätten die zwei von MCL und NL noch zu bestellenden (abhängigen) Beiratsmitglieder eine Art Vetorecht hinsichtlich der Fort-

setzung der Manile PS. [...] Da MCL und NL jede Möglichkeit fehle, auf die Ausübung der Stimmrechte der Manile PS direkt oder indirekt Einfluss zu nehmen, sei ihnen Manile PS auch nicht einseitig nach § 23 Abs 2 ÜbG zuzurechnen. Insbesondere halte Manile PS ihr Aktienpaket nicht auf deren Rechnung. Selbst wenn die ÜbK davon ausgehen sollte, dass MCL und NL die Manile PS beherrschen oder diese ihnen einseitig zuzurechnen sei, wäre eine derartige Beteiligung am Aktienpaket der Manile PS auch Custos PS, Dr. Wolfgang Leitner und CL nicht einseitig zurechenbar. Es bestünden nämlich auch hier keine Möglichkeiten von Custos PS oder dem Ehepaar Leitner, auf die Ausübung von Stimmrechten direkt oder indirekt Einfluss auszuüben.

- Manile werde auch nicht von Custos PS oder Dr. Wolfgang Leitner beherrscht. Dass es keine personellen Überschneidungen gebe, sei ebenfalls ein Argument dafür. Auch das Genussrecht vermittele Custos PS keine Kontroll- oder Einflussrechte. Insbesondere stünden Custos PS keine aktionärstypischen Verwaltungsrechte zu.

Bezüglich der familiären Komponente sei festzuhalten, dass es zwischen MCL, NL, Dr. Wolfgang Leitner und Custos PS keine Absprache in Hinblick auf eine Kontrollerlangung oder -ausübung bei Andritz AG gebe.

Überdies sei festzuhalten, dass selbst bei einer Zusammenrechnung der zwei Aktienpakete diese keine Mehrheit der Stimmrechte in der Hauptversammlung der Andritz AG darstellten und auch keinerlei Gefährdung der Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber gegeben sei, weshalb aufgrund einer Gesamtanalogie auf Basis der Wertungen in §§ 24 f ÜbG eine Ausnahme von der Angebotspflicht gegeben sei.

In diesem Zusammenhang stellten MCL und NL die folgenden Anträge:

Die Übernahmekommission möge folgenden Bescheid erlassen

- (1) Es wird festgestellt, dass MCL, NL, MANILE Privatstiftung (FN 42056z), Salapo Beteiligungsverwaltung GmbH (FN 417442k), Certus Beteiligungs-GmbH (FN 201420g), ELINAM Holding GmbH (FN 352664z), Dr. Wolfgang Leitner, CL, Custos Privatstiftung (FN 155059d), SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltungs GmbH (FN 416160a) und Cerberus Vermögensverwaltung GmbH (FN 146094w) weder die Stellung eines Pflichtangebots gemäß §§ 22 ff ÜbG noch eine gebotene Mitteilung zu Unrecht unterlassen haben. Zivilrechtliche Sanktionen nach § 34 ÜbG sind daher nicht eingetreten.

*in eventu*

- (2) Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.

*in eventu*

- (3) Es wird festgestellt, dass die im August 2014 von den Kernaktionären der Andritz AG, insbesondere Custos Privatstiftung (FN 155059 d) bzw Certus Beteiligungs GmbH (FN 201420 g) durchgeführten Umgründungsmaßnahmen zu einer Begründung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger führen, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung hält. Dies führt jedoch gemäß § 25 ÜbG zu keiner Gefährdung von Interessen der Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft und daher zu keiner Angebotspflicht.

## **2.6 Vorbringen von MCL und NL in der mündlichen Verhandlung**

MCL und NL brachten vor, dass die Einleitung des Verfahrens völlig überraschend für sie gekommen sei. Beide sehen sich als passive Empfänger einer wiederkehrenden Geldzuwendung aus der Manile

PS. Dass mit der Umsetzung der Stiftungskonstruktion Kontrolle über die Andritz AG verbunden sein könnte, sei für sie nicht erkennbar und noch viel weniger in irgendeiner Weise angestrebt gewesen. Ihre Stellung als Begünstigte sei eine rein vermögensrechtliche und mit keinerlei beherrschenden Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung der Manile PS verbunden. Ein gemeinsames Vorgehen zwischen MCL und NL einerseits und ihren Eltern andererseits liege nicht vor, da es zwischen den Genannten keine Absprachen zu Wahlen in den Aufsichtsrat gebe. Überdies könne aus dem bloßen nahen Angehörigenverhältnis kein gemeinsames Vorgehen iSd Übernahmerechts abgeleitet werden. Festzuhalten sei überdies, dass auch zwischen Elinam, Manile PS, Custos PS, Dr. Wolfgang Leitner und CL keine kontrollrelevanten Absprachen bestünden.

## **2.7 Ergänzendes schriftliches Parteivorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]**

Mit Schriftsatz vom 6.2.2015 führten die Parteien zum Thema eigene Aktien wie folgt aus:

Die ÜbK solle feststellen, dass der Erwerb eigener Aktien durch Andritz AG unter der Annahme einer passiven Kontrollerlangung kein Beteiligungsausbau iSd § 22b Abs 2 ÜbG sei, da die Vermutung nach § 1 Z 6 ÜbG im vorliegenden Fall widerlegt werden könne. Der Erwerb eigener Aktien beruhe typischerweise (und auch im vorliegenden Fall) nicht auf einer Absprache zwischen den Kernaktionären (Custos et al) und der Zielgesellschaft; insbesondere indiziere ein derartiger Erwerb keine Absprache, die auf Kontrollerlangung, -ausübung oder Verhinderung des Erfolgs eines Übernahmeangebots gerichtet sei; der Gesetzgeber sei bei Statuierung der Vermutung gemäß § 1 Z 6 zweiter Satz 1. Fall von einer ganz anderen Konstellation ausgegangen, nämlich vom Zusammenwirken von Konzerngesellschaften zur Erlangung der Kontrolle über eine dritte Gesellschaft.

§ 22b Abs 2 ÜbG sei daher bei der Anwendung im Zusammenhang mit § 1 Z 6 zweiter Satz 1. Fall ÜbG teleologisch zu reduzieren auf Konstellationen, bei denen der nach § 22 Abs 2 oder 3 kontrollierende Gesellschafter seine Stimmrechte auch tatsächlich in kontrollierendem Ausmaß (bei einer börsennotierten Gesellschaft also zu mehr als 30%) ausüben könne; auch wenn die Ausnahmetatbestände der fehlenden materiellen Kontrolle gemäß § 24 Abs 1 und 2 ÜbG nicht ausdrücklich in § 1 Z 6 zweiter Satz 1. Fall angeführt seien, seien diese doch bei der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des gemeinsamen Vorgehens zu berücksichtigen; diesen Tatbeständen – insb § 24 Abs 2 Z 3 ÜbG – sei das gesetzliche Ruhen der Stimmrechte gemäß § 22 Abs 2 iVm Abs 3 gleichwertig. Die gesetzliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens sei damit widerlegt.

Ohne Zurechnung nach § 1 Z 6 ÜbG sei der Erwerb eigener Aktien durch die Zielgesellschaft mangels Zusammenrechnung nach § 23 Abs 1 ÜbG kein Beteiligungsausbau iSd § 22b ÜbG; insb werde die Beteiligung an der Zielgesellschaft Custos PS et al auch nicht einseitig nach § 23 Abs 2 ÜbG zugerechnet, weil bei eigenen Aktien eine Einflussnahme auf die Ausübung von Stimmrechten aufgrund des Ruhens der Stimmrechte stets ausgeschlossen sei.

§ 22b Abs 2 zweiter Satz ÜbG stelle – ähnlich dem Hinzuerwerb nach § 22 Abs 4 ÜbG – nur auf die unmittelbare Erweiterung des Bestands ständig stimmberechtigter Aktien durch den Bieter ab. Die Anwendung der Zurechnungsregeln nach § 23 Abs 2 ÜbG scheide im konkreten Fall aus, weil bei Erwerb von eigenen Aktien durch die Zielgesellschaft letztlich stimmrechtslose Aktien erworben würden. Alleine deshalb komme es zu keinem Ausbau der Beteiligung.

Ein Ausbau könne nur indirekt unter Anwendung der Kontrollschwellenregelung nach § 22 Abs 6 ÜbG herbeigeführt werden. Die dabei (reflexartig) eintretende Stimmrechtsverstärkung könne daher aber

im konkreten Fall nicht angebotspflichtauslösend sein, weil andernfalls der Gesetzgeber entgegen der Regelungsintention bei passivem Verhalten des Kontrollaktionärs dann doch noch über eine Hintertüre ein Angebot anordnen würde (mittelbare „Entprivilegierung“ des passiven Kontrollerwerbs). Demgemäß müsse § 22b Abs 2 ÜbG teleologisch einschränkend ausgelegt werden.

Dass Maßnahmen, die ausschließlich von der Zielgesellschaft ausgehen, nicht Gegenstand des Ausbaus einer passiv erlangten Beteiligung sein sollen, sei auch am Parallellfall der privilegierten Kapitalerhöhung unter Wahrung des Bezugsrechts ersichtlich. Die EBRV zum ÜbRÄG 2006 stellen ausdrücklich klar, dass es bei Ausübung des Bezugsrechts und somit trotz aktiver Hinzuerwerbe zu keiner Angebotspflicht kommen solle, da diesfalls die Beteiligung des Bieters nicht ausgebaut sondern bloß aufrechterhalten werde: Auch hier trete bloß reflexartig ein Beteiligungsausbau ein, wenn nicht alle Aktionäre bei einer Kapitalerhöhung von ihrem gesetzlichen Bezugsrecht Gebrauch machen. Insofern gebiete schon ein Größenschluss, dass der ohne aktives Zutun des passiv kontrollierenden Aktionärs begründete Beteiligungsausbau umso mehr privilegiert sein müsse. Dies unterscheide auch den von der Übernahmekommission zu GZ 2010/3/4-10 zu beurteilenden Sachverhalt: War in der vormaligen Entscheidung die Frage zu untersuchen, ob der Rückerwerb und damit die rechnerische Überschreitung der Kontrollschwelle als passive Kontrollerlangung iSd § 22b Abs 1 ÜbG zu qualifizieren sei, sei im vorliegenden Fall die Kontrollschwelle bereits überschritten, allerdings gemäß § 22b ÜbG privilegiert und deshalb am Zweck des § 22b Abs 2 ÜbG zu messen.

Ein gemeinsames Vorgehen mit der Zielgesellschaft sei schon deshalb widerlegt, weil das Verhalten der Organe der AG durch § 70 AktG determiniert werde und aufgrund der haftungsbewehrten Verpflichtungen nicht zu erwarten sei, dass ein Rückerwerb eigener Aktien nur durchgeführt werde, um dem Kontrollaktionär einen Ausbau einer bereits kontrollierenden Beteiligung zu ermöglichen; insbesondere bestehe auch keine Absprache mit dem Ziel, den Erfolg eines Übernahmeangebots zu verhindern. Die Vermutungsregel gehe vielmehr vom Zusammenwirken von Konzerngesellschaften zur Erlangung der Kontrolle über eine Zielgesellschaft aus.

Ergänzend sei für den Zeitraum 2006 – 2014 festzuhalten, dass das relative Stimmgewicht (und somit die mit der Beteiligung verbundene Einflussmöglichkeit) der Custos PS und ihr zurechenbarer Rechtsträger bei Hauptversammlungen kontinuierlich gesunken sei. Zwar hätte jeglicher Aktienerwerb durch den Kernaktionär oder die Zielgesellschaft in absoluten Zahlen den Aktienbestand vergrößert. Allerdings wäre damit im konkreten Fall kein Ausbau der „Beteiligung“ iSd § 22b Abs 2 ÜbG (und damit der Einflussmöglichkeit) verbunden gewesen.

Hinsichtlich eines allfälligen Ruhens der Stimmrechte zwischen 26 und 30% aufgrund einer möglichen passiven Kontrollerlangung brachten die Parteien Folgendes vor:

Im Falle einer Zusammenrechnung der vom „Custos-Zurechnungskreis“ und Manile PS gehaltenen Aktien sei Manile PS dem Vernehmen nach bereit, auf die 30% übersteigenden Stimmrechte zu verzichten. Ein darüber hinausgehendes Ruhen der Stimmrechte solle für die Dauer der Bestellung von unabhängigen Mitgliedern im Vorstand der Manile PS aufgehoben werden. Aufgrund der Unabhängigkeit der Organe sei nämlich nicht zu erwarten, dass alleine aufgrund des Organisationsgefüges externer Einfluss auf die Stimmrechtsausübung genommen werde. Demgemäß sei eine unabhängige Ausübung der Stimmrechte gewährleistet.

Darüber hinaus sei aufgrund der letzten Hauptversammlungspräsenz keine relative Hauptversammlungsmehrheit bei Ausübung von insgesamt 30% zu erwarten (bei Ausübung von 30% wäre der rechnerische Stimmrechtsanteil der Custos PS in der letzten Hauptversammlung von 41% auf 45% gestie-

gen). Insofern könnten auch die Wertungen aus § 24 ÜbG herangezogen werden. Allenfalls könne bei der Stimmrechtsausübung noch nach der Beschlussqualität differenziert werden.

## **2.8 Ergänzender Antrag von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]**

Auf Basis der in Pkt 2.7 genannten Ausführungen, stellten Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...] folgenden Antrag, der in der mündlichen Verhandlung abgeändert wurde:

„Die Übernahmekommission möge für den Fall der Feststellung der Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung durch Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner an der Andritz AG, ohne dies durch zeitnahe Handlungen bewirkt zu haben (privilegierte passive Kontrollerlangung gemäß § 22b Abs 1 ÜbG) aussprechen, dass Stimmrechte zwischen 26% und 30% bis zum 30.6.2018 nicht ruhen und stattdessen folgende Bedingungen und Auflagen erteilt werden:

- (1) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% können bei Hauptversammlungsbeschlüssen über Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss und/oder mit Sacheinlage durch Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner nicht ausgeübt werden, wobei ein teilweiser Bezugsrechtsausschluss zum Ausgleich von Spitzenbeiträgen davon ausgenommen ist.
- (2) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% können bei Hauptversammlungsbeschlüssen über Umgründungsmaßnahmen, insbesondere Verschmelzung und Spaltung, bei denen Vermögen auf oder von Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner übertragen werden soll, nicht ausgeübt werden.
- (3) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl von Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder keiner Stimmrechtsbeschränkung; Ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zur Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.
- (4) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl anderer als unter Punkt 3 zu qualifizierender Kandidaten in den Aufsichtsrat, keiner Stimmrechtsbeschränkung sofern insgesamt die Mehrheit der Mitglieder im Aufsichtsrat – unter Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter - von Custos Privatstiftung, SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH, Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner unabhängig sind; ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zu der Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.

## **2.9 Ergänzender Antrag von Certus, Salapo und Manile PS [...]**

Certus, Salapo und Manile PS brachten [...] einen mit dem unter Punkt 2.8 angeführten Antrag wörtlich deckungsgleichen Antrag ein und schlossen sich der Änderung des Antrags in der mündlichen Verhandlung [...] an.

## **2.10 Ergänzendes schriftliches Parteivorbringen von Custos PS, SASR, Cerberus, Dr. Wolfgang Leitner und CL [...]**

Mit Schreiben [...] führten die Parteien zum Thema der Aktienrück- und -verkäufe in den Jahren 2006 bis 2014 wie folgt aus:

Alle berechtigten Führungskräfte hätten sich hinsichtlich der 2006 aus dem Stock Option Programm 2004 in Tranchen abrufbaren Aktien entweder zum *Cash Settlement* oder zum tatsächlichen Kauf der Aktien entscheiden können. Dr. Wolfgang Leitner habe aus dem Mitarbeiter-Optionsprogramm 2004 im Jahr 2006 einen potentiellen Anspruch auf [...] Aktien der Andritz AG gehabt. Bei Ankündigung der Tranchen im April 2006 und vor Zuteilung der ersten Tranche habe Dr. Leitner gebeten, alle auf ihn entfallenden Aktien sämtlicher Tranchen in den Markt zu verkaufen, ausgenommen auf ihn entfallende Aktien der dritten Tranche im Ausmaß von [...] Stück. [...].

Der Entschluss Dr. Leitners, am *Employee Stock Option Programm* (ESOP Programm) teilzunehmen, sei laut Schriftsatz der Parteien jedenfalls im Mai 2004 und somit lange vor Wirksamwerden des ÜBRÄG 2006 gefasst worden. Die Option unter dem ESOP Programm sei erstmals zum 1.5.2006 ausübbar gewesen. Zwischen dem Entschluss im Mai 2004, am ESOP Programm teilzunehmen und einer allenfalls durch das ÜBRÄG 2006 verursachten passiven Kontrollerlangung durch den Custos-Zurechnungskreis bestehe kein zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang (die Parteien verwiesen diesbezüglich auf die Verfahren vor der ÜbK mit der GZ 2011/2/7-8 und GZ2001/2/2-47a), der insbesondere zur Umgehung der Vorschriften des § 22b Abs 2 ÜbG geeignet wäre. Es erscheine daher nicht sachgerecht, den Erwerb von [...] Aktien unter dem ESOP Programm als Verstoß gegen § 22b Abs 2 ÜbG zu qualifizieren, der erst mit 20.5.2006 in Kraft trat. Insbesondere sei für Dr. Wolfgang Leitner zum damaligen Zeitpunkt nicht vorhersehbar gewesen, dass er infolge des Inkrafttretens des ÜBRÄG 2006 im Wege einer passiven Kontrollerlangung bereits eine kontrollierende Beteiligung an Andritz AG erlangt haben könnte und deshalb möglicherweise dem Hinzuerwerbsverbot des § 22b Abs 2 ÜbG unterliege. Gerade eine derartige Vorhersehbarkeit des Ausbaus einer kontrollierenden Beteiligung sei aber nicht nur im Grundtatbestand der Passivität gemäß § 22b Abs 1 ÜbG, sondern auch bei der Anwendung des § 22b Abs 2 ÜbG erforderlich, was sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe.

## **3 Sachverhalt**

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens einschließlich der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung stellt der 1. Senat den folgenden Sachverhalt fest:

### **3.1 Allgemeines**

**Andritz AG** („Zielgesellschaft“), eingetragen unter FN 50935f, ist eine österreichische Aktiengesellschaft mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Stattegger Straße 18, 8045 Graz. Das Grundkapital

der Gesellschaft beträgt EUR 104.000.000 und ist in 104.000.000 Stückaktien unterteilt, welche zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *Prime Market* notieren. Den Vorstand der Andritz AG bilden Dr. Wolfgang Leitner (Vorsitzender), DI Friedrich Papst, Mag. Humbert Köfler, Dr. Joachim Schönbeck sowie DI Wolfgang Semper. Der Aufsichtsrat der Andritz AG setzt sich derzeit aus o. Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny (Vorsitzender), DDI Klaus Ritter (stellvertretender Vorsitzender), Mag. Kurt Stiasny, Andreas Martiner, Fritz Oberlerchner, Georg Auer, Isolde Findenig, Mag. Dr. hc Monika Kircher und Ralf Dieter zusammen.

**Cerberus Vermögensverwaltung GmbH** („Cerberus“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Panoramagasse 121, 8010 Graz. Cerberus ist unter FN 146094w in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Cerberus beträgt EUR 43.603,70. Gesellschafter der Cerberus sind Dr. Wolfgang Leitner (99,6%) und die Custos Privatstiftung (0,4%). Geschäftsführer sind Dr. Wolfgang Leitner und Dr. Reinhard Kautz.

**Certus Beteiligungs-GmbH** („Certus“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Panoramagasse 121, 8010 Graz. Certus ist unter FN 201420g in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000. Einzige Gesellschafterin war bis zur Spaltung die Custos Privatstiftung. Seit der Abspaltung der Certus auf Salapo ist jedoch Salapo die einzige Gesellschafterin der Certus. Die Spaltung wurde am 27.9.2014 ins Firmenbuch eingetragen. Geschäftsführer der Certus war bis 13.8.2014 Dr. Wolfgang Leitner. Seit 13.8.2014 vertritt K die Certus als Geschäftsführer selbständig (siehe Näheres zur Spaltung Pkt 3.3.1 sowie zu Salapo Pkt 3.3.2).

**Custos Privatstiftung** („Custos PS“) ist eine Privatstiftung mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH, Marburger Kai 47, 8010 Graz. Custos PS ist unter FN 155059d in das Firmenbuch eingetragen. Der Vorstand besteht aus Prof. DDr. Hellwig Torggler, Dr. Alexander Isola und Dr. Erfried Bäck. Stifter sind Dr. Wolfgang Leitner und CL.

**SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH** („SASR“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift Torggler Rechtsanwälte GmbH, Universitätsring 10/5, 1010 Wien. SASR ist unter FN 416160a in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000. Geschäftsführer ist Dr. Wolfgang Leitner. Einzige Gesellschafterin der SASR ist die Custos PS.

**Dr. Wolfgang Leitner** [...] ist mittelbarer Hauptaktionär der Zielgesellschaft und als Vorstandsvorsitzender der Zielgesellschaft in das Firmenbuch eingetragen. Überdies ist er Geschäftsführer der Certus sowie der SASR und gemeinsam mit seiner Frau, CL, Stifter der Custos PS.

**CL** [...] ist gemeinsam mit ihrem Mann, Dr. Wolfgang Leitner, Stifterin der Custos PS.

### **3.2 Die Historie der Wertpapierleihe zwischen Certus und X**

Am 31.12.2003 lief der iZm der Zielgesellschaft bestehende Syndikatsvertrag zwischen der Carlyle Europe Partners L.P. („Carlyle“; hielt rund 37,2% an Andritz AG), der Unternehmensinvest AG („UI-AG“; hielt 19,6% an Andritz AG) sowie der Certus (hielt 24,9% an Andritz AG direkt und 0,77% über Cerberus indirekt; gesamt somit 25,67%) als gemeinsam vorgehende und die Andritz AG kontrollierende Rechtsträger aus. Carlyle und UIAG entschieden sich, einen Großteil ihrer Aktien an Andritz AG teils durch ein öffentliches Verkaufsangebot, teils durch ein Internationales *Private Placement* zu veräußern und den Syndikatsvertrag nicht zu verlängern. Certus blieb mit 25,67% an Andritz AG beteiligt. Die beiden Finanzinvestoren hielten nach dem Verkauf des Großteils ihrer Aktien über einen

Treuhänder noch 1,3 Mio Aktien (damals rund 10% der Andritz AG) und unterlagen mit diesen Aktien einem *post-SPO-lock-up*. Diese Aktien durften frühestens am 1.7.2004 veräußert werden. Hinsichtlich eines möglichen Käufers für diese Aktien wurde Certus ein Präsentationsrecht eingeräumt. Certus konnte somit nach Ablauf des *post-SPO-Lock-ups* einen Käufer namhaft machen, der die von den Finanzinvestoren gehaltenen Aktien im Umfang von 10% zu einem bestimmten Mindestpreis erwirbt (vgl. GZ 2003/1/4-63).

Certus schloss mit X erstmals am 13.8.2004 ein Wertpapierdarlehen über 1.000.000 Stück Aktien der Andritz AG, welche einem Anteil von 7,69% des Grundkapitals entsprachen, ab. Certus als Darlehensgeberin erhielt von X als Darlehensnehmerin neben einem Darlehensentgelt auch eine Kompensationszahlung [...]. Außerdem verkaufte Certus eine Beteiligung im Ausmaß von 2,31%. Somit reduzierte sich der von Certus an Andritz AG gehaltene Anteil im Jahr 2004 von 24,9% auf 14,9%. Kurz darauf übte Certus ihr Präsentationsrecht hinsichtlich der 10% an Andritz aus. Cerberus wurde als Erwerberrin und Treuhänderin der Certus namhaft gemacht. Unmittelbar nach diesem Erwerb wurde das Treuhandverhältnis aufgelöst und die Aktien im Ausmaß von 10% an Certus übertragen. Dadurch hatte sich der Anteil von Certus an Andritz AG wieder auf 24,9% erhöht. Der Sachverhalt rund um den Abschluss des auf vier Jahre befristeten Wertpapierdarlehens wurde der ÜbK mit Schreiben vom 18.8.2004 mitgeteilt (ON 2 in GZ 2014/1/7). In einem Schreiben der ÜbK an Dr. Wolfgang Leitner vom 29.9.2004 teilte diese mit, dass man sich mit dem bekannt gegebenen Sachverhalt noch eingehend auseinandersetzen und bei Bedarf um zusätzliche Informationen ersuchen werde (Beilage ./3 zu ON 121 in GZ 2014/1/7). Eine interne Prüfung des Sachverhalts ergab keinen übernahmerechtlichen Handlungsbedarf nach der damals geltenden Rechtslage (ÜbG 1999 idF BGBl I 2003/92). Certus hielt zu diesem Zeitpunkt wieder 24,9% direkt und 0,77% indirekt über Custos PS, somit gesamt 25,67% an Andritz AG.

Am 17.8.2008 erfolgte eine Rückübertragung von Aktien aus dem Wertpapierdarlehen an Certus im Ausmaß von 3,5%. Aus dieser Rückübertragung wurden zwei Terminverkäufe vom 16.12.2005 und 16.6.2006 im Ausmaß von zusammen rund 1,87% des Grundkapitals der Andritz AG mit Fälligkeit am 17.8.2008 erfüllt (Beilage ./3 zu ON 6 in GZ 2014/1/7 sowie Beilage ./7 zu ON 6 in GZ 2014/1/7). Somit stieg der Anteil von Certus weiter auf 29,18% an (Beilage ./5 zu ON 6 in GZ 2014/1/7). Das Wertpapierdarlehen wurde daraufhin im Jahr 2008 für einen Teil (1.200.000 Aktien der Andritz AG; 2,31% der Andritz AG) verlängert und lief von 18.8.2008 bis 18.8.2011. Diese Erhöhung des Aktienanteils der Certus wurde der ÜbK von Herrn N im Auftrag von Andritz AG mit Schreiben vom 25.9.2008 angezeigt. In diesem Schreiben wurde jedoch nicht offengelegt, dass das Wertpapierdarlehen verlängert wurde. Am 18.8.2011 wurde das Darlehen um weitere drei Jahre verlängert. Im Jahr 2012 erfolgte ein Aktiensplit, wodurch sich die Gesamtanzahl der Aktien der Andritz AG und somit auch jene des Wertpapierdarlehens verdoppelten. Das WP-Darlehen zwischen X und Certus belief sich somit auf 2.400.000 Aktien, das sind 2,31% des Grundkapitals der Andritz AG. Die ÜbK erlangte von diesem Wertpapierdarlehen am 1.3.2013 Kenntnis, als eine Veröffentlichung gemäß § 93 BörseG erfolgte (ON 5 in GZ 2014/1/7).

Das Darlehen lief schlussendlich am 18.8.2014 aus (Beilage ./6 zu ON 6 in GZ 2014/1/7) und wurde nicht mehr verlängert. Dies war auch der Grund für die Rückführung der Aktien aus dem Darlehen an Certus und die daran anschließenden Umstrukturierungsmaßnahmen (PV Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015, S 26; siehe dazu genauer Pkt 3.3.1 bis 3.3.3).

### 3.3 Umgründungsmaßnahmen im Jahr 2014

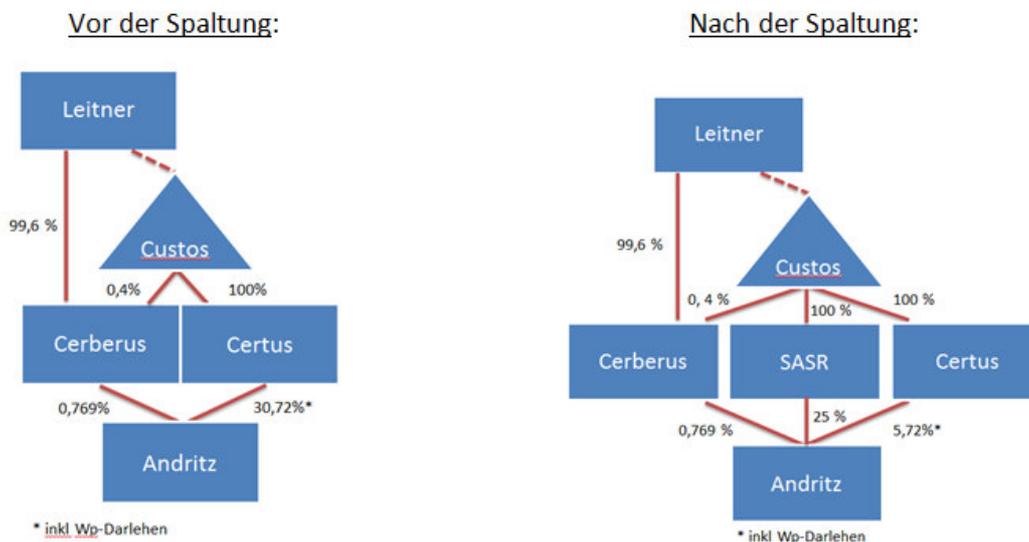
Das Motiv für die in der Folge dargestellten Umgründungsmaßnahmen lag einerseits darin, dass Certus nach Rückführung des Wertpapierdarlehens zwischen ihr und X am 18.8.2014 unmittelbar mehr als 30% der Anteile an Andritz AG erlangt und damit die formelle Kontrollschwelle überschritten hätte (PV Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015, S 26). Andererseits entschloss sich Dr. Leitner, jährlich rund EUR [...] wohltätigen Zwecken zukommen zu lassen, was über Manile PS umgesetzt werden sollte (PV Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015, S 30). Insbesondere sollte die Ausbildung von Lehrlingen unterstützt werden (PV MCL vom 22.1.2015, S 13).

In der Folge werden die einzelnen Schritte dieser Umgründungsmaßnahmen dargelegt.

#### 3.3.1 Erster Schritt – Spaltung

Am 16.6.2014 schlossen Certus als übertragende Gesellschaft und SASR als übernehmende Gesellschaft einen Spaltungs- und Übernahmevertrag. Damit wurden ua 26.000.001 Stück Aktien der Certus an Andritz AG an SASR übertragen. Dies entsprach einer Beteiligung in Höhe von 25% plus einer Aktie an Andritz AG. Durch diese Umstrukturierungsmaßnahmen wurden somit 25% plus eine Aktie an Andritz AG von Certus auf die neu gegründete SASR übertragen, sodass Certus inklusive dem mit 18.8.2014 befristeten Wertpapierdarlehen nur noch 5,72% an Andritz AG hielt.

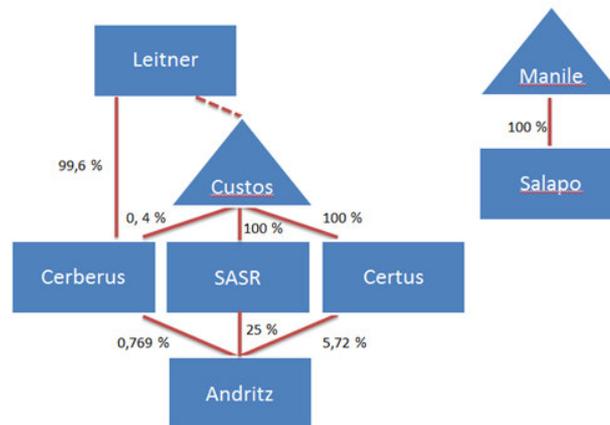
Die folgende Grafik veranschaulicht die Struktur vor und nach der am 8.8.2014 ins Firmenbuch eingetragenen Spaltung:



#### 3.3.2 Zweiter Schritt – Gründung Manile PS

Unmittelbar nach Eintragung dieser Spaltung, jedoch noch vor Auslaufen des Wertpapierdarlehens am 18.8.2014, wurde die am 13.8.2014 errichtete Manile PS am 14.8.2014 im Firmenbuch eingetragen.

Die daraus resultierende Struktur stellt sich wie folgt dar:



**Manile Privatstiftung** („Manile PS“) ist eine Privatstiftung mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Schönbrunn­gasse 64, 8010 Graz. Manile PS ist unter FN 420562z in das Firmenbuch eingetragen. Stifter sind laut der Stiftungsurkunde vom 13.8.2014 MCL, NL, ELINAM Holding GmbH sowie Custos PS. Erst- und Letztbegünstigte der Stiftung sind MCL und NL. [...]. Stiftungszweck der Manile PS ist die Anlage und Verwaltung des Vermögens der Privatstiftung in einer Art und Weise, die der Zusammen­setzung der Vermögenswerte, die der Privatstiftung bei ihrer Gründung gewidmet wurden, ent­spricht; ferner die Unterstützung des Lebensunterhalts der Begünstigten im Allgemeinen; die gene­relle Förderung der beruflichen Ausbildung von Jugendlichen durch die Einrichtung eines Ausbil­dungsfonds sowie im Einzelfall die Verfolgung humanitärer, sozialer, wissenschaftlicher oder sonst der Allgemeinheit zu Gute kommender Zwecke. Die Privatstiftung ist für bestimmte Zeit errichtet und endet mit Ablauf von zehn Jahren ab ihrer Eintragung im Firmenbuch. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Stiftungsvorstand vor Ablauf dieser Frist mit Zustimmung des Beirats einen einstimmigen Be­schluss zur Fortsetzung der Privatstiftung für höchstens weitere [...] Jahre fasst. Vor Fassung dieses Beschlusses sind die Stifter ELINAM und, solange sie leben und geschäftsfähig sind, MCL und NL an­zuhören (Beilage ./1 zu ON 14 in GZ 2014/1/7). Grund für die Befristung der Stiftung ist der Wunsch, zumindest nach zehn Jahren bei einer allfälligen der Stiftung und ihrem Zweck zum Nachteil gerei­chenden Verselbstständigung des Stiftungsvorstands eingreifen zu können (PV Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015, S 36).

Der ÜbK wurde im Vorfeld der Transaktion im Jahr 2013 der Entwurf einer Stiftungsurkunde der ABC Privatstiftung übermittelt. Darin waren noch wesentlich stärkere Einflussmöglichkeiten der Stifter auf die *Governance* der Stiftung enthalten als jene, die nun bei Manile PS umgesetzt wurden. [...].

Manile PS kann nicht widerrufen werden. Eine Änderung der Stiftungserklärung ist nur sehr einge­schränkt durch MCL und NL für den Fall einer notwendigen Anpassung an geänderte Verhältnisse iSd § 33 Abs 2 PSG möglich. Als eine Änderung der Verhältnisse ist auch eine Änderung der Kriterien für die Beurteilung der Unabhängigkeit der Privatstiftung von ihren Stiftern im Sinne des Übernahme­rechts zu verstehen. Eine Anpassung der Stiftungserklärung an solche geänderte Verhältnisse ist nur dann zulässig, wenn die jeweilige Änderung nicht die Beurteilung der Privatstiftung als unabhängig beeinträchtigt (Beilage ./1 zu ON 14 in GZ 2014/1/7).

Der **Stiftungsvorstand** setzt sich aus K (Vorsitzender), BA und GG zusammen. Die Mitglieder des Stif­tungsvorstands werden im Wege der Selbstergänzung durch die verbliebenen Mitglieder des Stif­tungsvorstands gemeinsam bestellt. Die verbliebenen Mitglieder haben vor der Selbstergänzung die

Zustimmung des Beirats einzuholen. Abgesehen von den gemäß § 15 Abs 2 PSG ausgeschlossenen Personen können auch sonstige nahe Familienangehörige und Personen, die der Custos PS, deren Tochtergesellschaften oder deren Stiftern sowie der Andritz AG nahe stehen, nicht in den Stiftungsvorstand bestellt werden. Die Mitglieder werden jeweils für drei bis maximal fünf Jahre gewählt. Entscheidungen trifft der Stiftungsvorstand mit einfacher Mehrheit; bei Stimmgleichheit, hat der Vorsitzende ein Dirimierungsrecht (Beilage ./1 zu ON 14 in GZ 2014/1/7). Der erste Vorstand wurde von MCL und NL gemeinsam bestimmt. Für die Auswahl der möglichen Kandidaten erstellten MCL und NL gemeinsam mit ihren Eltern eine Liste von Namen, die für einen der Sitze im Vorstand der Manile PS in Frage kamen. Aus dieser Liste wählten MCL und NL Herrn K aus, den sie bereits aus ihrer Kindheit kennen. Die weiteren Vorstandsmitglieder wurden allein von MCL und NL im Einvernehmen mit Herrn K bestimmt. GG wurde auf Vorschlag von Herrn K bestellt. BA wurde von den Begünstigten unter Zustimmung Herrn K ausgewählt (PV MCL vom 22.1.2015, S 18 f). Bei den drei Vorstandsmitgliedern handelt es sich um qualifizierte Personen, die ua Erfahrung im Lehrlingsbereich haben und die Stiftung bei ihrer Tätigkeit somit angemessen unterstützen können. Geschäftliche oder enge persönliche Beziehungen zwischen den Mitgliedern des Stiftungsvorstands und der Familie Leitner oder der Andritz AG bestehen nicht (PV Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015, S 37 f).

Der **Beirat** der Manile PS hat die Aufgabe, Manile PS bzw deren Vorstand unterstützend zu beraten und diesen zur Wahrung des Stiftungszwecks auch zu kontrollieren. Der Beirat besteht aus vier Mitgliedern. Von den Mitgliedern des ersten Beirats wird eines von der Stifterin und Begünstigten MCL und eines vom Stifter und Begünstigten NL bestimmt. Die weiteren zwei Beiratsmitglieder werden von beiden Begünstigten gemeinsam bestellt. Scheidet ein von einem Stifter allein bestelltes Mitglied des Beirats aus diesem aus, so hat jeweils dieser Stifter wiederum das Recht zur Bestellung eines Mitglieds auf das frei gewordene Beiratsmandat. Scheidet ein von MCL und NL gemeinsam bestelltes Mitglied des Beirats aus diesem aus, so wird auf das so frei gewordene Beiratsmandat ein neues Mitglied im Wege der Selbstergänzung durch einstimmigen Beschluss der verbliebenen Mitglieder bestimmt (Beilage ./1 zu ON 14 in GZ 2014/1/7). Die beiden von MCL und NL gemeinsam zu bestellenden Beiratsmitglieder, darunter der Vorsitzende des Beirats mit Dirimierungsrecht, dürfen laut Stiftungsurkunde weder dem gemäß § 15 Abs 2 PSG ausgeschlossenen Personenkreis, noch dem von der Ausübung eines Vorstandsmandats ausgeschlossenen Personenkreis angehören. Die Beiratsmitglieder werden für einen Periode von fünf Jahren bestellt. Eine Wiederbestellung ist möglich. Der Beirat fasst seine Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden (Dirimierungsrecht). In der Stiftungserklärung ist vorgesehen, dass der Beirat mit einstimmigem Beschluss, die Abberufung eines Vorstandsmitglieds aus wichtigem Grund bei Gericht anregen kann (Beilage ./1 zu ON 14 in GZ 2014/1/7). Der Beirat wurde bisher noch nicht bestellt; es gibt jedoch bereits Überlegungen hinsichtlich qualifizierter Personen für die Rolle als Beiratsmitglieder (PV MCL vom 22.1.2015, S 16).

**MCL** [...] und **NL** [...] sind die Kinder von Dr. Wolfgang Leitner und CL. Sie sind sowohl Stifter als auch Begünstigte der Manile PS. Überdies sind sie sowohl Geschäftsführer als auch Gesellschafter der ELI-NAM Holding GmbH. MCL und NL erfuhren erstmalig im Juli 2014 von ihren Eltern von den geplanten Umgründungsmaßnahmen rund um die Andritz AG und der damit einhergehenden Gründung der Manile PS. Von den Vorbereitungshandlungen vor Juli 2014 sowie den Vorentwürfen und Besprechungen mit der ÜbK wussten sie nichts (PV MCL und NL vom 22.1.2015, S 12, S 21 f). Auch die übernahmerechtliche Thematik rund um das Wertpapierdarlehen (siehe dazu genauer Pkt 3.2) und das Genussrecht (siehe dazu genauer Pkt 3.4) war ihnen nicht bewusst (PV MCL und NL vom 22.1.2015, S 15, 22 ff).

**ELINAM Holding GmbH** („ELINAM“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Münzgrabenstraße 30/8, 8010 Graz. ELINAM ist unter FN 352664z in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000. Geschäftsführende Gesellschafter der ELINAM sind MCL und NL. ELINAM Holding GmbH ist neben MCL, NL und Custos PS ebenfalls Stifterin der Manile PS (Beilage ./1 zu ON 14 in GZ 2014/1/7).

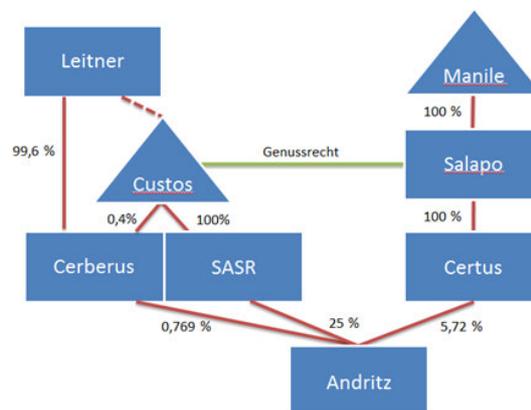
**K** ist als Vorstandsvorsitzender der Manile PS und Geschäftsführer der Certus sowie der Salapo ins Firmenbuch eingetragen.

**Salapo Beteiligungsverwaltung GmbH** („Salapo“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift Schönbrunnngasse 64, 8010 Graz. Salapo ist unter FN 417442k in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000. Geschäftsführer ist K. Einzige Gesellschafterin der Salapo ist Manile PS.

### 3.3.3 Dritter Schritt – Einbringung der Certus

Ebenfalls am 14.8.2014, dem Tag der Firmenbucheintragung der Manile PS, brachte Custos PS über einen Sacheinlage- und Einbringungsvertrag vom 14.8.2014, abgeschlossen zwischen Custos PS und Salapo, ihren 100%-Geschäftsanteil an Certus (siehe oben unter Pkt 3.1) und somit auch eine Beteiligung von 5,72% an Andritz AG in Salapo ein (Beilage ./1 zu ON 15 in GZ 2014/1/7). Als Gegenleistung für die Einbringung gemäß § 19 UmgrStG wurde ein Substanzgenussrecht zwischen Salapo und Custos PS vereinbart (vgl dazu Punkt 3.4).

Grafisch stellt sich die gesellschaftsrechtliche Struktur rund um die Zielgesellschaft nach der Einbringung wie folgt dar:



Nach erfolgter Übertragung hielt Salapo mittelbar über Certus PS eine Beteiligung an Andritz iHv 3,41% sowie die Rechte auf die Rückübertragung der Andritz-Aktien (2,308%) aus dem Wertpapierdarlehen mit X. Das Wertpapierdarlehen lief am 18.8.2014 aus, weshalb die Aktien der Andritz (2,308%) von X an Certus übertragen wurden. Manile PS hält somit indirekt über Salapo und Certus nun 5,72% der Anteile der Andritz AG.

Am 17.10.2014 schloss Certus als Treugeberin über 1.800.000 Stück Aktien an Andritz AG (1,73% des Grundkapitals) einen Treuhandvertrag mit dem Treuhänder Herrn Notar B ab.

### 3.4 Substanzgenussrecht

Als Gegenleistung für die Einbringung der Certus in die Salapo erhielt Custos PS ein **Substanzgenussrecht** von Salapo als Emittentin, das mit einer Beteiligung iHv [ $>50$ ] % am Vermögen sowie am Liquidationsüberschuss und iHv [ $>50$ ] % am laufenden Gewinn/Verlust der Gesellschaft ausgestaltet wurde. Es handelt sich um eine reine schuldrechtliche Beteiligung; mit dem Genussrecht sind keine gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungs- und Mitspracherechte verbunden (Beilage ./1 zu ON 15 in GZ 2014/1/7).

Im Vorfeld dieser Umstrukturierungen beantragte Custos PS einen Auskunftbescheid gemäß § 118 BAO über noch nicht verwirklichte Sachverhalte zum damals bereits geplanten Sacheinlage- und Einbringungsvertrag beim Finanzamt Wien 1/23. Darin wurde die seitens der Antragstellerin gewünschte Ausgestaltung des Substanzgenussrechtes in Pkt 2.3. wie folgt begründet (Beilage ./1 zu ON 22 in GZ 2014/1/7):

*„Die ABC Privatstiftung und deren Tochtergesellschaften sollen im Verhältnis zu der bestehenden Custos Privatstiftung und deren Tochtergesellschaften als unabhängige Familienstiftung unter Einbeziehung der Kinder der Stifter errichtet werden. Dies mit dem Ziel, dass die von der ABC Privatstiftung direkt oder über ihre Tochtergesellschaften gehaltenen Aktien an der Andritz AG nicht mit den Aktien, die von der Custos Privatstiftung indirekt über deren Tochtergesellschaft bereits gehalten werden, nach den Kriterien des Übernahmrechtes zusammengerechnet werden. Dafür wäre ein Substanzgenussrecht an der ABC Holding GmbH, das eine Beteiligung von mehr als [ $>50$ ] % am laufenden Gewinn und [ $>50$ ] % am Liquidationserlös der ABC GmbH<sup>1</sup> vermittelt, schädlich, da dann auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtung nach den Vorgaben des Übernahmrechtes eine Zusammenrechnung eingreifen würde. Aus eben diesen **übernahmerechtlichen Gründen** darf das Substanzgenussrecht **höchstens** eine Beteiligung am laufenden Gewinn der ABC GmbH von [ $>50$ ] % und am Liquidationsgewinn der ABC GmbH von [ $>50$ ] % vermitteln, selbst wenn der Verkehrswert der eingebrachten Anteile an der Certus GmbH bei einer Wertäquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu einem höheren Beteiligungsausmaß führen würde.“* (Hervorhebungen durch die Custos PS)

Die im Schriftsatz von Custos PS avisierte Gründung der ABC Privatstiftung betraf die Manile PS; ABC Holding GmbH wurde zu Salapo. Ziel der Einbringung war somit, wie auch das Finanzamts Wien 1/23 in den Feststellungen seines von Custos PS beantragten Auskunftbescheids zum Sacheinlage- und Einbringungsvertrag erkannte, dass

*„[...] die von der ABC Privatstiftung direkt oder über ihre Tochtergesellschaften gehaltenen Aktien an der Andritz AG nicht mit den Aktien, die von der Custos Privatstiftung indirekt über deren Tochtergesellschaft bereits gehalten werden, nach den Kriterien des Übernahmrechtes zusammengerechnet werden. Dafür wäre ein Substanzgenussrecht an der ABC Holding GmbH, das eine Beteiligung von mehr als [ $>50$ ] % am laufenden Gewinn und [ $>50$ ] % am Liquidationserlös der ABC GmbH vermittelt, schädlich, da dann aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung nach den Vorgaben des Übernahmrechtes eine Zusammenrechnung eingreifen würde. Aus eben diesen übernahmerechtlichen Gründen darf das Substanzgenussrecht höchstens eine Beteiligung am laufenden Gewinn der ABC GmbH<sup>2</sup> von [ $>50$ ] % und am Liquidationsgewinn der ABC*

---

<sup>1</sup> Anmerkung Übernahmekommission: Gemeint ist hier ebenfalls die ABC Holding GmbH.

<sup>2</sup> Siehe FN 1.

GmbH von [>50]% vermitteln, selbst wenn der Verkehrswert der eingebrachten Anteile an der Certus GmbH bei einer Wertäquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu einem höheren Beteiligungsausmaß führen würde.“ (Beilage ./2 zu ON 22 in GZ 2014/1/7).

### 3.5 Rückkauf und Verkauf eigener Aktien durch Andritz AG in den Jahren 2006 bis 2014

Aus der untenstehenden Tabelle ist ersichtlich, dass Andritz AG mit Ausnahme der Jahre 2009 und 2012 jährlich eigene Aktien rückerworben und für eine Mitarbeiterbeteiligungsaktion verwendet hat (Beilage ./4 zu ON 121 in GZ 2014/1/7).

Jahr	rückgekaufte eigene Aktien	für Mitarbeiterbeteiligungsaktion verwendete Aktien	für Mitarbeiter-Optionsprogramm verwendete Aktien
2006	44.361	2.104	154.500
2007	521.094	6.928	62.500
2008	241.646	10.874	319.000
2009	-	17.133	310.000
2010	838.057	6.935	238.000
2011	375.000	6.866	1.011.200
2012	-	15.540	69.600
2013	433.600	13.861	942.000
2014	672.000	9.886	76.000
<b>Summe</b>	3.125.758	3.272.927	

Im Jahr 2004 entschloss sich Dr. Wolfgang Leitner, an einem Mitarbeiter-Optionsprogramm der Andritz AG teilzunehmen. Dr. Wolfgang Leitner hatte aus dem Mitarbeiter-Optionsprogramm 2004 im Jahr 2006 einen potentiellen Anspruch auf [...] Aktien. Bei Ankündigung der Tranchen im April 2006 und vor Zuteilung der ersten Tranche ersuchte Dr. Wolfgang Leitner mündlich darum, alle auf ihn entfallenden Aktien sämtlicher Tranchen in den Markt zu verkaufen (*Cash Settlement*), ausgenommen auf ihn entfallende Aktien der dritten Tranche im Ausmaß von [...] Stück. Der sachenrechtliche Erwerb der [...] Stück erfolgte nach Inkrafttreten des ÜbRÄG 2006. [...]Dr. Leitner hält diese [...] bzw bei Berücksichtigung der Aktiensplits 6.000 Aktien der Andritz AG seitdem durchgehend. Weitere Erwerbe aus diesem Mitarbeiter-Optionsprogramm durch Dr. Leitner nach Inkrafttreten des ÜbRÄG 2006 am 20.5.2006 konnten nicht festgestellt werden (ON 125 in GZ 2014/1/7).

## 4 Beweiswürdigung

Die vorstehenden Feststellungen basieren auf den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln sowie auf folgenden weiteren Erwägungen:

Nach Ansicht des 1. Senats waren die Angaben der Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 22.1.2015 und 13.2.2015 glaubwürdig und nachvollziehbar. Zur hier entscheidungsgegenständlichen Frage, nämlich der Kontrollfreiheit der Manile PS, deren allfälliger Zurechnung zu Dr. Wolfgang Leitner und der Unabhängigkeit der Kinder Leitner von deren Eltern, sagten die Parteien in der Verhandlung vom 22.1.2015 zusammengefasst Folgendes aus:

MCL und NL hätten erst im Juni 2014 von den Umgründungsmaßnahmen rund um Certus und der damit einhergehenden Errichtung einer Stiftung erfahren (PV MCL und NL vom 22.1.2015, S 13, 22). An den Umstrukturierungen und der Ausgestaltung der Manile PS selbst seien die Kinder Leitner nicht beteiligt gewesen (PV MCL und NL S 14, 22 f). Von der davor geplanten ABC Privatstiftung hätten die Kinder Leitner nichts gewusst, da sie erst eingebunden worden seien, als es mit der Manile PS konkret wurde (PV MCL und NL vom 22.1.2015, S 14 f, S 23). Sowohl Stifter als auch Begünstigte der Manile PS seien die Kinder Leitner (PV MCL vom 22.1.2015, S 14). Bei den zu ernennenden Beiratsmitgliedern werde es sich um qualifizierte Personen handeln [...]. Diese Personen hätten ihre eigene Meinung zu und viel Erfahrung auf dem Gebiet und würden daher selbstbestimmt und unabhängig handeln (PV MCL vom 22.1.2015, S 17 f). Weder zu den Beiratsmitgliedern noch zu den Mitgliedern des Stiftungsvorstands würden enge persönliche Kontakte bestehen (PV Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015, S 37 ff). Auch K erklärte, kein Vertrauter der Familie Leitner und überrascht gewesen zu sein, als man ihn gefragt habe, ob er Vorstandsvorsitzender der Manile PS werden wolle (PV K vom 22.1.2015, S 39). K sei von Familie Leitner unabhängig [...] (PV K vom 22.1.2015, S 41). Die Befristung der Stiftung sei deshalb mit zehn Jahren festgelegt worden, weil man die Lage in zehn Jahren nicht abschätzen und einschätzen könne, ob der Stiftungszweck weiterhin eingehalten werde. Bei der Befristung handle es sich um eine Vorsichtsmaßnahme in Bezug auf die Verselbständigung des Stiftungsvorstands (PV MCL und Dr. Wolfgang Leitner vom 22.1.2015 S 15, 36 f).

Diese Ausführungen der Parteien sind für den erkennenden Senat durchaus glaubwürdig. [...]. Alle vorbereitenden Maßnahmen wurden von Dr. Wolfgang Leitner getroffen. Außerdem stammen auch die wesentlichen Vermögenswerte von der Dr. Wolfgang Leitner zurechenbaren Custos PS. Allerdings wurde glaubwürdig dargestellt, dass sowohl der Stiftungsvorstand als auch der Beirat mit Personen besetzt wurde bzw besetzt wird, die in keinem engen persönlichen oder geschäftlichen Konnex zur Familie Leitner stehen. Glaubwürdig war auch die Aussage von K, dass keine engen persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen zwischen ihm und der Familie Leitner gegeben sind und er sich im Rahmen seiner Tätigkeit als Vorstand der Manile PS am Stiftungszweck und nicht an Meinungen der Mitglieder der Familie Leitner orientieren werde.

Zur Motivation der in der Stiftungserklärung der Manile PS enthaltenen Befristung legten Dr. Wolfgang Leitner sowie MCL und NL übereinstimmend dar, dass diese dem Schutz vor einer allfälligen Verselbständigung des Stiftungsvorstands diene. Zumindest nach zehn Jahren soll die Möglichkeit bestehen, einzugreifen, sofern der Stiftungszweck nicht mehr ordnungsgemäß erfüllt werde, oder sich bis dahin die gesetzlichen Rahmenbedingungen geändert hätten.

## 5 Rechtliche Beurteilung

### 5.1 **Zu Spruchpunkt 1: Kreis gemeinsam vorgehender Rechtsträger – Sphäre Custos PS**

Custos PS ist eine Privatstiftung im Einflussbereich von Dr. Wolfgang Leitner und seiner Familie (GZ 2003/1/4-63; ON 1 in GZ 2014/1/7). Bei Custos PS handelt es sich um eine von Herrn Dr. Wolfgang Leitner bzw dem Ehepaar Leitner kontrollierte Privatstiftung. Dr. Wolfgang Leitner und Custos PS gehen daher iSd § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vor. Dies wurde auch von den Parteien des Verfahrens zu keinem Zeitpunkt bestritten.

Custos PS hielt bis zu den Umstrukturierungen im Jahr 2014 eine 100%ige Beteiligung an der Certus (vgl Grafik unter Pkt 3.3.1). Das gemeinsame Vorgehen von Custos PS und Certus wurde somit bis dahin gemäß § 1 Z 6 Satz 2 iVm § 22 Abs 2 und 3 ÜbG – bzw gemäß § 23 ÜbG iVm § 9 der 1. ÜbV nach der Rechtslage vor dem ÜBRÄG 2006 – vermutet. Ihre Stimmrechte aus den Aktien der Zielgesellschaft waren daher wechselseitig zuzurechnen. Gründe für die Widerlegung der Vermutung waren nicht ersichtlich.

Daneben hielt und hält Custos PS nach wie vor einen Anteil von 0,4% an Cerberus. Hauptgesellschafter der Cerberus ist mit 99,6% Dr. Wolfgang Leitner. Cerberus wird somit mittelbar und unmittelbar zu 100% von Dr. Wolfgang Leitner kontrolliert. Cerberus und Dr. Wolfgang Leitner gehen daher gemäß § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vor, weshalb ihnen die Stimmrechte aus den Aktien der Andritz AG gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen sind. Auch hier scheiterte die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung.

**Ergebnis:** Aufgrund des gemeinsamen Vorgehens der von Dr. Wolfgang Leitner kontrollierten Rechtsträger Custos PS, Certus und Cerberus waren deren Anteile zusammenzurechnen und beliefen sich vor Abschluss des Wertpapierdarlehens am 13.8.2004 auf insgesamt 25,67% (vgl Pkt 3.2).

### 5.2 **Abschluss des Wertpapierdarlehens im Jahr 2004**

Im Jahr 2004 wurde zwischen X und Certus ein Wertpapierdarlehen abgeschlossen. Daher war in einem ersten Schritt die Zurechenbarkeit dieses Wertpapierdarlehens zu beurteilen. Die einseitige Zurechenbarkeit war in § 5 Abs 1 der 1. ÜbV wie folgt normiert:

*„Bei der Ermittlung der Prozentsätze gemäß §§ 1 bis 3 dieser Verordnung sind den Stimmrechten aus ständig stimmberechtigten Aktien des Beteiligten Stimmrechte aus solchen Aktien, die im Eigentum Dritter stehen, hinzuzurechnen, wenn*

- 1. der Beteiligte an dem Dritten unmittelbar oder mittelbar eine kontrollierende Beteiligung hält;*
- 2. der Dritte die Aktien im eigenen Namen für Rechnung des Beteiligten hält;*
- 3. der Beteiligte mit dem Dritten eine Vereinbarung getroffen hat, die auf die einheitliche oder abgestimmte Ausübung der vom Dritten gehaltenen Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats oder sonst in wesentlichen Angelegenheiten abzielt;*
- 4. dem Beteiligten die Möglichkeit eingeräumt wird, Stimmrechte aus solchen Aktien des Dritten ohne ausdrückliche Weisung des Dritten auszuüben;*

5. der Beteiligte solche Aktien dem Dritten als Sicherheit übertragen hat, aber weiterhin zur Ausübung des Stimmrechts befugt ist;

6. dem Beteiligten ein Fruchtgenussrecht an solchen Aktien eingeräumt wird und er auf die Ausübung des Stimmrechts aus diesen Aktien bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats oder sonst in wesentlichen Angelegenheiten maßgeblichen Einfluß nehmen kann;

7. der Beteiligte solche Aktien durch einseitige Willenserklärung erwerben kann und er auf die Ausübung des Stimmrechts aus diesen Aktien bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats oder sonst in wesentlichen Angelegenheiten maßgeblichen Einfluß nehmen kann.

*In Tatbeständen gemäß Z 2 bis 7 sind dem Beteiligten Rechtsträger gleichzuhalten, an denen er eine kontrollierende Beteiligung hält.“*

In diesem Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 6. Oktober 2006 hinzuweisen: Im Jahr 2006 entschied der VfGH, dass die Verordnungsermächtigung in § 22 Abs 5 und 6 verfassungswidrig sei (vgl VfGH 6.10.2006, G 151-153/05-17, V 115-117/05-17 *Böhler*, S 50). Aufgrund des Wegfalls der gesetzlichen Grundlage wurde die Verordnung für gesetzwidrig erklärt. Dabei hob der VfGH explizit hervor, dass die Feststellung der Gesetzwidrigkeit gemäß Art 139 Abs 3 B-VG die ganze Verordnung umfasse (vgl VfGH 6.10.2006, G 151-153/05-17, V 115-117/05-17 (*Böhler*), S 51). Ab diesem Zeitpunkt gehörte die Verordnung somit nicht mehr dem Rechtsbestand an (vgl allgemein *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>4</sup> [2013] Rz 517 f).

Ein aufhebendes Erkenntnis wie das geschilderte gilt jedoch nur *pro futuro* mit Ablauf des Tages der Kundmachung des neuen Gesetzes sowie für den Anlassfall, der für die Prüfung des Gesetzes bzw der Verordnung kausal war („Ergreiferbonus“). Diese „*ex nunc*-Vernichtung“ bedeutet, dass das verfassungswidrige Gesetz auf früher verwirklichte Sachverhalte weiter anzuwenden ist, weil der Aufhebung keine rückwirkende Kraft zukommt (vgl *Berka*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> [2014] Rz 1120 iVm 1104). Für vor der Aufhebung (bzw der Feststellung der Verfassungswidrigkeit) verwirklichte Sachverhalte ändert sich die anwendbare Rechtslage daher inhaltlich nicht (vgl *Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 140 B-VG, Rz 313). Die 1. ÜbV ist somit auf den im August 2004 realisierten Sachverhalt weiterhin anwendbar, obwohl die Verfassungswidrigkeit der Verordnungsermächtigung – und somit auch der Verordnung – im Jahr 2006 durch den VfGH festgestellt wurde. Somit war zu untersuchen, wie § 5 Abs 1 Z 2 1. ÜbV auszulegen ist.

Nach der damals geltenden Rechtslage war der Zurechnungstatbestand umstritten. Nach der überwiegenden herrschenden Lehre wurde für eine Zurechnung gefordert, dass der Beteiligte die Stimmrechtsausübung beeinflussen kann (vgl *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz [2003] 205; *Zollner*, Kontrollwechsel und Kontrollertlangung im Übernahmegesetz [2002] 225 ff; aA *Huber/Löber*, Übernahmegesetz-Kommentar [1999], § 22 Rz 43).

**Ergebnis:** Dieser herrschenden Ansicht folgend waren daher die Aktien aus dem Wertpapierdarlehen, welches am 13.8.2004 abgeschlossen wurde, Certus im Zeitpunkt des Abschlusses nicht gemäß § 5 Abs 1 Z 2 1. ÜbV zuzurechnen.

## 5.3 Änderung der Rechtslage durch das ÜBRÄG 2006

### 5.3.1 Änderung der Zurechnung der Aktien aus dem Wertpapierdarlehen

In einem nächsten Schritt war zu untersuchen, ob das Wertpapierdarlehen mit Inkrafttreten des ÜBRÄG 2006 neu zu beurteilen war oder nach wie vor § 5 ÜBV unterlag.

Die Anwendbarkeit des § 23 Abs 2 ÜbG auf den im Jahr 2004 geschlossenen Darlehensvertrag stellt eine Frage des intertemporalen Privatrechts dar (§ 5 ABGB). Dem ÜbG fehlen Übergangsbestimmungen (*Gall in Huber*, Übernahmegesetz § 37 Rz 2), die idR *leges speciales* zu § 5 ABGB darstellen (vgl *F. Bydlinski in Rummel*<sup>3</sup>, § 5 Rz 1). Der Sachverhalt ist daher nach der allgemeinen privatrechtlichen Norm des § 5 ABGB zu beurteilen. Demnach sind grundsätzlich jene Sachverhalte, die nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes verwirklicht wurden, nach der neuen Rechtslage zu beurteilen. Für früher verwirklichte Sachverhalte bleibt hingegen die alte Rechtslage maßgeblich (vgl *F. Bydlinski in Rummel*<sup>3</sup>, § 5 Rz 1; *Schauer* in ABGB-ON [Stand Oktober 2013] § 5 Rz 7). Dies gilt grundsätzlich für einmalige Handlungen und Zustände, aber auch in Bezug auf mehrgliedrige und dauernde Sachverhalte, die zur Gänze in die Geltungszeit eines der Gesetze fallen (vgl *F. Bydlinski in Rummel*<sup>3</sup>, § 5 Rz 1; *Schauer* in ABGB-ON [Stand Oktober 2013] § 5 Rz 7 mwN zur Rspr). Bei **Dauersachverhalten**, das sind insb Dauerrechtsverhältnisse, die vor dem Beginn des zeitlichen Geltungsbereichs begonnen haben und während des zeitlichen Geltungsbereichs des Gesetzes andauern, ist hingegen das neue Gesetz hinsichtlich jener Zeitabschnitte anzuwenden, die auf den Zeitraum nach dem Beginn des zeitlichen Geltungsbereichs entfallen (*Schauer* in ABGB-ON [Stand Oktober 2013] § 5 Rz 7 mwN zur Rspr).

Bei dem im Jahr 2004 abgeschlossenen Wertpapierdarlehen handelte es sich um einen solchen Dauersachverhalt, der bis zum Ende der vertraglichen Befristung des Darlehens im August 2008 lief. Daher ist auf den Sachverhalt nach Inkrafttreten des ÜBRÄG 2006 am 20.5.2006 die neue Regelung des § 23 Abs 2 ÜbG zur einseitigen Zurechnung anzuwenden:

*Eine Beteiligung ist einem Rechtsträger bei der Anwendung von §§ 22 bis 22b einseitig zuzurechnen, wenn der Rechtsträger oder ein mit ihm gemeinsam vorgehender Rechtsträger (§ 1 Z 6) auf die Ausübung von Stimmrechten Dritter direkt oder indirekt Einfluss ausüben kann. Die Hinzurechnung erfolgt insbesondere für Beteiligungen,*

- 1. die von einem Dritten für Rechnung des Rechtsträgers gehalten werden;*
- 2. aus denen der Rechtsträger Stimmrechte ausüben kann, ohne Eigentümer zu sein;*
- 3. die der Rechtsträger einem Dritten als Sicherheit übertragen hat, wenn der Rechtsträger die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Sicherungsnehmers ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Sicherungsnehmer beeinflussen kann;*
- 4. an denen dem Rechtsträger ein Fruchtgenussrecht eingeräumt wird, wenn er die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Aktionärs ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Aktionär beeinflussen kann;*
- 5. die der Rechtsträger durch einseitige Willenserklärung erwerben kann, wenn er die Stimmrechte ohne ausdrückliche Weisung des Aktionärs ausüben oder die Ausübung der Stimmrechte durch den Aktionär beeinflussen kann.*

*Bei den Tatbeständen gemäß Z 1 bis 5 sind dem Rechtsträger die mit ihm gemeinsam vorgehenden Rechtsträger gleichzuhalten.*

Abzustellen ist hier auf Z 1, die Beteiligungen betrifft, welche von einem Dritten für Rechnung des Rechtsträgers gehalten werden. Tatbestandsmäßig sind hier Vereinbarungen, die das wirtschaftliche Risiko des Haltens von Beteiligungen vom Dritten zur Gänze oder teilweise auf das Zurechnungssubjekt (hier: Custos PS) verlagern. Ob Aktien für Rechnung des Zurechnungssubjekts gehalten werden, ist danach zu beurteilen, in wessen Vermögenssphäre sich Kursgewinne oder -verluste auswirken und wer wirtschaftlich in den Genuss der Dividenden kommt (vgl. *Huber in Huber, Übernahmegesetz § 23 Rz 23*). Custos PS trug weiterhin diese Risiken: Denn die Darlehensnehmerin X musste am Ende der Laufzeit dieselbe Anzahl von Aktien – angepasst um allfällige Aktiensplits oder andere Kapitalmaßnahmen – zurückstellen, die sie bei Abschluss des Wertpapierdarlehens übernommen hatte. Custos PS trug daher alleine das Kursrisiko aus den Aktien der Andritz AG. Ebenso kamen ihr die Dividenden aus den Aktien der Andritz AG zu.

Während für das Vorliegen der Zurechnung nach der 1. ÜbV noch eine Einflussnahmemöglichkeit des Zurechnungssubjekts auf die Stimmrechte gegeben sein musste, fiel diese nach den zutreffenden Ausführungen im Schrifttum bei der Gestaltung des ÜbRÄG 2006 in § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG weg. Der Gesetzgeber hat sich bei der Gestaltung der Z 1 – anders als bei jener der Z 3-5, welche das Tatbestandsmerkmal der Einflussnahmemöglichkeit des Zurechnungssubjekts auf die Stimmrechte ausdrücklich anführen – von dem Grundsatz leiten, dass eine ökonomische Risikoverlagerung auf das Zurechnungssubjekt auch eine Einflussmöglichkeit auf die Stimmrechtsausübung indiziert. § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG statuiert für diesen Fall daher eine unwiderlegliche Vermutung (*Huber in Huber, Übernahmegesetz § 23 Rz 25*).

**Ergebnis:** Die von X über ein Wertpapierdarlehen gehaltenen Aktien der Andritz AG waren Custos PS gemäß § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG zuzurechnen. Der gemäß § 23 Abs 1 und 2 zurechenbare Anteil von Certus, Custos PS, Dr. Wolfgang Leitner und Cerberus betrug im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ÜbRÄG 2006 31,49%.

### **5.3.2 Passive Kontrollerlangung durch Certus und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger**

Basierend auf der Überschreitung der formellen Kontrollschwelle von 30% und einer damit grundsätzlich einhergehenden Angebotspflicht gemäß §§ 22 f ÜbG war im vorliegenden Fall aufgrund der Gesetzesänderung im Jahr 2006 zu prüfen, ob ein Fall der **passiven Kontrollerlangung** iSd § 22b ÜbG vorlag. § 22b Abs 1 normiert:

*„Wer eine kontrollierende Beteiligung erlangt, ohne dies durch zeitnahe Handlungen, wie insbesondere durch Anteilserwerb bewirkt zu haben, muss kein Angebot legen, wenn er beim Erwerb der Anteile nicht mit der Kontrollerlangung rechnen musste. (...)“*

Durch die erstmalige Zurechnung des Wertpapierdarlehens erlangte Custos PS 31,49% der Aktien und somit eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft. Dabei handelte es sich um eine kontrollierende Beteiligung von mehr als 30% der ständig stimmberechtigten Aktien der Zielgesellschaft. Der Erwerb dieser kontrollierenden Beteiligung durch Custos PS erfolgte, als ihre 100%ige Tochtergesellschaft Certus im Jahr 2004 ein Präsentationsrecht ausübte, mit dem sie Cerberus als treuhändige Erwerberin der 10% Andritz-Aktien einsetzte und diese in weiterer Folge selbst übernahm. In diesen Vorgängen im Jahr 2004 liegt nach Ansicht des 1. Senats **keine zeitnahe Handlung**, welche auf das Erlangen der Kontrolle gerichtet gewesen wäre.

Nach der Literatur und Spruchpraxis der ÜbK kann eine solche zeitnahe Handlung darin liegen, dass Aktien (aktiv) erworben werden, wie etwa in § 22b Abs 1 ÜbG erwähnt, oder dass der Rückerwerb eigener Aktien durch die dem die kontrollierende Beteiligung erwerbenden Hauptaktionär zurechenbaren Mitglieder des Managements beschlossen wird (vgl GZ 2010/3/4-10 [Telekom Austria]). Überdies musste Certus mit dem Überschreiten der formellen Kontrollschwelle und dem Erlangen der Kontrolle nicht rechnen. Hierbei kommt es auf die Vorhersehbarkeit der Kontrollerlangung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wertpapierdarlehens an (vgl Huber in Huber, Übernahmegesetz § 22b Rz 20). Im vorliegenden Fall ist auszuschließen, dass Certus bei Abschluss des Wertpapierdarlehens knapp zwei Jahre vor der Gesetzesänderung objektiv damit rechnen konnte, Kontrolle zu erwerben.

**Ergebnis:** Durch die Gesetzesänderung im Jahr 2006 erlangte Custos PS mittelbar eine kontrollierende Beteiligung an Andritz AG. Die Angebotspflicht wurde dadurch jedoch nicht ausgelöst, da ein Fall der passiven Kontrollerlangung gemäß § 22b ÜbG vorlag. Custos PS waren somit ab diesem Zeitpunkt Aktien der Andritz AG im Ausmaß von 31,49% der Zielgesellschaft zurechenbar. Gemäß § 22b Abs 2 ÜbG können daher nur 26% der Stimmrechte ausgeübt werden. Beim Ausbau dieser Beteiligung entfiel jedoch die Privilegierung der passiven Kontrollerlangung und die Angebotspflicht bestünde gemäß § 22b Abs 2 Satz 2 ÜbG.

#### **5.4 Hinzuerwerb von [...] Aktien der Andritz AG von Dr. Wolfgang Leitner im Jahr 2006**

Aufgrund des im Jahr 2006 von Dr. Wolfgang Leitner getätigten Hinzuerwerbs von [...] Aktien der Andritz AG im Rahmen eines Mitarbeiter-Optionsprogramms war auf Basis des unter Pkt 5.3.2 beschriebenen Ergebnisses zu prüfen, ob dadurch die Angebotspflicht gemäß § 22b Abs 2 Satz 2 ÜbG ausgelöst wurde.

Darin liegt **kein Ausbau der Beteiligung** iSd § 22b Abs 2 Satz 2 ÜbG. Sowohl der Entschluss zur Teilnahme am Mitarbeiter-Optionsprogramm durch Dr. Leitner im Jahr 2004 als auch die Ausübung der Erwerbsoption erfolgten im April 2006 und somit noch vor Inkrafttreten des ÜbrÄG 2006 und der passiven Erlangung der Kontrolle. Zwischen dem Entschluss im Mai 2004, am Mitarbeiter-Optionsprogramm teilzunehmen und einer allenfalls durch das ÜbrÄG 2006 verursachten passiven Kontrollerlangung durch den Custos-Zurechnungskreis bestand kein zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang; auch bei Ausübung dieser Option hinsichtlich der [...] Aktien im Jahr 2006 war es für Dr. Wolfgang Leitner nicht erkennbar, dass er durch die Änderung des Übernahmerechts passiv eine kontrollierende Beteiligung erwerben könnte. Dass der sachenrechtliche Erwerb der Aktien erst nach Inkrafttreten des ÜbrÄG 2006 erfolgte, ist aufgrund des fehlenden sachlichen Zusammenhangs im konkreten Fall irrelevant.

**Ergebnis:** Der Erwerb von [...] Aktien der Andritz AG durch Dr. Wolfgang Leitner im Jahr 2006 löste die Angebotspflicht gemäß § 22b ÜbG nicht aus.

#### **5.5 Zurechnung der Aktien durch die Umstrukturierungen im Jahr 2014**

Vor Durchführung der Umstrukturierungen im Jahr 2014 waren Custos PS 31,49% der Anteile der Andritz AG zuzurechnen.

Nach Gründung der SASR wurde die Beteiligung der Certus in einem ersten Schritt lediglich aufgeteilt (vgl hierzu die Grafik unter Pkt 3.3.1). Auf SASR entfielen sodann 25% + 1 Aktie der an Andritz AG, während bei Certus die restlichen 5,72% an Andritz AG – inklusive den Aktien aus dem gemäß § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG zurechenbaren Wertpapierdarlehen mit X – verblieben. Bei SASR handelt es sich eben-

so wie bei Certus um eine 100%ige Tochtergesellschaft der Custos PS. Custos PS und SASR sind somit – ebenso wie es zuvor Custos PS und Certus waren – gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 iVm § 22 Abs 2 und 3 ÜbG, deren Stimmrechte an der Zielgesellschaft zusammengerechnet werden. Neben diesen beiden Beteiligungen hielt Cerberus weiterhin 0,769% an Andritz AG. Durch den ersten Schritt der Umstrukturierungen im Jahr 2004 änderte sich die der Certus übernahme-rechtlich zurechenbare Beteiligung in Höhe von 31,49% der Andritz AG daher nicht.

Durch den zweiten Umgründungsschritt (vgl Pkt 3.3.2) wurden Manile PS und Salapo gegründet.

Im dritten Schritt (vgl Pkt 3.3.3) brachte Custos PS ihre 100%-Beteiligung an Certus gegen die Gewäh-rung eines **Genussrechts** an Custos PS in Salapo ein. Es war daher zu untersuchen, ob die von Certus gehaltene 5,72%-Beteiligung an Andritz AG der Custos auch nach der Abspaltung zurechenbar ist, da Certus seit diesem Zeitpunkt keine 100%ige Tochter der Custos PS, sondern der Salapo ist. Eine sol-che **Zurechnung** ist nach Ansicht des 1. Senats **gemäß § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG gegeben:**

Eine Beteiligung ist einem Rechtsträger gemäß § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG dann einseitig zuzurechnen, wenn die Beteiligung von einem Dritten für Rechnung des Rechtsträgers gehalten wird. Der Gesetzgeber hat in diesem Tatbestand festgelegt, dass eine ökonomische Risikoverlagerung auf einen anderen Rechtsträger auch eine Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung unwiderleglich indiziert (vgl *Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 23 Rz 25*; vgl dazu bereits oben unter Pkt 5.3.1). Darin liegt der Leitgedanke dieser Norm. Trägt das Zurechnungssubjekt (hier: Custos PS) die wesentlichen Risiken und Chancen aus den betreffenden Aktien der Zielgesellschaft, hat es *typischerweise* auch die tatsächliche Mög-lichkeit, den formalen Rechteinhaber (hier: Salapo) anzuweisen, wie er die Stimmrechte auszuüben hat („abstrakte Betrachtungsweise“). Nicht erforderlich ist, dass das Zurechnungssubjekt vertraglich berechtigt ist, die Stimmrechte auszuüben oder tatsächlich auch Weisungen erteilt und der Aktionär damit zum bloßen Strohhalm wird (vgl *Schneider in Assmann/Pötzsch/Schneider, WpÜG<sup>2</sup> § 30 Rz 62*; *Steinmeyer in Steinmeyer, WpÜG<sup>3</sup> § 30 Rz 13* jeweils mwN). Vielmehr sind alle Vereinbarungen tatbe-standsmäßig, die das wirtschaftliche Risiko des Haltens von Beteiligungspapieren vom Dritten auch nur teilweise auf das Zurechnungssubjekt verlagern (vgl *Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 23 Rz 23*). Erforder-lich für die Zurechnung nach § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG ist somit die enge Verknüpfung des Zurechnungs-subjekts mit der Vermögenssphäre des Beteiligten, womit effektiv davon ausgegangen werden kann, dass das Zurechnungssubjekt auf die Stimmrechte dieser Gesellschaft Einfluss nehmen kann.

Diese Verknüpfung wird im entscheidungsgegenständlichen Fall über das zwischen Custos und Salapo vereinbarte Substanzgenussrecht vermittelt. Kursgewinne und -verluste aus den von Salapo gehaltenen Aktien der Andritz AG wirken sich zu einem überwiegenden Teil in der Vermögenssphäre von Custos PS als Genussberechtigte aus dem Substanzgenussrecht aus, da diese zu [>50]% am Vermö- gen/Liquidationsüberschuss sowie zu [>50]% am laufenden Gewinn der Salapo beteiligt ist. Damit ist für Manile PS der Geschäftsanteil an Salapo zu einem nicht unwesentlichen Teil wirtschaftlich belas- tet. Custos PS trägt materiell die wesentlichen wirtschaftlichen Chancen und Risiken aus den von Salapo gehaltenen Aktien der Andritz AG.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Präjudiz GZ 2001/1/2-26: Damals brachte eine Ge- sellschaft ihre mittelbare Beteiligung an einer Zielgesellschaft in eine Privatstiftung ein. Als Gegen- leistung für die Einbringung erhielt die einbringende Gesellschaft ein Genussrecht, das eine Gewinn- und Substanzbeteiligung im Ausmaß von 95% am laufenden Gewinn und Verlust sowie am Vermögen und am Liquidationsüberschuss vermittelte. Rechtlich standen der genussberechtigten einbringen- den Gesellschaft keine mit einem Gesellschafter vergleichbaren Herrschaftsrechte zu. Insbesondere konnte der Stiftungsvorstand nicht von ihr bestellt werden; ebenso wenig bestanden Weisungs- oder

Zustimmungsvorbehalte. Das Nominierungsrecht eines Beiratsmitglieds der Privatstiftung war nach der damaligen Entscheidung zu vernachlässigen. Der 1. Senat der ÜbK gelangte damals zur Ansicht, dass diese Einbringung gegen Gewährung eines Substanzgenussrechts keine wesentliche Änderung der Kontrollverhältnisse mit sich brachte.

Der nun entscheidungsgegenständliche Sachverhalt ist im Kern durchaus vergleichbar: So kommt Custos PS ein Substanzgenussrecht über [ $>50$ ]% des Gewinns und [ $>50$ ]% des Liquidationserlöses der Salapo zu. Überdies ist der Stiftungsvorstand der Manile PS auch verpflichtet, die Interessen des Genussrechtinhabers Custos PS zu wahren (*Klampfl*, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23 mwN). Die von Salapo gehaltene Beteiligung an Andritz AG ist der Custos PS daher zuzurechnen.

**Ergebnis:** Die von Salapo indirekt gehaltene Beteiligung an Andritz AG ist Custos PS gemäß § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG zuzurechnen. Custos PS hält im Ergebnis weiterhin mehr als 30% der ständig stimmberechtigten Aktien an Andritz AG. Durch die Umstrukturierungsmaßnahmen änderte sich nichts an der Höhe der zurechenbaren Beteiligung der Custos PS.

Mangels Relevanz für die vorliegende Entscheidung kann die Beurteilung der Frage, ob Manile PS von MCL, NL, Custos PS und/oder anderen Mitgliedern der Familie Leitner kontrolliert wird, und ob MCL und NL einerseits und Dr. Wolfgang und CL andererseits gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG sind, unterbleiben.

## 5.6 Rückwerb eigener Aktien durch Andritz AG

Da Custos PS mittelbar gemäß § 23 Abs 1 und Abs 2 ÜbG 31,49% der Anteile der Andritz AG zurechenbar sind, wird das gemeinsame Vorgehen zwischen Custos PS und Andritz AG gemäß § 1 Z 6 Satz 2 Fall 1 iVm § 22 Abs 2 und 3 vermutet. Es ist daher zu untersuchen, ob der Erwerb eigener Aktien durch Andritz AG als gemeinsam vorgehender Rechtsträger als *Ausbau der Beteiligung* gemäß § 22b Abs 2 ÜbG zu qualifizieren ist.

Gemäß § 22b Abs 2 ÜbG löst der Ausbau der Beteiligung, das ist der Hinzuerwerb auch nur einer Aktie durch die Custos PS, die Angebotspflicht aus. Dabei sind auch Erwerbe gemeinsam vorgehender Rechtsträger – somit auch der Zielgesellschaft – der Custos PS als Kontrollaktionärin zurechenbar (vgl. *Huber in Huber*, Übernahmegesetz § 22b Rz 31). Beim Erwerb eigener Aktien handelt es sich jedoch nicht um einen *Beteiligungs*ausbau iSd § 22b Abs 2 ÜbG. Dies resultiert daraus, dass das Stimmrecht aus den von Andritz AG hinzuerworbenen Aktien gemäß § 65 Abs 5 AktG ruht; § 22b Abs 2 ÜbG ist daher ähnlich wie § 22 Abs 4 ÜbG (*creeping in*) zu beurteilen, bei dem es um den Hinzuerwerb von Aktien geht, die dem kontrollierenden Aktionär zusätzliche Stimmrechte vermitteln. Im Übrigen erfolgte der Rückwerb eigener Aktien durch die Zielgesellschaft bisher zu Zwecken, die allen Aktionären zu Gute kommen. Zu nennen ist hier etwa die Einrichtung eines Mitarbeiterbonusprogramms. Anders könnte die Lage dann zu beurteilen sein, wenn der Rückkauf darauf abzielt, das relative Stimmgewicht der Custos PS zu stärken, indem Aktien nach deren Rückwerb von der Gesellschaft eingezogen werden.

**Ergebnis:** Der Rückkauf eigener Aktien durch Andritz AG im Zeitraum 2006 bis 2014 löste die Angebotspflicht nicht aus. Beim Rückkauf eigener Aktien handelte es sich nicht um einen *Beteiligungs*ausbau iSd § 22b Abs 2 ÜbG, da das Stimmrecht aus den von Andritz AG hinzuerworbenen Aktien gemäß § 65 Abs 5 AktG ruht.

## 5.7 Zu Spruchpunkt 2: Aufhebung des Stimmrechtsruhens

§ 22b Abs 2 ÜbG sieht als Folge der unter Pkt 5.3.2 festgestellten passiven Kontrollerlangung vor, dass „mehr als 26% vom Hundert der Stimmrechte nicht ausgeübt werden können“. Die ÜbK kann gemäß Abs 3 *leg cit* jedoch

*„auf Antrag des Beteiligten das Ruhen der Stimmrechte ganz oder teilweise aufheben und statt dessen Bedingungen und Auflagen (§ 25 Abs. 2 zweiter Satz) festlegen, sofern dadurch ein gleichwertiger Schutz der anderen Inhaber von Beteiligungspapieren gewährleistet ist.“*

§ 22b Abs 3 verweist somit hinsichtlich möglicher Auflagen und Bedingungen auf § 25 Abs 2 zweiter Satz ÜbG, der die folgenden Varianten demonstrativ aufzählt:

*„(...) Sieht die Übernahmekommission von der Anordnung eines Pflichtangebots ab, so kann sie ihre Entscheidung von Bedingungen oder Auflagen abhängig machen; dafür kommen insbesondere das Verbot des Hinzuerwerbs von Anteilen, der Verkauf von Anteilen, das Ruhen von Stimmrechten, die Wahl einer Mehrheit unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder oder Berichtspflichten gegenüber der Hauptversammlung beziehungsweise der Übernahmekommission in Betracht. (...)“*

Der Senat erachtete die partielle Aufhebung des Stimmrechtsruhens für gerechtfertigt, zumal die Präsenzen in den letzten ordentlichen Hauptversammlungen der Andritz AG stets zunahmen. Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger hielten in den letzten Hauptversammlungen keine relative Mehrheit. Um diese Entwicklung weiter zu beobachten, wurde die Aufhebung des Stimmrechtsruhens bis 30.6.2018 befristet. Dann wird neuerlich über diese Frage zu entscheiden sein.

Dennoch sollte nach Ansicht des 1. Senats das Ruhen des Stimmrechts nicht in allen Abstimmungs- punkten aufgehoben werden. § 25 Abs 2 zweiter Satz ÜbG nennt als mögliche Auflage die Wahl der Mehrheit unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder. Die über 26% hinausgehenden Stimmrechte aus den von Custos PS gehaltenen und den ihr zurechenbaren Aktien dürfen daher nur dann ausgeübt werden, wenn das jeweilige Aufsichtsratsmitglied unabhängig ist oder bereits die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder der Zielgesellschaft unabhängig sind. Die Beurteilung, ob die Mitglieder unabhängig sind oder nicht, obliegt den Parteien jeweils im Vorfeld der Hauptversammlung.

Weiters dürfen Stimmrechte aus den von Custos PS gehaltenen und ihr zurechenbaren Aktien im Falle von Kapital- oder Umgründungsmaßnahmen unter Ausschluss des Bezugsrechts nicht ausgeübt werden.

**Ergebnis:** Das Ruhen der Stimmrechte aus den von Custos PS gehaltenen und ihr zurechenbaren Aktien wird partiell aufgehoben, sodass Custos PS und die ihr zurechenbaren Rechtsträger bis zu 29,99% der Stimmrechte ausüben dürfen. Die Aufhebung unterliegt den im Spruch unter Punkt 2 a) - d) angeführten Einschränkungen.

## 5.8 Zu Spruchpunkt 3: Gebühren

Für ein Verfahren gemäß § 33 ÜbG vor der Übernahmekommission ist gemäß Punkt 5.1. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission („GebO“) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400 zu entrichten.

Gemäß Punkt 5.3. GebO trägt grundsätzlich der Bieter die Kosten des Verfahrens. Bieter im Sinne dieser Bestimmung ist Custos PS. Überdies haften gemäß Punkt 8.1 GebO gemeinsam vorgehende Rechtsträger für die Gebühren und Barauslagen solidarisch.

Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1a ÜbG vom 5.9.2014 sind Barauslagen in der Höhe von EUR 564,83 (darin enthalten EUR 94,14 Umsatzsteuer) angefallen. Diese sind gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. und 8.4. GebO ebenfalls von der Bieterin und den solidarisch haftenden gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern zu tragen. Insgesamt betragen die von den genannten Parteien zu ersetzenden Kosten des Verfahrens damit EUR 21.964,83.

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 Nummer IBAN AT602011100001220993, Swift Code GIBAATWW, zu erfolgen.

## **6 Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann das Rechtsmittel des Rekurses an den Obersten Gerichtshof gemäß § 30a ÜbG erhoben werden. Dieses ist binnen einer Frist von vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheids per Post oder per Fax bei der Übernahmekommission einzubringen. Der elektronische Rechtsverkehr der Justiz (ERV) kann dabei nicht genutzt werden.

Wien, am 20.3.2015

Für den 1. Senat der Übernahmekommission

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher  
(Vorsitzender)