



[Anmerkung: geringfügig redaktionell bearbeitet]

GZ 2007/3/3 - 157

Bescheid

Der 3. Senat der Übernahmekommission hat am 31. Jänner 2008 unter dem Vorsitz von Dir. Dr. Winfried Braumann, im Beisein der Mitglieder VPräs. d. OGH Hon.-Prof. Dr. Birgit Langer (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dkfm. R. Engelbert Wenckheim (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und RA Dr. Sieglinde Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über das von Amts wegen am 2. Juli 2007 eingeleitete Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 ÜbG betreffend die RHI AG wie folgt entschieden:

Spruch

- 1. Es wird festgestellt, dass MS Privatstiftung (FN 194908 f) und Herr Mag. Martin Schlaff sowie Herr Dr. Wilhelm Winterstein weder die Stellung eines Pflichtangebots gemäß §§ 22 ff ÜbG noch eine gebotene Mitteilung zu Unrecht unterlassen haben. Zivilrechtliche Sanktionen nach § 34 ÜbG sind daher nicht eingetreten.**
- 2. Gem § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.1., 5.3. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Verordnung der Wiener Börse AG, BGBl. II 2006/369; im Folgenden: „GebO“) sind MS Privatstiftung, Herr Mag. Martin Schlaff und Herr Dr. Wilhelm Winterstein solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,- sowie von Barauslagen in der Höhe von EUR 564,80 (darin enthalten EUR 94,13 USt), somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in Höhe von EUR 21.964,80 verpflichtet. Dieser Betrag ist gemäß Punkt 8.3. und 8.6. GebO innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, zu entrichten.**

Begründung

1. Verfahrenseinleitung

RHI AG (im Folgenden: „RHI“) gab am 11. Jänner 2007 mittels Ad hoc-Mitteilung bekannt, dass MS Privatstiftung (im Folgenden: „MSPS“) 1.108.500 Stück Aktien der RHI sowie Wandelschuldverschreibungen der Tranche A, die zum Erwerb von weiteren 6.259.000 Stück Aktien der RHI berechtigen, halte. Darüber hinaus sei MSPS aus Optionsvereinbarungen zum Erwerb von weiteren insgesamt 4.268.000 Stück Aktien der RHI berechtigt.

Am 5. März 2007 teilte MSPS gem § 91 Abs 1 BörseG mit, dass der gem §§ 91 ff BörseG relevante Stimmrechtsanteil 15% an den gesamten Stimmrechten der RHI übersteige.

Am 20. April 2007 hat MSPS Wandlungserklärungen für 823 Wandelanleihen der Tranche A zur Wandlung in neue RHI Aktien mit Wirksamkeit zum 11. Mai 2007 abgegeben. Mit der Ausgabe und Zuteilung der 4.526.500 neuen Aktien sei der MSPS gem §§ 91 ff BörseG zurechenbare Anteil an den Stimmrechten von über 15% auf über 25% angestiegen.

Am 1. Juni 2007 wurde eine ordentliche Hauptversammlung der RHI abgehalten, bei der unter anderem folgende Beschlüsse gefasst wurden:

- Beschlussfassung über die Verwendung des im Jahresabschluss 2006 der RHI ausgewiesenen Bilanzgewinns;
- Beschlussfassung über die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder DDr. Erhard Schaschl und Dr. Kurt Waniek;
- Beschlussfassung über die Wiederwahl des Aufsichtsratsvorsitzenden Dkfm. Michael Gröller als Mitglied des Aufsichtsrates;
- Beschlussfassung über die Zuwahl der Herren DI Dr. Helmut Draxler, Dr. Herbert Cordt, Mark Eckhout und Hubert Gorbach in den Aufsichtsrat;
- Feststellung der Unterstützung eines Antrags auf abgesonderte Wahl jedes zu bestellenden Mitglieds des Aufsichtsrates mit dem Ziel der Wahl von Herrn René Riefler als Minderheitenvertreter gem § 87 Abs 1 AktG;
- Beschlussfassung über die Zuwahl von Herrn René Riefler als einfaches Mitglied des Aufsichtsrates.

Die Übernahmekommission hat im Rahmen der ihr obliegenden amtswegigen Marktüberwachung wahrgenommen, dass bei diesen Beschlussfassungen insbesondere die Stimmrechte der MSPS und jene von Herrn Dr. Wilhelm Winterstein größtenteils gleichförmig ausgeübt wurden. Es handelte sich hierbei um Stimmrechte aus Aktien der RHI, für die die folgenden Stimmkarten ausgestellt wurden:

- Stimmkarte Nr. 532, lautend auf MSPS, ausgestellt für eine Aktie der RHI, in der Hauptversammlung vertreten durch Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny;
- Stimmkarten Nr. 533 und 534, lautend auf MSPS, ausgestellt für je eine Aktie der RHI, laut Protokoll der Hauptversammlung vertreten durch Herrn RA Dr. Harry Neubauer.
- Stimmkarte Nr. 535, lautend auf MSPS, ausgestellt für 5.380.037 Aktien der RHI, laut Protokoll der Hauptversammlung vertreten durch Herrn Daniel Neubauer;
- Stimmkarte Nr. 536, lautend auf MSPS, ausgestellt für 4.348.000 Aktien der RHI, vertreten durch Herrn Michael Hason;
- Stimmkarte Nr. 575, lautend auf Herrn Dr. Wilhelm Winterstein, ausgestellt für 1.500.000 Aktien der RHI. Herr Dr. Winterstein hat die Stimmrechte aus diesen Aktien persönlich ausgeübt;
- Stimmkarte Nr. 187, lautend auf Herrn X, ausgestellt für 1.710.000 Aktien der RHI. Herr X hat die Stimmrechte aus diesen Aktien persönlich ausgeübt.

Auf die vorgenannten Stimmkarten entfielen insgesamt 34,58% der ständig stimmberechtigten Aktien der RHI.

Die größtenteils einheitliche Ausübung dieser Stimmrechte, die in den Medien geäußerten und zum Teil auch von Aktionärsseite an die Übernahmekommission herangetragenen Vermutungen und nicht zuletzt auch die Diskussionen auf der Hauptversammlung selbst, in welcher auch ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle der Übernahmekommission anwesend war, haben dazu geführt, dass der zuständige 3. Senat der Übernahmekommission am 2. Juli 2007 von Amts wegen die Einleitung eines Verfahrens gem § 33 ÜbG beschlossen hat. Die Einleitung des Verfahrens wurde am 5. Juli 2007 gem § 33 Abs 3 ÜbG im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht.

Gegenstand des Verfahrens war die Prüfung, ob MSPS, allenfalls zusammen mit gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern (§ 1 Z 6 ÜbG), ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht

gestellt oder eine gebotene Mitteilung unterlassen hat und ob zivilrechtliche Sanktionen nach § 34 ÜbG eingetreten sind. Hieraus folgt auch die Parteistellung der MSPS im gegenständlichen Verfahren.

Da Gegenstand des Verfahrens auch ein allfälliges gemeinsames Vorgehen iSv § 1 Z 6 ÜbG zwischen MSPS und anderen Rechtsträgern ist, kommt auch Herrn Mag. Martin Schlaff Parteistellung zu.

Auch ein gemeinsames Vorgehen zwischen Herrn Dr. Wilhelm Winterstein und MSPS ist Gegenstand des Verfahrens, sodass auch Herr Dr. Wilhelm Winterstein als Partei des Verfahrens zu behandeln ist.

IVA Interessenverband für Anleger, die Herren Dr. Wilhelm Rasinger, Horst R. Stolz und ES Privatstiftung haben glaubhaft gemacht, dass sie gemeinsam über Beteiligungspapiere im gem § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG erforderlichen Ausmaß verfügen. Zum gemeinsamen Vertreter wurde Herr RA Dr. Wolfgang Leitner bestellt.

Herrn DDr. Erhard Schaschl kommt aufgrund der wirtschaftlichen Beteiligung und der Einflussmöglichkeit betreffend die Verfahrenspartei ES Privatstiftung Beteiligtenstellung gem § 8 AVG zu.

2. Anträge und Vorbringen der Parteien

Die Parteien haben im Zuge des Verfahrens ihre Standpunkte im Wesentlichen wie folgt dargelegt:

2.1 MS Privatstiftung und Mag. Martin Schlaff

MSPS und Herr Mag. Schlaff brachten vor, dass Herr Mag. Martin Schlaff selbst keine Aktien der RHI halte. Nur MSPS halte zwischen 26% und 30% der Stimmrechte der RHI.

Eine faktische Beherrschung der MSPS durch Herrn Mag. Schlaff bestehe nicht. Der Stifter, Herr Mag. Schlaff, habe sich zwar ein Änderungsrecht vorbehalten, jedoch sei der Stiftungsvorstand weisungsfrei. Das Widerrufsrecht habe sich der Stifter darüber hinaus nicht vorbehalten und das Recht, den Stiftungsvorstand jederzeit abzurufen, sei bisher noch nicht ausgeübt worden. Zudem sei nach den Bestimmungen des PSG unabhängig von der Gestaltung der Stiftungsurkunde eine Abberufung des Stiftungsvorstandes ohnehin nur bei Vorliegen wichtiger Gründe möglich.

Dem das Protokoll der 28. ordentlichen Hauptversammlung der RHI beurkundenden Notar sei bei der Erstellung des Hauptversammlungsprotokolls ein Fehler unterlaufen, welcher von diesem auch inhaltlich bestätigt werden könne. Die Stimmkarte mit der Nummer 535, ausgestellt für 5.380.037 Stück Aktien der RHI, sei auf der RHI-Hauptversammlung vom 1. Juni 2007 nicht von Herrn Daniel Neubauer, sondern von Herrn Dr. Harry Neubauer selbst vertreten worden, wohingegen Herr Daniel Neubauer die Stimmkarte mit der Nummer 533 vertreten habe. Am Gesamtausmaß der in der Hauptversammlung vertretenen Stimmen für MSPS ändere das allerdings nichts.

Mit dem Beteiligungsaufbau an RHI durch MSPS sei im Frühsommer 2006 durch den schrittweisen Erwerb von Aktien, Wandelschuldverschreibungen sowie den Abschluss von Call-Optionsvereinbarungen begonnen worden. Nach dem Einstieg habe man am 11. Jänner 2007 das Gespräch mit dem damaligen Vorstand der RHI gesucht und diesen über den Beteiligungsaufbau informiert. Der Kontakt sei über Herrn DI Dr. Draxler erfolgt. Im Zuge dieses ersten Gesprächs sei dem Vorstand ein Schreiben überreicht worden, das im Wesentlichen das Beteiligungsausmaß der MSPS sowie die Absichtsbekanntgabe, langfristig in RHI investieren zu wollen, enthalten habe. Bereits in diesem Gespräch sei Herr Dr. Cordt als jene Person genannt worden, die die Beteiligung an RHI für MSPS gestionieren werde.

Darauf folgend hätten zwei Treffen zwischen Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein stattgefunden. Ziel der Gespräche sei vor allem ein persönliches Kennenlernen und nicht eine Abstimmung des Stimmverhaltens oder eine Absprache über einzelne Beschlussgegenstände gewesen. Herr Mag. Schlaff habe Herrn Dr. Winterstein darüber informiert, mit zwei Mitgliedern im Aufsichtsrat der RHI vertreten sein zu wollen.

Beim zweiten Gespräch sei Herrn Dr. Winterstein auch Herr Dr. Cordt persönlich vorgestellt worden. Die Nennung von Herrn Eckhout sei zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt, da seine Nominierung zur Wahl in den Aufsichtsrat der RHI noch nicht festgestanden sei. Herr Dr. Winterstein habe es als selbstverständlich angesehen, dass ein Aktionär mit einer entsprechend großen Kapitalbeteiligung angemessenen im Aufsichtsrat vertreten sein solle; er habe sich jedoch nicht verpflichtet, für bestimmte Personen zu stimmen. Im Zuge der Gespräche sei von Herrn Mag. Schlaff auch angemerkt worden, unter Umständen Aufsichtsratsmitglieder abwählen zu wollen. Herr Dr. Winterstein habe sich dazu nicht geäußert.

Man habe sich auch über die Ausschüttung einer Dividende unterhalten und sei fachlich derselben Auffassung gewesen, dass nämlich angesichts der Eigenkapitalsituation der RHI eine Dividendenzahlung nicht vorteilhaft sei. RHI habe bei Konzernbetrachtung zum Bilanzstichtag ein negatives Eigenkapital ausgewiesen. MSPS sei in Übereinstimmung mit Experten der Meinung gewesen, dass Dividendenzahlungen bei Unternehmen mit auf Konzernbasis negativem Eigenkapital bzw. bei einer weit unter der Norm liegenden Eigenkapitalquote nicht durchzuführen seien. Diese Meinung sei grundsätzlich auch von Herrn Dr. Winterstein geteilt worden. Herr Dr. Winterstein habe jedoch erklärt, im Fall eines vom Aufsichtsrat der RHI unterstützten Dividendenvorschlages seitens des Vorstandes nicht gegen diesen zu stimmen, da er sich aufgrund der jahrelangen hervorragenden Arbeit der Organwalter diesen verpflichtet fühle.

Die Mehrheitsverhältnisse seien für MSPS im Vorfeld der Hauptversammlung nicht einschätzbar gewesen. Aufgrund der Auswertungen der vorangegangenen Hauptversammlungen sei die zu erwartende Aktionärspräsenz völlig unklar gewesen.

MSPS gehe davon aus, dass bei einer Kapitalbeteiligung von knapp unter 30% und einem Stimmrechtsanteil von 26% der jeweilige Aktionär eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrat der Gesellschaft haben solle. Dementsprechend habe MSPS mit Herrn Dr. Cordt und Herrn Eckhout zwei Kandidaten zur Wahl in den Aufsichtsrat nominiert. Unter gleichzeitiger Bedachtnahme auf eine gleich bleibende Größe des Aufsichtsrates sei auch die Abwahl der Herren Dr. Waniek und DDr. Schaschl erfolgt.

Im Aufsichtsrat der RHI seien daher nur zwei Mitglieder der MSPS zuzurechnen: Herr Dr. Cordt und Herr Eckhout. Den Entschluss, Herrn Gorbach für die Wahl in den Aufsichtsrat zu nominieren, habe man erst kurz vor der Hauptversammlung gefasst. Herr Gorbach sei jedoch der MSPS keinesfalls zuzurechnen. Ausschlaggebend für seine Nominierung seien vor allem seine guten internationalen Kontakte gewesen, die einem Unternehmen wie RHI sehr nützlich sein könnten. Dementsprechend verfüge MSPS daher über eine bloße Minderheitsposition im Aufsichtsrat und habe bei sieben Kapitalvertretern und insgesamt elf Aufsichtsratsmitgliedern keine Kontrollmöglichkeit in diesem Organ.

Das Ausscheiden von Herrn Dr. Zehetner sei ebenso wenig auf Betreiben der MSPS erfolgt, wie die Bestellung von Herrn Dr. Colombo als Finanzvorstand. Beides sei in erster Linie auf Initiative der Herren Dkfm. Gröller und DI Dr. Draxler geschehen.

In rechtlicher Hinsicht wurde ausgeführt, es liege keine Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG vor. Ein bloß gleichförmiges Verhalten, wie es im Falle zu einzelnen Punkten der Tagesordnung der

28. ordentlichen Hauptversammlung der RHI vorgelegen haben mag, sei ebenso wenig eine Absprache wie ein sonstiges Stimmverhalten, das im Einzelfall indirekt zu Stimmenmehrheit führe, wie etwa Stimmenthaltungen. Dies gelte umso mehr, wenn ein solches Stimmverhalten einmalig sei. Insbesondere werde auf alle Aussagen der gehörten Zeugen verwiesen, welche allesamt keine eigenen unmittelbaren Wahrnehmungen über eine Absprache der MSPS oder Herrn Mag. Schlaff mit Herrn Dr. Winterstein bezüglich der Ausübung der Stimmrechte aus Aktien der RHI hätten.

Ein gemeinsames Vorgehen liege bei einmaliger Koordination der Stimmrechte nur dann vor, wenn auch eine nachhaltige Einflussmöglichkeit gegeben sei. Davon könne jedoch nicht ausgegangen werden, da der MSPS nur zwei der sieben Kapitalvertreter nahe stünden. MSPS habe nur eine ihrem Beteiligungsausmaß entsprechende und angemessene Vertretung im Aufsichtsrat angestrebt. Eine kontrollierende Mehrheit im Aufsichtsrat werde von den der MSPS nahe stehenden Personen Herrn Dr. Cordt und Herrn Eckhout nicht gebildet. Dies treffe selbst dann nicht zu, wenn man entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten auch Herrn Gorbach als der MSPS nahe stehend ansehen würde. Selbst eine Hinzurechnung des Herrn Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg führe zu keiner Mehrheit im Aufsichtsrat, da diesfalls nur vier von sieben Kapitalvertretern bzw. vier von insgesamt elf Aufsichtsratsmitgliedern der MSPS zuzurechnen wären.

Selbst bei Vorliegen einer Absprache, die die Bestellung einer Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder zum Gegenstand habe, sei diese nicht zwingend auf Kontrollerlangung gerichtet, sondern könne auch von der Intention der Wahl geeigneter und unabhängiger Fachleute getragen sein. Dies treffe insbesondere auf die Verlängerung des Mandats des bisherigen, erfolgreichen Vorsitzenden Herrn Dkfm. Gröller und auf die Wahlen des früheren Vorstandsvorsitzenden Herrn DI Dr. Draxler sowie von Herrn Gorbach, der als ehemaliges Regierungsmitglied über exzellente Kontakte verfüge, zu.

Ist die Zusammenarbeit zwischen gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern nicht darauf gerichtet, einem Rechtsträger eine Mehrheit im Aufsichtsrat zu verschaffen, sondern solle durch das gemeinsame Vorgehen bloß insgesamt und gemeinsam eine Mehrheit im Aufsichtsrat erlangt werden, sei es neben einer bloß auf den Wahlakt gerichteten Absprache erforderlich, zusätzlich noch Maßnahmen zur Ausübung einer gemeinsamen Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat zu setzen. Dafür gebe es im vorliegenden Fall keine Hinweise, da seitens MSPS nicht geplant sei, alleine oder gemeinsam mit Herrn Dr. Winterstein eine Mehrheit im Aufsichtsrat der RHI zu erlangen. Selbst wenn man einen

solchen gemeinsamen Plan von MSPS und Herrn Dr. Winterstein annehmen wolle, hätten die Vertreter der MSPS und von Herrn Dr. Winterstein im Aufsichtsrat keine Mehrheit.

Abwahlen von Mitgliedern des Aufsichtsrates würden nach dem Wortlaut von § 1 Z 6 ÜbG die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens nicht begründen. Auch hätte die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder DDr. Schaschl und Dr. Waniek zu keiner Kontrollerlangung im Aufsichtsrat geführt.

Absprachen zu anderen Beschlussgegenständen als Wahlen in den Aufsichtsrat würden nach § 1 Z 6 ÜbG keine Vermutung des gemeinsamen Vorgehens begründen. Die auf den Vorschlägen der Verwaltung beruhende Beschlussfassung über die Nichtausschüttung der Dividende sei von den Parteienvertretern und den Zeugen übereinstimmend auf die geringe Eigenkapitalbasis der RHI zum Bilanzstichtag zurückzuführen.

Zur Tragung der Verfahrenskosten wurde ausgeführt, dass MSPS derzeit kein Angebot iSd ÜbG und keine Angebotsabsicht veröffentlicht habe und demnach nicht als Bieterin gem § 1 Z 3 ÜbG gelte. Eine Pflicht zur Stellung eines Pflichtangebotes bestehe nicht. Da MSPS mangels Verpflichtung zur Stellung eines Angebotes nicht Bieter iSd § 1 Z 3 ÜbG iVm § 33 Abs 5 ÜbG sei, könne der MSPS auch nicht die Tragung der Verfahrenskosten auferlegt werden.

2.2 Dr. Wilhelm Winterstein

Herr Dr. Winterstein brachte vor, dass der Erwerb seiner Beteiligung an RHI auf Basis einer Vereinbarung mit der Gesellschaft aus dem Jahre 1997 erfolgt sei. Herr Dr. Winterstein, sei zu diesem Zeitpunkt an der Didier-Werke AG beteiligt gewesen. Er habe diese Beteiligung an die RHI übertragen und dafür eine Beteiligung an RHI erhalten. Im Gegenzug dazu habe sich die Gesellschaft verpflichtet, sich dafür zu verwenden, Herrn Dr. Winterstein eine Vertretung durch ihn selbst oder eine Vertrauensperson im Aufsichtsrat der RHI zu ermöglichen. Herr Dr. Winterstein habe damit die Erwartungshaltung verbunden gesehen, seine Stimmrechte stets im Interesse der Gesellschaft auszuüben, wozu er sich auch nach wie vor als verpflichtet sehe.

In rechtlicher Hinsicht wurde ausgeführt, dass eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG zwischen Herrn Dr. Winterstein und MSPS bzw. Herrn Mag. Schlaff nicht vorliege. Aus einem objektiv gleichförmigen Abstimmungsverhalten könne nicht zwangsläufig auf eine Absprache zwischen Herrn Dr. Winterstein und MSPS geschlossen werden.

Selbst wenn der Senat das Vorliegen einer Absprache feststellen würde, seien keine übernahmerechtlichen Sanktionen eingetreten, da eine solche Absprache nicht zur Kontrollerlangung geeignet sei. Die Eignung zur Kontrollerlangung sei notwendige Voraussetzung des § 1 Z 6 ÜbG und der gesetzlichen Vermutung in § 1 Z 6 aE ÜbG.

Da die Nominierungen der Herren DI Dr. Draxler, Dkfm. Gröller und Gorbach zur Wahl in den Aufsichtsrat lediglich darauf abzielten, unabhängige Fachleute in den Aufsichtsrat zu wählen, die nicht die Interessen eines Aktionärs oder einer Aktionärsgruppe vertreten, und somit für eine optimale Zusammensetzung des Aufsichtsrates zu sorgen, sei die Vermutung des § 1 Z 6 aE ÜbG widerlegt.

Die Bestellung von Herrn Dr. Cordt und Herrn Eckhout als zwei von insgesamt elf Aufsichtsratsmitgliedern als Vertreter der MSPS sei nicht geeignet, Kontrolle über RHI zu erlangen, da damit lediglich eine Minderheitsposition im Aufsichtsrat erlangt werde. Daran ändere sich auch nichts, wenn Herr Gorbach entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten als Vertreter der MSPS angesehen werden würde.

Selbst wenn der Senat eine allenfalls festgestellte Absprache zwischen Herrn Dr. Winterstein und Herrn Mag. Schlaff bzw. MSPS als zur Kontrollerlangung geeignet ansehen würde, so hätte Herr Dr. Winterstein selbst nicht die Möglichkeit, Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen bzw. ausüben, da er sowohl vor als auch nach der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 über bloß einen Vertreter im Aufsichtsrat verfüge. Eine bloße Zusammenarbeit, um dem Bieter Kontrolle zu verschaffen, sei nicht tatbestandsmäßig gem § 1 Z 6 ÜbG.

Schließlich wurde festgehalten, dass Herr Dr. Winterstein selbst bei der Qualifikation als gemeinsam mit MSPS vorgehender Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG die Pflicht zur Angebotsstellung gem § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG nicht treffen würde. Herr Dr. Winterstein habe nicht an der Kontrollerlangung mitgewirkt; seinem Handeln fehle es an der normativen Relevanz für die Kontrollerlangung. Insbesondere habe sein Stimmverhalten keinen Einfluss auf das Ergebnis jener Abstimmungen gehabt, die potentiell kontrollrelevant gewesen sein könnten. Die Nichtbestellung des Minderheitenvertreters (§ 87 Abs 1 AktG) sei zwar nur mit den Gegenstimmen von Herrn Dr. Winterstein möglich gewesen, jedoch sei dieser Beschlussgegenstand nicht kontrollrelevant. Darüber hinaus sei der zur Wahl in den Aufsichtsrat vorgeschlagene Herr Riefler in der Hauptversammlung nicht anwesend gewesen. Schon deshalb habe Herr Dr. Winterstein dessen Wahl in den Aufsichtsrat nicht unterstützt.

In einem Schreiben vom 7. Jänner 2008 wurde zu den Anweisungen von Herrn Dr. Winterstein an Herrn X betreffend das Stimmverhalten in der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 Stellung genommen. Herr X habe auf der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 1.710.000 Aktien, die im Eigentum von Herrn Dr. Winterstein stehen, vertreten. Einige Tage vor der Hauptversammlung habe Herr Dr. Winterstein Herrn X darum ersucht, das Stimmrecht aus seinen Aktien wie auch in den Jahren davor auf der Hauptversammlung auszuüben. Hierbei seien keine spezifischen Weisungen oder Abstimmvorgaben zu einzelnen Tagesordnungspunkten erteilt worden, vielmehr sei Herr X mit der Ausübung der Stimmrechte „im Sinne der Verwaltung“ beauftragt worden.

Insbesondere seien keine Anweisungen bezüglich des Stimmverhaltens bei den Abwahanträgen der Aufsichtsratsmitglieder DDr. Schaschl und Dr. Waniek erteilt worden, da Herr Dr. Winterstein zum Zeitpunkt der Anweisungserteilung nicht mit der Abwahl von Aufsichtsratsmitgliedern gerechnet habe. Auch vom Antrag auf Wahl eines Minderheitenvertreters habe Herr Dr. Winterstein erst in der Hauptversammlung Kenntnis erlangt, sodass hier ebenfalls keine Anweisung im Vorfeld erfolgt sei. Darüber hinaus sei Herrn Dr. Winterstein das Rechtsinstitut des Minderheitenvertreters als österreichisches Spezifikum völlig unbekannt gewesen. Herr Dr. Winterstein habe weder unmittelbar vor Beginn, noch während der Hauptversammlung Kontakt zu Herrn X gehabt und somit keine neuen Anweisungen betreffend das Stimmverhalten erteilt.

Das Stimmverhalten von Herrn X betreffend die Gewinnverwendung, die Verlängerung des Mandats von Herrn Dkfm. Gröller und die Zuwahl von Herrn Dr. Draxler ergäbe sich somit ausschließlich aus der ursprünglichen Anweisung, im Sinne der Verwaltung zu stimmen. Dies gelte auch für das Abstimmungsverhalten von Herrn X in Bezug auf den Minderheitenvertreter, da dieser Antrag nicht von der Verwaltung der RHI unterstützt worden sei. Das abweichende Stimmverhalten von Herrn Dr. Winterstein und Herrn X in Bezug auf die Abwahl der Aufsichtsratsmitglieder ergebe sich daraus, dass bislang auf keiner Hauptversammlung der RHI ein derartiger Antrag gestellt worden sei und Herr Dr. Winterstein bis zum Beginn der Hauptversammlung keine Kenntnis über diesen Tagesordnungspunkt gehabt habe. Die uneinheitliche Stimmrechtsausübung könne somit nicht als Indiz für die Absicht, eine Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG zu verschleiern, gewertet werden.

Zur Tragung der Verfahrenskosten wurde ausgeführt, dass diese nach dem Wortlaut von § 33 Abs 5 ÜbG dem Bieter, nicht jedoch den gemeinsamen Rechtsträgern obliegt. Da an

anderen Stellen des Gesetzes zwischen Bieter einerseits und gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern andererseits unterschieden würde, könne nicht davon ausgegangen werden, dass dem Begriff „Bieter“ in § 33 Abs 5 ÜbG ein anderer Inhalt beigemessen werden könne. In Hinblick darauf sei auch die in der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für Verfahren vor der Übernahmekommission vorgesehene Solidarhaftung zwischen Bieter und gemeinsam mit ihm vorgehenden Rechtsträgern auf den Bieter zu reduzieren und nicht auf Parteien gem § 33 Abs 2 Z 2 ÜbG auszudehnen. Ungeachtet der gesetzlichen Lage erkläre sich Herr Dr. Winterstein jedoch bereit, die Kosten des gegenständlichen Verfahrens im Verhältnis seiner Beteiligung zu jener der MSPS zu tragen.

2.3 ES Privatstiftung, IVA, Dr. Wilhelm Rasinger, Horst Stolz

Herr Dr. Leitner führte aus, dass sich die gem § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG dem Verfahren angeschlossenen Beteiligungspapierinhaber keinesfalls zu einer anteiligen Kostentragung dieses Verfahrens bereit erklären würden. Sie seien nur Verfahrensbeobachter gewesen und hätten weder Anträge gestellt noch Schriftsätze eingebracht, wodurch auch kein Mehraufwand verursacht worden sei.

2.4 RHI AG

Die Zielgesellschaft ersuchte im Hinblick auf bevorstehende Akquisitionen und damit verbundene mögliche Kapitalmaßnahmen bei RHI um einen möglichst raschen Abschluss des Verfahrens.

3. Sachverhalt

Die Übernahmekommission hat auf Grundlage der vorgelegten Urkunden und nach Durchführung der mündlichen Verhandlung folgenden

Sachverhalt

festgestellt:

3.1 RHI AG

RHI ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien, Geschäftsanschrift Wienerbergstraße 11, A-1100 Wien, eingetragen im Firmenbuch zu FN 103123 b. Das Grundkapital beträgt zum 31. Jänner 2008 EUR 272.348.969,51,- und ist in 37.476.039 Stück Stammaktien zerlegt.

Unberücksichtigt bleiben hierbei fünf Wandelerklärungen der Tranche A und vier Wandelerklärungen der Tranche B, die bereits zum 31. Jänner 2008 getätigt wurden. Die entsprechende Eintragung im Firmenbuch ist noch nicht erfolgt. Zum Zeitpunkt der Abhaltung der 28. Hauptversammlung der RHI betrug die Anzahl der ausgegebenen Stammaktien 37.415.539. Die Aktien sind an der Wiener Börse zum amtlichen Handel zugelassen und notieren im Handelssegment „Prime Market“. Die Erstnotierung der Gesellschaft erfolgte am 7. Oktober 1987.

Zur Stärkung des Eigenkapitals hat die außerordentliche Hauptversammlung der RHI den Vorstand am 15. Februar 2002 ermächtigt, im Rahmen der Kapitalrestrukturierung zwei Kapitalerhöhungen durchzuführen, um zwei nachrangige Wandelschuldverschreibungen der Tranchen A und B begeben zu können. Der Vorstand der RHI hat im April 2002 beschlossen, unter Ausnutzung dieser Ermächtigungen eine Tranche A im Gesamtnennbetrag von rund EUR 72,36 Mio. mit einer Laufzeit bis einschließlich 31. Dezember 2009 zu begeben. Die Tranche A ist mit bedingtem Kapital unterlegt, wobei die entsprechende Bestimmung in der Satzung der RHI wie folgt lautet:

„Das Grundkapital ist um bis zu weitere EUR 72,305.836,31 (Euro zweiundsiebzig Millionen dreihundertfünftausendachthundertsechunddreißig Komma einunddreißig) durch Ausgabe von bis zu 9,949.500 (neun Millionen neunhundertneunundvierzigtausendfünfhundert) Stück auf Inhaber lautende Stückaktien mit Stimmrecht bedingt erhöht. Der Ausgabebetrag beträgt EUR 7,27 (Euro sieben Komma siebenundzwanzig). Die bedingte Kapitalerhöhung wird nur insoweit durchgeführt, als Inhaber der auf der Grundlage des Hauptversammlungsbeschlusses vom 15. (fünfzehnten) Februar 2002 (zweitausendzwei) ausgegebenen Wandelschuldverschreibungen Tranche A von dem ihnen gewährten Wandlungsrecht auf Aktien der Gesellschaft Gebrauch machen. Die neuen Aktien nehmen von Beginn des Geschäftsjahres an, in dem sie durch Ausübung des Wandlungsrechtes entstehen, am Gewinn teil. Der Vorstand wird ermächtigt, weitere Einzelheiten der bedingten Kapitalerhöhung und ihrer Durchführung festzusetzen. Der Aufsichtsrat wird ermächtigt, § 5 (Paragraph fünf) der Satzung entsprechend dem Umfang der Ausgabe von Bezugsaktien zu ändern.“

Eine Wandlung war erstmals zum 1. Jänner 2007 möglich. Diese Tranche war zur Zeichnung durch Kreditinstitute reserviert. Das Bezugsrecht der Aktionäre war ausgeschlossen.

Begleitend wurden Wandelschuldverschreibungen der Tranche B im Gesamtnennbetrag von rund EUR 50,12 Mio., aufgeteilt in 1.809 Teil-Wandelschuldverschreibungen im Nominale von je EUR 40.000,-, mit einer Laufzeit ebenfalls bis 31. Dezember 2009,

begeben. Tranche B ist mit genehmigtem Kapital hinterlegt, wobei die entsprechende Bestimmung in der Satzung der RHI wie folgt lautet:

„Der Vorstand der Gesellschaft ist bis Ablauf des 30.04.2010 ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrates das Grundkapital ohne weitere Zustimmung der Hauptversammlung und unter Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre einmalig oder mehrmals bis zu einem Erhöhungsbetrag von insgesamt EUR 50,122.453,68 durch Ausgabe von bis zu 6.897.000 Stück auf Inhaber lautende Stückaktien mit Stimmrecht zum Ausgabebetrag von EUR 7,27 insoweit zu erhöhen, als Inhaber der Wandelschuldverschreibungen Tranche B von dem ihnen gewährten Wandlungsrecht auf Aktien der Gesellschaft Gebrauch machen, wobei die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage der Ansprüche der Inhaber der Wandelschuldverschreibungen erfolgt. Die neuen Aktien nehmen von Beginn des Geschäftsjahres an, in dem sie durch Ausübung des Wandlungsrechtes entstehen, am Gewinn teil. Der Aufsichtsrat wird ermächtigt, § 5 der Satzung entsprechend dem Umfang der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital zu ändern.“

Bei Tranche B war eine Wandlung erstmals zum 1. Jänner 2003 und seither jeweils zum Quartalsbeginn möglich.

Bei vollständiger Wandlung aller Teilwandschuldverschreibungen erhöht sich die Anzahl der ständig stimmberechtigten Aktien auf 39.819.039 Stück. Die neuen Aktien sind jeweils ab Beginn des Geschäftsjahres, in dem die Wandlung erklärt wird, dividendenberechtigt.

Bislang sind noch 338 Stück Wandelanleihen der Tranche A und 83 Stück Wandelanleihen der Tranche B ausständig, die bei Wandlung einer Gesamtzahl von 2.315.500 Stück Stammaktien entsprechen.

3.2 Organe der Zielgesellschaft

3.2.1 Vorstand

Der Vorstand der RHI besteht laut § 3 der Satzung aus zwei, drei, vier oder fünf Mitgliedern. Dem Vorsitzenden des Vorstandes kommt bei Stimmgleichheit ein Dirimierungsrecht zu. Die Gesellschaft wird gem § 9 der Satzung durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam oder durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen oder, mit der Einschränkung des § 49 UGB, durch zwei Prokuristen gemeinsam vertreten.

Derzeit sind fünf Vorstandsmitglieder bestellt:

Dr. Andreas Meier Vorsitzender des Vorstandes der RHI

Dr. Stefano Colombo Stv. Vorstandsvorsitzender und Finanzvorstand der RHI

Mag. Rudolf Payer	Mitglied des Vorstandes der RHI; verantwortlich für die Bereiche Rechnungswesen, Steuern & IT
Dr. Giorgio Cappelli	Mitglied des Vorstandes der RHI; leitender Geschäftsführer Division Stahl
Dr. Manfred Hödl	Mitglied des Vorstandes der RHI; leitender Geschäftsführer Division Industrial

3.2.2 Aufsichtsrat

Gem § 11 der Satzung besteht der Aufsichtsrat aus mindestens drei Mitgliedern. Eine Höchstzahl von Mitgliedern des Aufsichtsrates ist in der Satzung nicht vorgesehen. Die Wahl in den Aufsichtsrat ist letztmalig vor Vollendung des 70. Lebensjahres möglich. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist berechtigt, sein Amt jederzeit, auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes, durch schriftliche Anzeige an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von vier Wochen, niederzulegen.

Beschlüsse des Aufsichtsrates werden mit einfacher Mehrheit gefasst. Im Falle der Stimmgleichheit entscheidet – auch bei Wahlen – die Stimme des Leiters der betreffenden Sitzung. Bis zum 21. Juli 2005 gehörten dem Aufsichtsrat acht von der Hauptversammlung zu wählende Mitglieder an.

Derzeit gehören dem Aufsichtsrat der RHI elf Personen, davon sieben von der Hauptversammlung gewählte Mitglieder, an. Die Wahl und Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrates erfolgt gem § 20 der Satzung der RHI mit einfacher Stimmenmehrheit.

3.2.2.1 Von der Hauptversammlung gewählte Mitglieder des Aufsichtsrates

Dkfm. Michael Gröller	Vorsitzender des Aufsichtsrates
Dr. Herbert Cordt	Stellvertreter des Vorsitzenden
DI Dr. Helmut Draxler	Stellvertreter des Vorsitzenden
Mark J. Eckhout	
Hubert Gorbach	
Dipl.-BW Gerd Peskes	
Stanislaus Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg	

3.2.2.2 Gemäß § 110 ArbVG entsandte Mitglieder des Aufsichtsrates

Josef Horn

Mag. Martin Kowatsch

DI Leopold Miedl

Karl Wetzelhütter

3.2.2.3 Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrates

In der ordentlichen Hauptversammlung der RHI am 1. Juni 2007 wurden unter „Tagesordnungspunkt 8“ folgende Mitglieder des Aufsichtsrates gewählt bzw. abberufen:

Dkfm. Michael Gröller	Wiederwahl
Dr. Herbert Cordt	Zuwahl
DI Dr. Helmut Draxler	Zuwahl
Mark J. Eckhout	Zuwahl
Hubert Gorbach	Zuwahl
DDr. Erhard Schaschl	Abwahl
Dr. Kurt Waniek	Abwahl

Die Funktionsperiode der Herren Ing. Klaus Gregor und Dr. Cornelius Grupp als Mitglieder des Aufsichtsrates lief mit Ende der Hauptversammlung vom 1. Juni 2007 aus.

3.3 Eigentümerstruktur der Zielgesellschaft

An der RHI sind zum 31. Jänner 2008 drei Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen mit mehr als 5% vom Grundkapital beteiligt. Rund 56% stehen im Streubesitz. Von den Aktionären, die über eine Beteiligung von weniger als 5% der zum Zeitpunkt der jeweiligen Hauptversammlung ausgegebenen ständig stimmberechtigten Aktien verfügten, waren in den vorangegangenen drei Jahren etwa 13% (2004), 2% (2005) bzw. 3% (2006) in den Hauptversammlungen anwesend bzw. vertreten.

3.3.1 MS Privatstiftung

MSPS hält zum 31. Jänner 2008 insgesamt 9.903.000 Stück Stammaktien der RHI im Eigentum, das sind derzeit 26,42% der ständig stimmberechtigten Aktien der RHI. Davon

waren in der 28. ordentlichen Hauptversammlung am 1. Juni 2007 9.903.000 Stück angemeldet, wobei die für diese Aktien ausgestellten Stimmkarten von den Herren o. Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny, RA Dr. Harry Neubauer, Daniel Neubauer und Michael Hason vertreten wurden. Weiters verfügt MSPS über 315 Stück noch nicht gewandelte Wandelschuldverschreibungen der Tranche A. Diese entsprechen 1.732.500 Stück Stammaktien der RHI.

3.3.2 Dr. Wilhelm Winterstein

Herr Dr. Wilhelm Winterstein hält zum 31. Jänner 2008 insgesamt 3.210.000 Stück Stammaktien der RHI im Eigentum, das sind derzeit 8,57% vom Grundkapital. Davon wurden in der 28. ordentlichen Hauptversammlung am 1. Juni 2007 1.500.000 Stück von Herrn Dr. Winterstein selbst im Eigenbesitz und, nach schriftlicher Auskunft der Y-Bank, 1.710.000 Stück Aktien von Herrn X für Herrn Dr. Winterstein vertreten.

3.3.3 AvW Gruppe AG

Die AvW Gruppe AG hat am 6. November 2007 gemeldet, seit 30. Oktober 2007 über insgesamt mehr als 5% der ständig stimmberechtigten Stammaktien der RHI zu verfügen.

Davor teilten AvW Gruppe AG und Absolute Capital Management Holdings Limited, Cayman Island mit, dass ihr gem §§ 91 ff BörseG relevanter Stimmrechtsanteil an der RHI am 18. April 2007 gemeinsam die Schwelle von 5% überschritten habe, diese Schwelle jedoch am 3. Oktober 2007 wieder unterschritten wurde.

3.4 MS Privatstiftung

MSPS ist eine auf unbestimmte Dauer errichtete Privatstiftung mit einem anfänglichen Stiftungsvermögen von ATS 1.000.000,-- und Sitz in Wien.

Stifter ist Herr Mag. Martin Schlaff. Der Stifter hat sich gem § 6 der Stiftungsurkunde das Recht vorbehalten, die Stiftungserklärung jederzeit zu ergänzen oder abzuändern.

Dieses Recht erstreckt sich insbesondere auch auf das Recht, die Begünstigten, die Stiftungsorgane und den Stiftungszweck zu ändern. Der Stiftungszweck gemäß dem Nachtrag zur Stiftungsurkunde vom 13. April 2000 lautet:

„Zweck der Stiftung ist die Versorgung des Stifters und seiner in der Stiftungszusatzurkunde genannten Familienmitglieder. Wenn der Zweck der Stiftung dadurch besser erreicht werden kann, dass die Versorgung einzelner oder aller der als Begünstigte in Frage kommenden Personen besser und frei von Interessenkonflikten von einer eigenen noch zu errichtenden Stiftung wahrgenommen

wird, kann die MS Privatstiftung an der Errichtung einer weiteren Privatstiftung als Mitstifter mitwirken und dieser Teile des Vermögens der MS Privatstiftung, höchstens so viel Vermögen, das wertmäßig einem Anteil von 25% des Vermögens der MS Privatstiftung entspricht, auf die miterrichtete Stiftung übertragen. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, dass mit dem der MS Privatstiftung verbleibenden Vermögen Ansprüche von Dritten an die MS Privatstiftung und der Zweck der MS Privatstiftung erfüllt werden können, allenfalls nach erfolgter Änderung des Kreises der als Begünstigte in Frage kommenden Personen.“

Der Vorstand der Privatstiftung besteht aus den drei Mitgliedern, Herrn RA Dr. Harry Neubauer, Herrn lic. iur. Tobias Hauser und Herrn Michael Hason. Die Vorstandsmitglieder werden vom Stifter, Herrn Mag. Martin Schlaff, bestimmt und können gem § 11 der Stiftungsurkunde vor Ablauf ihrer Funktionsperiode durch den Stifter abberufen werden.

Gem § 13 der Stiftungserklärung ist ein Beirat eingerichtet, dessen einziges Mitglied derzeit Herr Mag. Schlaff ist. Dem Beirat steht das Recht zu, die Geschäftsführung der MSPS zu überwachen und dem Stiftungsvorstand bindende Weisungen für die Bestellung des Stiftungsprüfers zu erteilen.

Der Stifter, Herr Mag. Schlaff, trat mehrmals in einer Weise auf, die Dritten den Eindruck vermittelte, dass er faktisch alle wesentlichen Entscheidungen für MSPS treffen könne. So auch bei dem Gespräch am 11. Jänner 2007, bei dem der Vorstand der RHI vom Einstieg der MSPS informiert wurde. Bei diesem Gespräch war der Stiftungsvorstand nicht anwesend. Herr Mag. Schlaff hat bei diesem Gespräch seinen persönlichen Vorstellungen Ausdruck verliehen – unter anderem zur Dividendenpolitik – und klargestellt, dass er diese über seinen Einfluss auf MSPS auch umsetzen könne. Der Antrag auf Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder DDr. Schaschl und Dr. Waniek basierte auf einer entsprechenden Entscheidung von Herrn Mag. Schlaff. Die von Herrn Mag. Schlaff geäußerten Positionen wurden letztlich bei der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 von MSPS umgesetzt.

Insgesamt konnte festgestellt werden, dass die in wesentlichen Angelegenheiten von Herrn Mag. Schlaff getroffenen Entscheidungen vom Stiftungsvorstand der MSPS umgesetzt wurden.

3.5 Ordentliche Hauptversammlung vom 1. Juni 2007

Am 1. Juni 2007 wurde die 28. ordentliche Hauptversammlung der RHI abgehalten. Insgesamt waren 20.160.349 Stück Aktien ordnungsgemäß hinterlegt worden, wovon bei Präsenzverkündung vor der ersten Beschlussfassung Aktionäre mit insgesamt 18.569.965 Stück Aktien anwesend bzw. vertreten waren.

MSPS hatte 9.903.000 Stück Aktien zur Hauptversammlung angemeldet und hinterlegt. Für diese wurden Stimmkarten über insgesamt 9.728.040 Stück Aktien [Nr. 532 (1 Aktie), Nr. 533 (1 Aktie), Nr. 534 (1 Aktie), Nr. 535 (5.380.037 Aktien) und Nr. 536 (4.348.000 Aktien)] ausgestellt.

Bei der Feststellung, wer die Stimmkarten Nr. 533 und Nr. 535 auf der Hauptversammlung vertreten hat, ist im Protokoll der Hauptversammlung ein Fehler unterlaufen. Die Stimmkarte Nr. 535 wurde nicht von Herrn Daniel Neubauer, sondern von Herrn RA Dr. Harry Neubauer vertreten. Dafür wurde die Stimmkarte Nr. 533 von Herrn Daniel Neubauer und nicht von Herrn RA Dr. Harry Neubauer vertreten.

Herr Dr. Wilhelm Winterstein war mit den Stimmkarten Nr. 575 (1.500.000 Aktien) und Nr. 187 (1.710.000 Aktien, vertreten durch Herrn X), daher insgesamt mit 3.210.000 Stück Aktien vertreten.

In der folgenden Tabelle ist das Abstimmungsverhalten von MSPS und Herrn Dr. Winterstein zu den einzelnen Abstimmungen in der Hauptversammlung vom 1. Juni 2007 dargestellt.

**Übersicht über das Stimmverhalten von MSPS und Dr. Winterstein in der ordentlichen
Hauptversammlung der RHI AG vom 1. Juni 2007**

Nr.	Name	Aktien	%	1	2	3	4	5	6
532	MSPS (C. Nowotny)	1	0,00	j	j	j	j		
533	MSPS (Daniel Neubauer)	1	0,00	j	j	j	j	j	j
534	MSPS (Harry Neubauer)	1	0,00	j	j	j		j	j
535	MSPS (Harry Neubauer)	5.380.037	14,38	j	j	j	j	j	j
536	MSPS (Michael Hason)	4.348.000	11,62	j	j	j	j	j	j
Summe		9.728.040	26,00						
187	Herr X	1.710.000	4,57	j	j	j	j	j	j
575	Dr. Wilhelm Winterstein	1.500.000	4,01	j	j	j	j	j	j
Summe		3.210.000	8,58						

Präs.	20.002.722	19.833.505	19.973.161	19.517.662	19.982.518	19.982.342
JA	15.125.420	19.731.724	19.972.038	19.509.860	19.352.232	19.982.296
	75,62%	99,49%	99,99%	99,96%	96,85%	100,00%
NEIN	4.596.038	6.580	1.083	2.571	628.921	46
	22,98%	0,03%	0,01%	0,01%	3,15%	0,00%
ENTH	281.264	95.201	40	5.231	1.365	-
	1,41%	0,48%	0,00%	0,03%	0,01%	0,00%
Nicht anw.	5.908	24.823	26.644	490.968	26.112	26.288

Nr.	Name	Aktien	%	7	8	9	10	11	12
532	MSPS (C. Nowotny)	1	0,00	j	n	j	j	j	j
533	MSPS (Harry Neubauer)	1	0,00	j	n	j	j	j	j
534	MSPS (Harry Neubauer)	1	0,00	j	n	j	j	j	j
535	MSPS (Daniel Neubauer)	5.380.037	14,38	j	n	j	j	j	j
536	MSPS (Michael Hason)	4.348.000	11,62	j	n	j	j	j	j
Summe		9.728.040	26,00						
187	Herr X	1.710.000	4,57	j	n	j	j	j	j
575	Dr. Wilhelm Winterstein	1.500.000	4,01	j	n	j	j	j	j
Summe		3.210.000	8,58						

Präs.	19.925.276	19.981.134	19.978.038	19.950.443	19.891.389	19.879.869
JA	19.925.276	4.151.746	15.618.635	15.537.342	15.419.202	14.807.911
	100,00%	20,78%	78,18%	77,88%	77,52%	74,49%
NEIN	-	15.829.388	4.205.751	4.354.897	4.319.985	5.014.106
	0,00%	79,22%	21,05%	21,83%	21,72%	25,22%
ENTH	-	-	153.652	58.204	152.202	57.852
	0,00%	0,00%	0,77%	0,29%	0,77%	0,29%
Nicht anw.	83.354	27.496	30.592	58.187	117.241	128.761

Nr.	Name	Aktien	%	13	14	15	16	17
532	MSPS (C. Nowotny)	1	0,00	j	j	j	n	j
533	MSPS (Harry Neubauer)	1	0,00	j			n	j
534	MSPS (Harry Neubauer)	1	0,00	j	j	j	n	j
535	MSPS (Daniel Neubauer)	5.380.037	14,38	j	j	j	n	j
536	MSPS (Michael Hason)	4.348.000	11,62	j	j	j	n	j
Summe		9.728.040	26,00					
187	Herr X	1.710.000	4,57	j	j	j	n	j
575	Dr. Wilhelm Winterstein	1.500.000	4,01	j	ent.	ent.	n	j
Summe		3.210.000	8,58					

Präs.	19.879.369	19.882.144	19.882.144	19.881.403	19.882.145
JA	14.467.356	11.788.318	11.551.718	4.424.397	15.491.376
	72,78%	59,29%	58,10%	22,25%	77,92%
NEIN	5.258.779	6.592.205	5.195.025	15.398.676	4.332.417
	26,45%	33,16%	26,13%	77,45%	21,79%
ENTH	153.234	1.501.621	3.135.401	58.330	58.352
	0,77%	7,55%	15,77%	0,29%	0,29%
Nicht anw.	129.261	126.486	126.486	127.227	126.485

Beschlussgegenstände		
1	Gewinnverwendung	9 Wahl Gröller
2	Entlastung Vorstand	10 Wahl Draxler
3	Entlastung Aufsichtsrat	11 Wahl Cordt
4	Vergütung Aufsichtsrat	12 Wahl Eckhout
5	Abschlussprüfer	13 Wahl Gorbach
6	Aktienrückkauf	14 Abwahl Schaschl
7	Änderung Satzung	15 Abwahl Waniek
8	Drittelfeststellung	16 Wahl Riefler
		17 Bestätigung Gröller

Der Vorschlag des Vorstandes, den Bilanzgewinn zur Gänze auf neue Rechnung vorzutragen, wurde demnach von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 20.002.722 Aktien mit 15.125.420 Pro-Stimmen, 4.596.038 Contra-Stimmen und 281.264 Stimmenthaltungen angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Der Antrag von Herrn Mag. Karl Liebenwein zur Feststellung, ob ein Drittel des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals die abgesonderten Wahl mit dem Ziel der Bestellung eines Minderheitenvertreters gem § 87 AktG für jedes zu bestellende Mitglied verlangt, wurde bei einer Präsenz von 19.981.965 stimmberechtigten Aktien mit bloß 4.151.746 Pro-Stimmen unterstützt. Die notwendige Unterstützung des Antrags durch ein Drittel des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals wurde daher verfehlt. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesen Vorschlag nicht unterstützt.

Herr Mag. Karl Liebenwein, stellte weiters den Antrag, Herrn René Riefler für die Dauer bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, als einfaches Mitglied in den Aufsichtsrat zu wählen. Dieser Antrag wurde von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 19.882.234 stimmberechtigten Aktien mit 4.425.228 Pro-Stimmen, 15.398.676 Contra-Stimmen, bei 58.330 Stimmenthaltungen abgelehnt. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben gegen diesen Antrag gestimmt.

Der Antrag von Herrn Dr. Wilhelm Winterstein, Herrn Dkfm. Michael Gröller für die Dauer bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, in den Aufsichtsrat zu wählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 19.978.869 stimmberechtigten Aktien mit 15.618.635 Pro-Stimmen, 4.206.582 Contra-Stimmen, bei 153.652 Stimmenthaltungen, angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Der Antrag von Herrn Dr. Wilhelm Winterstein, Herrn Dr. Helmut Draxler für die Dauer bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, in den Aufsichtsrat zu wählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 19.951.274 stimmberechtigten Aktien mit 15.537.342 Pro-Stimmen, 4.355.728 Contra-Stimmen, bei 58.204 Stimmenthaltungen,

angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Der Antrag von Herrn Dr. Harry Neubauer als Vertreter des Aktionärs MSPS, Herrn Dr. Herbert Cordt für die Dauer bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, in den Aufsichtsrat zu wählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer stimmberechtigten Präsenz von 19.892.220 mit 15.419.202 Pro-Stimmen, 4.320.816 Contra-Stimmen, bei 152.202 Stimmenthaltungen. angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Der Antrag der MSPS, Herrn Mark Eckhout für die Dauer bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, in den Aufsichtsrat zu wählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 19.880.700 mit 14.807.911 Pro-Stimmen, 5.014.937 Contra-Stimmen, bei 57.852 Stimmenthaltungen, angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Der Antrag von Dr. Harry Neubauer als Vertreter des Aktionärs MSPS, Hubert Gorbach für die Dauer bis zur Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung für das zweite Geschäftsjahr nach der Wahl beschließt, in den Aufsichtsrat zu wählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer stimmberechtigten Präsenz von 19.880.200 mit 14.467.356 Pro-Stimmen, 5.259.610 Contra-Stimmen, bei 153.234 Stimmenthaltungen, angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Der Antrag der MSPS, das Aufsichtsratsmitglied Herrn DDr. Erhard Schaschl abzuwählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 19.882.975 stimmberechtigten Aktien mit 11.788.318 Pro-Stimmen, 6.593.036 Contra-Stimmen, bei 1.501.621 Stimmenthaltungen, angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 534, 535, 536 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt. Die Stimmkarte mit der Nummer 575 hat sich der Stimme enthalten.

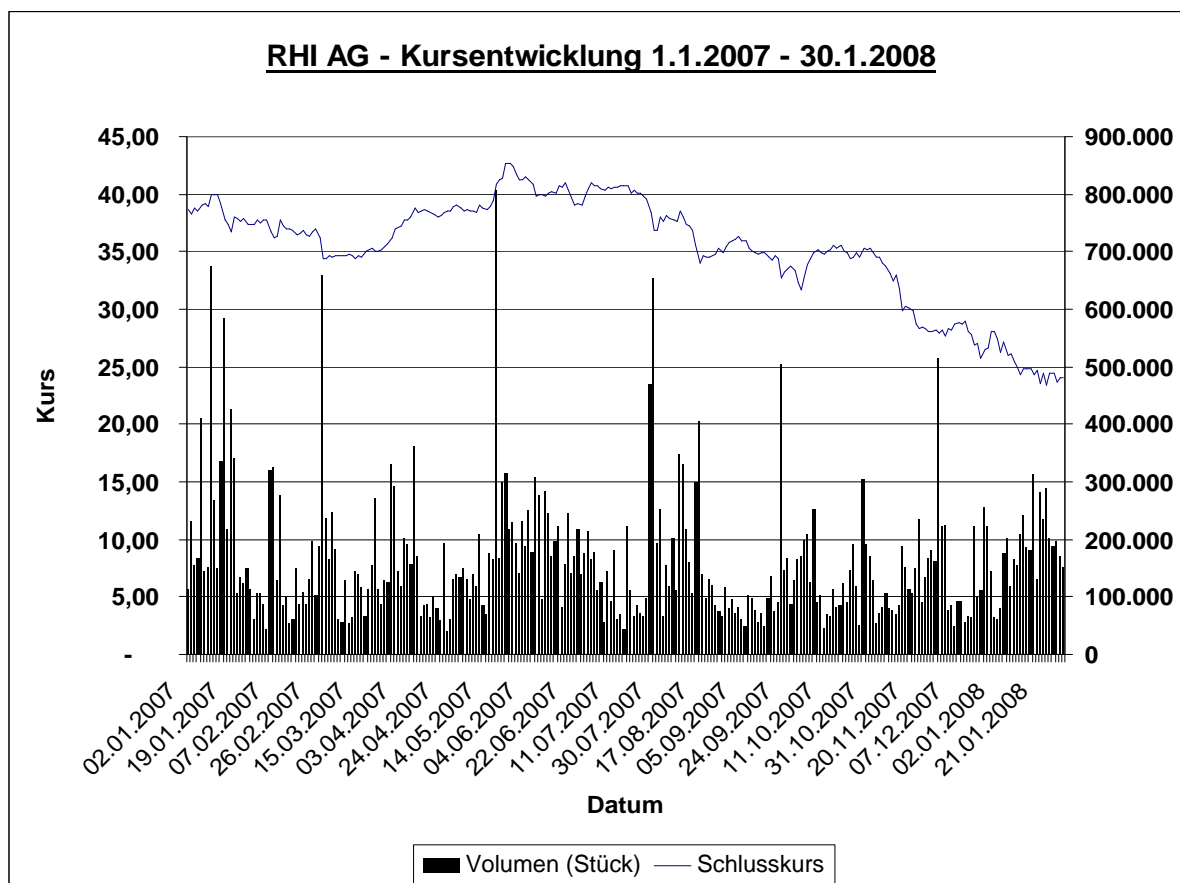
Der Antrag der MSPS, Dr. Kurt Waniek aus dem Aufsichtsrat abzuwählen, wurde von der Hauptversammlung bei einer stimmberechtigten Präsenz von 19.882.975 mit 11.551.718 Pro-Stimmen, 5.195.856 Contra-Stimmen und 3.135.401 Stimmenthaltungen angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 534, 535, 536 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt. Die Stimmkarte mit der Nummer 575 hat sich der Stimme enthalten.

Der Wahl von Herrn Dkfm. Michael Gröller in den Aufsichtsrat wurde aufgrund der Überschreitung der gem § 86 Abs 2 Z 1 AktG zulässigen Höchstzahl wiederholt, nachdem Herr Dkfm. Gröller sein Mandat als Mitglied des Aufsichtsrates der BAST Value & Invest Development AG niedergelegt hatte. Die erneute Wahl wurde von der Hauptversammlung bei einer Präsenz von 19.882.976 stimmberechtigten Aktien mit 15.491.376 Pro-Stimmen, 4.333.248 Contra-Stimmen, bei 58.352 Stimmenthaltungen, angenommen. Die Stimmkarten mit den Nummern 532, 533, 534, 535, 536, 575 und 187 haben diesem Vorschlag zugestimmt.

Insgesamt war die Hauptversammlung von einer kontroversiellen Diskussion begleitet. Um die Abwahl der Herren DDr. Erhard Schaschl und Dr. Kurt Waniek entstanden heftige Debatten. Mehrmals wurde von Aktionären eine zumindest symbolische Dividende gefordert.

3.6 Kursentwicklung

Die Kursentwicklung der RHI stellt sich im Zeitraum vom 1. Jänner 2007 bis 30. Jänner 2008 wie folgt dar:



3.7 Beteiligungsaufbau der MS Privatstiftung

Am 19. Dezember 2006 wurde die Übernahmekommission im Zuge der Antragstellung seitens der MSPS zur Erteilung einer schriftlichen Auskunft darüber informiert, dass MSPS 80.000 Stück Aktien der RHI im Eigentum hält und neben 1.138 Wandelschuldverschreibungen der Tranche A und 187 Stück Wandelschuldverschreibungen der Tranche B auch über Call-Optionen verfügt, die sie zum Erwerb von insgesamt 4.268.000 Stück Aktien der RHI berechtigen; dieses Verfahren wurde vom 3. Senat unter der GZ 2007/3/1 geführt.

Für 187 Stück Teil-Wandelschuldverschreibungen der Tranche B wurden am 1. Dezember 2006 Wandelerklärungen abgegeben, wodurch sich mit Stichtag 11. Jänner 2007 (Ad hoc-Mitteilung der RHI vom 11. Jänner 2007) die Gesamtzahl der von MSPS gehaltenen Aktien auf 1.108.500 Stück erhöhte. Mit Meldung vom 24. April 2007 teilte RHI mit, dass MSPS am 20. April 2007 Wandlungserklärungen für 823 RHI Wandelanleihen der Tranche A zur Wandlung in neue Aktien mit Wirksamkeit zum 11. Mai 2007 abgegeben hat. Mit der Auslieferung der 4.526.500 neuen Aktien und unter Einrechnung der letztlich am 30. April 2007 ausgeübten Call-Optionsvereinbarungen stieg der Aktienbestand der MSPS auf 9.903.000 Stück an.

Diese Aktien wurden von MSPS zur 28. ordentlichen Hauptversammlung angemeldet, wovon aufgrund der Beschränkung gem § 26a ÜbG die Stimmrechte aus 9.728.040 Stück Aktien ausgeübt werden konnten. Derzeit hält MSPS noch 315 Stück Wandelschuldverschreibungen der Tranche A, welche sie zum Erwerb von 1.732.500 Stück Aktien berechtigen.

3.8 Gespräch am 11. Jänner 2007

Am 11. Jänner 2007 fand ein Treffen von Organmitgliedern der RHI mit Vertretern der MSPS statt. Auf Seiten der RHI waren die Herren Dkfm. Gröller, Dr. Draxler, Dr. Zehetner und Dr. Meier anwesend. Für MSPS waren die Herren Mag. Schlaff und Dr. Cordt anwesend. In diesem Gespräch informierte Herr Mag. Schlaff die anwesenden Organmitglieder der RHI, dass MSPS zu diesem Zeitpunkt über 1.108.500 Stück Aktien verfüge, aufgrund von Call-Optionen zum Erwerb von insgesamt 4.268.000 Stück Aktien berechtigt sei und MSPS weiters Wandelschuldverschreibungen der Tranche A halte, die sie zum Erwerb von weiteren 6.259.000 Stück Aktien berechtigten. Gleichzeitig überreichte Herr Mag. Schlaff den Organmitgliedern der RHI ein Schreiben, das Grundlage einer am

selben Tag von RHI veröffentlichten Ad hoc-Mitteilung war. Im Zuge dieses Gespräches hielt Herr Mag. Schlaff fest, dass er angesichts der Unternehmenslage gegen die Ausschüttung einer Dividende sei.

3.9 Gewinnverwendung für das Jahresergebnis 2006

Im Geschäftsbericht der RHI über das Geschäftsjahr 2005 wurde angekündigt, dass *„bei einem erwartungsgemäßen Ergebnis für 2006 die Wiederaufnahme von Dividendenzahlungen im Jahr 2007 für das Geschäftsjahr 2006“* geplant sei.

Anlässlich eines Treffens im Dezember 2006 mit Herrn Dkfm. Gröller sprach sich Herr Dr. Winterstein grundsätzlich gegen die Ausschüttung einer Dividende aus. Allerdings hat er bereits zu diesem Zeitpunkt angekündigt, bei einem entsprechenden Vorschlag des Vorstandes auch einem Antrag auf Ausschüttung einer Dividende zuzustimmen.

Bei dem Gespräch am 11. Jänner 2007 zwischen Herrn Mag. Schlaff und den Vertretern der RHI sprach sich Herr Mag. Schlaff klar gegen die Ausschüttung einer Dividende aus, wobei die Aussagen von Herrn Mag. Schlaff gleichzeitig als Mitteilung der Ansicht der MSPS verstanden wurden. Dies war auch von Herrn Mag. Schlaff beabsichtigt. Die Einstellung der MSPS zu diesem Thema wurde Mitgliedern des Vorstandes der RHI gegenüber auch von Herrn Dr. Cordt bei weiteren Gesprächen nochmals bekräftigt.

MSPS hat zudem klar zum Ausdruck gebracht, dass sie einem entgegenstehenden Gewinnverwendungsvorschlag in der Hauptversammlung nicht zustimmen werde. Vor allem aufgrund der klaren Ablehnung einer Dividendenausschüttung seitens MSPS fasste der Vorstand der RHI mehrheitlich den Entschluss, der Hauptversammlung den Vortrag des Bilanzgewinns auf neue Rechnung vorzuschlagen. Aufgrund der Beteiligungshöhe der MSPS hat es der Vorstand der RHI für wahrscheinlich gehalten, dass ein entgegenstehender Gewinnverwendungsvorschlag die nötige Unterstützung der Hauptversammlung nicht erhält. Der Vorstand der RHI wollte die Ablehnung seines Gewinnverwendungsvorschlages in der Hauptversammlung auf jeden Fall verhindern, da er in diesem Fall negative Auswirkungen auf die Gesellschaft, insbesondere auf das Vertrauen des Kapitalmarktes, befürchtete. Hierbei hatte der Vorstand auch zu beachten, dass zu diesem Zeitpunkt eine große Akquisition und damit verbunden eine mögliche Kapitalerhöhung im Raum standen.

Der Aufsichtsrat nahm in seiner Sitzung am 24. April 2007 den Beschluss des Vorstandes zur Kenntnis. Bei der Beschlussfassung über die Prüfung des

Gewinnverwendungsvorschlags kam es zu Stimmenthaltungen der Herren DDr. Schaschl und Dr. Waniek; Herr Dr. Grupp stimmte gegen den Vorschlag des Vorstandes.

Der Hauptversammlung wurde schließlich vorgeschlagen, das Jahresergebnis für das Geschäftsjahr 2006 auf neue Rechnung vorzutragen; dieser Vorschlag wurde wie festgestellt mehrheitlich angenommen.

Da jene Aktien nicht dividendenberechtigt waren, die aus der Wandlung der Tranchen A und B nach dem 31. Dezember 2006 ausgegeben wurden, wären von insgesamt 9.903.000 Stück Aktien der MSPS bloß 4.348.000 Stück Aktien dividendenberechtigt gewesen.

3.10 Gespräche Mag. Schlaff und Dr. Winterstein

Zwischen Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein fanden am 12. Februar 2007 in München und am 25. April 2007 in Wien Gespräche statt. Bei diesen Treffen stellten sich die Aktionäre einander gegenseitig vor. Herr Mag. Schlaff teilte Herrn Dr. Winterstein bereits beim Treffen am 12. Februar 2007 ausdrücklich mit, dass er beabsichtige, zwei Kandidaten für die Wahl in den Aufsichtsrat vorzuschlagen. Dabei wurde Herr Dr. Cordt bereits namentlich als Kandidat für die Aufsichtsratswahl angekündigt. Über weitere zu nominierende Personen wurde nicht gesprochen.

Herr Dr. Winterstein teilte im Gegenzug dazu Herrn Mag. Schlaff mit, dass sein Vertreter im Aufsichtsrat Herr Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg sei. Herr Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg ist der Schwiegersohn von Herrn Dr. Winterstein.

Im April wurde schließlich Herr Dr. Cordt Herrn Dr. Winterstein vorgestellt. Im Zuge dieses Gespräches haben sowohl Herr Dr. Winterstein als auch Herr Mag. Schlaff die Meinung geäußert, dass sie beide aus betriebswirtschaftlicher Sicht eine Dividendenausschüttung nicht befürworten. Herr Dr. Winterstein teilte jedoch Herrn Mag. Schlaff mit, aus Verbundenheit mit dem Management dennoch nicht gegen einen allfälligen Antrag des Vorstandes auf Ausschüttung einer Dividende zu stimmen.

Herr Mag. Schlaff hat nach diesen beiden Gesprächen damit gerechnet, dass Herr Dr. Winterstein die Anträge betreffend die Wahl von zwei Vertretern der MSPS in den Aufsichtsrat unterstützen werde, soweit es sich um fachlich qualifizierte Personen handelt. Aufgrund des Verlaufs der Gespräche, an denen auch Herr Dr. Cordt teilgenommen hat, hat Herr Mag. Schlaff mit der Unterstützung von Herrn Dr. Winterstein insbesondere für die Wahl von Herrn Dr. Cordt gerechnet (vgl auch Protokoll vom 26.11.2007, S 78).

Es konnte nicht festgestellt werden, dass das Stimmverhalten bzw. die Unterstützung der Wahlanträge für die Herren DI Dr. Draxler und Dkfm. Gröller bei diesen Gesprächen ebenfalls erörtert wurden. Ebenso konnte nicht festgestellt werden, zu welchem Zeitpunkt MSPS bzw. Herr Mag. Schlaff Herrn Dr. Winterstein Herrn Eckhout namentlich als Kandidaten für die Wahl in den Aufsichtsrat genannt haben. Die Kandidatur von Herrn Gorbach wurde Herrn Dr. Winterstein erst unmittelbar vor der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 bekannt.

3.11 Gespräch Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg und Dr. Cordt

Am Abend vor der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 fand ein Treffen zwischen Herrn Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg und Herrn Dr. Cordt statt. Bei diesem Gespräch stellten sie sich einander als „zukünftige Kollegen“ im Aufsichtsrat vor (Aussage Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg, Protokoll vom 19.12.2007, S 20). Spätestens zu diesem Zeitpunkt war den Vertretern der MSPS sowie Herrn Mag. Schlaff bewusst, dass sich Herr Dr. Winterstein bezüglich der Aufsichtsratswahl entsprechend der bei den Gesprächen am 12. Februar und 25. April 2007 erfolgten Kommunikation verhalten würde. Es konnte nicht festgestellt werden, dass das Stimmverhalten bzw. die Unterstützung der Wahlanträge für die Herren DI Dr. Draxler und Dkfm. Gröller bei diesen Gesprächen ebenfalls erörtert wurden.

Ingesamt konnte der Senat feststellen, dass Herr Dr. Winterstein durch sein eigenes Verhalten sowie durch das Verhalten seines Vertreters im Aufsichtsrat der RHI, des Herrn Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg, gegenüber Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Cordt die Unterstützung der Anträge, Herrn Dr. Cordt sowie einen weiteren Vertreter der MSPS in den Aufsichtsrat der RHI zu wählen, zumindest schlüssig zum Ausdruck gebracht hat.

3.12 Wahl bzw. Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsrates

Auf der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 wurden mehrere Anträge zur Umbesetzung des Aufsichtsrates gestellt. Im Konkreten handelte es sich dabei um folgende Anträge:

1. Die Wiederbestellung von Herrn Dkfm. Gröller;
2. die Wahl von Herrn DI Dr. Draxler;
3. die Abwahl der Herren DDr. Schaschl und Dr. Waniek;
4. die Zuwahlen der Herren Dr. Cordt, Eckhout und Gorbach;

5. die Wahl von Herrn Riefler.

3.12.1 Wahl von Dkfm. Gröller

Herr Dkfm. Gröller wurde von Herrn Dr. Winterstein gebeten, für eine Wiederwahl zur Verfügung zu stehen, wozu dieser sich auch bereit erklärte. Bedingt durch den Einstieg der MSPS bot Herr Dkfm. Gröller seinen Rücktritt an. Herr Mag. Schlaff bat Herrn Dkfm. Gröller jedoch ebenfalls, für das Amt des Aufsichtsratsvorsitzenden weiterhin zur Verfügung zu stehen.

Herr Dkfm. Gröller wurde von Herrn Dr. Winterstein bei der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 zur Wiederwahl vorgeschlagen. Die Wiederwahl von Herrn Dkfm. Gröller musste aufgrund der Überschreitung der zulässigen Höchstzahl an Aufsichtsratsmandaten (§ 86 Abs 2 Z 1 AktG) wiederholt werden.

3.12.2 Wahl von DI Dr. Draxler

Herr DI Dr. Draxler war bis 13. Jänner 2007 Vorsitzender des Vorstandes der RHI. Bereits im Jänner 2006 war geplant, dass Herr DI Dr. Draxler nach Ablauf seiner Funktionsperiode nicht länger als Vorstand zur Verfügung stehen würde. Auf Bestreben von Herrn Dkfm. Gröller sollte Herr DI Dr. Draxler jedoch nach seinem Ausscheiden aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat wechseln. Der geplante Wechsel in den Aufsichtsrat wurde auf einer Pressekonferenz im Februar 2006 bekannt gegeben. Im Dezember 2006 suchte Herr Dkfm. Gröller die Unterstützung von Herrn Dr. Winterstein zur Nominierung von Herrn DI Dr. Draxler; im Jänner 2007 wendete sich Herr DI Dr. Draxler diesbezüglich auch persönlich an Herrn Dr. Winterstein. Herr Dr. Winterstein befürwortete die Kandidatur von Herrn DI Dr. Draxler aufgrund dessen Verdienste um das Unternehmen.

Nach dem Einstieg der MSPS bei RHI ersuchte Herr Dkfm. Gröller auch Herrn Mag. Schlaff, die Kandidatur von Herrn DI Dr. Draxler zu unterstützen, was dieser Herrn DI Dr. Draxler in einem persönlichen Gespräch auch in Aussicht stellte.

Herr DI Dr. Draxler wurde – wie ausgeführt – von Herrn Dr. Winterstein in der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 für die Wahl in den Aufsichtsrat vorgeschlagen und ua mit den Stimmen der MSPS sowie von Herrn Dr. Winterstein mehrheitlich in den Aufsichtsrat gewählt.

3.12.3 Abberufung von DDr. Schaschl und Dr. Waniek

Nach dem Einstieg der MSPS wurde seitens der MSPS gegenüber Herrn Dkfm. Gröller kommuniziert, dass MSPS zumindest zwei Personen zur Wahl in den Aufsichtsrat zu wählen beabsichtige. Sowohl Herr Mag. Schlaff als auch Herr Dr. Winterstein waren aus Effizienzüberlegungen gegen eine Vergrößerung des Aufsichtsrates.

Herr Dkfm. Gröller bot Herrn Mag. Schlaff an, den Aufsichtsratsmitgliedern Herrn DDr. Schaschl und Herrn Dr. Waniek mitzuteilen, dass diese nach Wunsch der MSPS ihre Mandate zurücklegen sollten. Herr Dkfm. Gröller teilte Herrn DDr. Schaschl am Rande der Aufsichtsratssitzung am 24. April 2007 mit, dass er bei der folgenden Hauptversammlung zur Abberufung vorgeschlagen werden könnte.

Mit Herrn Dr. Waniek hat Herr Dkfm. Gröller diesbezüglich kein persönliches Gespräch geführt. Herr Dkfm. Gröller teilte schließlich Herrn Mag. Schlaff mit, dass weder Herr DDr. Schaschl noch Herr Dr. Waniek bereit seien, ihre Mandate zur Verfügung zu stellen.

Herr DDr. Schaschl und Herr Dr. Waniek wurden auf der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 auf Antrag der MSPS zur Abberufung aus dem Aufsichtsrat vorgeschlagen. Beide wurden ua mit den Stimmen der MSPS und den Stimmen aus den von Herrn X für Herrn Dr. Winterstein vertretenen Aktien abgewählt. Herr Dr. Winterstein enthielt sich mit den von ihm persönlich vertretenen Aktien der Stimme. Auch ein anderes Stimmverhalten von Herrn Dr. Winterstein bei den Abwahlen von Herrn DDr. Schaschl und Herrn Dr. Waniek hätte zu keinem anderen Abstimmungsergebnis geführt.

3.12.4 Zuwahl von Dr. Cordt, Herr Eckhout und Herr Gorbach

Herr Mag. Schlaff teilte RHI am 11. Jänner 2007 mit, dass MSPS zumindest zwei Personen zur Wahl in den Aufsichtsrat vorzuschlagen beabsichtige. In den Gesprächen mit Herrn Dr. Winterstein informierte Herr Mag. Schlaff diesen ebenso über sein Vorhaben, wobei anfänglich nur Herr Dr. Cordt namentlich als Kandidat genannt wurde. Wann genau die Kandidatur von Herrn Eckhout mitgeteilt wurde, konnte nicht festgestellt werden. Die Nominierung von Herrn Gorbach wurde erst knapp vor der Hauptversammlung bekannt gegeben.

Herr Dr. Cordt und Herr Eckhout werden von der MSPS als ihre Vertreter angesehen. Herr Gorbach wurde aufgrund erwarteter positiver Auswirkungen seiner Kontakte, die er als ehemaliges Mitglied der österreichischen Bundesregierung erworben hatte, von MSPS

nominiert. Aus denselben Gründen unterstützte Herr Dr. Winterstein den von MSPS gestellten Antrag auf Wahl von Herrn Gorbach in den Aufsichtsrat.

Die Anträge auf Wahl der Herren Dr. Cordt und Eckhout wurden von MSPS gestellt. Herr Dr. Winterstein stimmte bei diesen Anträgen jeweils gleich wie MSPS. Ein anderes Stimmverhalten von Herrn Dr. Winterstein hätte zu keinem anderen Abstimmungsergebnis geführt.

3.12.5 Wahl eines Minderheitenvertreters gem § 87 Abs 1 AktG

Der auf der Hauptversammlung von Herrn Mag. Liebenwein gestellte Antrag auf Wahl von Herrn Riefler als Minderheitenvertreter gem § 87 Abs 1 AktG erfuhr nicht die notwendige Unterstützung. Herr Riefler erschien nicht persönlich auf der Hauptversammlung, sondern wurde von Herrn Stephan Zöchling vorgestellt. Der Antrag wurde unter anderem mit den Stimmen von MSPS, Herrn X und Dr. Winterstein mehrheitlich abgelehnt. Herr Dr. Winterstein hat den Antrag schon deshalb nicht unterstützt, weil Herr Riefler sich nicht persönlich der Hauptversammlung vorgestellt hatte. Wäre das Stimmrecht aus den Herrn Dr. Winterstein gehörenden Aktien zugunsten des entsprechenden Antrags ausgeübt worden, so wäre ein Minderheitenvertreter in den Aufsichtsrat bestellt worden. In diesem Fall wäre über die Bestellung von Herrn Gorbach nicht abgestimmt worden.

3.13 Vertretung von Herrn Dr. Winterstein durch Herrn X in der Hauptversammlung am 1. Juni 2007

Herr X vertrat auf der Hauptversammlung am 1. Juni 2007 1.710.000 Aktien von Herrn Dr. Winterstein, die bei der Y-Bank verwahrt waren. Einige Tage vor der Hauptversammlung erteilte Herr Dr. Winterstein Herrn X in Kenntnis der Tagesordnung der 28. ordentlichen Hauptversammlung die Vollmacht, wie bisher seine Aktien auf der Hauptversammlung zu vertreten, und die Anweisung, wie in den Jahren zuvor seine Stimmrechte „im Sinne der Verwaltung“ auszuüben. Dass im Vorfeld zur Hauptversammlung weitere konkrete Anweisungen zu den jeweiligen Tagesordnungspunkten erteilt wurden, konnte nicht festgestellt werden. Festgestellt wurde jedoch, dass zwischen Herrn Dr. Winterstein und Herrn X während der Hauptversammlung kein Kontakt bestand.

4. Beweiswürdigung

Die vorstehenden Feststellungen basieren auf den zum Akt genommenen Urkunden, der Vernehmung der Verfahrensparteien sowie des am Verfahren iSv § 8 AVG Beteiligten DDR.

Schaschl und auf den Zeugenaussagen der Herren Dr. Waniek, Dkfm. Gröller, Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg, Zöchling, Herrn X, Dr. Cordt, DI Dr. Draxler, Dr. Zehetner und Dr. Meier.

Die Feststellung, dass Herr Mag. Schlaff tatsächlich Einfluss auf die Geschäftsführung der MSPS ausgeübt hat, basiert auf den glaubwürdigen Aussagen der vernommenen Zeugen sowie auf der Einvernahme von Herrn Mag. Schlaff, nach denen Herr Mag. Schlaff bei einer Vielzahl von Gelegenheiten nach Außen als derjenige aufgetreten ist, der die wirtschaftlich wesentlichen Entscheidungen der MSPS in Hinblick auf deren Beteiligung an RHI letztendlich trifft bzw. diese treffen kann. Dies betraf etwa die Frage der Gewinnverwendung sowie die Entscheidung, welche Personen MSPS zur Wahl in den Aufsichtsrat der RHI vorschlagen werde. Auch hat Herr Mag. Schlaff etwa mit Herrn DI Dr. Draxler über die Unterstützung von dessen Kandidatur zur Wahl in den Aufsichtsrat durch MSPS diskutiert. Weiters ergibt sich aus der Aussage von Herrn Mag. Schlaff, dass auch die Entscheidung über den Antrag auf Abberufung von Herrn DDr. Schaschl sowie das entsprechende Stimmverhalten der MSPS letztlich auf einer Entscheidung von Herrn Mag. Schlaff basierten. Hierbei war auch das festgestellte wirtschaftliche Interesse von Herrn Mag. Schlaff, das in seiner Begünstigtenstellung zum Ausdruck kommt, entsprechend zu berücksichtigen.

Die Feststellung, dass Herr Mag. Schlaff mit der Unterstützung der angekündigten Wahlvorschläge der MSPS durch Herrn Dr. Winterstein gerechnet habe, basiert primär auf den Aussagen von Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein sowie der Aussage von Herrn Dr. Cordt.

Die Feststellung, dass Herr Dr. Winterstein gegenüber Herrn Mag. Schlaff sein Einverständnis in einer für diesen verständlichen Art zum Ausdruck gebracht hat, basiert primär auf den Aussagen von Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein über die Gespräche am 12. Februar 2007 und 25. April 2007. Hierbei berücksichtigte der Senat auch die Tatsache, dass der als Vertreter von Herrn Dr. Winterstein dem Aufsichtsrat der RHI angehörende Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg, der Schwiegersohn von Herrn Dr. Winterstein, bei seinem Treffen mit Herrn Dr. Cordt diesem gegenüber zumindest schlüssig bestätigte, dass der Antrag der MSPS auf Wahl von Herrn Dr. Cordt in den Aufsichtsrat die Unterstützung von Herrn Dr. Winterstein finden würde. Dies ergibt sich insbesondere auch aus der glaubhaften Zeugenaussage von Herrn Prinz zu Sayn Wittgenstein-Berleburg,

nach der Herr Dr. Cordt und er sich als „zukünftige Kollegen im Aufsichtsrat“ vorgestellt haben.

Die Feststellung, dass das Gespräch zwischen Herrn Dr. Winterstein und Herrn X über die Ausübung des Stimmrechts aus den bei der Y-Bank verwahrten Aktien erst einige Tage vor der Hauptversammlung und in Kenntnis der Tagesordnung der 28. ordentlichen Hauptversammlung erfolgte, basiert auf der Darstellung von Herrn Dr. Winterstein. Diese Darstellung erschien dem Senat schlüssiger als die hierzu teilweise im Widerspruch stehende Zeugenaussage von Herrn X.

5. Rechtliche Beurteilung

5.1 Zu Spruchpunkt 1.

5.1.1 Parteistellung von Herrn Mag. Schlaff

Gem § 6 Stiftungsurkunde der MSPS ist dem Stifter das alleinige Recht vorbehalten, jederzeit Änderungen der Stiftungserklärung herbeizuführen. Umfasst ist davon insbesondere das Recht, die Begünstigten, die Stiftungsorgane und den Stiftungszweck zu ändern.

Dieser Vorbehalt ermöglicht es Herrn Mag. Schlaff, bereits durch die Änderung der Organisationsstruktur maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der MSPS zu nehmen. Bei Vorliegen eines solchen unbeschränkten Änderungsvorbehalts ist daher grundsätzlich von einer beherrschten Privatstiftung iSv § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG auszugehen (vgl. *Zollner*, GesRZ 2003, 278 [281]; *ders*, ÖBA 2004, 831 [835 f]; *N. Arnold/Schuster*, GesRZ 2007, 303 [305]; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² (2006) Rz 45).

Im vorliegenden Fall kommt Herrn Mag. Schlaff gem § 11 der Stiftungsurkunde zudem das alleinige Recht zu, die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Stiftungsvorstandes zu bestimmen und diese auch vor Ablauf ihrer Funktionsperiode abuberufen. Auch dieses Recht ist – unabhängig von bestehenden Schranken im Falle einer sachlich nicht gerechtfertigten Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstandes – bereits ausreichend, um einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung einer Privatstiftung auszuüben (vgl. *Zollner*, GesRZ 2003, 278 [281 f]; *ders*, ÖBA 2004, 831 [835 f]; *N. Arnold/Schuster*, GesRZ 2007, 303 [306]).

Im Ergebnis ist der Senat daher der Auffassung, dass Herr Mag. Schlaff über die Möglichkeit verfügt, einen beherrschenden Einfluss iSv § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG auf MSPS

auszuüben. Von dieser Möglichkeit hat Herr Mag. Schlaff – wie sich aus den Feststellungen ergibt – auch Gebrauch gemacht und tatsächlich Einfluss auf die Geschäftsführung der MSPS ausgeübt.

Herr Mag. Schlaff und MSPS sind daher als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren.

In Anbetracht der möglichen Verfahrensergebnisse war es daher auch erforderlich, nicht nur der MSPS als unmittelbar an RHI beteiligtem Rechtsträger, sondern auch Herrn Mag. Schlaff selbst Parteistellung im Verfahren gem § 33 ÜbG einzuräumen.

5.1.2 Zur Verletzung der Angebotspflicht gem §§ 22 ff ÜbG

Gem § 22a Z 1 ÜbG besteht die Angebotspflicht nach § 22 Abs 1 ÜbG auch, wenn eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird und diese gemeinsam vorgehenden Rechtsträger zusammen eine kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangen. Zielgesellschaft iSv § 1 Z 2 ÜbG ist RHI.

Gem § 23 Abs 1 ÜbG sind die Beteiligungen aller gemeinsam vorgehender Rechtsträger diesen wechselseitig zuzurechnen. Die von MSPS und Herrn Dr. Winterstein gehaltenen Aktien der RHI übersteigen insgesamt die Schwelle von 30% der ständig stimmberechtigten Aktien der RHI und stellen daher bei Erfüllung des Zusammenrechnungstatbestandes insgesamt eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 2 ÜbG dar.

Rechtlicher Ausgangspunkt für die Beurteilung der Angebotspflicht gem § 22a Z 1 ÜbG ist im vorliegenden Fall demnach die Frage, ob MSPS bzw. Herr Mag. Schlaff einerseits und Herr Dr. Winterstein andererseits als gemeinsam vorgehende Rechtsträger gem § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind.

Gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 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 die Koordination der Stimmrechte [...]*“.

Keine Voraussetzung für die Angebotspflicht nach § 1 Z 6 iVm § 22a Z 1 ÜbG ist, dass die an der Absprache beteiligten Rechtsträger unmittelbar Aktien an der Zielgesellschaft halten. Ausreichend hierfür sind vielmehr auch (kontrollrelevante) Absprachen zwischen Rechtsträgern, die die unmittelbar an der Zielgesellschaft beteiligten Rechtsträger kontrollieren können (vgl. auch *Huber in Huber, Übernahmegesetz, § 22a Rz 15*). Da, wie

oben dargelegt, Herr Mag. Schlaff MSPS beherrscht und diese beiden Rechtsträger daher als gemeinsam vorgehend zu qualifizieren sind, kann auch eine zwischen Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein getroffene Absprache iE zu einer Zusammenrechnung der Beteiligungen – und somit zur Angebotspflicht – von MSPS und Herrn Dr. Winterstein führen.

Soweit mehrere Rechtsträger eine *Absprache* über die Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates getroffen haben, wird ein gemeinsames Vorgehen dieser Rechtsträger gem § 1 Z 6 ÜbG *vermutet*.

Der Begriff der „Absprache“ iSv § 1 Z 6 ÜbG ist weit auszulegen. Es ist darunter keineswegs nur eine vertragliche Vereinbarung zu verstehen; auch bloße Absprachen ohne rechtliche Bindungswirkung sowie das so genannte „abgestimmte Verhalten“ erfüllen grundsätzlich den Tatbestand von § 1 Z 6 ÜbG (vgl. ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5; s auch *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 44; *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 54; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [663]). Wie *Huber/Alscher* (aaO, Rz 55) zutreffend ausführen, genügt hierfür jede – sei es auch nur schlüssige – Kommunikation zwischen den beteiligten Rechtsträgern über ihr jeweiliges (Stimm-)Verhalten, aufgrund der die Beteiligten vernünftigerweise ein kommunikationskonformes Verhalten erwarten können.

Die gleichförmige Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung kann Indiz für das Vorliegen einer Absprache sein. Genauso kann, entsprechende Mehrheitsverhältnisse in der Hauptversammlung vorausgesetzt, auch ein nicht vollkommen gleichartiges Stimmverhalten, wie etwa eine gezielte Stimmenthaltung eines an der Absprache beteiligten Rechtsträgers, eine Koordination der Stimmrechte indizieren; so etwa wenn durch das gezielt divergierende Stimmverhalten das beabsichtigte Beschlussergebnis genauso herbeigeführt werden kann (vgl. *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 64). Das Vorliegen einer Absprache ist daher nicht etwa bereits dadurch widerlegt, dass nicht alle Stimmrechte aus den Aktien von Herrn Dr. Winterstein bei sämtlichen Beschlussgegenständen gleich wie die der MSPS ausgeübt wurden.

Wie festgestellt, haben sich Herr Mag. Schlaff und Herr Dr. Winterstein im Vorfeld der Hauptversammlung aus Anlass der Beteiligung der MSPS an RHI zweimal persönlich getroffen. Im Zuge dieser Gespräche hat Herr Mag. Schlaff Herrn Dr. Winterstein mitgeteilt, dass er bei der bevorstehenden Hauptversammlung anstrebe, zwei „Vertreter“ in den Aufsichtsrat zu wählen, wobei jedenfalls Herr Dr. Cordt bereits explizit genannt und auch

persönlich vorgestellt wurde. Herr Dr. Winterstein hat dabei Herrn Mag. Schlaff gegenüber auch – zumindest schlüssig – zum Ausdruck gebracht, dass er mit der von ihm gewünschten Vorgangsweise hinsichtlich der Wahl von Herrn Dr. Cordt und einem weiteren Vertreter einverstanden sei.

Herr Mag. Schlaff erwartete aufgrund dieses Verhaltens von Herrn Dr. Winterstein, dass dieser sein Stimmverhalten in einer den Anträgen der MSPS auf Wahl von zwei Vertretern in den Aufsichtsrat entsprechenden Weise ausüben werde, was auch Herrn Dr. Winterstein bewusst sein musste.

Nach Ansicht des Senates sind die zwischen Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein geführten Gespräche hinsichtlich der Wahlen von Herrn Dr. Cordt und Herrn Eckhout als Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren. Diese Absprache manifestierte sich auch in dem entsprechenden Stimmverhalten auf der Hauptversammlung am 1. Juni 2007.

Dasselbe gilt hinsichtlich der Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder DDr. Schaschl und Dr. Waniek. Auch hier konnte festgestellt werden, dass Herr Dr. Winterstein Herrn Mag. Schlaff bzw. MSPS in zurechenbarer Weise die Unterstützung bei den entsprechenden Beschlussfassungen in Aussicht gestellt hatte, falls die betreffenden Personen ihre Aufsichtsratsmandate nicht zurücklegen würden.

Wie erwähnt schließt ein (teilweise) divergierendes Verhalten das Vorliegen einer Absprache bzw. die Umsetzung der Abstimmung nicht aus. Die festgestellte teilweise Stimmhaltung von Herrn Dr. Winterstein im Falle der Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder DDr. Schaschl und Dr. Waniek trug zu deren Abberufung schon dadurch bei, dass MSPS – aufgrund der Verringerung der zu beachteten Gesamtstimmzahl – bei diesen Beschlussgegenständen bereits alleine über die relative Stimmenmehrheit verfügte. Zudem hat der als Legitimationsaktionär für Herrn Dr. Winterstein anwesende Herr X die Stimmrechte aus weiteren Herrn Dr. Winterstein gehörenden Aktien auch in diesem Beschlusspunkt gleichlautend wie MSPS gestimmt.

Die Parteienvertreter haben zwar zutreffend festgehalten, dass eine bloße Absprache über die *Abwahl* von Aufsichtsratsmitgliedern die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gem § 1 Z 6 grundsätzlich nicht auslöst. Der Senat ist jedoch der Ansicht, dass im konkreten Fall erst die Abwahl der zwei Aufsichtsratsmitglieder die Wahl der beiden Vertrauensleute der MSPS ermöglicht hat. Wie die Parteien übereinstimmend ausgesagt haben, sollte eine Vergrößerung des Aufsichtsrates aus verschiedenen Erwägungen nicht erfolgen – eine Abwahl von zwei Mitgliedern war unter dieser Prämisse daher zur Verwirklichung der

geplanten Umbesetzung notwendig. Die Absprachen betreffend das Stimmverhalten bei der Abberufung der Herren DDr. Schaschl und Dr. Waniek sowie die Absprachen betreffend die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder Herr Dr. Cordt und Herr Eckhout sind daher als Einheit anzusehen.

Da die Absprache zwischen MSPS und Herrn Dr. Winterstein die Wahlen von Mitgliedern des Aufsichtsrates zum Gegenstand hatte, gilt gem § 1 Z 6 letzter Halbsatz ÜbG die Vermutung, dass MSPS, Herr Mag. Schlaff und Herr Dr. Winterstein gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG sind.

Die gesetzliche Vermutung in § 1 Z 6 letzter Halbsatz ÜbG ist widerleglich (vgl. ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [663]). Die Widerlegung kann durch den Nachweis erfolgen, dass die Absprache im Einzelfall nicht kontrollrelevant war (vgl. *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 60).

Der Argumentation von Herrn Dr. Winterstein, dass ausschließlich auf *gemeinsame* Kontrollerlangung bzw. -ausübung gerichtete Absprachen tatbestandsmäßig iSv § 1 Z 6 ÜbG seien, kann sich der Senat nicht anschließen. Auch die *fremdnützige Zusammenarbeit* und somit auch die bloße „Beihilfe“ eines an der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger Beteiligten bei der Kontrollerlangung bzw. -ausübung ist unter den Tatbestand zu subsumieren (so auch *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 60). Die Tatsache, dass Herr Dr. Winterstein durch die Absprache über keinen zusätzlichen Vertreter im Aufsichtsrat verfügt, ist somit für die Beurteilung, ob ein gemeinsames Vorgehen vorliegt, nicht relevant.

Die Vermutung in § 1 Z 6 letzter Halbsatz ÜbG kann auch nicht schon dadurch widerlegt werden, dass die Absprache über die Wahlen der Mitglieder des Aufsichtsrates bloß einmalig bzw. punktuell erfolgte; denn grundsätzlich ist aufgrund der (abstrakten) Kontrollrelevanz und der Nachhaltigkeit des Beschlussgegenstandes auch eine bloß einmalige Koordination der Stimmrechte ausreichend, soweit sie die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zum Gegenstand hat (vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 46; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [663]).

Die gesetzliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gilt jedoch dann als widerlegt, wenn die Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern im konkreten Fall nicht auf die Kontrollerlangung oder -ausübung gerichtet ist. Dies ist dann der Fall, wenn die beteiligten Rechtsträger mit der Stimmrechtskoordination bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht die Absicht verfolgen, die Geschicke der Gesellschaft

gemeinsam zu lenken bzw. deren Geschäftspolitik zu beeinflussen. Gleiches gilt, wenn mit der bloß fremdnützigen Unterstützung eines Rechtsträgers bei der Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrates nicht die darüber hinausgehende Unterstützung bei der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den anderen Rechtsträger beabsichtigt wird oder einhergeht und auch insgesamt keine Möglichkeit zur Beherrschung eingeräumt werden soll (idS auch *Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz, § 1 Rz 70*).

Wie Herr Dr. Winterstein glaubhaft erklärt hat, war seine Herrn Mag. Schlaff gegenüber abgegebene Einverständniserklärung, die Anträge der MSPS für die Wahlen in den Aufsichtsrat zu unterstützen, lediglich darauf gerichtet, MSPS eine ihrer Beteiligung an RHI entsprechende Vertretung im Aufsichtsrat zu verschaffen.

Gegenstand der Absprache war demnach, die Wahl von Herrn Dr. Cordt und eines weiteren Vertreters der MSPS in den Aufsichtsrat zu unterstützen. Die gemeinsame Kontrollausübung über RHI war von der festgestellten Absprache nicht umfasst. Die Absprache war darüber hinaus auch nicht darauf gerichtet, dass Herr Dr. Winterstein MSPS dabei unterstützen werde, RHI zu beherrschen.

Insgesamt sollte die festgestellte, zwischen Herrn Dr. Winterstein und MSPS bzw. Herrn Mag. Schlaff getroffene Vereinbarung der MSPS lediglich eine Minderheitsposition im Aufsichtsrat der RHI verschaffen. Die Absprache war daher im vorliegenden Fall weder auf Kontrollerlangung noch auf die Ausübung der Kontrolle gerichtet. Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens iSv § 1 Z 6 letzter Halbsatz ÜbG ist daher als widerlegt anzusehen.

Hinsichtlich der Wahl von Herrn Gorbach in den Aufsichtsrat der RHI konnte keine Koordinierung der Stimmrechte bzw. sonstige Abstimmungen des Stimmverhaltens zwischen MSPS und Herrn Dr. Winterstein festgestellt werden, sodass diesbezüglich keine Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG vorliegt. Dasselbe gilt hinsichtlich der Wiederwahl von Herrn Dkfm. Gröller und der Wahl von Herrn DI Dr. Draxler in den Aufsichtsrat.

Die gleichförmige Ausübung des Stimmrechts durch Herrn Dr. Winterstein und MSPS kann zwar Indiz für eine Absprache sein (vgl. *Winner, ÖJZ 2006, 659 [663]*). Zu dem Zeitpunkt, als Herr Dr. Winterstein mit Herrn Mag. Schlaff die Absprache betreffend die Wahlen von Herrn Dr. Cordt und einem weiteren Vertreter der MSPS (Herrn Eckhout) getroffen hat, hatte er jedoch keine Kenntnis davon, dass MSPS eine dritte Person zur Wahl in den Aufsichtsrat vorschlagen würde. Von einer auf die Wahl von Herrn Gorbach bezogenen

Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG zwischen Herrn Dr. Winterstein und MSPS kann auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts daher nicht ausgegangen werden.

Hinsichtlich der Wiederwahl von Herrn Dkfm. Gröller und der Wahl von Herrn DI Dr. Draxler konnte festgestellt werden, dass Herr Dr. Winterstein seine Zustimmung zu diesen Nominierungen bereits vor dem Einstieg der MSPS bei RHI bekannt gegeben hat und MSPS sich davon unabhängig zu einer Unterstützung dieser Kandidaten entschlossen hat; eine diesbezügliche Abstimmung des Verhaltens hat nicht stattgefunden. Auf Basis des festgestellten Sachverhalts konnte daher nicht auf das Vorliegen einer Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG geschlossen werden.

Schließlich konnte auch keine Koordinierung der Stimmrechte hinsichtlich der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung festgestellt werden. Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, hat Herr Dr. Winterstein explizit angekündigt, jeden Gewinnverwendungsvorschlag des Vorstandes zu unterstützen; dies, obwohl zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststand, dass der Vorstand die Einbehaltung des Bilanzgewinns vorschlagen würde.

Mangels Begründung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger wurde die Angebotspflicht gem § 22a Z 1 ÜbG iVm § 22 Abs 1 ÜbG nicht ausgelöst.

Auch die Erstattung einer gebotenen Mitteilung wurde demnach nicht unterlassen.

Eine Verletzung der Bestimmungen des ÜbG liegt somit nicht vor; daher sind auch keine zivilrechtlichen Sanktionen gem § 34 ÜbG eingetreten.

Es war daher gem § 33 Abs 1 ÜbG spruchgemäß zu entscheiden.

5.2 Zu Spruchpunkt 2.

Für ein Verfahren gem § 33 ÜbG vor der Übernahmekommission ist gem Punkt 5.1. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (BGBl. II 2006/369; im Folgenden: „GebO“) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400,- zu entrichten.

Gem Punkt 5.3 GebO sowie gem § 33 Abs 5 Satz 1 ÜbG trägt grundsätzlich der „Bieter“ die Kosten des Verfahrens.

Der Bieterbegriff in § 33 ÜbG unterscheidet sich schon insofern von der Legaldefinition in § 1 Z 3 ÜbG, als nicht nur Rechtsträger, die ein Angebot stellen, dies beabsichtigen oder zur

Angebotsstellung verpflichtet sind, als Bieter gelten, sondern auch jene Rechtsträger, die in der Vergangenheit ein Angebot gestellt haben.

Weiters sind auch jene Rechtsträger Bieter iSv § 33 ÜbG, deren potentielle Verpflichtung, ein Angebot zu stellen, Gegenstand des Verfahrens ist. Dies folgt bereits aus dem Verfahrensgegenstand gem § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG, da in diesem Fall die Verpflichtung zur Angebotsstellung bei Einleitung des Verfahrens nicht feststehen kann, gem § 33 Abs 2 Z 1 ÜbG jedoch die Parteistellung von der Qualifikation als Bieter abhängt. Nach Ansicht des Senates sind daher all jene Rechtsträger Bieter iSv § 33 ÜbG, deren Verpflichtung zur Angebotsstellung Gegenstand des Verfahrens ist.

Hierfür spricht auch § 33 Abs 1 Satz 1 ÜbG, der die Rechtskraft der Entscheidung auf den „Bieter“ erstreckt; dies muss alle Rechtsträger einschließen, für die die Angebotspflicht verneint wurde, also eine Verletzung der Angebotspflicht nicht festgestellt werden konnte.

Die Unterscheidung zwischen dem Bieter und den mit ihm (möglicherweise) gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern (§ 1 Z 6 ÜbG) in § 33 Abs 2 Z 1 und 2 ÜbG betrifft nach Ansicht des Senates vor allem jenen Fall, in dem ein am Verfahren beteiligter Rechtsträger bereits als Bieter feststeht, etwa weil er bei einem bereits durchgeführten Übernahmeverfahren als solcher aufgetreten ist. Wenn – wie im gegenständlichen Fall – die Angebotspflicht mehrerer Rechtsträger, die nur gemeinsam über eine kontrollierende Beteiligung verfügen können, Gegenstand des Verfahrens ist, sind hingegen all diese Rechtsträger grundsätzlich als Bieter zu behandeln.

Die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens erfolgte von Amts wegen aufgrund des weitgehend gleichförmigen Stimmverhaltens von MSPS und Herrn Dr. Winterstein in der Hauptversammlung der RHI am 1. Juni 2007. Dieses Verhalten war jedenfalls dazu geeignet, den Eindruck zu erwecken, dass MSPS und Herr Dr. Winterstein ihre Stimmrechte koordiniert hatten und zwischen ihnen eine Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG vorliegt. Die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens war daher erforderlich um festzustellen, ob Herr Mag. Schlaff, MSPS und Herr Dr. Winterstein als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren sind und ob sie in Anbetracht der Höhe ihrer Beteiligung an RHI die Angebotspflicht gem § 22a Z 1 ÜbG iVm § 22 Abs 1 ÜbG verletzt haben.

Wie unter Spruchpunkt 1 dargelegt, trafen Herr Mag. Schlaff und Herr Dr. Winterstein auch tatsächlich eine Absprache über die Wahl bzw. Abwahl von Aufsichtsratsmitgliedern,

weshalb für beide (sowie für die von Herrn Mag. Schlaff kontrollierte MSPS) die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens iSv § 1 Z 6 letzter Halbsatz ÜbG gilt.

Erst die Durchführung des gegenständlichen Verfahrens führte zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des gemeinsamen Vorgehens und folglich zur Feststellung, dass die Angebotspflicht nach §§ 22 ff ÜbG nicht verletzt wurde.

Aus diesen Gründen sind die im Spruch genannten Rechtsträger als Bieter iSv § 33 Abs 5 ÜbG zu qualifizieren. Nicht entscheidend ist hiefür, dass eine Verletzung der Angebotspflicht im gegenständlichen Verfahren nicht festgestellt werden konnte, zumal – wie ausgeführt – die Durchführung des Verfahrens aufgrund eines den im Spruch genannten Rechtsträgern zurechenbaren Verhaltens notwendig erschien.

Dem entgegenstehenden Begehren von Herrn Dr. Winterstein, MSPS und Herrn Mag. Schlaff konnte daher nicht stattgegeben werden.

In Anbetracht der Verfahrensergebnisse erschien es dem Senat nicht geboten, die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung der RHI sowie der von Herrn RA Dr. Leitner gemeinsam vertretenen Parteien dem Bieter aufzuerlegen.

Gem Punkt 5.3. GebO haben somit MSPS, Herr Mag. Schlaff und Herr Dr. Winterstein die Gebühr in der Höhe von **EUR 21.400,--** zu tragen.

Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gem § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1a ÜbG vom 5. Juli 2007 sind Barauslagen in der Höhe von **EUR 564,80** (darin enthalten **EUR 94,13 USt**) angefallen. Diese sind gem § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. und 8.4. GebO ebenfalls von MSPS, Herrn Mag. Schlaff und Herrn Dr. Winterstein zu tragen.

Insgesamt betragen die zu ersetzenden Kosten des Verfahrens iSv § 33 Abs 5 1. Satz damit **EUR 21.964,80**.

Gem Punkt 8.3. GebO sind sämtliche Zahlungen, die von der Übernahmekommission aufgrund dieser Gebührenordnung vorgeschrieben werden, zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung zur Zahlung fällig und gem Punkt 8.6. GebO auf das Konto der Wiener Börse AG zu entrichten.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zulässig, wobei diese Beschwerde innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erhoben werden muss und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen ist. Spätestens bei Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr in der Höhe von EUR 180,- zu entrichten.

Wien, am 31. Jänner 2008

Dir. Dr. Winfried Braumann

Für den 3. Senat der Übernahmekommission