



[geringfügig redaktionell verändert]

Dieser Bescheid war im Zeitpunkt der Veröffentlichung (9.12.2014) nicht rechtskräftig.

GZ 2014/2/3 - 55
(HSAG)

B E S C H E I D

Der 2. Senat der Übernahmekommission hat unter dem Vorsitz von o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Senatspräsident des OGH i.R. Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Mag. Robert Kastil (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) wie folgt entschieden:

Spruch

- 1. Der Angebotspreis des am 14.5.2014 veröffentlichten Pflichtangebots der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. (FN 69299k) an die Aktionäre der HIRSCH Servo AG entsprach nicht den gesetzlichen Vorschriften des § 26 ÜbG.**
- 2. Gemäß der Punkte 5.1., 5.3., 8.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission sind Herz Beteiligungs Ges.m.b.H., GRASS Beteiligungs-GmbH, Herz Armaturen Ges.m.b.H., GTI Gebäudetechnik International S.A., Lifemotion SA sowie Herr Dr. Gerhard Glinzerer 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

1	Parteienvorbringen	2
1.1	Schriftliches Vorbringen vom 14.7.2014	2
1.2	Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014.....	4
2	Sachverhalt	5
2.1	Allgemeines	5
2.2	Beteiligungserwerb durch Lifemotion	8
2.3	Angebotsverfahren.....	9
2.4	Weitere Zahlungen im Zuge der Transaktion	11
2.5	Schreiben der Übernahmekommission vom 4.7.2014.....	12
3	Beweiswürdigung.....	13
4	Rechtliche Beurteilung	13
4.1	Gemeinsam vorgehende Rechtsträger.....	13
4.1.1	Gruppe Hirsch.....	13
4.1.2	Gruppe Herz	14
4.2	Der übernahmerechtliche Mindestpreis	14
4.3	Keine Preisrelevanz der Zahlung für die Übernahme der Marken „HIRSCH“	15
4.4	Preisrelevanz der Zahlung für das Wettbewerbsverbot	16
4.5	Preisrelevanz der Übernahme der Anwaltskosten.....	17
4.6	Gebühren.....	18
5	Rechtsmittelbelehrung	19

Begründung

1 Parteienvorbringen

1.1 Schriftliches Vorbringen vom 14.7.2014

Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. („Bieterin“) nahm in ihrem Schriftsatz vom 14.7.2014 zu den im Schreiben der Übernahmekommission vom 4.7.2014 erwähnten Verträgen wie folgt Stellung:

Die im Schreiben der ÜbK angeführten Zahlungen stünden in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der erlangten kontrollierenden Beteiligung.

Die „HIRSCH“-Marken seien weder im Eigentum der Kurt HIRSCH HOLDING („KHH“) noch der HIRSCH Servo AG („Zielgesellschaft“) gestanden, sondern im Eigentum der LA.LO.LI. Privatstiftung („LA.LO.LI.“). Die Marken konnten daher nicht Gegenstand eines Vertrags mit KHH sein. Darüber hinaus seien die Marken auch nicht zugunsten jener Banken verpfändet gewesen, welche die Zielgesellschaft finanziert hätten. Damit waren sie auch nicht Teil des von ihnen gesteuerten Verwertungsprozesses in Bezug auf das Aktienpaket an der Zielgesellschaft. Somit habe LA.LO.LI. über die Marken frei verfügen können.

Die Zielgesellschaft sei finanziell nicht in der Lage gewesen, die beiden HIRSCH Marken von LA.LO.LI. selbst zu kaufen, weshalb die Marken vorübergehend von einem Dritten erworben werden mussten. Deshalb habe GRASS Beteiligungs-GmbH („GRASS“), welche bisher jedoch nicht Teil der konsolidierten „Herz-Gruppe“ gewesen sei und insbesondere nicht mit der Bieterin hinsichtlich der Kontrollerrlangung über die Zielgesellschaft zusammengearbeitet habe, die Marken vorläufig erworben. Diese seien in weiterer Folge gegen ein marktübliches Entgelt an die Zielgesellschaft lizenziert worden. Zu einem späteren Zeitpunkt, wenn es die Leistungsfähigkeit der Zielgesellschaft wieder ermöglicht,

sollen die Marken an die Zielgesellschaft gegen ein marktübliches Entgelt übertragen werden. Die HIRSCH Marken seien eigene und werthaltige Wirtschaftsgüter, die getrennt von den vormals von der KHH gehaltenen Aktien zu betrachten seien. Die Marken seien für den Geschäftsbetrieb der Zielgesellschaft von essentieller Bedeutung. Der Erwerb sei dementsprechend im überwiegenden Interesse der Zielgesellschaft erfolgt, da nur durch den Markenerwerb durch GRASS sichergestellt werden konnte, dass die mit einem hohen Bekanntheitsgrad ausgestattete Marke HIRSCH der Zielgesellschaft weiterhin zur Verfügung stehe.

§ 26 Abs 3 ÜbG ziele auf Umgehungssachverhalte ab. Ein solcher liege hier aber nicht vor, da die Geldleistung für den Erwerb der Marken durch GRASS keinesfalls in einem wirtschaftlichen Austauschverhältnis zur Erlangung der kontrollierenden Beteiligung an der Zielgesellschaft durch die Bieterin stehe. Überdies habe die Übertragung zu fremdüblichen Konditionen stattgefunden.

In Bezug auf die Abgeltung der **Wettbewerbsverbote** führte die Bieterin aus, dass auch die Verpflichtung zur Einhaltung eines Wettbewerbsverbots durch KHH, LA.LO.LI. und die Mitglieder der Familie Hirsch ein separates und werthaltiges Wirtschaftsgut darstelle. Dieses stehe in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Erwerb der Marken. Die Wettbewerbsverbote dienen der Sicherung der Werthaltigkeit der Marken, da sonst die Gefahr bestehe, dass die Marken durch eine etwaige Konkurrenzaktivität der Mitglieder der Familie Hirsch an Wert verlieren würden. Im Gegenzug sei von GRASS für die Abgabe entsprechender Verzichtserklärungen eine marktübliche Gegenleistung bezahlt worden.

Die von einer allfälligen Konkurrenzaktivität für die Zielgesellschaft ausgehende Gefahr, zeige der nachteilige Wettbewerb von [...]. Er habe unmittelbar nach Ende seiner [...]tätigkeit ein eigenes Unternehmen gegründet, das in direkter Konkurrenz und räumlicher Nähe (rund 15km Entfernung) zur Zielgesellschaft stehe.

Die Abgeltung für die Wettbewerbsverbote stehe daher nicht in einem Gesamtaustauschverhältnis zu den Aktien an der Zielgesellschaft, die die Bieterin erworben hat. Vor allem seien weder LA.LO.LI., noch die Mitglieder der Familie Hirsch Aktionäre der Zielgesellschaft gewesen. Ohne deren Zustimmung hätte KHH daher kein wirksames Wettbewerbsverbot vereinbaren können.

In Bezug auf die Übernahme von **Rechtsberatungskosten** führte die Bieterin aus, die Übernahme solcher Kosten sei bei Transaktionen absolut verkehrsüblich. Die anwaltlichen Beratungskosten seien ohnehin bereits aus allgemeinen Überlegungen bei der Preisbildung nicht zu berücksichtigen. Denn derartige Kosten eines Veräußerers würden den reinen Kaufpreis pro Aktie mindern. Hätte die Bieterin diese Kosten nicht von KHH übernommen, wären sie daher bei der Preisbildung nach § 26 ÜbG zu berücksichtigen gewesen und hätten zu einem verminderten Angebotspreis geführt. Diese Wertung erschließe sich auch aus den Gesetzesmaterialien zu § 26 Abs 3 Z 2 ÜbG.

Die von der Bieterin übernommenen Beratungskosten seien daher als „Durchlaufposten“ bei der Preisbildung gemäß § 26 ÜbG nicht zu berücksichtigen. Sähe man dies anders, würden die Aktionäre einen höheren Veräußerungserlös pro Aktie lukrieren als KHH in der maßgeblichen Referenztransaktion.

Die Bieterin habe sich überdies im Angebotsverfahren mit der Übernahmekommission aus Gründen der Verfahrensökonomie zu einem Preis von EUR 7,94 verstanden. Dabei habe die Bieterin verschiedene Leistungen in den Preis einkalkuliert, die im Interesse der Zielgesellschaft lagen und ihrer Sanierung dienten. Es werde daher bereits ohnehin ein sehr hoher, großzügig bemessener Übernahme-

preis geboten, der jedem Minderheitsaktionär den werthaltigen Exit aus einer massiv sanierungsbedürftigen Zielgesellschaft ermögliche.

Abschließend führt die Bieterin aus, es sei keine der im Schreiben der Übernahmekommission vom 4.7.2014 angeführten Zahlungen gemäß § 26 Abs 3 ÜbG bei der Ermittlung der zu bietenden Gegenleistung zu berücksichtigen gewesen. Die Bieterin habe ihre Pflichten nach dem Übernahmegesetz erfüllt und die für die Preisbildung tatsächlich maßgeblichen Zahlungen und Unterlagen auch von Beginn an vollständig der Übernahmekommission offengelegt.

1.2 Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014

In Bezug auf den Erwerb der **Marken** brachte die Bieterin in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014 ergänzend vor, dass es der Geschäftspolitik der Bieterin entspreche, dass die Marke im Eigentum der operativen Gesellschaft stehe. Derzeit sei es für die Bieterin wirtschaftlich jedoch nicht sinnvoll, vorhandene Liquidität in den Erwerb der Marken zu investieren. Deshalb habe der Erwerb durch GRASS stattgefunden. Der Markenlizenzvertrag von GRASS mit der Zielgesellschaft sehe eine fremdübliche Lizenzgebühr von [...] der Zielgesellschaft vor, der unter der Marke HIRSCH erzielt werde. Die exakte Höhe des Preises sei das Ergebnis eines Verhandlungsprozesses gewesen.

LA.LO.LI. sei indirekte Aktionärin der Zielgesellschaft gewesen. Zumindest in einem Familienunternehmen oder in einem mittelständischen Unternehmen sei es absolut üblich, dass Marken ohne Lizenzgebühr im Wege eines Zuschusses oder Sanierungsbeitrages der Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden. Eine Marke verliere durch die lizenzfreie Zurverfügungstellung jedoch nicht an Wert. Vielmehr erhöhe sich der Wert möglicherweise auch rein dadurch, dass die Marke verwendet werde.

In Bezug auf die Abgeltung des **Wettbewerbsverbots** brachte die Bieterin ergänzend vor, es bestehe ein untrennbarer Zusammenhang mit dem Erwerb der Marken. Wenn die Familie Hirsch oder einzelne Familienmitglieder ein neues Unternehmen unter ihrem Familiennamen eröffnet hätten, so hätte dies den Wert der Marken massiv beeinträchtigt. Das Recht zur Führung des eigenen Namens sei unbestritten. Kurt Hirsch habe auch zum Ausdruck gebracht, dass er weiterhin geschäftlich aktiv sein möchte. Der Bekanntheitsgrad von Kurt Hirsch im Raum Südösterreich sei sehr hoch. Es sei für GRASS und die Bieterin daher essentiell gewesen, für die Absicherung der Werthaltigkeit der erworbenen Marken eine derartige Geschäftstätigkeit von Herrn Hirsch im Kerngeschäftsfeld der Zielgesellschaft auszuschließen und dies auch vertraglich abzusichern. Das Interesse der Zielgesellschaft am Wettbewerbsverbot sei klar ersichtlich. Die Sanierung der Zielgesellschaft wäre massiv beeinträchtigt, wenn die Marken nicht zur Verfügung stünden und das gegenständliche Wettbewerbsverbot nicht vereinbart worden wäre. Das Konkurrenzunternehmen von Herrn [...] zB schmälere das Ergebnis der Zielgesellschaft um MEUR [...] pro Jahr. Die räumliche Nähe sei ein zusätzliches Problem, weil Polystyrol zu 98% aus Luft bestehe und daher so gut wie nicht bzw nur sehr schwer transportabel sei. Es gebe daher einen Mitbewerber, der in unmittelbarer Umgebung genau den gleichen Markt wie die Zielgesellschaft bediene.

Die Abgeltung des Wettbewerbsverbots sei auf mehrere Personen mit unterschiedlichem *Know How* aufgeteilt worden. Bei den Kindern von Kurt Hirsch sei vorwiegend die mögliche Namensverwendung für die Ermittlung der Abgeltung im Vordergrund gestanden.

In Bezug auf den Ersatz der **Rechtsberatkosten** brachte die Bieterin ergänzend vor, die Übernahme von Rechtsberatkosten sei vor allem bei Transaktionen üblich, bei denen der Finanzierungscharakter im Vordergrund stehe. Der Rechtsberater der KHH habe bei der Transaktion eine

entscheidende Rolle gespielt. Nutznießer sei letztlich wieder die Zielgesellschaft gewesen. Die Gesetzesmaterialien würden ein vergleichbares Beispiel nennen, wo Zahlungsströme nicht preisbildungsrelevant seien. Die Honorarleistungen seien nicht nur auf die Transaktionskosten zum Aktienerwerb beschränkt gewesen, sondern würden auch Markenerwerb, Wettbewerbsverbot und den Garantievertrag umfassen.

Zuletzt brachte die Bieterin ergänzend vor, dass der Angebotspreis im Verfahren angemessen gewesen sei. Die Annahme des Angebots durch ein Aufsichtsratsmitglied belege diese Angemessenheit. Das betreffende Aufsichtsratsmitglied kenne die Zielgesellschaft und sei über deren Wert informiert.

2 Sachverhalt

Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens einschließlich der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung stellte der 2. Senat den folgenden Sachverhalt fest:

2.1 Allgemeines

HIRSCH Servo AG („HSAG“ oder „Zielgesellschaft“), eingetragen unter FN 117300a, ist eine österreichische Aktiengesellschaft mit Sitz in Glanegg und der Geschäftsanschrift 9555 Glanegg, Glanegg 58. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 3.635.000 und ist in 500.000 Stückaktien unterteilt, welche zum Handel im Geregelteten Freiverkehr der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *Standard Market Continuous* notiert werden.

Den Vorstand der HSAG bilden DI Siegfried Wilding und DI Harald Kogler. Der Aufsichtsrat der HSAG setzt sich derzeit aus Dr. Gerhard Glinzerer (Vorsitzender), Mag. Johann Moser (stv. Vorsitzender), Ing. Mag. Peter Hosek-Spevacek und DDr. Johann Neuner zusammen. Arbeitnehmervertreter wurden nicht entsandt.

Hinsichtlich der Aktionärsstruktur der HSAG wird auf Punkt 2.3 verwiesen.

Kurt HIRSCH HOLDING GmbH („KHH“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Klagenfurt und der Geschäftsanschrift 9061 Klagenfurt-Wölfnitz, Mölltalweg 43. KHH ist unter FN 141871i in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 36.500. Alleingesellschafter ist LA.LO.LI.. Gemeinsam vertretungsbefugte Geschäftsführer der KHH sind Kurt Hirsch und Vera Hirsch.

LA.LO.LI. Privatstiftung („LA.LO.LI.“) ist eine Privatstiftung mit Sitz in Klagenfurt und der Geschäftsanschrift 9061 Klagenfurt-Wölfnitz, Mölltalweg 43. LA.LO.LI. ist unter FN 140169g in das Firmenbuch eingetragen. Der Vorstand besteht aus Dr. Otto Trinks, Mag. Monika Unterweger-Neges und Mag. Cosmin-Dan Popa. Als Stifter fungieren laut der Stiftungsurkunde vom 11.6.2001 Kurt Hirsch, Vera Hirsch, Larissa Hirsch, Louisa Hirsch und Lidwina Hirsch. Ferner ist Kurt Hirsch zu Lebzeiten berechtigt, die Vorstandsmitglieder zu bestellen und bei Vorliegen eines sachlichen Grundes abzurufen. Für den Fall des Todes oder des Verlustes der vollen Geschäftsfähigkeit von Kurt Hirsch werden die Vorstandsmitglieder von Vera Hirsch bestellt. Ansonsten werden die Vorstandsmitglieder von den verbleibenden Stiftern mit einfacher Stimmenmehrheit bestellt und abgerufen. Kurt Hirsch hat sich zu Lebzeiten auch das Recht zum Widerruf der Stiftung und zur Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten. Für die Zeit nach dem Ableben von Kurt Hirsch behalten sich die restlichen Stifter den Widerruf der Stiftung und die Änderung der Stiftungserklärung in allen Belangen ausdrücklich vor. Für

den Widerruf oder die Änderung genügt eine einfache Mehrheit der widerrufsberechtigten oder der änderungsberechtigten Stifter. Ist kein Stifter mehr geschäftsfähig, so ist der Vorstand mit Zustimmung des Stiftungsprüfers berechtigt, eine Änderung der Stiftungsurkunde mit einer Mehrheit von zwei Dritteln zu beschließen und dem Gericht zur Genehmigung vorzulegen.

Kurt Hirsch, geb. am 22.2.1952, war von 24.1.1996 bis 17.12.1998 sowie von 30.6.2004 bis 20.1.2012 als Vorstandsmitglied der Zielgesellschaft in das Firmenbuch eingetragen. Anschließend an die letzte Funktionsperiode war er bis 22.5.2014 als Mitglied des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft eingetragen. Schließlich war er bis zur Transaktion vom 23.12.2013 (siehe unten Pkt 2.2) mittelbarer Hauptaktionär der Zielgesellschaft.

Vera Hirsch, geb. am 27.7.1959, ist die Ehefrau von Kurt Hirsch und war von 24.1.1996 bis 23.12.2000 als Mitglied des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft in das Firmenbuch eingetragen.

Larissa Hirsch, geb. am 13.5.1986, **Louisa Hirsch**, geb. am 29.10.1987, und **Lidwina Hirsch**, geb. am 22.8.1990, sind die Töchter von Kurt und Vera Hirsch. Larissa Hirsch war von 10.1.2012 bis 22.5.2014 als Mitglied des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft in das Firmenbuch eingetragen. Die Töchter von Kurt und Vera Hirsch verfügen – abgesehen von Larissa Hirschs Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied der Zielgesellschaft – über keine einschlägige Ausbildung oder Berufspraxis im Geschäftsfeld der Zielgesellschaft (Angabe Mag. Widinski, AS 16 in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3).

Robert Hirsch, geb. am 20.6.1962, ist der Bruder von Kurt Hirsch und war von 30.1.2014 bis 22.5.2014 als Mitglied des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft in das Firmenbuch eingetragen.

GRASS Beteiligungs-GmbH („GRASS“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1232 Wien, Richard-Strauss-Straße 22, und unter FN 77581s in das Firmenbuch eingetragen. Geschäftsführer sind Herr Ing. Alfred Grass, Herr Ing. Hubert Grass und Herr Dr. Gerhard Glinzerer, wobei jeweils zwei der drei Geschäftsführer gemeinsam vertretungsbefugt sind. Die Gesellschafter der GRASS sind:

Gesellschafter	übernommene Stammeinlage (EUR)	Anteil am Stammkapital (%)
Herz Armaturen Ges.m.b.H.	35.996,50	50,70%
Ing. Alfred Grass	7.098,00	10,00%
Ing. Hubert Grass	7.854,50	10,68%
Evelyne Aberer-Grass	7.854,50	10,68%
Christine Hubmann-Grass	7.854,50	10,68%
Adrian Grass	2.576,00	3,63%
Thomas Grass	2.576,00	3,63%

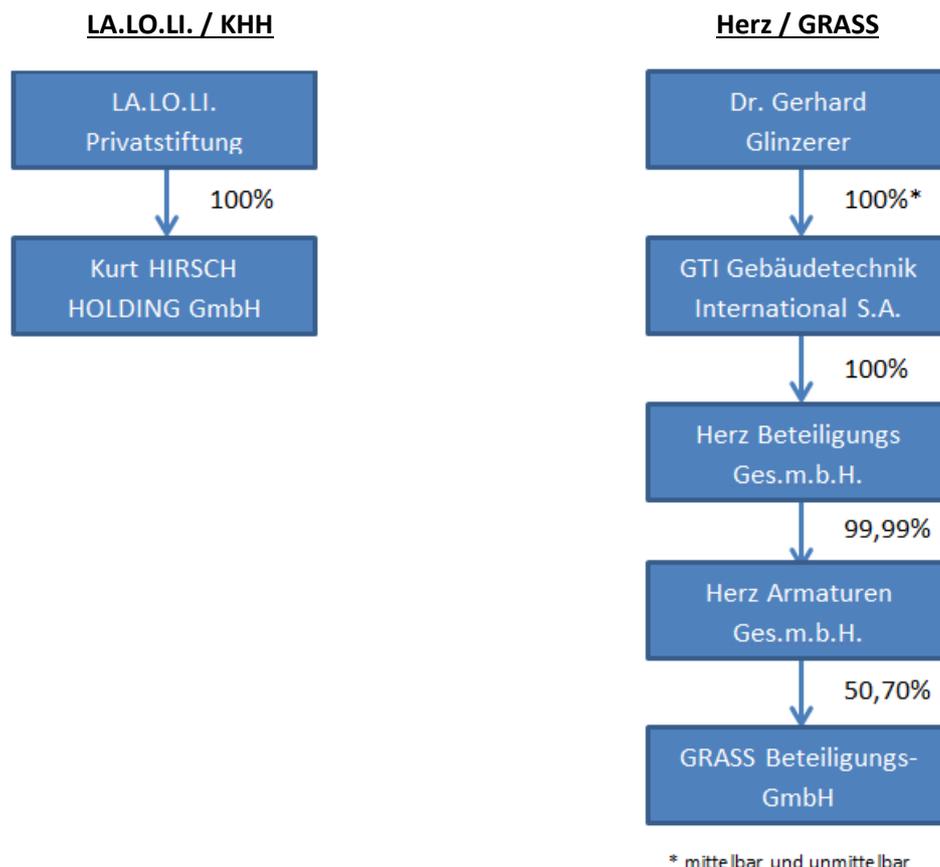
Herz Armaturen Ges.m.b.H. („Herz Armaturen“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1232 Wien, Richard-Strauss-Straße 22, und unter FN 101622w in das Firmenbuch eingetragen. Mehrheitsgesellschafterin ist Herz Beteiligungs Ges.m.b.H., die 99,9% der Anteile hält. Die restlichen 0,1% werden von Frau WP/StB Mag. Margit Widinski gehalten, die auch als Sachverständige der Bieterin Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. im Verfahren GZ 2014/2/1 auftrat. Alleingeschäftsführer ist Herr Dr. Gerhard Glinzerer. Prokurist ist unter anderem Herr Mag. Peter Hosek-Spevacek.

Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. („Bieterin“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Hinterbrühl und der Geschäftsanschrift 2371 Hinterbrühl, Sonnleiten 10. Die Bieterin ist unter FN 69299k in das Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital wird zur Gänze von GTI Gebäudetechnik International S.A. gehalten. Alleinigere Geschäftsführer ist Dr. Gerhard Glinzerer. Als Prokurist fungiert Mag. Peter Hosek-Spevacek.

GTI Gebäudetechnik International S.A. („GTI Gebäudetechnik“) ist eine Aktiengesellschaft nach luxemburgischem Recht (*société anonyme*) mit dem Sitz in Luxemburg und der Geschäftsanschrift Avenue Charles de Gaulle 2, LUX-1653 Luxemburg, Luxemburg, eingetragen im luxemburgischen Handels- und Gesellschaftsregister (*Registre de Commerce et des Sociétés Luxembourg*) unter B 45395. Die Anteile der GTI Gebäudetechnik werden teilweise mittelbar, teilweise unmittelbar von Herrn Dr. Glinzerer gehalten.

Herr Dr. **Gerhard Glinzerer**, geb. am 5.7.1954, ist seit 5.5.2014 (eingetragen in das Firmenbuch am 22.5.2014) Vorsitzender des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft. Zudem ist er – wie bereits erwähnt – Geschäftsführer der Bieterin, von Herz Armaturen, von GRASS und darüber hinaus mittelbarer Eigentümer dieser Gesellschaften.

Grafisch lässt sich die gesellschaftsrechtliche Struktur der Kurt Hirsch-Gruppe und der Herz-Gruppe wie folgt darstellen:



Überdies waren noch die folgenden Gesellschaften bzw Personen in die Transaktionen eingebunden:

Lifemotion SA („Lifemotion“) ist eine Aktiengesellschaft (*société anonyme*) nach dem Recht der Schweiz mit Sitz in Lugano, Kanton Tessin, Schweiz und der Geschäftsanschrift Via G.B. Pioda 14, 6901 Lugano, eingetragen unter CHE-146.232.662 in das Handelsregister des Kantons Tessin. Das Nennkapital der Lifemotion beträgt CHF 100.000 und ist in 100 Inhaberaktien aufgeteilt, die allesamt

von der Bieterin gehalten werden. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft setzt sich aus Herrn Mag. Peter Hosek-Spevacek als Präsidenten und Herrn Nicola Zanetti als Mitglied zusammen.

Herr Mag. **Peter Hosek-Spevacek**, geb. am 21.12.1975, ist seit 5.5.2014 (eingetragen in das Firmenbuch am 22.5.2014) Aufsichtsratsmitglied der Zielgesellschaft. Zudem ist er – wie bereits erwähnt – Prokurist der Herz Armaturen, der Bieterin und Präsident des Verwaltungsrats der Lifemotion.

Herr Dr. **Matthias Calice**, geb. am 18.2.1969, war bis zur Transaktion vom 4.4.2014 (siehe Pkt 2.2) Alleineigentümer und Präsident des Verwaltungsrats der Lifemotion.

2.2 Beteiligungserwerb durch Lifemotion

Am 23.12.2013 erwarb Lifemotion als Käuferin von KHH 255.000 Stück Aktien zu einem Preis von EUR 3,92 je Aktie (Beilage ./1 zu ON 11 in GZ 2013/2/4). Zudem erwarb Lifemotion mit demselben Kaufvertrag Projektansprüche der KHH gegenüber der Zielgesellschaft, welche zum Zeitpunkt des Verkaufs der Zielgesellschaft von KHH noch nicht in Rechnung gestellt worden waren. Diese Ansprüche beliefen sich auf EUR 600.000 (netto, zzgl 20% USt).

Der Aktienwerb wurde der Übernahmekommission („ÜbK“) noch am selben Tag angezeigt. Mit Schriftsatz vom 20.1.2014 zeigte Lifemotion den Erwerb von Aktien zu bloßen Sanierungszwecken gemäß § 25 Abs 1 Z 2 Fall 1 ÜbG an (Beilage ./1 zu ON 52 in GZ 2013/2/4).

Mit Bescheid vom 27.1.2014, der den Parteien am 29.1.2014 zugestellt wurde, stellte die ÜbK fest, dass dieser Erwerb der kontrollierenden Beteiligung durch Lifemotion zwar primär zu Sanierungszwecken im Sinne von § 25 Abs 1 Z 2 Fall 1 ÜbG erfolgte, ordnete aber gemäß § 25 Abs 2 ÜbG zur Wahrung der Gleichbehandlung der Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft an, dass Lifemotion ein Pflichtangebot an die Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft zu legen hatte (ON 74 in GZ 2013/2/4). Gegen diesen Bescheid der ÜbK erhob Lifemotion am 12.2.2014 Rekurs an den Obersten Gerichtshof („OGH“) (ON 88 in GZ 2013/2/4). Der OGH bestätigte die Entscheidung der ÜbK mit Beschluss vom 13.3.2014 zu GZ 6 Ob 37/14f, der den Parteien am 17.3.2014 zugestellt wurde (ON 92 in GZ 2013/2/4). Die Entscheidung wurde damit rechtskräftig.

Mit Aktienkaufvertrag vom 4.4.2014 hat die Bieterin als Käuferin von Herrn Dr. Matthias Calice als Verkäufer 100% der Aktien an Lifemotion zum Preis von EUR [...] erworben (Beilage ./1 zu ON 19 in GZ 2014/2/1). Das bilanzielle Vermögen der Lifemotion bestand zu diesem Zeitpunkt aus (AS 9 in Beilage ./2 zu ON 33 in GZ 2014/2/1):

- 255.000 Aktien der Zielgesellschaft (Buchwert: EUR 999.600);
- folgenden Forderungen gegenüber der Zielgesellschaft:
 - o die von den Banken abgetretenen Forderungen (Buchwert: EUR 1);
 - o nachrangiges Gesellschafterdarlehen (Buchwert: EUR 4.280.000);
 - o die an KHH ausbezahlten Projektansprüchen (Buchwert: EUR 600.000).
- Bargeld iHv EUR 4.958,41.

Der Verkehrswert der drei Forderungen der Lifemotion gegen die Zielgesellschaft betrug im Zeitpunkt der Übertragung der Anteile der Lifemotion von Dr. Calice an die Bieterin EUR [...] (AS 10 in Beilage ./2 zu ON 33 in GZ 2014/2/1).

Ebenfalls am 4.4.2014 wurde ein zweiter Aktienkaufvertrag geschlossen, durch den die Bieterin als Käuferin von der KHH als Verkäuferin 54.584 Stückaktien der Zielgesellschaft zum Preis von EUR 327.504 zzgl allfälliger USt erworben hat (Beilage ./3 zu ON 19 in GZ 2014/2/1); das entspricht

einem Anteil von rund 10,92% des Grundkapitals der HSAG. Zusätzlich wurde ein Verzicht auf die Anfechtung des Aktienkaufvertrags vom 23.12.2013 sowie damit allenfalls zusammenhängender Ansprüche durch KHH iHv EUR 530.000 zzgl allfälliger USt vereinbart.

2.3 Angebotsverfahren

Am 14.4.2014 zeigte die Bieterin das Angebot unter Vorlage der Angebotsunterlage und des Berichts des Sachverständigen der ÜbK an (Beilage ./1 zu ON 33 in GZ 2014/2/1). Mit Bescheid vom 30.4.2014 hat die ÜbK die Veröffentlichung der Angebotsunterlage vorläufig untersagt, da der 2. Senat erhebliche Bedenken gegen den im Angebot gebotenen Preis (EUR 6 je Aktie) hatte (ON 43 in GZ 2014/2/1). Dazu fand am 12.5.2014 eine mündliche Verhandlung statt. Der Verhandlungsgegenstand wurde wie folgt festgelegt:

„Verfahren gemäß §§ 22 ff ÜbG betreffend die HIRSCH Servo AG (GZ 2014/2/1) zur Prüfung des am 14. April 2014 bei der Übernahmekommission angezeigten Angebots an die Beteiligungspapierinhaber der HIRSCH Servo AG; dabei ist insbesondere die Gesetzmäßigkeit des Angebotspreises gemäß § 26 ÜbG zu prüfen und allenfalls die Veröffentlichung des Angebots gemäß § 10 Abs 3 ÜbG endgültig zu untersagen.“

In dieser mündlichen Verhandlung erklärte die Bieterin, den Preis für das Pflichtangebot auf EUR 7,94 anzuheben (AS 14 in Beilage ./4 zu ON 54 in GZ 2014/2/1). Dieser Preis setzte sich wie folgt zusammen (AS 11 f in Beilage ./3 zu ON 58 in GZ 2014/2/1):

Posten	Betrag
Kaufpreis für 255.000 Aktien à EUR 3,92 (23.12.2013)	EUR 999.600
Kaufpreis für 54.584 Aktien à EUR 6,00 (4.4.2014)	EUR 327.504
Projektkostenansprüche (netto, ohne USt)	EUR 600.000
Verzichtsabgeltung	EUR 530.000
Summe	EUR 2.457.104
dividiert durch die Gesamtzahl der von der Bieterin am 4.4.2014 erworbenen 309.584 Aktien der Zielgesellschaft	rund EUR 7,94 je Aktie

Dieser Preis entsprach nach Ansicht des 2. Senats den übernahmerechtlichen Preisbildungsvorschriften des § 26 ÜbG. Der folgende bedingte Bescheid wurde in der mündlichen Verhandlung mündlich verkündet (AS 3 in ON 54 in GZ 2014/2/1):

„In der Sache GZ 2014/2/1 über die Prüfung des am 14. April 2014 bei der Übernahmekommission angezeigten Angebots an die Beteiligungspapierinhaber der HIRSCH Servo AG wird die Veröffentlichung des öffentlichen Pflichtangebots der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. an die Beteiligungspapierinhaber der HIRSCH Servo AG endgültig untersagt, sofern die Bieterin Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. nicht bis Dienstag, 13. Mai 2014, 14.00 Uhr, das veränderte Angebot bei der Übernahmekommission anzeigt, welches – insbesondere in Bezug auf den gemäß § 26 ÜbG gebotenen Angebotspreis von zumindest EUR 7,94 – den gesetzlichen Vorschriften entspricht.“

Die Bieterin beabsichtigt, in der Angebotsunterlage einen Preis von EUR 7,94 je Aktie zu bieten. Auf Basis des erhobenen Sachverhalts, insbesondere auf Basis der der ÜbK vorliegenden Dokumente, entspricht dieser Preis den gesetzlichen Vorgaben des § 26 ÜbG. Jedoch hat die Bieterin

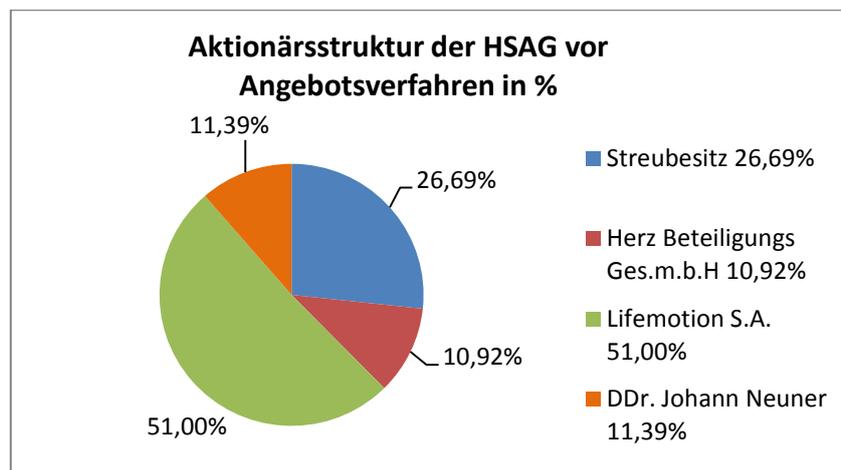
Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. bislang noch keine gesetzmäßig Angebotsunterlage samt Bericht des Sachverständigen sowie dessen Bestätigung bei der Übernahmekommission angezeigt. Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

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 der schriftlichen Ausfertigung per Post oder per Fax bei der Übernahmekommission einzubringen. Der elektronische Rechtsverkehr der Justiz (ERV) kann dabei nicht genutzt werden.“

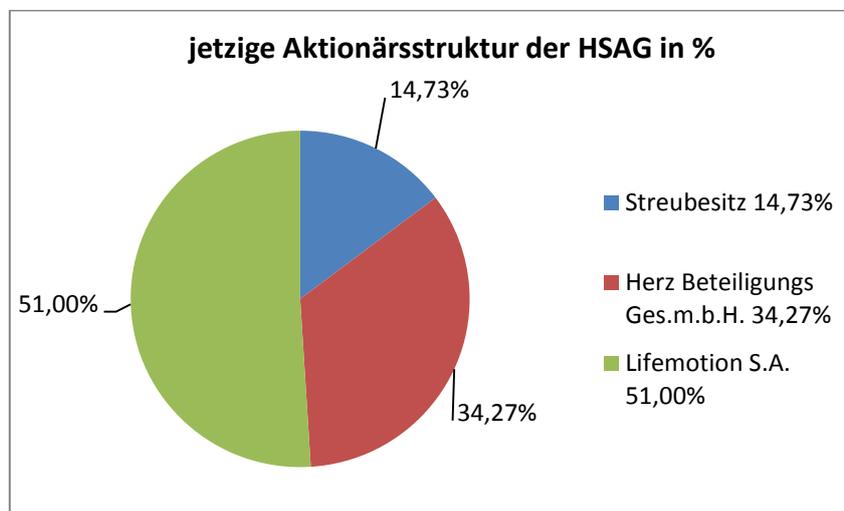
Die aufschiebende Bedingung trat nicht ein, sodass der Bescheid nicht rechtswirksam wurde.

Eine entsprechend überarbeitete Version des Pflichtangebots wurde am 13.5.2014 bei der Übernahmekommission angezeigt (Beilage ./.3 zu ON 58 in GZ 2014/2/1). Die Bieterin veröffentlichte daraufhin am 14.5.2014 das öffentliche Pflichtangebot gemäß §§ 22 ff ÜbG an die Aktionäre der Zielgesellschaft. Angebotsgegenständlich waren effektiv 190.416 Stückaktien der Zielgesellschaft; der Preis lag bei EUR 7,94 je kaufgegenständlicher Aktie.

Die Aktionärsstruktur der Zielgesellschaft stellte sich vor der Durchführung des Pflichtangebots wie folgt dar:



Die Annahmefrist lief bis 28.5.2014; die verlängerte Annahmefrist (Nachfrist) gemäß § 19 Abs 3 Z 1 ÜbG endete am 5.9.2014. Nach vollständigem Abschluss des Angebotsverfahrens zeigt die Aktionärsstruktur der Zielgesellschaft folgendes Bild:



Die Bieterin hält mit dem mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger Lifemotion daher 85,27%; der Streubesitz beläuft sich auf 14,73%.

2.4 Weitere Zahlungen im Zuge der Transaktion

Noch während der verlängerten Annahmefrist erlangte die ÜbK durch einen *Whistleblower* davon Kenntnis, dass im Rahmen der Transaktion vom 4.4.2014 weitere Zahlungen von der Bieterin oder einem mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger an KHH oder einen mit dieser gemeinsam vorgehenden Rechtsträger geflossen sein könnten (ON 87 in GZ 2014/2/1). Die ÜbK richtete daher am 17.6.2014 ein Schreiben an die beteiligten Personen, in dem diese aufgefordert wurden, der ÜbK bekannt zu geben, ob und gegebenenfalls welche Zahlungen oder Leistungen seitens der „Herz-Gruppe“ an die KHH oder an ihre 100% Gesellschafterin LA.LO.LI. flossen, erbracht oder vereinbart wurden (Beilage ./1 zu ON 90 in GZ 2014/2/1).

Am 30.6.2014 erfuhr die ÜbK von Herrn Mag. Hosek-Spevacek, dass die folgenden Zahlungen von GRASS an KHH und deren 100%-Eigentümerin LA.LO.LI. geflossen sind bzw vereinbart wurden (ON 98 in GZ 2014/2/1):

- Kaufpreis für den Verkauf der österreichischen **Marke „HIRSCH“** und der **Gemeinschaftsmarke „HIRSCH“** vom 4.4.2014, abgeschlossen zwischen KHH und LA.LO.LI. einerseits und GRASS andererseits iHv EUR 480.000 zzgl USt (Beilage ./2 zu ON 101 in GZ 2014/2/1),
- Abgeltung für ein **Wettbewerbsverbot** der Mitglieder der Familie Hirsch, LA.LO.LI. und KHH zu Gunsten der Zielgesellschaft iHv EUR 362.600 zzgl USt, das im zuvor genannten Markenkaufvertrag enthalten ist (Beilage ./2 zu ON 101 in GZ 2014/2/1),
- eine **Garantiezusage** der Bieterin, wonach im Garantievertrag vom 4.4.2014, abgeschlossen zwischen KHH und der Bieterin, näher definierte Personen keine Ansprüche gegen die Mitglieder der Familie Hirsch und die LA.LO.LI. sowie ihre Tochtergesellschaften erheben werden (Beilage ./1 zu ON 101 in GZ 2014/2/1), sowie
- die Übernahme von **Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung** der KHH iHv EUR 99.896 (netto, zzgl USt) durch die Bieterin, vereinbart in der zuvor genannten Garantiezusage (Beilage ./1 zu ON 101 in GZ 2014/2/1).

Für die Ermittlung des Kaufpreises der **Marken** haben die Parteien ein Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO herangezogen (Beilage ./6 zu ON 110 in GZ 2014/2/1). Dazu wurde in einem ersten Schritt der *Cash Flow* der Marken „Hirsch“ ermittelt, indem der Umsatz der Zielgesellschaft mit einer aus vergleichbaren Unternehmen beobachteten *Royalty Rate* multipliziert wurde (Beilage ./4 zu ON 110 in GZ 2014/2/1). Der Zinssatz, mit dem der *Cash Flow* auf einen Stichtag abgezinst wurde, ergab sich ebenfalls aus der Beobachtung einer vergleichbaren *Peer Group* (Beilage ./5 zu ON 110 in GZ 2014/2/1). Die österreichische Marke „HIRSCH“ war seit 10.7.1998 auf die LA.LO.LI. im Österreichischen Patentamt registriert (Beilage ./1 zu ON 105 in GZ 2014/2/1). Im Europäischen Markenregister war die Gemeinschaftsmarke „HIRSCH“ seit 2.10.1998 auf die LA.LO.LI. registriert (ON 3b in GZ 2014/2/3). Im Markenregister war im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 5.11.2014 noch immer die LA.LO.LI. als Inhaberin der Marken eingetragen.

In der Vergangenheit wurde zwischen der Markeninhaberin LA.LO.LI. und der Zielgesellschaft weder ein Lizenzvertrag abgeschlossen noch wurden Lizenzgebühren bezahlt (ON 36 in GZ 2014/2/3). Erstmals kam es dazu mit Lizenzvertrag vom 10.10.2014, abgeschlossen zwischen GRASS und der Zielgesellschaft (Beilage ./2 zu ON 37 in GZ 2014/2/3) und rückwirkend wirksam ab 1.7.2014, dem Beginn des Geschäftsjahrs der Zielgesellschaft. Gegenstand des Vertrags waren sowohl die österreichische

Marke „HIRSCH“, Registernummer 177305, als auch die Gemeinschaftsmarke „HIRSCH“, CTM 946368. Die Zielgesellschaft verpflichtet sich vertraglich zur Zahlung einer jährlichen Lizenzgebühr an GRASS iHv [...] der unter den HIRSCH-Marken von der HIRSCH-Gruppe verkauften Produkte; der [...]anteil dieser Produkte liegt in etwa bei [...]% [...] (Angabe Dr. Glinzerer, AS 11 in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3). Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Für die Ermittlung der Abgeltung des **Wettbewerbsverbots** wurde die durchschnittliche jährliche Aufsichtsratsvergütung herangezogen. Bei jenen Familienmitgliedern, die nicht Mitglied im Aufsichtsrat waren, wurde bei der Abgeltung ein Abschlag von 20% berücksichtigt. Für die ehemaligen Aufsichtsratsmitglieder Kurt Hirsch und Larissa Hirsch wurden je EUR 63.000 kalkuliert; Vera, Robert, Louisa und Lidwina Hirsch wurden mit 80% davon, das sind EUR 50.400, angesetzt; auf LA.LO.LI. und KHH entfielen zusammen EUR 35.000. In Summe wurde das Wettbewerbsverbots daher mit einem Wert von EUR 362.600 angesetzt (Angabe Mag. Widinski, AS 19 f in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3).

Das Motiv für die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots war insbesondere der konkurrierende Wettbewerb, dem die Zielgesellschaft durch [...] ausgesetzt ist (Angabe Dr. Glinzerer, AS 7 in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3). Dieser verfügt über bedeutende Kundenbeziehungen und hat in unmittelbarer örtlicher Nähe zur Zielgesellschaft sein eigenes Unternehmen [...] eröffnet, das als direkter Konkurrent zur Zielgesellschaft auftritt. Die geringe räumliche Entfernung vom Standort der Zielgesellschaft stellt gerade beim Unternehmensgegenstand der Zielgesellschaft ein großes Problem dar, weil viele der von ihr vertriebenen Produkte materialbedingt keine größeren Strecken zurücklegen können (Angabe Mag. Hosek-Spevacek, AS 7 in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3). Die Wettbewerbsverbote sollten derartige Gefahren hintanhaltend, zumal es nicht ausgeschlossen ist, dass Kurt Hirsch eine Kooperation mit [...] eingeht, womit [...] auch mit dem Namen „Hirsch“ am Markt auftreten könnte (Angabe Dr. Glinzerer, AS 7 f in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3).

Die übernommenen **Rechtsberatkosten** betrafen nicht nur den Abschluss des Aktienkaufvertrags, des Markenkaufvertrags, der Garantiezusage vom 4.4.2014, sondern auch andere Leistungen des Rechtsvertreters der KHH, insbesondere die Vorbereitung der Klage der KHH gegen Lifemotion auf Anfechtung sowie gegenüber dem von KHH im September 2013 mit dem Verkauf des Aktienpakets der KHH an der Zielgesellschaft (rund 51%) bevollmächtigten Vertreter (Angabe Dr. Glinzerer, AS 20 f in Beilage ./1 zu ON 48 in GZ 2014/2/3).

Dass der Erwerber eines Aktienpakets, das eine kontrollierende Beteiligung vermittelt, die Kosten der Rechtsberatung des Veräußerers übernimmt, ist unüblich und entspricht auch keiner Verkehrssitte in der gängigen Transaktionspraxis (ON 33 in GZ 2014/2/3).

2.5 Schreiben der Übernahmekommission vom 4.7.2014

Die ÜbK wies die Bieterin in ihrem Schreiben vom 4.7.2014 darauf hin, dass es auf Basis dieser Unterlagen nicht ausgeschlossen werden könne, dass diese Zahlungen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der erlangten kontrollierenden Beteiligung stünden und daher gemäß § 26 Abs 3 ÜbG bei der Ermittlung der zu bietenden Gegenleistung im Rahmen des Pflichtangebots miteinzubeziehen seien (Beilage ./1 zu ON 107 in GZ 2014/2/1). Allenfalls müsste dieser Sachverhalt im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 33 Abs 1 Z 1 ÜbG geklärt werden, das von Amts wegen einzuleiten wäre. Die ÜbK machte ferner auf den Umstand aufmerksam, dass die Nachfrist des Angebots zu GZ 2014/2/1 noch bis 5.9.2014 laufe und die Bieterin das Angebot gemäß § 15 ÜbG in diesem Zeitraum freiwillig verbessern könne.

Bis zum Ende der Angebotsfrist verbesserte die Bieterin das Angebot nicht. Die ÜbK beschloss in der Folge am 2.9.2014 die Einleitung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens gemäß § 33 Abs 1 Z 1 ÜbG.

3 Beweiswürdigung

Diese Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf den zum Akt genommenen Unterlagen sowie den Angaben der Vertreter der Bieterin in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014.

Nach Ansicht des Senats waren die Angaben der Parteien und ihrer Vertreter in der mündlichen Verhandlung vom 5.11.2014 glaubwürdig und nachvollziehbar. Wie im Einzelnen in der rechtlichen Beurteilung darzulegen sein wird, sind die unternehmerisch durchaus nachvollziehbaren Motive für die Leistung der Zahlung für die rechtliche Beurteilung jedoch nicht erheblich.

Nicht nachvollziehbar ist jedoch die von der Bieterin vorgebrachte Behauptung, dass bei Transaktionen wie der gegenständlichen eine Übernahme der Rechtsberatungskosten des Veräußerers durch den Erwerber absolut verkehrüblich sei. Vielmehr ist auf Grundlage der von der ÜbK erstellten Analyse der Aktienkauf- und Syndikatsverträge, die in den Jahren 2013 und 2014 der ÜbK in verschiedenen Verfahren vorgelegt worden waren, amtsbekannt, dass die Selbsttragung der eigenen Beratungskosten verkehrüblich ist. Dieser Umstand ist daher offenkundig iSd § 45 Abs 1 AVG.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Gemeinsam vorgehende Rechtsträger

Gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG sind natürliche oder juristische Personen, die mit dem Bieter auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte, oder die aufgrund einer Absprache mit der Zielgesellschaft zusammenarbeiten, um den Erfolg des Übernahmeangebots zu verhindern.

Gemäß § 1 Z 6 Satz 2 Halbsatz 1 ÜbG wird das gemeinsame Vorgehen vermutet, wenn ein Rechtsträger eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung (§ 22 Abs 2 und 3) an einem oder mehreren anderen Rechtsträgern hält. Demnach ist gemäß § 22 Abs 3 ÜbG bei der Beurteilung einer mittelbaren kontrollierenden Beteiligung durch eine nicht iSd § 2 ÜbG börsennotierte Gesellschaft darauf abzustellen, dass es Anteilsrechte oder sonstige Rechte ermöglichen, einen beherrschenden Einfluss auf diesen Rechtsträger auszuüben.

4.1.1 Gruppe Hirsch

Der einzige Geschäftsanteil der KHH wird von LA.LO.LI. gehalten. LA.LO.LI. kann daher über ihre Stellung als Alleingesellschafterin einen beherrschenden Einfluss auf KHH ausüben.

LA.LO.LI. ist eine von Herrn Kurt Hirsch und seiner Familie beherrschte Privatstiftung. Diese Beherrschung manifestiert sich insbesondere darin, dass Kurt Hirsch Zeit seines Lebens die Vorstandsmitglieder der LA.LO.LI. bestellen und abberufen kann; im Falle seines Todes oder des Verlusts der vollen Geschäftsfähigkeit werden die Vorstandsmitglieder von Frau Vera Hirsch, seiner Frau, bestellt. Ansonsten werden die Vorstandsmitglieder von den verbleibenden Stiftern – Frau Larissa Hirsch, Frau

Louisa Hirsch und Frau Lidwina Hirsch – mit einfacher Mehrheit bestimmt. Herr Kurt Hirsch behält sich überdies zu seinen Lebzeiten den Widerruf der Stiftung und die Änderung der Stiftungserklärung in allen Belangen vor. Nach seinem Ableben kommen diese Rechte den übrigen Stiftern mit einfacher Mehrheit zu.

Ergebnis: LA.LO.LI., KHH, Herr Kurt Hirsch, Frau Vera Hirsch, Frau Larissa Hirsch, Frau Louisa Hirsch und Frau Lidwina Hirsch sind daher als Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren.

4.1.2 Gruppe Herz

Herz Armaturen hält einen Geschäftsanteil an GRASS, der einen Anteil am Stammkapital von 50,70% vermittelt. Der Gesellschaftsvertrag der GRASS sieht keine besonderen Mehrheitserfordernisse vor und lässt insbesondere für die Beschlussfassung in der Generalversammlung, die das oberste Willensbildungsorgan der GmbH darstellt, die einfache Mehrheit genügen. Den einzigen Geschäftsanteil der Herz Armaturen hält die Bieterin, sodass diese die Herz Armaturen kontrolliert. Die Bieterin ist wiederum eine 100%ige Tochtergesellschaft der GTI Gebäudetechnik, die ihrerseits wiederum indirekt und mehrheitlich im Eigentum von Herrn Dr. Gerhard Glinzerer steht. Die Bieterin hält überdies auch 100% der Anteile der Lifemotion.

Die genannten Gesellschaften haben gemein, dass sie allesamt mittelbar von Herrn Dr. Gerhard Glinzerer iSd § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG kontrolliert werden, sodass dieser einen beherrschenden Einfluss auf die oben genannten Gesellschaften ausüben kann. Es besteht daher die gesetzliche Vermutung, dass GRASS und Herz Armaturen iSd § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vorgehen. Umstände, die diese Vermutung widerlegen, wurden im Verfahren nicht vorgebracht und waren auch sonst nicht erkennbar.

Ergebnis: Herr Dr. Gerhard Glinzerer, GTI Gebäudetechnik, die Bieterin, Herz Armaturen, GRASS und Lifemotion sind daher nach Ansicht des 2. Senats als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren.

4.2 Der übernahmerechtliche Mindestpreis

Die Bestimmungen zum Pflichtangebot in den §§ 22 ff ÜbG stellen den Kern des ÜbG dar. Das Pflichtangebot dient dem Konzerneingangsschutz und soll den Aktionären im Falle eines Kontrollwechsels ein Austrittsrecht aus der Gesellschaft gewähren. Dabei soll die Kontrollprämie zwischen dem veräußernden Paketaktionär und den Minderheitsaktionären fair aufgeteilt werden, da der neue kontrollierende Aktionär für das die Kontrolle vermittelnde Paket in der Regel einen höheren Preis zu zahlen bereit ist als für die darüber hinaus gehenden Aktien der Minderheitsaktionäre (vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht², Rz 11). Die zentralen Bestimmungen zur finanziellen Gleichbehandlung im Rahmen eines Pflichtangebots sind daher §§ 16 und 26 ÜbG. Im konkreten Fall ist § 26 ÜbG einschlägig. Diese Norm regelt die Preisrelevanz von Vorerwerben; dabei handelt es sich um jene Erwerbe, die ein Bieter bis zur Anzeige der Angebotsunterlage bei der ÜbK gemäß § 10 ÜbG, getätigt hat.

Gemäß § 26 Abs 1 ÜbG wird eine doppelte Preisuntergrenze festgesetzt: Einerseits muss der gebotene Angebotspreis mindestens dem durchschnittlichen, nach den jeweiligen Handelsvolumina gewichteten Börsenkurs des jeweiligen Beteiligungspapiers während der letzten sechs Monate vor demjenigen Tag entsprechen, an dem die Absicht, ein Angebot abzugeben, bekannt gemacht wurde; andererseits darf dieser Preis die höchste vom Bieter oder von einem gemeinsam mit ihm vorgehenden Rechtsträger (§ 1 Z 6 ÜbG) innerhalb der letzten zwölf Monate vor Anzeige des Angebots in Geld

gewährte oder vereinbarte Gegenleistung für dieses Beteiligungspapier der Zielgesellschaft nicht unterschreiten (§ 26 Abs 1 ÜbG).

§ 26 Abs 3 ÜbG ergänzt diese Regeln dahingehend, dass bei der Ermittlung des Gesamtwerts auch weitere zugewendete oder zugesagte Zahlungen oder sonstige vermögenswerte Vorteile einzubeziehen sind, wenn diese in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der erlangten kontrollierenden Beteiligung stehen. In den Gesetzesmaterialien werden als Beispiel für solche sonstigen Vorteile die vom Veräußerer bei Pakethandel häufig übernommenen Haftungen genannt (ErlRV 1276 BlgNR 20. GP, 45). Dabei hatte der Gesetzgeber jenen Fall vor Augen, dass der Erwerber vom Veräußerer eine Haftung übernimmt, sodass der Veräußerer am Ende nicht mehr zur Haftung herangezogen werden kann (vgl die andere Interpretation der Aussage in den Gesetzesmaterialien bei *Huber in Huber*, ÜbG, § 26 Rz 50). Dabei müssen die Zahlungen und Vorteile nicht zwischen den Vertragsparteien selbst fließen, sondern bloß in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Erlangen der kontrollierenden Beteiligung stehen (ErlRV 1276 BlgNR 20. GP, 45).

Es ist daher nicht bloß auf eine formale Betrachtungsweise von Verträgen abzustellen; vielmehr sind im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des entscheidungsrelevanten Sachverhalts alle Zahlungen und sonstigen Vorteile, die dem Veräußerer – hier KHH und den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern – zufließen bzw zukommen. Die wirtschaftlichen Motive der Vertragsparteien sind für die rechtliche Beurteilung nicht maßgeblich.

Die Bestimmung des § 26 Abs 3 Z 2 ÜbG, wonach der Angebotspreis nicht nach den allgemeinen Regeln des § 26 Abs 1 ÜbG sondern *angemessen* festzulegen ist, wenn die vom Bieter innerhalb der letzten zwölf Monate gewährte oder vereinbarte Gegenleistung unter Berücksichtigung besonderer Umstände festgelegt wurde, ist hier nicht einschlägig, zumal es an dem geforderten besonderen Umstand fehlt.

In den folgenden Punkten 4.3, 4.4 und 4.5 wird eine allfällige Preisrelevanz der im entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt zusätzlich geflossenen Zahlungen einzeln diskutiert.

4.3 Keine Preisrelevanz der Zahlung für die Übernahme der Marken „HIRSCH“

Die erste im Rahmen dieses Verfahrens zu prüfende Zahlung betrifft den Verkauf der österreichischen Marke (Registernummer 177305) sowie der Gemeinschaftsmarke (Registernummer CTM 946368) „HIRSCH“. Den jeweiligen Registern kann entnommen werden, dass LA.LO.LI. von Anfang an als Inhaberin sowohl im nationalen Markenregister als auch im Register des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (HABM) eingetragen war. Dass LA.LO.LI. auch noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 5.11.2014 als Inhaberin der Markenrechte im österreichischen Markenregister sowie im Register des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (HABM) eingetragen war, ist für die übernahmerechtliche Beurteilung des Sachverhalts unbeachtlich. Denn bei der Beurteilung des übernahmerechtlichen Mindestpreises gemäß § 26 ÜbG ist ausschließlich darauf abzustellen, welche Gegenleistung – hier die Zahlung an KHH bzw LA.LO.LI. – gewährt oder vereinbart wird.

Für die Berechnung des gesetzlichen Mindestpreises gemäß § 26 ÜbG ist nicht erforderlich, dass Zahlungen und Vorteile zwischen den Vertragsparteien selbst fließen. Vielmehr genügt es, wenn diese in einem **wirtschaftlichen Zusammenhang** mit dem Erlangen der kontrollierenden Beteiligung stehen (§ 26 Abs 3 ÜbG; ErlRV 1276 BlgNR 20. GP, 45). Es sind daher all jene wirtschaftlichen Vorteile des Altaktionärs zu berücksichtigen, die auch in einem **Gesamtaustauschverhältnis** zu den erworbenen Beteiligungspapieren stehen und somit als Teil der Gegenleistung anzusehen sind (*Huber in Huber*,

Übernahmegesetz § 26 Rz 49 ff mwN). Dabei müssen nach der Literatur zur vergleichbaren deutschen Rechtslage (§ 31 dWpÜG) bei der Ermittlung des Angebotspreises auch jene geldwerten Nebenleistungen berücksichtigt werden, die der Bieter zusätzlich zur geschuldeten Gegenleistung erbringt; dazu zählen etwa Wettbewerbsunterlassungen (*Santelmann/Nestler* in *Steinmeyer*, WpÜG³, § 31 Rz 23).

Ein solcher **wirtschaftlicher Zusammenhang** lag nach Ansicht des 2. Senats jedenfalls vor, weil der Verkauf der Markenrechte notwendige Voraussetzung für den Erwerb der kontrollierenden Beteiligung war und umgekehrt. Hierfür spricht insbesondere die zeitliche Komponente, da alle Verträge am 3.4.2014 und am 4.4.2014 abgeschlossen wurden. Überdies sind auch die in diese Verträge involvierten Rechtsträger der „Gruppe Hirsch“ (siehe oben Punkt 4.1.1) und der „Gruppe Herz“ (siehe oben Punkt 4.1.2) jeweils gemeinsam vorgehend iSd § 1 Z 6 ÜbG.

Allerdings fehlt es hier an dem erforderlichen **Gesamtaustauschzusammenhang** zwischen dem Kauf der Marke und dem Erwerb der kontrollierenden Beteiligung der Zielgesellschaft. Denn in den beiden Marken liegt ein selbständiges, werthaltiges Wirtschaftsgut. LA.LO.LI. hält diese Marken seit deren erstmaliger Eintragung im Markenregister. Aus wirtschaftlicher Sicht ist nachvollziehbar, dass die Bieterin bzw ein mit ihr gemeinsam vorgehender Rechtsträger oder die Zielgesellschaft selbst die Marken von LA.LO.LI. erwerben wollten. Andernfalls hätten diese Marken von LA.LO.LI. lizenziert werden müssen, was die Bieterin aufgrund der Vorgeschichte bei diesem Beteiligungserwerb nachvollziehbarerweise vermeiden wollte.

In einem nächsten Schritt ist daher zu untersuchen, ob die **Höhe der Zahlung** für den Erwerb der Markenrechte **angemessen** war. Dies ist nach Ansicht des 2. Senats gestützt auf eine von der Bieterin vorgelegte Berechnung plausibel. Der Wert der Marke wurde auf der Grundlage einer abgezinsten Ertragsrechnung aus den Lizenzzahlungen von [...] % [...] jener Produkte, die unter der Marke „HIRSCH“ verkauft werden, berechnet. Lizenzzahlungen in dieser Höhe wurden auch zwischen GRASS und der Zielgesellschaft am 10.10.2014 vertraglich vereinbart.

Ergebnis: Nach Ansicht des 2. Senats steht die Zahlung der GRASS als mit der Bieterin gemeinsam vorgehendem Rechtsträger an die KHH bzw die LA.LO.LI. iZm der Veräußerung der Markenrechte zwar in einem wirtschaftlichen Zusammenhang, nicht jedoch in einem Gesamtaustauschverhältnis mit der erworbenen kontrollierenden Beteiligung an der Zielgesellschaft. Diese Zahlung ist bei der Berechnung des Angebotspreises daher nicht zu berücksichtigen.

4.4 Preisrelevanz der Zahlung für das Wettbewerbsverbot

In einem weiteren Schritt ist zu untersuchen, ob die Verpflichtung der KHH und der LA.LO.LI. sowie der natürlichen Personen Kurt Hirsch, Vera Hirsch, Robert Hirsch, Larissa Hirsch, Louisa Hirsch und Lidwina Hirsch, während eines Zeitraums von drei Jahren keine Geschäftstätigkeiten im Geschäftsfeld der Zielgesellschaft zu betreiben, preisrelevant ist und somit bei der Festsetzung des Angebotspreises berücksichtigt werden muss.

Während es sich bei den Markenrechten um eigenständige, werthaltige Wirtschaftsgüter handelt, die von LA.LO.LI. über rund fünfzehn Jahre nachweislich durchgehend gehalten wurden und in keinem Gesamtaustauschverhältnis zum Erwerb der kontrollierenden Beteiligung stehen, liegt in einem Wettbewerbsverbot, das in der Sache eine Verpflichtung zur Unterlassung darstellt, eine „typische Nebenvereinbarung“ zu einem Unternehmens- oder Aktienkaufvertrag (vgl dazu die ganz herrschende Meinung in der Literatur: *Aicher* in *Rummel*, ABGB³, § 1061 Rz 30; *Dittrich/Tades*, ABGB³⁴, § 1061

E 16; *Verschraegen in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1061 Rz 28). In diesem Sinne führt der OGH zu Konkurrenzverboten bei Unternehmensveräußerungen Folgendes aus:

„Mögen auch Konkurrenzverbote im allgemeinen einschränkend auszulegen sein, so zählt doch beim Verkauf eines Unternehmens eine solche Vereinbarung so sehr zum typischen Vertragsinhalt, da[ss] selbst beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Verkäufer dem Käufer ermöglichen mu[ss], das Unternehmen mit der bisherigen Kundschaft fortzuführen (...), und somit eine Konkurrenzfähigkeit zu unterlassen hat“ (OGH 7.10.1987, 3 Ob 541/87).

Dabei ist jedenfalls rechtlich unbeachtlich, ob es sich um die Veräußerung eines gesamten Unternehmens als *asset deal* oder einer Mehrheitsbeteiligung einer Gesellschaft als *share deal* handelt.

Nach Ansicht des 2. Senats steht die **Zahlung** der GRASS als mit der Bieterin gemeinsam vorgehendem Rechtsträger an die KHH bzw die LA.LO.LI. iZm dem **Wettbewerbsverbot** daher in **wirtschaftlichem Zusammenhang** und in einem **Gesamtaustauschverhältnis** mit der erworbenen kontrollierenden Beteiligung. Denn wäre kein Wettbewerbsverbot vereinbart worden, so wäre ein solches im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ohnehin anzunehmen gewesen, sodass sich hinter der gesonderten Abgeltung eine versteckte Kaufpreiskomponente verbirgt.

Zwar ist der Wunsch der Bieterin nach einer nachhaltigen Absicherung des Rechtsfriedens mit dem Veräußerer Kurt Hirsch wirtschaftlich und sachlich nachvollziehbar; allerdings kann darin lediglich ein Motiv für diese Zahlung gesehen werden, das für die Berechnung des Mindestpreises gemäß § 26 ÜbG jedenfalls außer Acht zu lassen ist. Denn in der Sache erhält KHH bzw Kurt Hirsch, der KHH über LA.LO.LI. kontrolliert, als Veräußerer der kontrollierenden Beteiligung eine höhere Gegenleistung als die Adressaten des öffentlichen Pflichtangebots im Frühjahr 2014 erhalten haben. Darin liegt eine Ungleichbehandlung, die einem der obersten Zwecke des Übernahmerechts, nämlich der fairen Aufteilung der Kontrollprämie, zuwiderläuft.

Auch die Sorge der Bieterin, dass die Familienmitglieder von Kurt Hirsch an seiner Statt ein Unternehmen gründen oder sich an einem bestehenden Unternehmen beteiligen, das im Geschäftsfeld der Zielgesellschaft operiert, dieser daher Konkurrenz macht und den Namen Hirsch tragen könnte, ist nach Ansicht des 2. Senats kein tauglicher Grund, um den Gesamtaustauschzusammenhang zwischen dem Erwerb der kontrollierenden Beteiligung und der Zahlung für das Wettbewerbsverbot zu durchbrechen. Auch hier gilt wiederum, dass darin lediglich ein Motiv für die Zahlung zu sehen ist, die am Vorliegen einer Ungleichbehandlung zu Lasten der sonstigen Beteiligungspapierinhaber nichts ändert.

Ergebnis: Nach Ansicht des 2. Senats steht die Zahlung der GRASS als mit der Bieterin gemeinsam vorgehendem Rechtsträger an KHH bzw LA.LO.LI. iZm dem Wettbewerbsverbot in wirtschaftlichem Zusammenhang und in einem Gesamtaustauschverhältnis mit der erworbenen kontrollierenden Beteiligung an der Zielgesellschaft, weshalb diese Zahlung bei der Berechnung des Angebotspreises zu berücksichtigen ist.

4.5 Preisrelevanz der Übernahme der Anwaltskosten

Mit Garantievertrag vom 4.4.2014 garantierte die Bieterin iSd § 880a 2. Halbsatz ABGB unwiderruflich, KHH ihre Transaktionskosten für die Rechtsberatung in Höhe eines pauschalen Teilbetrags von EUR 99.896 (netto, zzgl USt) zu ersetzen.

Die Übernahme dieser Anwaltskosten steht jedenfalls in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Erlangung der Kontrolle über die Zielgesellschaft, was sich insbesondere in sachlicher und zeitlicher

Hinsicht manifestiert: Der Garantievertrag wurde am selben Tag abgeschlossen und nimmt inhaltlich explizit auf die Kontrollerlangung der Bieterin Bezug.

Wie in der Beweiswürdigung festgehalten wurde, ist offenkundig, dass in derart gelagerten Transaktionen jede Vertragspartei ihre Kosten für Rechtsanwälte, Steuerberater oder sonstige Berater selbst zu tragen hat. KHH hätte daher die Kosten ihrer eigenen Rechtsberatung ohne entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen KHH und der Bieterin selbst bestreiten müssen. Diese sind auch nicht – wie von der Bieterin vorgebracht – von dem gemäß § 26 ÜbG ermittelten Angebotspreis abzuziehen. Der Leistung von EUR 99.896 von der Bieterin an KHH steht daher keine fremdübliche Gegenleistung gegenüber. Vielmehr übernimmt die Bieterin einen Aufwand, den ansonsten KHH zu tragen gehabt hätte, sodass für KHH ein Vermögensvorteil entsteht. Die Vermögenssituation der KHH ist bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht anders zu sehen, als wenn sie für ihre Aktien eine höhere Gegenleistung erhalten, jedoch die Transaktionskosten selbst getragen hätte. In diesem Fall wäre der Mindestpreis gemäß § 26 ÜbG ebenfalls entsprechend höher gewesen.

Ergebnis: Die Rechtsberatkungskosten iHv EUR 99.896 sind nach Ansicht des 2. Senats zugewendete Zahlungen iSd § 26 Abs 3 ÜbG, die in wirtschaftlichem Zusammenhang und in einem Gesamtaus-tauschzusammenhang mit der erlangten kontrollierenden Beteiligung stehen. Diese Zahlung ist daher bei der Berechnung des Mindestpreises nach § 26 ÜbG zu berücksichtigen.

4.6 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 Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. als Bieterin im Verfahren GZ 2014/2/1. Überdies haften gemäß Punkt 8.1 GebO gemeinsam vorgehende Rechtsträger für die Gebühren und Barauslagen solidarisch. Zu dieser Gruppe zählen neben der Bieterin die folgenden Personen: GRASS, Herz Armaturen, GTI Gebäudetechnik, Herr Dr. Gerhard Glinzerer und Lifemotion.

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 Personen 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 GIBATWW, zu erfolgen.

5 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 3.12.2014

Für den 2. Senat der Übernahmekommission

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