



An
[...]

[Dieser Bescheid wurde vor Veröffentlichung geringfügig redaktionell verändert]

GZ 2015/2/2 - 24
(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. Das Ruhen der Stimmrechte der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. (FN 69299k) sowie der mit dieser gemeinsam vorgehenden Rechtsträger wird hinsichtlich der Aktien der HIRSCH Servo AG (FN 117300a) gemäß § 34 Abs 2 ÜbG aufgehoben.**
- 2. Gemäß Punkt 6.1. und 8.1. 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,- 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 (IBAN AT602011100001220993, BIC GIBAATWW) zu entrichten.**

Inhaltsverzeichnis

1	Parteienvorbringen und Antragstellung	2
1.1	Schriftliches Vorbringen vom 5.3.2015	2
1.2	Schriftliches Vorbringen vom 14.4.2015	3
1.3	Antrag vom 14.4.2015	4
1.4	Schriftliches Vorbringen vom 22.4.2015	4
1.5	Zurückziehung des Antragspunktes 2 sowie Verzicht auf mündliche Verhandlung	4
2	Sachverhalt	5
2.1	Allgemeines	5
2.2	Angebot der Herz an die Aktionäre der HSAG	7
2.3	Bescheid GZ 2014/2/3-55.....	7
2.4	Entwicklung der HSAG Aktie.....	8
2.5	Erfolgte Zahlung der Nachbesserung an die Aktionäre der HSAG	8
3	Beweiswürdigung.....	8
4	Rechtliche Beurteilung	9
4.1	Zu Spruchpunkt 1 – Ruhen des Stimmrechts	9
4.1.1	Aufhebung des Stimmrechtsruhens	9
4.1.2	Berechnung der Nachbesserung	10
4.1.3	Verzugszinsen	11
4.1.4	Keine neuerliche Öffnung des Angebots	12
4.2	Zu Spruchpunkt 2 – Gebühren	13
5	Rechtsmittelbelehrung	14

Begründung

1 Parteienvorbringen und Antragstellung

1.1 Schriftliches Vorbringen vom 5.3.2015

Im Schreiben vom 5.3.2015 legte die Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. („Herz“, „Bieterin“ oder „Antragstellerin“) die von ihr geplante Nachbesserung des bereits abgeschlossenen Pflichtangebots an die Aktionäre der HIRSCH Servo AG („HSAG“ oder „Zielgesellschaft“) wie folgt dar:

Der ursprüngliche Kaufpreis habe EUR 7,94 je Stückaktie der Zielgesellschaft betragen. Der nachgebesserte Angebotspreis solle EUR 9,43 je Stückaktie der Zielgesellschaft betragen. Dieser nachgebesserte Angebotspreis setze sich wie folgt zusammen:

Posten	Betrag
Kaufpreis für 255.000 Aktien (23.12.2013)	€ 999.600
Kaufpreis für 54.584 Aktien (4.4.2014)	€ 327.504
Projektkostenansprüche (netto, ohne Ust)	€ 600.000
Verzichtsabgeltung	€ 530.000
Abgeltung Wettbewerbsverbot	€ 362.600
Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung	€ 99.896
Summe	€ 2.919.600
Gesamtzahl aller am 23.12.2013 und am 4.4.2014 erworbener Aktien	309.584,00
Angebotspreis je Aktie (NEU)	€ 9,43
Angebotspreis je Aktie (bisher)	€ 7,94

Somit errechne sich ein Nachbesserungsbetrag iHv EUR 1,49 je Stückaktie der Zielgesellschaft.

Hinsichtlich des Adressatenkreises führte die Antragstellerin aus, dass die Nachbesserung nur jenen Beteiligungspapierinhabern auszuführen sei, welche das Pflichtangebot während der Annahmefrist bzw während der dreimonatigen Nachfrist gemäß § 19 Abs 3 ÜbG angenommen haben. Somit sei eine Nachbesserung für insgesamt 116.778 Aktien der HSAG zu zahlen. Bei einer Nachzahlung von EUR 1,49 je eingelieferter Aktie ergäbe sich somit eine Nachzahlung von insgesamt EUR 173.999,22.

Sowohl die Kursentwicklung als auch die Liquidität des gegenständlichen Beteiligungspapiers hätten gezeigt, dass Beteiligungspapierinhaber, die das Pflichtangebot nicht angenommen haben, trotz der Nachbesserung des ursprünglichen Angebotspreises, durch den Verkauf ihrer Beteiligungspapiere über die Börse eine bessere Austrittsmöglichkeit hätten bzw gehabt hätten. Es sei daher davon auszugehen, dass diejenigen Beteiligungspapierinhaber, die ihre Aktien weder dem Pflichtangebot unterstellt, noch diese über die Börse verkauft haben (Börsekurs per 5.3.2015: EUR 19,20 je Aktie), kein Interesse an einem Austritt aus der Zielgesellschaft hätten oder gehabt hätten. Im Zeitraum 1.4.-31.12.2014 seien insgesamt 38.372 Aktien der Zielgesellschaft gehandelt worden; außerdem habe sich der Kurs der HSAG in dieser Zeit beinahe verdreifacht.

In Hinblick auf die Abwicklung brachte die Antragstellerin vor, dass die Annahme- und Zahlstelle des ursprünglichen Pflichtangebots anhand der Bestände zum Ende der Angebots- bzw zum Ende der Nachfrist feststellen könne, welche Beteiligungspapierinhaber ihre Aktien zu welchem Zeitpunkt dem Pflichtangebot unterstellt und somit Anspruch auf eine Nachbesserung des Angebotspreises haben. Hierfür würden eigene ISIN Codes vergeben, sodass die Nachbesserung des Pflichtangebots einfach und schnell durchgeführt werden könne.

1.2 Schriftliches Vorbringen vom 14.4.2015

Mit Schreiben vom 14.4.2015 brachte die Antragstellerin Folgendes vor:

Jene Aktionäre, die das am 14.5.2014 veröffentlichte Pflichtangebot während der Annahmefrist angenommen haben, würden als Wiedergutmachung der Verletzung der Preisbildungsvorschrift des § 26 ÜbG neben dem von Herz angebotenen Nachbesserungsbetrag iHv EUR 1,49 auch noch 4% Zinsen für den Zeitraum von Mitte Juni 2014 bis Mitte April 2015 erhalten. Dies entspreche einem Betrag iHv EUR 0,05 je Stückaktie. Insgesamt errechne sich somit für jene Aktionäre, die das Pflichtangebot während der Annahmefrist angenommen haben, eine Nachzahlung von insgesamt EUR 1,54 je Stückaktie.

Jene Aktionäre, die das am 14.5.2014 veröffentlichte Pflichtangebot während der Nachfrist angenommen haben, würden als Wiedergutmachung der Verletzung der Preisbildungsvorschrift des § 26 ÜbG neben dem von Herz angebotenen Nachbesserungsbetrag iHv EUR 1,49 auch noch 4% Zinsen für den Zeitraum von Mitte September 2014 bis Mitte April 2015 erhalten. Dies entspreche einem Betrag iHv EUR 0,03 je Stückaktie. Insgesamt errechne sich somit für jene Aktionäre, die das Pflichtangebot während der Nachfrist angenommen haben, eine Nachzahlung von insgesamt EUR 1,52 je Stückaktie.

Daraus ergebe sich somit bei 116.778 eingelieferten Aktien eine Gesamtnachzahlung iHv EUR 178.335,78. Die Auszahlung der Nachzahlung an die Aktionäre der HSAG, erfolge mit Valuta 22.4.2015.

Überdies stünden der Antragstellerin freie Mittel iHv EUR 200.000,- zum Zwecke der Finanzierung der Nachbesserung zur Verfügung.

1.3 Antrag vom 14.4.2015

In ihrem Schreiben vom 14.4.2015 stellte Herz überdies den Antrag,

- die Übernahmekommission möge das Ruhen des Stimmrechts der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. aufheben, da die Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. alsbaldig eine Nachzahlung an die Aktionäre der HIRSCH Servo AG, die das am 14.5.2014 veröffentlichte Pflichtangebot der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. während der Annahmefrist oder während der Nachfrist angenommen haben, leisten wird und darüber hinaus die Leistung der Nachzahlung gesichert ist und
- die Übernahmekommission möge eine entsprechende Mitteilung – vergleichbar mit jener vom 3.12.2014 – veröffentlichen, in der die Öffentlichkeit darüber informiert wird, dass das *ex lege*-Ruhen des Stimmrechts der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. aufgrund der Leistung einer Nachzahlung aufzuheben ist.

1.4 Schriftliches Vorbringen vom 22.4.2015

Die Antragstellerin brachte in ihrem Schreiben von 22.4.2015 vor, dass die Auszahlung der Nachzahlung (Nachbesserung und Zinsen) mit Valuta 22.4.2015 erfolgt sei und die UniCredit Bank Austria AG als Zahlstelle bestätigt habe, dass diese die Auszahlung der Nachbesserung am 22.4.2015 auch tatsächlich vorgenommen habe.

1.5 Zurückziehung des Antragspunktes 2 sowie Verzicht auf mündliche Verhandlung

In einem Telefonat 27.4.2015 zwischen der Geschäftsstelle der ÜbK und Herrn Mag. Hosek (ua Prokurist der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H.; vgl näher dazu Pkt 2.1) erklärte dieser, dass Herz auf die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung verzichte sowie Punkt zwei ihres Antrags zurückziehe, welcher wie folgt lautet:

Die Übernahmekommission möge eine entsprechende Mitteilung – vergleichbar mit jener vom 3.12.2014 – veröffentlichen, in der die Öffentlichkeit darüber informiert wird, dass das *ex lege*-Ruhen des Stimmrechts der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. aufgrund der Leistung einer Nachzahlung aufzuheben ist.

2 Sachverhalt

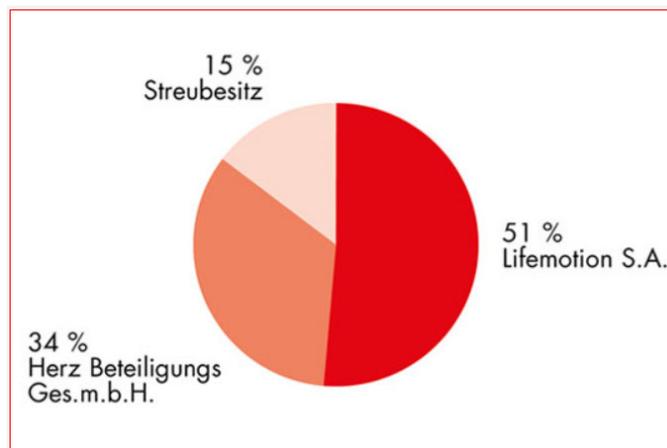
Nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens und unter Einbeziehung der Akteninhalte aus den abgeschlossenen Verfahren zu GZ 2013/2/4, GZ 2014/2/1, GZ 2014/2/3 stellte der 2. Senat folgenden Sachverhalt fest:

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 Geregeltten Freiverkehr der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *Standard Market [Auction]* notieren.

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.

Die aktuelle Aktionärsstruktur der HSAG stellt sich derzeit wie folgt dar:



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.

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 Herz Armaturen Ges.m.b.H. zu 50,70% sowie sechs Mitglieder der Familie Grass im Ausmaß von insgesamt 49,30%.

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

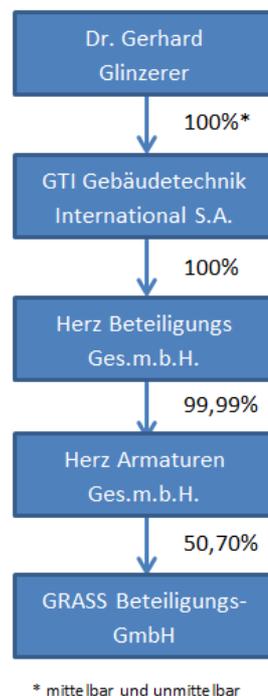
Widinski gehalten. Alleingeschäftsführer ist Herr Dr. Gerhard Glinzerer. Prokurist ist unter anderem Herr Mag. Peter Hosek-Spevacek.

Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. („Herz“, „Antragstellerin“ oder „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. Alleinigiger 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 Antragstellerin, von Herz Armaturen, von GRASS und darüber hinaus mittelbarer Eigentümer dieser Gesellschaften.

Grafisch lässt sich die gesellschaftsrechtliche Struktur der „Herz-Gruppe“ wie folgt darstellen:



Überdies hält die Antragstellerin 100% an **Lifemotion SA** („Lifemotion“), einer 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. Lifemotion erwarb am 23.12.2013 von KHH 255.000 Stück Aktien der HSAG (Beilage ./1 zu ON 11 in GZ 2013/2/4). Mit Aktienkaufvertrag vom 4.4.2014 erwarb die Antragstellerin von Herrn Dr. Matthias Calice 100% der Aktien an Lifemotion und somit auch indirekt die 255.000 Stück Aktien der HSAG (Beilage ./1 zu ON 19 in GZ 2014/2/1). Das Nennkapital der Lifemotion beträgt CHF 100.000 und ist in 100 Inhaberaktien aufgeteilt, die allesamt von der Antragstellerin

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

2.2 Angebot der Herz an die Aktionäre der HSAG

Herz veröffentlichte am 14.5.2014 das öffentliche Pflichtangebot gemäß §§ 22 ff ÜbG an die Aktionäre der HSAG. Angebotsgegenständlich waren effektiv 190.416 Stückaktien der Zielgesellschaft; der Preis lag bei EUR 7,94 je kaufgegenständlicher Aktie (ON 60 in GZ 2014/2/1). Folgende, im Rahmen des Angebots an die Aktionärin KHH bzw an mit ihr gemeinsam vorgehende Rechtsträger geflossene Zahlungen wurden im Angebotspreis von EUR 7,94 je Aktie berücksichtigt:

EUR 999.600,-	für 255.000 Aktien	(Beilage ./1 zu ON 11 in GZ 2013/2/4)
EUR 600.000,-	für Projekt Ghana	(Beilage ./1 zu ON 11 in GZ 2013/2/4)
EUR 327.504,-	für 54.584 Aktien	(Beilage ./1 zu ON 19 in GZ 2014/2/1)
EUR 530.000,-	für Anfechtungsverzicht	(Beilage ./1 zu ON 19 in GZ 2014/2/1)
<hr/>		
<u>EUR 2.457.104,-</u> Summe geleisteter Zahlungen		

Dividiert man diese Summe durch die Anzahl der in Zusammenhang mit diesen Zahlungen von der Bieterin erworbenen Aktien ($255.000 + 54.584 = 309.584$), so ergibt sich der von Herz an die Beteiligungspapierinhaber der HSAG im Rahmen des Pflichtangebots gebotene Preis iHv EUR 7,94 je Stückaktie. Das Angebot endete am 28.5.2014 und wurde für insgesamt 41.661 Stückaktien der HSAG angenommen; das sind 8,33% des Grundkapitals (Beilage ./1 zu ON 79 in GZ 2014/2/1). Bis zum Ende der Nachfrist wurden überdies noch 75.117 Aktien (15,02% des GK) in das Angebot eingeliefert (ON 118 in GZ 2014/2/1). Das Angebot wurde somit für insgesamt 116.778 Aktien (23,35% des GK) angenommen.

2.3 Bescheid GZ 2014/2/3-55

Im September 2014 wurde vom 2. Senat ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 ÜbG betreffend das Pflichtangebot der Herz an die Beteiligungspapierinhaber der HSAG eingeleitet. Gegenstand dieses Verfahrens war die Frage, ob das Pflichtangebot der Herz unter Verletzung der Bestimmungen des 2. oder 3. Teils des ÜbG durchgeführt wurde; insbesondere ob dabei der gebotene Preis den gesetzlichen Vorschriften entsprochen hat.

In diesem Verfahren erging am 3.12.2014 ein Bescheid mit folgendem Spruch:

„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.“

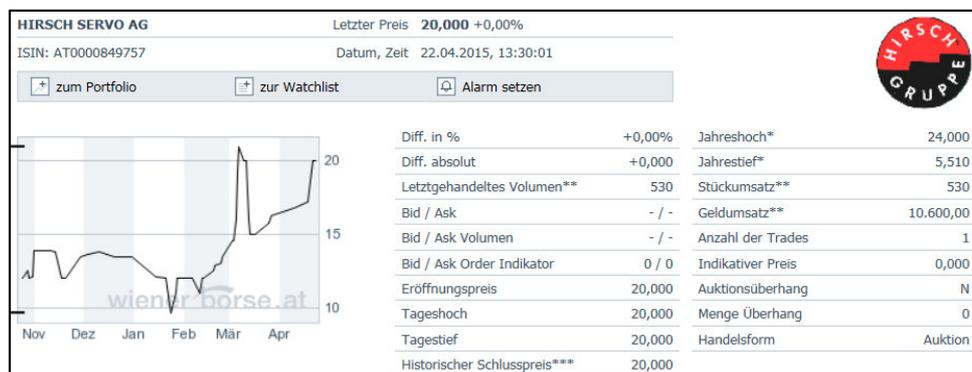
Der Begründung ist zu entnehmen, dass der Preis insbesondere deshalb nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprach, weil weitere, der Übernahmekommission im Rahmen des Angebotsverfahrens nicht offen gelegte Zahlungen der Bieterin Herz bzw ihrer gemeinsam vorgehenden Rechtsträger an die ehemalige Hauptaktionärin der Zielgesellschaft bzw an mit dieser Hauptaktionärin gemeinsam vorgehende Rechtsträger flossen. Diese Zahlungen konnten bei der Bemessung des Angebotspreises im öffentlichen Pflichtangebot vom 14.5.2014 daher nicht berücksichtigt werden.

Bei zwei dieser Zahlungen handelte es sich aus Sicht des 2. Senats um preisrelevante Zahlungen, da diese in wirtschaftlichem Zusammenhang und in einem Gesamtaustauschverhältnis mit der erworbenen kontrollierenden Beteiligung an der Zielgesellschaft standen. Konkret handelte es sich dabei einerseits um eine Zahlung iHv EUR 362.600,- an die KHH bzw an mit dieser gemeinsam vorgehende Rechtsträger als Abgeltung für ein Wettbewerbsverbot (Beilage ./2 zu ON 101 in GZ 2014/2/1) und andererseits die Übernahme von Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung der KHH iHv EUR 99.896,- durch die Bieterin (Beilage ./1 zu ON 101 in GZ 2014/2/1).

In einer Pressemitteilung der ÜbK vom 3.12.2014 wurde iZm der Entscheidung GZ 2014/2/3-55 außerdem darauf hingewiesen, dass § 34 Abs 1 ÜbG als Rechtsfolge vorsieht, dass die Stimmrechte der Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. aus den Aktien der HSAG *ex lege* ruhen, bis die Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. zur Wiedergutmachung der Verletzung der Preisbildungsvorschrift eine Zahlung geleistet hat (Beilage ./1 zu ON 56 in GZ 2014/2/3).

2.4 Entwicklung der HSAG Aktie

Nachstehendes Chart zeigt die Entwicklung des Börsenkurses der HSAG-Aktie in den vergangenen Monaten:



Im Zeitraum 1.4.2014 bis 31.12.2014 wurden insgesamt 38.372 Aktien der HSAG an der Börse gehandelt (Beilage ./1 zu ON 6 in GZ 2015/2/2). Die Gesamtanzahl der Aktien der HSAG beträgt 500.000. 15% und damit rund 75.000 Aktien befinden sich in Streubesitz. Daraus ergibt sich, dass mehr als die Hälfte aller sich in Streubesitz befindlichen Aktien im Zeitraum vom 1.4.2014 bis zum 31.12.2014 an der Börse gehandelt wurde.

2.5 Erfolgte Zahlung der Nachbesserung an die Aktionäre der HSAG

Am 22.4.2015 bestätigte die UniCredit Bank Austria AG die erfolgte Auszahlung der Nachbesserung für Annahmen in der Angebotsfrist iHv EUR 1,54 je Aktie sowie für Annahmen in der Nachfrist iHv EUR 1,52 je Aktie (ON 15 in GZ 2015/2/2)

3 Beweiswürdigung

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen auf den zum Akt genommenen Unterlagen der Verfahren GZ 2013/2/4, GZ 2014/2/1, GZ 2014/2/3 sowie den Angaben der Antragstellerin in ihren Schreiben vom 5.3.2015, 14.4.2015 und 22.4.2015 samt Beilagen.

Nach Ansicht des 2. Senats waren die Angaben der Antragstellerin in ihren Schreiben vom 5.3.2015, 14.4.2015 und 22.4.2015 samt Beilagen glaubwürdig und nachvollziehbar.

4 Rechtliche Beurteilung

4.1 Zu Spruchpunkt 1 – Ruhen des Stimmrechts

Gemäß § 34 Abs 1 ÜbG ruht das Stimmrecht der Bieterin, sofern diese ein erforderliches Pflichtangebot nicht veröffentlicht oder bei einem Angebot gegen die Preisbildungsvorschriften (§§ 16 oder 26 ÜbG) verstoßen hat.

Das Ruhen des Stimmrechts als zivilrechtliche Sanktion ergänzt die Strafbestimmungen des ÜbG. Die **Rechtsfolge des § 34 Abs 1 ÜbG** tritt *ex lege* ein und bedarf daher keiner Entscheidung durch die ÜbK (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht Rz 330 f; *Huber in Huber*, Kommentar zum ÜbG, § 34 Rz 1, 22). Im vorliegenden Fall ist § 34 Abs 1 zweiter Fall ÜbG einschlägig. Wurde im Falle einer Angebotspflicht die Angebotsunterlage angezeigt, die Veröffentlichung des Angebots von der ÜbK nicht untersagt und die Angebotsunterlage in weiterer Folge veröffentlicht, kommt dennoch ein *Ex-lege*-Ruhen der Stimmrechte der Bieterin wegen Verletzung von § 26 ÜbG in Betracht. Die ÜbK kann die Gesetzmäßigkeit der Preisbildung nur anhand der ihr zugänglichen Informationen prüfen. Bei Unvollständigkeit dieser Informationen kann daher trotz positiver Prüfung der Angebotsunterlage die Preisbildung gesetzwidrig sein (vgl *Huber in Huber*, Kommentar zum ÜbG § 34 Rz 16). Tatbestandsmäßig ist somit wie im vorliegenden Fall auch die Unterschreitung der Preisuntergrenze des § 26 Abs 3 ÜbG (vgl *Huber in Huber*, Kommentar zum ÜbG § 34 Rz 17). Nicht erforderlich ist, dass die Verletzung der Preisbildungsvorschriften auch subjektiv vorwerfbar ist (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht² Rz 331).

Rechtsfolge einer Verletzung nach § 34 ÜbG ist das Ruhen der Stimmrechte des Rechtsverletzers. Das Ruhen betrifft auch jene Beteiligungspapiere, die der Rechtsverletzer bereits vor dem gegenständlichen Übernahmeverfahren erworben hat oder danach hinzuwirbt. Das Ruhen erfasst auch alle Beteiligungspapiere von mit dem Rechtsverletzer gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern, die sich die Rechtsverletzung einander wechselseitig gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG zurechnen lassen müssen (vgl *Huber in Huber*, Kommentar zum ÜbG § 34 Rz 20 f).

Ergebnis: Aufgrund der Verletzung der Preisbildungsvorschriften im Angebot der Herz an die HSAG mit der GZ 2014/2/1 ruht *ex lege* das Stimmrecht der Herz sowie jenes aller mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger aus den Aktien der HSAG gemäß § 34 Abs 1 zweiter Fall ÜbG.

4.1.1 Aufhebung des Stimmrechtsruhens

Das in § 34 Abs 1 ÜbG enthaltene *ex lege*-Ruhen des Stimmrechts kann jedoch wieder aufgehoben werden. § 34 Abs 2 ÜbG bestimmt hierzu:

„Die Übernahmekommission hat das Ruhen des Stimmrechts aufzuheben, sobald ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Pflichtangebot gestellt wurde oder zur Wiedergutmachung der Verletzung der Preisbildungsvorschriften eine Zahlung geleistet wurde beziehungsweise ihre alsbaldige Leistung gesichert ist [...].“

Im vorliegenden Fall war somit zu klären, ob die bereits geleistete Zahlung des Nachbesserungsbetrages eine Wiedergutmachung der Verletzung der Preisbildungsvorschriften darstellt. Dabei ist eine vollständige Wiedergutmachung notwendig: Dies erfordert die vollständige Zahlung der Differenz zwischen jedem Betrag pro Beteiligungspapier, der von der Bieterin im Rahmen des Angebots gezahlt wurde und jenem höheren Betrag, der bei richtiger Anwendung der Preisbildungsregeln bzw bei Berücksichtigung allfälliger erst nach Genehmigung der Veröffentlichung der Angebotsunterlage der

ÜbK bekannt gewordener Zahlungen mindestens anzubieten gewesen wäre. Diese Differenz ist jedenfalls an alle Aktionäre zu zahlen, die das Angebot angenommen haben (vgl. *Huber in Huber*, Kommentar zum ÜbG § 34 Rz 26 f). Liegen die Voraussetzungen des § 34 Abs 2 erster Satz vor, so hat die ÜbK das Ruhen der Stimmrechte unverzüglich aufzuheben.

4.1.2 Berechnung der Nachbesserung

Zur Berechnung der Nachbesserung ist der übernahmerechtliche Mindestpreis ausschlaggebend. 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 hinausgehenden Aktien der Minderheitsaktionäre (vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, 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.

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).

Die Preisbildungsregel des § 26 Abs 3 ÜbG bestimmt, dass bei der Ermittlung des Gesamtwerts der Gegenleistung für die Aktien im Rahmen eines Pflichtangebots **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. 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 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.

Wie bereits oben unter Punkt 2.3 beschrieben, hat der 2. Senat der ÜbK am 3.12.201[4] mit Bescheid festgestellt, dass im Rahmen des Pflichtangebots vom 14.5.201[4] zwei weitere Zahlungen der Bieterin an eine Aktionärin der Zielgesellschaft preisrelevant waren, da sie in einem **Gesamtaustauschver-**

hältnis mit der erworbenen kontrollierenden Beteiligung an der Zielgesellschaft stehen (vgl dazu näher Pkt 4.4 und 4.5 in GZ 2014/2/3-55).

Bezieht man nun auch diese beiden Zahlungen in die Berechnung des Angebotspreises mit ein, ergibt sich Folgendes:

EUR 999.600,-	(für 255.000 Aktien)
EUR 600.000,-	(für Projekt Ghana)
EUR 327.504,-	(für 54.584 Aktien)
EUR 530.000,-	(für Anfechtungsverzicht)
EUR 362.600,-	(für Wettbewerbsverbot)
EUR 99.896,-	(für Rechtsberatung der KHH)
<hr/>	
EUR 2.919.600,-	(Summe geleisteter Zahlungen)
<hr/>	

Dividiert man diese Summe durch die Anzahl der in Zusammenhang mit diesen Zahlungen von der Bieterin erworbenen Aktien (309.584), so ergibt dies einen gesetzmäßigen Preis von EUR 9,43 je Stückaktie und somit eine Nachzahlung iHv EUR 1,49 je Stückaktie. Bei insgesamt 116.778 in das Angebot eingelieferten Stückaktien (vgl Pkt 2.2) ergibt die Berechnung der Nachzahlung unter Berücksichtigung aller preisrelevanten Zahlungen somit einen Betrag von insgesamt EUR 173.999,22.

Ergebnis: Nach Ansicht des 2. Senats hätte Herz im Rahmen des Pflichtangebots somit einen Preis von EUR 9,43 je Stückaktie bieten müssen, um die Preisbildungsvorschriften, insbesondere § 26 ÜbG, nicht zu verletzen. Die Differenz zwischen dem gebotenen Angebotspreis und dem gesetzmäßigen Angebotspreis beträgt somit wie von der Antragstellerin dargelegt EUR 1,49 je Stückaktie.

4.1.3 Verzugszinsen

Im vorliegenden Fall war überdies zu klären, ob die bloße Nachzahlung auf den gesetzmäßigen Angebotspreis als „**Wiedergutmachung der Verletzung von Preisbildungsvorschriften**“ ausreicht. Denkbar wäre auch die Verpflichtung der Bieterin zur Zahlung von **Verzugszinsen** aufgrund der Verzögerung der ursprünglichen Gegenleistung im Rahmen des Pflichtangebots.

§ 1333 Abs 1 ABGB bestimmt:

„Der Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat, wird durch die gesetzlichen Zinsen (§ 1000 Abs. 1) vergütet.“

§ 1000 Abs 1 ABGB bestimmt:

„An Zinsen, die ohne Bestimmung der Höhe vereinbart worden sind oder aus dem Gesetz gebühren, sind, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, vier vom Hundert auf ein Jahr zu entrichten.“

Die Verpflichtung zur Bezahlung von gesetzlichen Verzugszinsen nach § 1333 Abs 1 ABGB trifft den Schuldner auch bei bloß objektivem Verzug, ist also verschuldensunabhängig. Die Zinsen sollen den Schaden, den ein Gläubiger durch die Zahlungsverzögerung des Schuldners erlitten hat, pauschal abdecken, ohne dass es eines konkreten Schadensnachweises durch den Gläubiger bedarf (*Danzl* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁴ § 1333 Rz 3 f). Diese Sonderbestimmung

verweist wiederum auf § 1000 Abs 1 ABGB, sodass die Verzugszinsen mangels anderer Vereinbarung 4% p.a. betragen (*Aichberger-Beig in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1000 Rz 3).

Würde man die gesetzlichen Verzugszinsen bei der Nachzahlung nicht berücksichtigen, entstünde den Beteiligungspapierinhabern aus dieser von der Bieterin verursachten Verzögerung ein Nachteil. Nach Ansicht des 2. Senats sind deshalb **bei der Verzögerung der Zahlung** einer Geldforderung **Zinsen in Höhe von 4% p.a. zu berücksichtigen**. Somit ergibt sich folgende Berechnung:

$$\text{EUR 1,49} + 4\% \text{ p.a. für den Zeitraum Mitte Juni 2014 bis Mitte April 2015} \\ (= 10 \text{ Monate à EUR 0,005} = \text{EUR 0,05}) = \text{EUR 1,54}$$

Konsequenterweise ist die Berechnung in weiterer Folge für jene Aktionäre anzupassen, welche das Angebot nicht in der allgemeinen Annahmefrist angenommen und die Zahlung daher kurz nach Ende der Annahmefrist erhalten haben, sondern welche das Angebot **erst während der Nachfrist** angenommen und die Zahlung daher auch erst etwas später erhalten haben. Durch den späteren Entschluss, das Angebot anzunehmen und das spätere Settlement verändert sich die Berechnung der Verzugszinsen wie folgt:

$$\text{EUR 1,49} + 4\% \text{ p.a. für den Zeitraum Mitte September 2014 bis Mitte April 2015} \\ (= 7 \text{ Monate à EUR 0,005} = \text{EUR 0,03}) = \text{EUR 1,52}$$

Unter Berücksichtigung der Nachzahlung samt Zinsen ergibt sich somit folgende Aufstellung:

Aktien gesamt	116.778	*EUR 1,49 Nachbesserung	173.999,22
in Annahmefrist eingelieferte Aktien	41.661	*EUR 0,05 Zinsen	2.083,05
in Nachfrist eingelieferte Aktien	75.117	*EUR 0,03 Zinsen	2.253,51
Summe Nachzahlung gesamt			178.335,78

Ergebnis: Die Höhe der Zahlung zur **Wiedergutmachung der Verletzung von Preisbildungsvorschriften** liegt nach Ansicht des 2. Senats im vorliegenden Fall für jene Beteiligungspapierinhaber, welche das Angebot in der ursprünglichen Annahmefrist angenommen haben bei EUR 1,54 je eingelieferter Aktie. Für jene Aktionäre, welche das Angebot erst in der Nachfrist angenommen haben ergibt sich eine Zahlung zur Wiedergutmachung iHv EUR 1,52 je eingelieferter Aktie. Daraus ergibt sich eine an die Aktionäre der HSAG zu leistende Nachzahlung iHv insgesamt EUR 178.335,78.

4.1.4 Keine neuerliche Öffnung des Angebots

Zu klären war im vorliegenden Fall auch, ob das Angebot gemäß § 34 Abs 2 ÜbG neuerlich zu öffnen ist. Die neuerliche Öffnung hat va allem in jenen Fällen zu erfolgen, in denen die Nachzahlungsverpflichtung aus einer Verletzung von Preisbildungsvorschriften des ursprünglichen Pflichtangebots resultiert und der Börsenkurs nach Abwicklung dieses nicht gesetzmäßigen Pflichtangebots *stark absinkt*.

Der neue Angebotspreis der Bieterin liegt bei EUR 9,43. Der Börsenkurs der HSAG Aktie liegt derzeit mit EUR 20,- (Stand: 24.4.2015) und somit *deutlich über diesem Angebotspreis*. Eine neuerliche Öffnung des Angebots ist daher nicht erforderlich, zumal nicht zu erwarten ist, dass die Aktionäre der HSAG in das Angebot einliefern, wenn sie zu einem deutlich besseren Preis über die Börse verkaufen könnten. Hierfür ist freilich eine ausreichende Liquidität der Beteiligungspapiere der HSAG erforderlich: Im Zeitraum von 1.4.-31.12.2014 sind 38.372 Stück Aktien der HSAG (ohne Doppelzählung) über die Börse gehandelt worden. HSAG befindet sich zu 15% in Streubesitz. Bei einer Gesamtzahl von

500.000 Aktien sind dies 75.000 Stück. Somit ist mehr als die Hälfte aller Aktien in diesem Zeitraum über die Börse gehandelt worden. Für die Aktionäre bestand im gegenständlichen Fall somit in ausreichendem Maße die Möglichkeit, ihre Aktien zu einem höheren Preis über die Börse zu verkaufen.

Ergebnis: Eine neuerliche Öffnung des Angebots ist aus Sicht des 2. Senats im vorliegenden Fall aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nicht erforderlich, zumal die Aktionäre ihre Aktien zu besseren Bedingungen über die Börse verkaufen können.

4.2 Zu Spruchpunkt 2 – Gebühren

Für ein Verfahren vor der ÜbK gemäß § 34 Abs 2, 3 und 4 ÜbG ist vom betroffenen Beteiligungspapierinhaber gemäß Punkt 6.1. der „Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission“ („GebO“) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400,- zu entrichten.

Betroffene Beteiligungspapierinhaber im Sinne dieser Bestimmung sind Herz Beteiligungs Ges.m.b.H. sowie die gemeinsam mit ihr vorgehenden Rechtsträger. Dies sind gemäß § 1 Z 6 ÜbG 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.

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 [99,99%-]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: 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 sind daher nach Ansicht des 2. Senats als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren.

Gemäß Punkt 8.1. GebO haften gemeinsam vorgehende Rechtsträger für die Gebühren solidarisch. Laut Punkt 6.2. GebO entsteht der Gebührenanspruch gemäß Punkt 6.1 GebO zum Zeitpunkt der Vorschreibung der Gebühr durch die ÜbK. 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 (IBAN AT602011100001220993, Swift Code GIBAATWW) 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 6.5.2015

Für den 2. Senat der Übernahmekommission

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