



[geringfügig redaktionell überarbeitet]

An
[...]

GZ 2015/1/7 – 42
(BENE AG)

B E S C H E I D

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 27. Mai 2015 unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner im Beisein der Mitglieder Richterin des OLG Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag der grosso holding Gesellschaft mbH und der Bartenstein Holding GmbH gemäß § 26b iVm § 25 Abs 1 Z 2 Fall 1 ÜbG wie folgt entschieden:

S P R U C H

- 1. Der auf Basis der Restrukturierungsvereinbarung vom 27.3.2015 beabsichtigte Erwerb von Aktien an der BENE AG im Rahmen einer Barkapitalerhöhung im Ausmaß von EUR 18 Mio durch die BGO Beteiligungsverwaltungs GmbH erfolgt zu Sanierungszwecken im Sinne des § 25 Abs 1 Z 2 1. Fall ÜbG. BGO Beteiligungsverwaltungs GmbH, die grosso holding Gesellschaft mbH und die Bartenstein Holding GmbH sind nicht verpflichtet, ein Pflichtangebot an die Inhaber von Beteiligungspapieren der BENE AG zu stellen.**
- 2. Gemäß der Punkte 4.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 25. November 2010, Nr. 1756) sind BGO Beteiligungsverwaltungs GmbH, grosso holding Gesellschaft mbH und Bartenstein Holding GmbH solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400 sowie von Barauslagen in der Höhe von EUR 502,48 (darin enthalten EUR 83,75 Umsatzsteuer), somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in der Höhe von EUR 21.902,48 verpflichtet. Der unter Abzug des geleisteten Gebührevorschusses gemäß Pkt 4.3. der Gebührenordnung verbleibende Restbetrag von EUR 11.208,48 ist gemäß Pkt 8.3. iVm 8.6. der Gebührenordnung innerhalb von zehn Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der IBAN AT602011100001220993 und dem BIC GIBAAATWW zu entrichten.**

INHALTSVERZEICHNIS

1	Parteienvorbringen und Antragstellung	2
1.1	Vorbringen der Antragsteller vom 8.4.2015	2
1.1.1	Wirtschaftliche Situation der Zielgesellschaft	2
1.1.2	Geplanter Abschluss der Restrukturierungsvereinbarung	3
1.1.3	Sanierungskonzept der Investoren.....	3
1.2	Antrag.....	3
2	Festgestellter Sachverhalt.....	4
2.1	Allgemeines	4
2.2	Wirtschaftliche Situation der Zielgesellschaft.....	6
2.3	Beratungsverträge der Zielgesellschaft.....	6
2.4	Sanierungsmaßnahmen der Antragsteller	7
3	Beweiswürdigung.....	8
4	Rechtliche Beurteilung	8
4.1	Zu Spruchpunkt 1: Sanierungsausnahme	8
4.1.1	Verfahrensrechtliche Aspekte	8
4.1.2	Tatbestandselemente der Sanierungsausnahme	8
4.1.3	Sanierungsbedarf.....	9
4.1.4	Sanierungsabsicht.....	11
4.1.5	Gleichbehandlung aller Beteiligungspapierinhaber	11
4.2	Zu Spruchpunkt 2: Gebühren	12
4.3	Rechtsmittelbelehrung.....	13

BEGRÜNDUNG

1 Parteienvorbringen und Antragstellung

1.1 Vorbringen der Antragsteller vom 8.4.2015

1.1.1 Wirtschaftliche Situation der Zielgesellschaft

Am 8.4.2015 langte der Antrag der grosso holding Gesellschaft mbH und der Bartenstein Holding GmbH (gemeinsam „Investoren“ oder „Antragsteller“) auf Feststellung gemäß § 26b iVm § 25 Abs 1 Z 2 Fall 1 ÜbG bei der Übernahmekommission („ÜbK“) ein (ON 10). Darin legen diese die derzeitige wirtschaftliche Situation der BENE AG („BENE“ oder „Zielgesellschaft“) sowie das von ihnen geplante Sanierungskonzept dar:

Die Antragsteller bringen vor, dass die Konzern-Bilanz der BENE-Gruppe zum Bilanzstichtag 31.1.2014 ein konsolidiertes negatives Konzern-Eigenkapital von EUR 21,88 Mio ausweise (Geschäftsjahr 2013/2014). Laut der vorläufigen Bilanz zum 31.1.2015 habe die Zielgesellschaft im abgelaufenen Geschäftsjahr 2014/2015 ein konsolidiertes negatives Konzern-Eigenkapital von EUR 34,57 Mio. Es bestehen Verbindlichkeiten gegenüber den kreditierenden Banken in Höhe von über EUR 74 Mio, die in der vorläufigen Bilanz des Geschäftsjahres 2014/15 bereits auf EUR 80 Mio gestiegen sind. Zum 31.1.2014 haben sowohl die Eigenmittelquote nach § 23 URG als auch die fiktive Schuldentilgungsdauer nach § 24 URG nicht die gesetzlich geforderten Mindestwerte nach § 22 URG erfüllt, womit die Voraussetzungen für die Vermutung des Reorganisationsbedarfes gemäß § 22 Abs 1 Z 1 URG vorliegen. Darauf weise der Abschlussprüfer im Einzelabschluss der BENE explizit hin. Dementsprechend werde auch im Konzernabschluss 2013/14 auf die bestandsgefährdenden Risiken hingewiesen. Der Börsenkurs der Aktie befinde sich seit 5 Jahren in einer massiven und nahezu konstanten Abwärtsbewegung. Die Liquidität der Aktie sei äußerst gering. Der Abschlussprüfer habe von seiner Redepflicht

Gebrauch gemacht. Laut Vorbringen der Antragsteller wäre BENE ohne die nachfolgend beschriebene Restrukturierungsvereinbarung insolvenzreif:

1.1.2 Geplanter Abschluss der Restrukturierungsvereinbarung

Die Antragsteller bringen vor, dass sie aufgrund der äußerst kritischen Situation der BENE am 27.3.2015 mit den der Zielgesellschaft kreditierenden Banken, der Bene Privatstiftung („Bene PS“) sowie der BENE eine Vereinbarung über die Restrukturierung der BENE abgeschlossen haben („Restrukturierungsvereinbarung“; ON 10 Beilage ./1). Laut dieser Restrukturierungsvereinbarung erfolge der Einstieg der Investoren in die BENE mittels eines SPV (*special purpose vehicle*, „Investor-SPV“), das im Rahmen eines Kapitalschnitts an der Zielgesellschaft beteiligt werden soll. Das Investor-SPV werde in der Rechtsform einer österreichischen GmbH gegründet. Diese Vereinbarung stehe jedoch unter der aufschiebenden Bedingung, dass die ÜbK rechtskräftig feststellt, dass die geplante Restrukturierung der BENE die Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG erfüllt und dass die ÜbK keine aus Sicht der Investoren unzumutbaren Bedingungen und/oder Auflagen verhängt.

Zusammenfassend enthalte der Kapitalschnitt eine Kapitalherabsetzung des Grundkapitals auf rund EUR 1,9 Mio, im Zuge dessen jeweils 25 bestehende Aktien zu 2 Aktien zusammengelegt werden. Gleichzeitig würden die Investoren gemeinsam EUR 18 Mio frisches Kapital bereitstellen, um das Grundkapital der BENE unter Ausschluss des Bezugsrechts zu erhöhen. Nach Finalisierung des Finanzierungspakets werde das Investor-SPV etwas über 90% der Aktien an der BENE halten.

Bis spätestens 31.12.2015 sei beabsichtigt, einen Gesellschafterausschluss nach dem GesAusG vorzunehmen, im Zuge dessen die Aktionäre der BENE mit insgesamt EUR 2 Mio abgefunden werden sollen.

Die der Zielgesellschaft bislang kreditierenden Banken würden sich an der Sanierung ebenfalls beteiligen und gegenüber der BENE auf Finanzierungsverbindlichkeiten in Höhe von EUR [...] samt Nebenkosten verzichten. Es würden in Folge auch neue Finanzierungslinien durch die Banken gewährt.

1.1.3 Sanierungskonzept der Investoren

Nach Angaben der Antragsteller wird mit Umsetzung dieses Finanzierungspakets das negative Eigenkapital beseitigt und die Eigenkapitalquote der BENE wieder auf ein angemessenes Niveau angehoben; die Eigenkapitalquote werde bei ca 16% liegen. Durch die substanzielle Stärkung des Eigenkapitals werde die Unternehmensgruppe über eine solide Finanz- und Kapitalstruktur verfügen, die wieder ein gesundes Wachstum ermöglichen soll. Das Investor-SPV alleine steuere dazu EUR 18 Mio bei.

Die Antragstellerinnen bringen vor, dass sowohl Sanierungsbedarf als auch Sanierungsabsicht im vorliegenden Fall gegeben seien: Die Insolvenz der Zielgesellschaft sei bereits deutlich absehbar und es seien alle Prüfkriterien nach der Spruchpraxis der ÜbK betreffend das Vorliegen einer Sanierungsausnahme gem § 25 Abs 1 Z 2 erster Fall ÜbG erfüllt. Auch die Sanierungsabsicht der Investoren sei deutlich dokumentiert. Neben der Verpflichtung der Antragsteller laut der Restrukturierungsvereinbarung vom 27.03.2015 zur Leistung einer Barkapitalerhöhung in Höhe von EUR 18 Mio haben die Investoren einen operativen Sanierungsplan erstellt. Schließlich würden alle Aktionäre der BENE im Verlauf der Übernahme und der Sanierung der Gesellschaft gleich behandelt. Es werde keinem Aktionär ein begünstigter Ausstieg aus der Zielgesellschaft gewährt.

1.2 Antrag

Die Antragsteller begehren daher bescheidmäßige Feststellung des nachfolgenden Spruches:

1. *Der auf Basis der Restrukturierungsvereinbarung vom 27.3.2015 beabsichtigte Erwerb von Aktien an der BENE AG im Rahmen einer Barkapitalerhöhung im Ausmaß von EUR 18 Mio durch das Investor-SPV erfolgt zu Sanierungszwecken im Sinne des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG. Das Investor-SPV, die grosso holding Gesellschaft mbH und die Bartenstein Holding GmbH sind daher weder nach § 22 f ÜbG noch nach § 25 Abs 2 ÜbG dazu verpflichtet, ein Pflichtangebot an die Inhaber von Beteiligungspapieren der BENE AG zu stellen.*
2. *Gemäß Punkt 4.1. und 4.3. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 25. November 2010, Nr. 1756) sind grosso holding Gesellschaft mbH und Bartenstein Holding GmbH solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400 verpflichtet. Nach Abzug des gemäß Punkt 4.3. der Gebührenordnung zu entrichtenden und bereits geleisteten Gebührenvorschusses von EUR 10.700 ist gemäß Punkt 8.3. iVm 8.6. der Gebührenordnung der Restbetrag von EUR 10.700 innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Verschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, IBAN AT602011100001220993, Swift Code GIBAATWW, zu erfolgen.*

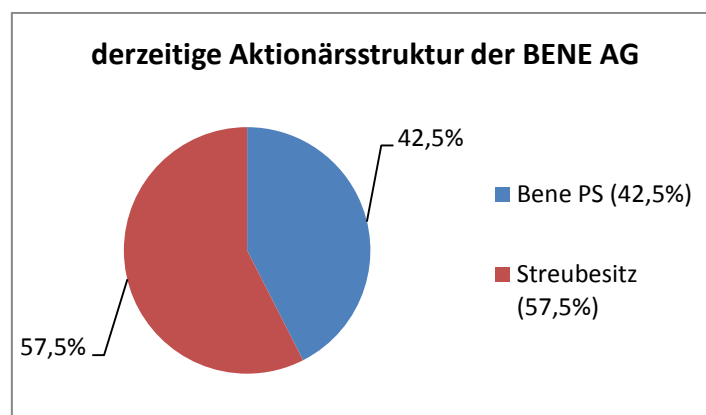
2 Festgestellter Sachverhalt

2.1 Allgemeines

BENE AG („BENE“ oder „Zielgesellschaft“; FN 89102h) ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Waidhofen/Ybbs und der Geschäftsanschrift Schwarzwiesenstraße 3, 3340 Waidhofen an der Ybbs. Das Grundkapital der BENE AG beträgt derzeit EUR 24.347.352 und ist in 24.347.352 Stückaktien zerlegt, welche zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *mid market* notieren. Der Aktienkurs der BENE AG Aktie liegt derzeit bei EUR 0,172 (Stand: 27.5.2015); daraus ergibt sich eine Marktkapitalisierung der Zielgesellschaft von EUR 4.187.744,54.

Derzeitige Kernaktionärin der Zielgesellschaft ist die **Bene Privatstiftung** („Bene PS“; FN 201077b), welche 10.337.569 Aktien an der Bene AG hält; dies entspricht einer Beteiligung am Grundkapital von rund 42,5%.

Die Aktionärsstruktur der BENE stellt sich wie folgt dar:



Bene PS ist eine Privatstiftung nach österreichischem Recht mit Sitz in Waidhofen an der Ybbs und der Geschäftsanschrift pA Graf & Pitkowitz Rechtsanwälte GmbH, Stadiongasse 2, 1010 Wien. Die Stifter sind Manfred Bene, geb. am 11.6.1941, Thomas Bene, geb. am 7.10.1963, Michael Bene, geb.

am 29.4.1995, und Elisabeth Bene, geb. am 31.5.1996. Der Stiftungsvorstand besteht aus dem Vorsitzenden Dr. Klaus Hoffmann, geb. am 30.9.1935, Dr. Armenak Utujian, geb. am 7.7.1964, und Mag. Andrea Gaal, geb. am 6.4.1963. Die Mitglieder des Stiftungsvorstands werden von Manfred Bene auf Grund eines ihm höchstpersönlich eingeräumten Rechts bestellt. Begünstigte der Stiftung sind jedenfalls der Stifter selbst und seine leiblichen Nachkommen; letztere allerdings nur gemäß den Bestimmungen der Stiftungszusatzurkunde. Manfred Bene ist zu Lebzeiten alleine berechtigt, die Stiftungsurkunde und die -zusatzurkunde mit Wirkung für und gegen alle Beteiligten zu ändern; dies betrifft auch die Einschränkung oder Erweiterung von Begünstigten. Der Beirat der Bene PS besteht aus zwei Mitgliedern. Solange der Stifter Manfred Bene lebt und geschäftsfähig ist, bestellt er die Mitglieder des Beirats auf unbestimmte Zeit, wobei die Selbstnominierung zulässig ist. Manfred Bene kann die Beiratsmitglieder auch ohne Angabe von Gründen abberufen.

Bene PS ist maßgeblich in die Sanierung eingebunden (Punkt 13 der Restrukturierungsvereinbarung). Die Bene PS verpflichtet sich gegenüber den Antragstellern und den finanzierenden Banken (siehe sogleich unten), in der kommenden Hauptversammlung der Zielgesellschaft für den Kapitalschnitt zu stimmen. Sie wird ferner nach besten Kräften darauf hinwirken, dass Ing. Manfred Bene, Dr. Armenak Utujian, Dr. Andreas Bierwirth, Mag. Andrea Gaal und Mag. Gerhard Peller mit Eintragung der Durchführung des Kapitalschnitts im Firmenbuch als Mitglieder des Aufsichtsrats zurücktreten und der Aufsichtsrat der Hauptversammlung folgende Personen zur Wahl in der Aufsichtsrat vorschlägt: Dr. Martin Bartenstein, Dr. Michael Schur, DI Peter Funder, Dr. Alexander Isola. Schließlich wird ein Rangrücktritt zugesagt: Die Befriedigung von Forderungen der Bene PS gegenüber der BENE Gruppe wird erst nach gänzlicher Tilgung oder Refinanzierung sämtlicher Finanzierungsverbindlichkeiten und nach Beseitigungen eines negativen Eigenkapitals begehrt.

grosso holding Gesellschaft mbH („grosso holding“; FN 123293p) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift in 1010 Wien, Walfischgasse 5. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 727.000. Gesellschafter sind Dr. Erhard Grossnigg, geb. am 22.9.1946, zu 89,89%, Dr. Susanne Singer, geb. am 20.3.1949, zu 0,11% sowie Mag. Kerstin Gelbmann, geb. am 30.5.1974, zu 10%. Die Geschäftsführer sind Dr. Erhard Grossnigg, Mag. Kerstin Gelbmann und Ing. Walter Karger, geb. am 13.7.1962.

Bartenstein Holding GmbH („Bartenstein Holding“; FN 97894m) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht mit Sitz in Lannach und der Geschäftsanschrift 8502 Lannach, Schlossplatz 1. Die Gesellschaft hat ein Stammkapital iHv EUR 100.000. Gesellschafter sind die Lithos Privatstiftung (FN 168749k) zu 2,1% sowie Dr. Martin Bartenstein, geb. am 3.6.1953, zu 97,9%. Die Geschäftsführer sind Dr. Martin Bartenstein sowie Dr. Ilse Bartenstein, geb. am 20.3.1955.

BGO Beteiligungsverwaltungs GmbH („BGO“; FN 433778i) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift in 1010 Wien, Walfischgasse 5. Das Stammkapital der BGO beläuft sich auf EUR 35.000. Gesellschafter sind je zu 50% die Bartenstein Holding sowie die grosso holding. Die Geschäftsführer sind Dr. Martin Bartenstein sowie Mag. Kerstin Gelbmann. BGO dient den Antragstellern nach eigener Angabe als *special purpose vehicle* (SPV) für den geplanten Erwerb der Anteile an der Zielgesellschaft.

BENE wurde bislang von den folgenden zehn Banken finanziert (gemeinsam „finanzierende Banken“): [...].

2.2 Wirtschaftliche Situation der Zielgesellschaft

BENE befindet sich bereits seit einiger Zeit in einer finanziell prekären Lage. Dazu kann auf die Angaben der Antragsteller verwiesen werden (Pkt 1.1.1 des Bescheids), die sich aus dem Konzernabschluss für das Geschäftsjahr 2013/14, den Einzelabschlüssen der BENE für die Geschäftsjahre 2012/13 sowie 2013/14 und der Zwischenmitteilung des Vorstands für das 3. Quartal 2014/15 (ON 10 Beilagen ./4 - ./7) ergeben. Ferner hat die Zielgesellschaft laut der vorläufigen Bilanz zum Stichtag 31.1.2015 im abgelaufenen Geschäftsjahr 2014/15 ein konsolidiertes negatives Konzern-Eigenkapital von EUR 38,9 Mio (ON 18). Die Nettoverschuldung erhöhte sich auf EUR 74,6 Mio (GJ 2013/14: EUR 64,6 Mio). Das Konzern-EBIT liegt nach derzeitigem Stand bei EUR -9,5 Mio (GJ 2013/14: EUR -24,2 Mio).

Bei der Bewertung der Vermögensgegenstände und Schulden wurde nur deswegen von der Fortführung des Unternehmens (*going concern*) und nicht von einer insolvenzrechtlichen Überschuldung ausgegangen, weil – basierend auf einem Restrukturierungskonzept des Vorstandes – eine Restrukturierungsvereinbarung mit den finanzierenden Banken abgeschlossen wurde (Erläuterungen zum Konzernabschluss, ON 10 Beilage ./6, Seite 122 f).

Der **Börsenkurs der Aktien** von BENE ist in den letzten vier Jahren nachhaltig gesunken und beträgt nun nur mehr 10% des Höchststandes im Jahr 2011, wie der folgenden Grafik entnommen werden kann:



2.3 Beratungsverträge der Zielgesellschaft

BENE hat mit der **M.B. Consulting GmbH** („M.B. Consulting“; FN 82447x; früher firmierend als BENE Büro- und Objekteinrichtungen Gesellschaft m.b.H.) am 8.8.2005 einen Beratervertrag abgeschlossen (ON 10 Beilage ./2). Die M.B. ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Bene PS; Geschäftsführer ist Ing. Manfred Bene. Der Beratervertrag wurde mit Nachtragsvereinbarung vom 23.10.2013 abgeändert (ON 10 Beilage ./2). Insbesondere wurde die Honorarvereinbarung modifiziert: Nach § 2 des Beratervertrages aF stand der M.B. Consulting jährlich ein Pauschalbetrag von EUR [...] zzgl USt zu, der monatlich in zwölf gleichbleibenden Raten ausbezahlt wurde. [...] Mit der Nachtragsvereinbarung vom 23.10.2013 wurde § 2 des Beratervertrages dahingehend abgeändert, dass für die Beratungs- und Unterstützungsleistungen ein pauschaler Tagessatz von EUR [...] zzgl USt gebührt. Dieser Tagessatz wird für jeden Arbeitstag gewährt, in dem M.B. Consulting Beratungsleistungen erbringt. Art und Umfang des Einsatzes der M.B. Consulting liegen ausschließlich im Ermessen des Vorstands der BENE. Außerdem hat die Beraterin den zur Verfügung gestellten Dienstwagen von der BENE zum Marktwert erworben.

Ferner hat BENE im Jahr 2011 einen weiteren Beratervertrag mit der Six Degrees GmbH („Six Degrees“, FN 364288v) abgeschlossen (Agenturvertrag vom 8.6.2011; ON 10 Beilage ./3). Die Six Degrees GmbH steht im Alleineigentum von Mag. Thomas Bene, Sohn von Ing. Manfred Bene. Für die Beratungsleistungen war ursprünglich ein monatliches pauschales Entgelt iHv EUR [...] zzgl USt vorgesehen (Art III Agenturvertrag). Ebenfalls mit einer Nachtragsvereinbarung vom 23.10.2013 (ON 10 Beilage ./3) wurde das Honorar für die Beratungsleistungen abgeändert, und zwar durch einen pauschalen Tagessatz iHv EUR [...] zzgl USt. Dieser Tagessatz wird für jeden Arbeitstag gewährt, in dem die Auftragnehmerin Beratungsleistungen erbringt. Auch bei diesem Vertrag liegt es alleine im Ermessen des Vorstandes der Zielgesellschaft, Leistungen abzurufen.

In den Geschäftsjahren 2011/12-2014/5 fielen bei der Zielgesellschaft Beratungsleistungen in der folgenden Höhe an bzw wurden für das Geschäftsjahr 2015/16 in der folgenden Höhe budgetiert (ON 34 Beilage ./1):

	2012	2013	2014	2015
M.B. Consulting	EUR [...]	EUR [...]	EUR [...]	-
Six Degrees	EUR [...]	EUR [...]	EUR [...]	EUR [...]

Es bestehen keine weiteren Vereinbarungen zwischen M.B. Consulting und BENE sowie zwischen Six Degrees und BENE. Es gibt weder offene Forderungen noch wurde aus Anlass der geplanten Restrukturierung auf Ansprüche zwischen den Vertragsparteien verzichtet (ON 34, ON 37, ON 38)

Vereinbarungen zwischen den Antragstellern und den beiden Beratungsgesellschaften, der Bene PS, direkt oder indirekt mit Bene PS verbundenen Unternehmen, Herrn Ing. Manfred Bene oder dessen nahen Angehörigen iSd § 32 IO oder von diesen Personen beherrschten Gesellschaften bestehen ebenfalls nicht (ON 32 Beilage ./1, ON 35 Beilage ./1, ON 37, ON 38).

2.4 Sanierungsmaßnahmen der Antragsteller

grosso holding und Bartenstein Holding beabsichtigen, die Zielgesellschaft zu übernehmen und wirtschaftlich zu sanieren. Für die Umsetzung des geplanten Sanierungskonzepts durch den Einstieg der beiden Investoren ist die Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Erhöhung des Grundkapitals der Zielgesellschaft notwendig. Dieser Beschluss soll im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung am 8.6.2015 gefasst werden. Die geplanten Schritte laut Restrukturierungsvereinbarung sind im Einzelnen:

- Beschluss der Herabsetzung des Grundkapitals von EUR 24.347.352 auf rund EUR 1,9 Mio. Dabei sollen jeweils 25 bestehende Aktien zu 2 Aktien zusammengelegt werden;
- Erhöhung des Grundkapitals gegen Bareinlagen durch die Investoren um EUR 18 Mio auf insgesamt EUR 19,95 Mio unter Ausschluss des gesetzlichen Bezugsrechts der bestehenden Aktionäre der Zielgesellschaft und ausschließlicher Zulassung der Investoren (Pkt 3. Restrukturierungsvereinbarung; ON 10 Beilage ./1);
- Bene PS hat sich dazu verpflichtet, ihre Stimmrechte in Hauptversammlungen im Sinne der Beschlussvorschläge des Vorstands und/oder des Aufsichtsrats auszuüben und insbesondere dem Kapitalschnitt zuzustimmen (Pkt 13. Restrukturierungsvereinbarung; ON 10 Beilage ./1);
- Nach Durchführung dieses Kapitalschnitts werden die Investoren mehr als 90% der Aktien an der BENE AG halten. Die Eigenkapitalquote der Zielgesellschaft soll danach bei ca 16% liegen;
- Danach soll es zu einem Gesellschafterausschluss gemäß §§ 1 ff GesAusG kommen.

Die finanzierenden Banken verzichten laut der Restrukturierungsvereinbarung gegenüber BENE mit Wirksamkeit ab erfolgter vollständiger Rückführung von Verbindlichkeiten in Höhe von EUR 23,7 Mio (zuzüglich der Rückführung von – in der Restrukturierungsvereinbarung näher definierten – Teilbeiträgen aus dem Erlös aus dem Verkauf zweier Liegenschaften der BENE AG) auf Forderungen gegen BENE in Höhe von rund EUR [...] (Punkt 12 der Restrukturierungsvereinbarung). Zahlreiche dieser Banken haben sich auch dazu verpflichtet, die bisherigen Finanzierungslinien zu verlängern bzw neue Kreditlinien zu gewähren (Punkte 7 – 10 der Restrukturierungsvereinbarung; ON 10 Beilage ./1).

Teil der Restrukturierungsvereinbarung ist auch ein von den Investoren vorgelegter Sanierungsplan (Anlage ./14.3 der Restrukturierungsvereinbarung).

3 Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf den zum Akt genommenen Unterlagen, den Angaben der Antragsteller in ihren Schreiben vom 8.4.2015 samt Beilagen sowie der Beantwortung der Auskunftersuchen der ÜbK vom 12. und 13.5.2015.

Nach Ansicht des 1. Senats waren die Angaben der Antragsteller glaubwürdig und nachvollziehbar.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zu Spruchpunkt 1: Sanierungsausnahme

4.1.1 Verfahrensrechtliche Aspekte

Das Verfahren wurde in sinngemäßer Anwendung des § 33 ÜbG nach den dort vorgesehenen Grundsätzen geführt. Dabei wurde allen in § 33 Abs 2 ÜbG genannten Personen Parteistellung gewährt und durch den Aktionärsaufruf am 11.4.2015 in der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 ÜbG gewährleistet, dass die ergehende Entscheidung *erga-omnes*-Wirkung entfaltet. Bei materiell unveränderter Sachlage kann daher das Verfahren nicht nach § 33 ÜbG neu aufgerollt werden (siehe dazu *Gall in Huber*, Kommentar zum ÜbG² § 26b Rz 10 f; *ders in Huber*, Kommentar zum ÜbG² § 33 Rz 4; GZ 2013/2/-146 [S & T]; GZ 2009/3/1-118 [S & T]).

Die Aufruffrist endete am 11.5.2015. Die Parteien wurden von der Einleitung des Verfahrens am 13.4.2015 verständigt. Binnen offener Aufruffrist haben sich keine Beteiligungspapierinhaber dem Verfahren angeschlossen. Die Parteien haben auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung iSd § 30 Abs 2 ÜbG iVm §§ 24 f VwGVG verzichtet. Auch aus Sicht des erkennenden 1. Senats besteht kein Bedarf für eine mündliche Verhandlung, da es sich um einen klaren Sachverhalt sowie eine klare Rechtsfrage handelt (§ 30 Abs 3 ÜbG).

4.1.2 Tatbestandselemente der Sanierungsausnahme

Gemäß § 22 ÜbG hat ein Bieter das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft der ÜbK unverzüglich mitzuteilen und innerhalb von 20 Börstetagen ab Kontrollerlangung ein den Bestimmungen des ÜbG entsprechendes Angebot für alle Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft anzuzeigen. Gemäß § 25 Abs 1 Z 2 erster Fall ÜbG besteht keine Angebotspflicht, aber eine Pflicht zur Anzeige des Sachverhalts an die ÜbK, wenn eine kontrollierende Beteiligung *zu bloßen Sanierungszwecken* erworben wird.

Diese Ausnahme von der Angebotspflicht betrifft das sog *Sanierungsprivileg*. Ausweislich der Materialien bezweckt der Gesetzgeber mit der Sanierungsausnahme, betriebs- und volkswirtschaftlich sinnvolle Restrukturierungsmaßnahmen nicht durch die Angebotspflicht zu gefährden oder zu verhindern (ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 43; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² [2007] Rz 259; *Huber in*

Huber, Kommentar zum ÜbG² § 25 Rz 22; GZ 2013/2/4-74 [*Hirsch Servo*]; GZ 2002/3/6-93 [*Vogel & Noot*]). Vielmehr soll durch die Ausnahme von der Angebotspflicht die Erhaltung betriebswirtschaftlich funktionsfähiger Einheiten und der damit zusammenhängenden Arbeitsplätze möglichst gesichert sowie eine wertzerstörende Zerschlagung von Unternehmen verhindert werden (ErlRV 1276 BlgNR 20. GP 43). Dies ist volkswirtschaftlich sinnvoll und verhindert, dass sich das Pflichtangebot durch die Erhöhung der Sanierungskosten und des Sanierungsrisikos als Hemmschuh für Sanierungen herausstellt (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 259).

In einem solchen Fall soll die Liquidität in erster Linie in die zu sanierende Gesellschaft und nicht primär an deren Aktionäre fließen. Die Befreiung von der Angebotspflicht setzt einen hinreichenden **Sanierungsbedarf** bei der Zielgesellschaft sowie eine **Sanierungsabsicht** der Bieterin voraus (ständige Spruchpraxis der ÜbK, zB GZ 2013/2/4-74 [*Hirsch Servo*]; GZ 2011/3/4-73 [*S & T*]).

4.1.3 Sanierungsbedarf

Nach der Entscheidungspraxis der ÜbK ist der Tatbestand des Sanierungsbedarfs iSd ÜbG jedenfalls mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die Zielgesellschaft erfüllt. Überschießend wäre es jedoch, einen Sanierungsbedarf erst bei eingetretener Insolvenz anzunehmen. Denn sonst hätte der Gesetzgeber direkt auf die einschlägigen Bestimmungen der Insolvenzgesetze (damals KO oder AO) verweisen können und nicht den unscharfen Begriff der *Sanierung* gebraucht (GZ 2001/2/5-50 [*Libro*]).

Zwar führt nicht schon jede vorübergehende wirtschaftliche Schiefelage eines Unternehmens zur Freistellung von der Angebotspflicht, doch kann nach der Entscheidungspraxis der ÜbK ein Sanierungsbedarf bereits dann angenommen werden, wenn sich die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Zielgesellschaft derart negativ entwickeln, dass die **Werthaltigkeit des Investments** der Beteiligungspapierinhaber bereits zur Gänze **ernsthaft gefährdet** ist. Eine solche ernsthafte Gefährdung wird regelmäßig nur dann der Fall sein, wenn die Insolvenz der Gesellschaft bereits deutlich absehbar ist (GZ 2013/2/4-74 [*Hirsch Servo*]; GZ 2011/3/4-73 [*S & T*]; GZ 2005/2/2-31 [*INKU*]; GZ 2002/3/6-93 [*Vogel & Noot*]).

Eine solche **deutliche Absehbarkeit der Insolvenz** und damit das Vorliegen des Sanierungsbedarfs hat die ÜbK im Rahmen ihrer bisherigen Entscheidungspraxis anhand mehrerer Kriterien geprüft („bewegliches System“; vgl *Huber*, Gedanken zum Sanierungsprivileg im österreichischen Übernahmerecht, in FS Reich-Rohrwig [2014] 35 [43]). Dazu zählen unter anderem das Vorliegen eines negativen Eigenkapitals, beträchtliche operative Verluste in den abgelaufenen Geschäftsjahren, ein massiver und nachhaltiger Verfall des Börsenkurses, das Gebrauchmachen von der Redepflicht durch den Abschlussprüfer sowie die kumulative Unter- (Eigenkapital) bzw Überschreitung (fiktive Schuldentilgungsdauer) der gesetzlich vorgesehenen Schwellenwerte betreffend den Reorganisationsbedarf gemäß § 22 Abs 1 Z 1 URG. Die URG-Kennzahlen sind freilich unter Einbeziehung von stillen Reserven auf Grundlage einer Konzernbetrachtung zu ermitteln (GZ 2002/3/6-93 [*Vogel & Noot*]; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 260; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² [2015] Rz 202; vgl dazu auch *Huber* in FS Reich-Rohrwig 35 [45 ff]). Als wesentliches Indiz für das Vorliegen des Sanierungsbedarfs wird auch der Umstand angesehen, dass die Zielgesellschaft nicht mehr aus eigener Kraft in der Lage ist, die Zahlungsfähigkeit sicherzustellen (GZ 2002/1/8-64 [*CLC*]). Müssen die wesentlichen *Stakeholder* der Zielgesellschaft zur Überwindung der Unternehmenskrise zusammenwirken, besteht im Zweifel Sanierungsbedarf (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 260). Dies kann beispielsweise durch die Gewährung von Moratorien, das Ausweiten von Kreditlinien (GZ 2002/3/6-93 [*Vogel & Noot*]) sowie den – zumindest teilweisen – Verzicht der Gläubiger auf For-

derungen (*haircut*) gegenüber der Zielgesellschaft zum Ausdruck kommen (GZ 2011/3/4-73 [S & T]; GZ 2005/2/2-31 [INKU]; GZ 2002/1/8-64 [CLC]). Typischerweise zahlen neu einsteigende Investoren in ein sanierungsbedürftiges Unternehmen – wenn überhaupt – bloß einen symbolischen Kaufpreis (GZ 2011/3/4-73 [S & T]; GZ 2002/1/8-64 [CLC]; GZ 2001/2/5-50 [Libro]) und investieren frisches Kapital in die Gesellschaft (GZ 2002/3/6-93 [Vogel & Noot]).

Nach Ansicht des 1. Senats ist die deutliche Absehbarkeit der Insolvenz im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen gegeben:

- Das **Eigenkapital** der Zielgesellschaft ist **negativ**; die Konzern-Bilanz der BENE-Gruppe weist für das Geschäftsjahr 2013/14 zum Bilanzstichtag 31.1.2014 ein konsolidiertes negatives Konzern-Eigenkapital von EUR 21,9 Mio bei einer Bilanzsumme von EUR 95,4 Mio aus; laut Zwischenmitteilung zum 3. Quartal betrug das negative Eigenkapital zum Stichtag 31.10.2014 bereits EUR 30,3 Mio. Laut der vorläufigen Bilanz hat die Zielgesellschaft zum Stichtag 31.1.2015 im abgelaufenen Geschäftsjahr 2014/15 ein konsolidiertes negatives Konzern-Eigenkapital von EUR 38,9 Mio. Die Nettoverschuldung erhöhte sich auf EUR 74,6 Mio (GJ 2013/14: EUR 64,6 Mio).
- Die BENE-Gruppe erwirtschaftete in den letzten Geschäftsjahren auch **operative Verluste**. Das Konzern-EBIT war im Geschäftsjahr 2013/14 negativ und betrug EUR -24,2 Mio; im abgelaufenen Geschäftsjahr 2014/15 belief sich das negative EBIT auf (vorläufig) EUR -9,5 Mio.
- Der Bestätigungsvermerk zum Konzernabschluss wurde für das Geschäftsjahr 2013/14 zwar nicht eingeschränkt; jedoch wies der **Abschlussprüfer** darauf hin, dass der Fortbestand der Unternehmensgruppe gefährdet ist, wenn die geplanten Restrukturierungsmaßnahmen nicht im notwendigen Ausmaß und im geplanten Zeitraum erfolgreich umgesetzt werden können und sich dadurch insbesondere die erwartete Ergebnisentwicklung nicht oder nur unvollständig realisiert.
- Bei der **Bewertung der Vermögensgegenstände und Schulden** wurde nur deswegen von der Fortführung des Unternehmens (*going concern*) und nicht von einer insolvenzrechtlichen Überschuldung ausgegangen, weil – basierend auf einem Restrukturierungskonzept des Vorstandes – eine Restrukturierungsvereinbarung mit den finanzierenden Banken abgeschlossen wurde.
- Der **Börsekurs der Aktien** von BENE ist in den letzten vier Jahren nachhaltig gesunken und beträgt nun nur mehr 10% des Höchststandes im Jahr 2011 (zur Grafik oben 2.2).

Zudem wirken im vorliegenden Fall alle *Stakeholder* zusammen, um die Sanierung der BENE sicherzustellen:

Die **finanzierenden Banken verzichten** laut der Restrukturierungsvereinbarung gegenüber BENE mit Wirksamkeit ab erfolgter vollständiger Rückführung von Verbindlichkeiten in Höhe von EUR [...] **auf Forderungen gegen BENE** in Höhe von rund EUR [...] (Punkt 12 der Restrukturierungsvereinbarung). Schließlich haben sich auch zahlreiche Banken dazu verpflichtet, die bisherigen Finanzierungslinien zu verlängern bzw neue Kreditlinien zu gewähren (Punkte 7 – 10 der Restrukturierungsvereinbarung).

Auch die derzeitige Hauptaktionärin der BENE, **Bene PS**, ist **maßgeblich in die Sanierung eingebunden** (Punkt 13 der Restrukturierungsvereinbarung). Die Bene PS verpflichtet sich gegenüber den Investoren und den Banken, in der kommenden Hauptversammlung der Zielgesellschaft für den Kapitalschnitt zu stimmen. Damit nimmt sie eine erhebliche Verwässerung ihres Anteils in Kauf. Sie wird ferner nach „besten Kräften“ darauf hinwirken, dass Ing. Manfred Bene, Dr. Armenak Utudjian, Dr. Andreas Bierwirth, Mag. Andrea Gaal und Mag. Gerhard Peller mit Eintragung der Durchführung des

Kapitalschnitts im Firmenbuch als Mitglieder des Aufsichtsrats zurücktreten und der Aufsichtsrat der Hauptversammlung folgende Personen zur Wahl in der Aufsichtsrat vorschlägt: Dr. Martin Bartenstein, Dr. Michael Schur, DI Peter Funder, Dr. Alexander Isola. Schließlich wird ein Rangrücktritt zugesagt: Die Befriedigung von Forderungen der Bene PS gegenüber der BENE Gruppe wird erst nach gänzlicher Tilgung oder Refinanzierung sämtlicher Finanzierungsverbindlichkeiten und nach Beseitigungen eines negativen Eigenkapitals begehrt.

Ergebnis: Nach Ansicht des 1. Senats ist der Sanierungsbedarf iSd § 25 Abs 1 Z 2 1. Fall ÜbG im vorliegenden Fall somit gegeben.

4.1.4 Sanierungsabsicht

Diese Absicht ist gegenüber der ÜbK im Rahmen der Anzeige des Sachverhalts durch die Vorlage eines Sanierungskonzepts glaubhaft zu machen. Dabei kommt die Sanierungsabsicht regelmäßig durch vom Bieter bereits getätigte oder unmittelbar bevorstehende Investitionen oder Liquiditätszuschüsse sowie durch die begleitende Umsetzung eines operativen Maßnahmenkatalogs zum Ausdruck (GZ 2005/2/2-3 [INKU]); weiters dadurch, dass er sich vertraglich zur Umsetzung eines Sanierungskonzepts verpflichtet hat (vgl dazu GZ 2011/3/4-73 [S & T]).

Im vorliegenden Fall haben die Investoren eine umfassende Restrukturierungsvereinbarung vorgelegt und verpflichten sich darin auch zu einer Eigenkapitalzufuhr iHv EUR 18 Mio im Wege einer Kapitalerhöhung. Zudem wurde von den Investoren ein Sanierungsplan vorgelegt (Anlage ./14.3 der Restrukturierungsvereinbarung). Nach Ansicht des 1. Senats wird dadurch die Sanierungsabsicht der Investoren glaubhaft dokumentiert und dargelegt.

Ergebnis: Nach Ansicht des 1. Senats liegt die Sanierungsabsicht iSd § 25 Abs 1 Z 2 1. Fall ÜbG der einsteigenden Investoren im gegenständlichen Fall vor.

4.1.5 Gleichbehandlung aller Beteiligungspapierinhaber

Schließlich ist gemäß § 25 Abs 2 ÜbG zu prüfen, ob trotz Vorliegens der Kriterien für den Sanierungsbedarf der Zielgesellschaft und der grundsätzlichen Sanierungsabsicht des Bieters gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG eine Gefährdung der Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber zu befürchten ist und die ÜbK daher ein Pflichtangebot anzuordnen hat. Die ÜbK muss von der Anordnung eines Pflichtangebots absehen und die Gewährung der Sanierungsausnahme von Auflagen und Bedingungen abhängig machen, sofern damit das Auslangen gefunden werden kann. Ein Pflichtangebot ist dabei lediglich *ultima ratio* (Huber in Huber, Kommentar zum ÜbG² § 25 Rz 95). Es kommt vor allem dann in Betracht, wenn der Bieter gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt, indem er einzelnen Aktionären aus Anlass der Übernahme Sondervorteile zuwendet oder ihnen ein Ausstiegsrecht gewährt, während den Streubesitzaktionären diese Vorteile nicht zukommen (vgl GZ 2013/2/4-74 [Hirsch Servo]; Dregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht² Rz 261).

Zu prüfen sind idZ vor allem die bestehenden Beratungsverhältnisse mit Ing. Manfred Bene sowie seinem Sohn, Mag. Thomas Bene, bzw mit der M.B. Consulting und der Six Degrees. Diese sind allerdings nach Ansicht des 1. Senats aus folgenden Gründen für die vorliegende übernahmerechtliche Beurteilung nach § 25 Abs 2 ÜbG unbedenklich, sofern den Zahlungen von BENE an die beiden Beratungsgesellschaften entsprechende Gegenleistungen gegenüberstehen:

- **M.B. Consulting** erhält für ihre Beratungsleistungen einen verkehrsüblichen Tagessatz von EUR [...] zzgl USt. Der Beratervertrag mit der M.B. Consulting GmbH wurde bereits im Jahr 2005 abgeschlossen; die Nachtragsvereinbarung im Jahr 2013. Beide Vertragsabschlüsse ste-

hen daher in keinem Zusammenhang mit der Übernahme der Zielgesellschaft. Da BENE für Leistungen der M.B. Consulting für das Jahr 2015 kein Budget vorgesehen hat, kann davon ausgegangen werden, dass es diesbezüglich auch keine besonderen Zusagen der Investoren aus Anlass der Restrukturierung der BENE gegeben hat. Schließlich liegt es allein im Ermessen des Vorstands, die Leistungen der M.B. Consulting abzurufen.

- **Six Degrees** erhält für ihre Beratungsleistungen einen ebenfalls verkehrsüblichen Tagessatz von EUR [...] zzgl USt. Der Agenturvertrag stammt aus 2011, die Nachtragsvereinbarung aus 2013. Auch hier ist kein Zusammenhang zwischen dem Abschluss des Vertrages und der im Jahr 2015 geplanten Sanierung zu erkennen. Daran ändert nichts, dass für die Inanspruchnahme der Leistungen der Six Degrees für das Jahr 2015 EUR [...] budgetiert wurden, was beim offengelegten Tagessatz einer Beschäftigung von rund sechzehn Beratungstagen entspricht.

Hinzuweisen ist auch auf die Verpflichtung zur Aktionärsgleichbehandlung der Investoren, der BENE sowie der finanzierenden Banken gemäß Pkt 15. der Restrukturierungsvereinbarung. Alle Beteiligten erklären dort, dass im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung keinem Aktionär der BENE eine Leistung versprochen oder erbracht wurde. Die Bene PS gibt dieselbe Verpflichtungserklärung für sich und alle von ihr kontrollierten Gesellschaften ab.

Ergebnis: Nach Ansicht des 1. Senats gibt es keine Bedenken bezüglich des Gleichbehandlungsgrundsatzes, zumal keinem Aktionär ein besonderes Ausstiegsrecht eingeräumt wird. Es liegt somit keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, weswegen von der Anordnung von Auflagen oder Bedingungen oder eines Pflichtangebots gemäß § 25 Abs 2 ÜbG abzusehen ist.

4.2 Zu Spruchpunkt 2: Gebühren

Für ein Verfahren gemäß § 26b ÜbG ist gemäß Pkt 4.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der ÜbK (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 25. November 2010, Nr. 1756) („GebO“) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400 zu entrichten.

Gemäß Punkt 4.1. GebO trägt der „Bieter“ die Kosten des Verfahrens. „Bieter“ im Sinne dieser Bestimmung sind die beiden Antragsteller grosso holding Gesellschaft mbH, Bartenstein Holding und BGO Beteiligungsverwaltungs GmbH. Nach Pkt. 4.2. der GebO entsteht der Gebührenanspruch zu dem Zeitpunkt, zu dem der Bieter den Antrag bei der ÜbK einbringt.

Der am 12.5.2015 von den Antragstellern gemäß Pkt 4.3. GebO überwiesene Gebührevorschuss in der Höhe von insgesamt EUR 10.700 ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen. Die Antragsteller haben daher noch einen Restbetrag von EUR 10.700 zu leisten.

Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 analog iVm § 11 Abs 1a ÜbG vom 11.4.2015 sind Barauslagen in der Höhe von EUR 502,48 (darin enthalten EUR 83,75 Umsatzsteuer) angefallen. Diese sind gemäß Punkt 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 21.902,48.

Gemäß Pkt 8.3. GebO sind sämtliche Gebühren und Zahlungen zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die ÜbK zur Zahlung fällig. Die Zahlung hat gemäß Pkt 8.6. GebO auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG zu erfolgen (IBAN: AT602011100001220993, BIC: GIBAATWW).

4.3 Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann Rekurs an den Obersten Gerichtshof gemäß § 30a ÜbG erhoben werden. Dieser ist binnen einer Frist von vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheids bei der ÜbK einzubringen. Der elektronische Rechtsverkehr der Justiz (ERV) kann dabei nicht genutzt werden.

Wien, am 27.5.2015

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner
(Vorsitzender des 1. Senats)