



[geringfügig redaktionell verändert]

GZ 2013/1/4-103
(CEG I)

B E S C H E I D

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 16. Dezember 2013 unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner im Beisein der Mitglieder Richterinnen des OLG Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), RA Dr. Wulf-Gordian Hauser (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) in einem von Amts wegen eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 ÜbG wie folgt entschieden:

S P R U C H

- 1. Ernst Forstmayr, WertInvest Park Holding GmbH und Global Equity Partners Beteiligungs-Management GmbH sind verpflichtet, ein öffentliches Pflichtangebot an die Inhaber von Beteiligungspapieren der CEG I Beteiligungs AG in Abwicklung zu legen.**
- 2. Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.1., 5.3., 8.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Verordnung der Wiener Börse AG, BGBl. II 2006/369; im Folgenden: „GebO“) sind Ernst Forstmayr, WertInvest Park Holding AG und Global Equity Partners Beteiligungs-Management GmbH solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400 sowie von Barauslagen in der Höhe von EUR 564,83 (darin enthalten EUR 94,14 Umsatzsteuer), somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in der Höhe von EUR 21.964,83 verpflichtet. Dieser Betrag ist gemäß Punkt 8.3. und 8.6. GebO innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, IBAN AT602011100001220993, BIC GIBAATWW zu entrichten.**

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens	2
1.1	Einleitung des Verfahrens	2
1.2	Parteistellung	4
2	Parteienvorbringen und Antragstellung	5
2.1	Vorbringen vor der ersten mündlichen Verhandlung	5
2.2	Ergänzende Vorbringen nach der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2013	6
3	Sachverhalt	9
3.1	Allgemeines	9
3.2	Wirtschaftliche Entwicklung der Zielgesellschaft	12
3.3	Mögliche Erhöhung des Liquidationserlöses durch Besserungsvereinbarung	13
3.4	Beteiligungen von GEP und WIH an der Zielgesellschaft	14
3.5	Vorgeschichte der Beteiligung von FAGEB	15
3.6	Ordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft am 24. Jänner 2013	15
3.7	Verkauf von [B] an Ernst Forstmayr	16
3.8	Gespräche zwischen DI Friedrich Niederndorfer und Ernst Forstmayr	16
3.9	Außerordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft am 23. Juli 2013	17
3.10	Ordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft am 15. November 2013	18
4	Beweiswürdigung	19
5	Rechtliche Beurteilung	25
5.1	Zu Spruchpunkt 1: Feststellung des Kontrollwechsels	25
5.1.1	Allgemeines	25
5.1.2	Angebotspflicht und gemeinsames Vorgehen	25
5.1.3	Gemeinsames Vorgehen zwischen GEP, WIH und Ernst Forstmayr	26
5.2	Zu Spruchpunkt 2: Gebühren	29
6	Rechtsmittelbelehrung	30
7	Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof	30

BEGRÜNDUNG

1 Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens

1.1 Einleitung des Verfahrens

In der ordentlichen Hauptversammlung der CEG I Beteiligungs AG („CEG I“ bzw. „Zielgesellschaft“) vom 24. Jänner 2013, an der zwei Mitarbeiter der Geschäftsstelle als Beobachter teilnahmen, sollte unter anderem über die Beschlusspunkte „Rückzug der Gesellschaft von der Börse („Delisting“)" und „Liquidation der Gesellschaft“ abgestimmt werden, da die Zielgesellschaft nach Angaben ihres Vorstands keine Vermögenswerte mehr besessen habe. Aus diesem Grund hätte – so der Beschlussvorschlag der Verwaltung – bei der ordentlichen Hauptversammlung 2013 die Liquidation der Gesellschaft beschlossen werden sollen. Diese Beschlüsse hätten einer qualifizierten Mehrheit von 75% des anwesenden Grundkapitals bedurft und wurden durch die Gegenstimmen der FAGEB Verwaltungs AG („FAGEB“) bzw. der [B] verhindert. FAGEB war zu diesem Zeitpunkt mit 11,46%, das sind 34.380

Aktien, an der CEG I beteiligt. Nach Hinzurechnung der von [B] als Treuhänderin der FAGEB gehaltenen 49.996 Aktien (16,67%) war FAGEB mit 84.376 Aktien (28,13%) an der CEG I beteiligt.

Bis 22. Mai 2013 hielten FAGEB/[B] rund 29,59%. Weiters halten Global Equity Partners Beteiligungs-Management GmbH („GEP“) und Wertinvest Park Holding GmbH („WIH“; vormals Private Equity Performance-Beteiligungs AG) gemeinsam rund 26,52% des Grundkapitals. Die restlichen 43,89% befinden sich im Streubesitz.

Am 21. bzw 22. Mai 2013 gab CEG I mittels Ad hoc-Meldung bekannt, dass Herr Ernst Forstmayr mit Wirksamkeit zum 21. Mai 2013 88.761 CEG I Stückaktien von [B] gekauft und übernommen hat. Seit diesem Aktienkauf hält Herr Forstmayr somit rund 29,59% an der CEG I. Eine Meldung gemäß § 26a ÜbG wurde bei der ÜbK nicht erstattet.

Aus Anlass dieser börserechtlichen Beteiligungsmeldung richtete die Geschäftsstelle der ÜbK am 29. Mai 2013 ein Schreiben an [B], in dem sie um Aufklärung betreffend diesen Aktienverkauf ersuchte. Aus dem im Rahmen dieses Auskunftersuchens übermittelten Aktienkaufvertrag zwischen [B] und Herrn Forstmayr ging hervor, dass der Kaufpreis je Aktie EUR 3,50 betrug. Gemäß den Aussagen des Vorstands der CEG I, Herrn DDr. Michael Tojner, in der ordentlichen Hauptversammlung vom 24. Jänner 2013 werde der Erlös, den die Aktionäre im Falle einer Liquidation erhalten würden, jedoch rund EUR 1,50 bis EUR 2,50 betragen.

Weitere Recherchen der ÜbK im Vorverfahren hatten außerdem ergeben, dass Herr DDr. Tojner und Herr Forstmayr einander persönlich bekannt sind.

Am 27. Juni 2013 wurde die Öffentlichkeit von der Zielgesellschaft über die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung (aoHV) am 23. Juli 2013 informiert. Die in dieser Meldung enthaltenen geplanten Tagesordnungspunkte entsprachen iW jenen, die bei der ordentlichen Hauptversammlung am 24. Jänner 2013 aufgrund der Gegenstimmen von FAGEB bzw [B] abgelehnt worden waren und lauteten ua:

- „Beschlussfassung über die Zurückziehung der Aktien vom geregelten Freiverkehr der Wiener Börse AG und Einbeziehung der Aktien in den Dritten Markt der Wiener Börse AG“;
- „Beschlussfassung über die Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft“.

Die von außen wahrnehmbaren wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Transaktion zwischen Herrn Forstmayr und [B] sowie die Tatsache, dass diese Transaktion möglicherweise von einer Person aus dem Bekanntenkreis von Herrn DDr. Tojner getätigt worden war und im Anschluss daran in einer aoHV erneut über die Liquidation der CEG I abgestimmt werden sollte, führten dazu, dass der zuständige 1. Senat der ÜbK von Amts wegen die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 33 ÜbG beschloss. Die Einleitung des Verfahrens wurde am 30. August 2013 gemäß § 33 Abs 3 ÜbG im Amtsblatt zur Wiener Zeitung veröffentlicht.

1.2 Parteistellung

Gegenstand des Verfahrens war die Prüfung, ob Herr Forstmayr, GEP, WIH (früher: Private Equity Performance AG) und etwaige weitere Personen als gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind und damit die Angebotspflicht gemäß §§ 22 ff ÜbG verletzt wurde.

Hieraus folgt gemäß § 33 Abs 2 Z 1 und Z 2 ÜbG auch die Parteistellung Herrn Forstmayrs, der GEP sowie der WIH im gegenständlichen Verfahren. Die Parteistellung der Zielgesellschaft ergibt sich aus § 33 Abs 2 Z 3 ÜbG.

Innerhalb der Aufruffrist gemäß § 33 Abs 3 ÜbG beteiligte sich kein Aktionär, der die Voraussetzungen des § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG erfüllt, am Verfahren.

2 Parteienvorbringen und Antragstellung

2.1 Vorbringen vor der ersten mündlichen Verhandlung

Die Parteien stellten vor der mündlichen Verhandlung am 22. Oktober 2013 ihre Standpunkte im Zuge des Verfahrens im Wesentlichen wie folgt dar:

In ihrem Schriftsatz vom 13. September 2013 brachte GEP vor, dass sie stets darauf geachtet habe, die Vorschriften des ÜbG einzuhalten und mit keinem Aktionär der Gesellschaft eine gemeinschaftliche Vorgangsweise vereinbart habe, sodass eine Zusammenrechnung der Anteile drohen würde. Es habe daher zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Absprachen hinsichtlich des Stimmverhaltens im Rahmen von Hauptversammlungen der Gesellschaft, noch ein abgestimmtes Vorgehen unter den Aktionären mit der Involvierung der GEP gegeben. Es sei natürlich bekannt gewesen, dass die FAGEB aus der CEG I aussteigen wollte. Dies sei allen Aktionären klar gewesen und auch so von Seiten der FAGEB kommuniziert worden. Es sei richtig, dass Herr Forstmayr der GEP bekannt sei, da dieser in der Vergangenheit oftmals wegen privaten Investitionsmöglichkeiten bei der GEP angefragt habe. Nach Bekanntwerden der Absichten der FAGEB habe die GEP bekannte Investoren – so auch Herrn Forstmayr – von der Möglichkeit der Übernahme eines Aktienpaketes der FAGEB in Kenntnis gesetzt. Absprachen auf Aktionärssebene oder ein gemeinsames Vorgehen seien jedoch nicht paktiert worden. Zwischen GEP und Herrn Forstmayr habe es zu keiner Zeit eine Einflussnahme bzw Abstimmung hinsichtlich des Stimmverhaltens oder dergleichen gegeben. Daher seien die GEP und Herr Forstmayr nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger im Sinne des Übernahmegesetzes anzusehen.

Mit E-Mail vom 19. September 2013 brachte Herr Forstmayr vor, dass er mit GEP bzw mit von dieser gemanagten Unternehmen schon in der Vergangenheit des Öfteren Kontakt bezüglich diverser Investitionsmöglichkeiten gehabt und sich fallweise auch bereits an Investitionsprojekten dieser Unternehmen beteiligt habe. In diesem Zusammenhang habe GEP Herrn Forstmayr von der Möglichkeit informiert, Aktien der CEG I zu erwerben. Anhand der allen Aktionären zugänglichen Informationsmöglichkeiten wie Jahresabschlüssen und Quartalsberichten habe er sich über diese Investitionsmöglichkeit näher informiert und sei zu dem Schluss gekommen, dass sich dieses Investment insbesondere im Falle einer Liquidation und der Aufteilung des Liquidationserlöses auf die Aktionäre rentieren könnte. Daher habe er sein Interesse am Ankauf der 88.761 Stück Aktien der CEG I bekundet und diese am 3. Mai 2013 erworben. Er habe mit keinem Aktionär schriftlich oder mündlich eine gemeinsame Vorgangsweise für zukünftige Abstimmungen in einer Hauptversammlung besprochen oder akkordiert. Er habe sein Stimmrecht in der Hauptversammlung frei von jeglichen Koordinationsgesprächen, Stimmbindungen oder sonstigen Beschränkungen ausgeübt. Sein Stimmverhalten in der Hauptversammlung habe er ausschließlich auf Basis der ihm – wie allen anderen Aktionären – zur

Verfügung stehenden Informationen getroffen. Dies sei nicht auf Basis einer ausdrücklichen oder schlüssigen Vereinbarung mit einem anderen Aktionär oder einer sonstigen Person erfolgt.

2.2 Ergänzende Vorbringen nach der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2013

Mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2013 wurden der ÜbK folgende Beweismittel vorgelegt:

- mehrere Stimmrechtsvollmachten zum Beweis dafür, dass die Stimmabgabe von Herrn Forstmayr in der aoHV vom 23. Juli 2013 nicht von GEP kontrolliert oder beeinflusst worden sei;
- zwei E-Mails zum Beweis dafür, dass GEP durch ihre Tätigkeit als Managementgesellschaft bzw als stark investierter und involvierter Investor der CEG I als Drehscheibe für Beteiligungsveräußerungen fungiere;
- den 3. Quartalsbericht aus 2012 der CEG I sowie das Protokoll der oHV vom 24. Jänner 2013 zum Beweis dafür, dass der Verkauf der Aktien der abatec AG samt dessen Bedingungen an die DI Friedrich Niederndorfer Beteiligungs GmbH („FN GmbH“) offengelegt worden sei;
- das Protokoll der aoHV vom 23. Juli 2013 samt Teilnehmerverzeichnis zum Beweis dafür, dass bei dieser aoHV – anders als in den vorangehenden HV, bei denen stets auch RA [C] als Vertreter der FAGEB anwesend gewesen sei – nur ein einziger Aktionärsvertreter, nämlich [D], anwesend gewesen war, woraus sich ergebe, dass die FAGEB zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Aktionärin der CEG I gewesen und dies somit auch offengelegt worden sei;
- der Aktienkaufvertrag zwischen der FN GmbH als Käuferin einerseits sowie der CEG I, der GEP Beteiligungs Invest MF-AG („GEP MF“) und der HTA III Venture Beteiligungs-Invest AG („HTA III“) als Verkäuferinnen andererseits.

Mit am 3. Dezember 2013 eingegangenem Schriftsatz legte die GEP noch weitere Beweismittel vor:

- eine Sachverhaltsdarstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden der CEG I, Herrn Mag. Dr. Peter Takacs, vom 25. November 2013;
- das Protokoll der ordentlichen Hauptversammlung der CEG I vom 15. November 2013 (Anmerkung der ÜbK: Diese fand somit elf Tage vor dem zweiten Termin der mündlichen Verhandlung im Verfahren vor der ÜbK am 26. November 2013 statt).

In diesem Schriftsatz wird insbesondere auf Punkt 9. der Tagesordnung der HV vom 15. November 2013 verwiesen. Unter Tagesordnungspunkt 9, „Allfälliges“ berichtete der Abwickler der Gesellschaft, DDr. Michael Tojner, dass er versuchen werde, eine Abschlagszahlung von der FN GmbH für die Besetzungsvereinbarung in Zusammenhang mit dem Verkauf der Aktien der abatec AG zu erhalten. Grund hierfür sei, dass der Abwicklungszeitraum der CEG I möglicherweise nicht ausreichen werde, um zu sehen, ob die FN GmbH ihre Aktien an der abatec AG weiterverkaufe.

Zum Hintergrund der Investmententscheidung von Herrn Forstmayr sei festzuhalten, dass die Parteienvernehmung, Zeugenaussagen und vorgelegte Dokumente bestätigen würden, dass der Investor zwar von Seiten der GEP-Gruppe auf die Investmentmöglichkeit aufmerksam gemacht worden sei,

dessen endgültige Investmententscheidungen jedoch ebenso wenig von der GEP-Gruppe beeinflusst worden sei wie dessen tatsächliche Gestionierung über seinen Beteiligungsbesitz, insbesondere das Stimmverhalten in der Hauptversammlung der CEG I vom 23. Juli 2013.

Der Aktenvermerk eines Mitarbeiters der ÜbK vom 23. Juli 2013 über die an diesem Tag abgehaltene aoHV der CEG I sei inhaltlich unrichtig. Es sei unerwähnt geblieben, dass diese aoHV bloß fünf Minuten gedauert habe und aufgrund der Anwesenheit lediglich eines Aktionärsvertreters kein Bedarf für das Eingehen auf konkrete Fragen verblieben sei. Außerdem sei der Inhalt des der aoHV folgenden Gesprächs zwischen Herrn DDr. Tojner und dem Aktionär der CEG I Herrn [A] verkürzt und unrichtig wiedergegeben worden.

Weiters sei die seitens des Investors erwartete Renditeerwartung, wenn auch noch nicht materialisiert, zumindest nachvollziehbar und realistisch, was nicht zuletzt auch durch Herrn DI Niederndorfer – als unmittelbar betroffener Verkäufer und Zahlungspflichtiger – bestätigt worden sei. Dass das Stimmverhalten von Herrn Forstmayr in der seinem Ankauf folgenden Hauptversammlung der CEG I nur auf Börserückzug und Liquidation lauten konnte, sei die denklogische Konsequenz dessen, das übernommene Investment möglichst schnell wieder zu versilbern. Auch dies sei weder überraschend, noch auf einem abgestimmten Verhalten basierend.

Im Schreiben des Vorsitzenden des Aufsichtsrates der CEG I, Herrn Mag. Dr. Peter Takacs, vom 25. November 2013 führt dieser aus, er könne sich sehr wohl daran erinnern, dass Herr DDr. Tojner in dem Gespräch mit Herrn [A] darauf hingewiesen habe, dass FAGEB ihre Anteile an einen Dritten verkauft habe und daher nicht mehr Aktionärin der CEG I sei.

Beweis wurde erhoben durch Vernehmung von Herrn Ernst Forstmayr (Protokoll vom 22.10.2013, S 3ff) sowie von Herrn DDr. Tojner (Protokoll vom 22.10.2013, S 6ff) als Partei, der Zeugen RA [C] (Protokoll vom 22.10.2013, S 25ff) und Herrn DI Friedrich Niederndorfer (Protokoll vom 26.11.2013, S 2ff), sowie durch Einsichtnahme in die folgenden Dokumente:

- Protokoll der ordentlichen Hauptversammlung vom 29.2.2012;
- Protokoll der ordentlichen Hauptversammlung vom 24.1.2013;
- Aktenvermerk über den Besuch der ordentlichen Hauptversammlung vom 24.1.2013 eines Mitarbeiters der Geschäftsstelle der ÜbK;
- Protokoll der außerordentlichen Hauptversammlung vom 23.7.2013;
- Aktenvermerk über den Besuch der außerordentlichen Hauptversammlung vom 23.7.2013 eines Mitarbeiters der Geschäftsstelle der ÜbK;
- Aktienkaufvertrag [B] und Herrn Ernst Forstmayr vom 3.5.2013;
- Stellungnahme von Global Equity Partners vom 13.9.2013;
- Stellungnahme von Private Equity Performance-Beteiligungs AG (jetzt: WertInvest Park Holding GmbH) vom 13.9.2013;
- Stellungnahme von Herrn Ernst Forstmayr vom 19.9.2013;

- Aktienkaufvertrag zwischen Global Equity Partners und Wüstenrot vom 4.5.2012;
- Aktienkaufvertrag zwischen Global Equity Partners und Uniq [Anm: Vertrag ist nicht datiert];
- Aktenvermerk über ein Telefonat der Geschäftsstelle mit Herrn Mag. Martin Ohneberg vom 20.11.2013;
- Ladungsverzichte von Herrn Ernst Forstmayr, WertInvest Holding GmbH, Global Equity Partners Beteiligungs-Management GmbH und CEG I Beteiligungs AG in Abwicklung;
- Jahresabschluss & Prüfbericht der abatec group AG zum 31.12.2012;
- Schreiben der DI Friedrich Niederndorfer Beteiligungs GmbH an die Übernahmekommission vom 11.11.2013;
- Schreiben von Herrn DDr. Tojner in Bezug auf die Besserungsklausel aus dem abatec-Kaufvertrag vom 7.11.2013;
- Eingabe von Herrn RA Dr. Georg Blumauer samt 10 Beilagen vom 30.10.2013, 13.50 Uhr;
- Protokoll des ersten Termins der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2013.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens ergibt sich folgender

3 Sachverhalt

3.1 Allgemeines

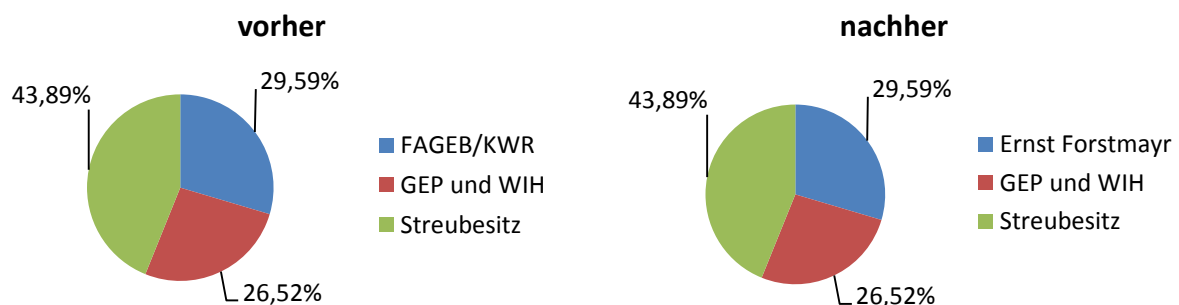
CEG I Beteiligungs AG in Abwicklung („CEG I“ oder „Zielgesellschaft“) ist eine Aktiengesellschaft mit dem Sitz in Wien. Das Grundkapital der CEG I beträgt EUR 7,3 Mio und ist in 300.000 Stückaktien unterteilt. Abwickler der Zielgesellschaft sind Herr DDr. Michael Tojner und Herr Mag. Martin Ohneberg. Der Aufsichtsrat der CEG I besteht aus drei Personen. Namentlich sind dies Herr Dr. Peter Takacs als Vorsitzender, Herr Mag. Martin Hinteregger als stellvertretender Vorsitzender sowie Frau Mag. Renate Tojner; Arbeitnehmervertreter wurden nicht entsandt. Die Aktien der Zielgesellschaft waren bis 30. September 2013 zum Handel im geregelten Freiverkehr der Wiener Börse zugelassen und wurden im Segment *Standard Market Auction* notiert.

Nach Fassung des Beschlusses in der außerordentlichen Hauptversammlung der Zielgesellschaft vom 23. Juli 2013 wurde der Rückzug vom geregelten Markt bei der Wiener Börse AG angezeigt. Seit 1. Oktober 2013 notieren die Aktien der Zielgesellschaft im ungeregelten Dritten Markt im Marktsegment *other securities.at*.

Ebenfalls in der außerordentlichen Hauptversammlung der Zielgesellschaft vom 23. Juli 2013 wurde die Auflösung der Zielgesellschaft zum 31. August 2013 beschlossen. Die Zielgesellschaft firmiert seitdem unter CEG I Beteiligungs AG in Abwicklung (zuvor: CEG I Beteiligungs AG).

Die Verwaltung der Zielgesellschaft wurde von der Herrn DDr. Tojner nahestehenden Management-Gesellschaft GEP, die auch Partei dieses Verfahrens ist, durchgeführt. Die Zielgesellschaft ist seit dem Abverkauf sämtlicher werthaltiger Beteiligungen spätestens seit Anfang des Jahres 2013 nur mehr eine „leere Hülle“, die keine nennenswerten Anteile mehr besitzt (nach Angabe DDr. Tojners laut AV der ÜbK über die ordentliche Hauptversammlung der CEG I vom 24.1.2013).

Die Aktionärsstruktur der Zielgesellschaft vor und nach der Vereinbarung über die Veräußerung des Aktienpakets an CEG I von [B] an Herrn Forstmayr im Mai 2013 stellt sich wie folgt dar:



Global Equity Partners Beteiligungs-Management GmbH („GEP“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Wien und ist unter FN 162933h im Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der GEP beträgt EUR 1,5 Mio. Geschäftsführer der Gesellschaft sind Herr DDr. Michael Tojner und Herr Mag. Herbert Roth. An GEP sind Herr DDr. Tojner mit EUR 100 – das entspricht einem Anteil von 0,01% des Stammkapitals – sowie die Michael Tojner Industriebeteiligungs und -beratungs GmbH mit EUR 1.499.900 – 99,99% des Stammkapitals – als Gesellschafter beteiligt.

WertInvest Park Holding GmbH („WIH“; früher: Private Equity Performance Beteiligungs AG) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Wien und ist unter FN 171274z im Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 6 Mio. Geschäftsführer der Gesellschaft sind Herr DDr. Michael Tojner und Herr Mag. Herbert Roth. Alleingesellschafterin der WIH ist die L.A.I. Beteiligungs-Invest GmbH.

L.A.I. Beteiligungs-Invest GmbH („LAI GmbH“) ist eine GmbH nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Wien und ist unter FN 177662v im Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der LAI GmbH beträgt EUR 4 Mio. Alleingeschäftsführer der LAI GmbH ist Herr DDr. Tojner. Einzige Gesellschafterin der LAI GmbH ist die Industriecapital Beteiligungs-Invest GmbH.

Industriecapital Beteiligungs-Invest GmbH („Industriecapital GmbH“) ist eine GmbH nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Haag und ist unter FN 209921h im Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 70.000. Geschäftsführer der Industriecapital GmbH sind Herr DDr. Michael Tojner, Herr Mag. Herbert Roth und Herrn Mag. Martin Ohneberg. Gesellschafter der Industriecapital GmbH sind wiederum Herr DDr. Tojner sowie die Michael Tojner Industriebeteiligungs und -beratungs GmbH.

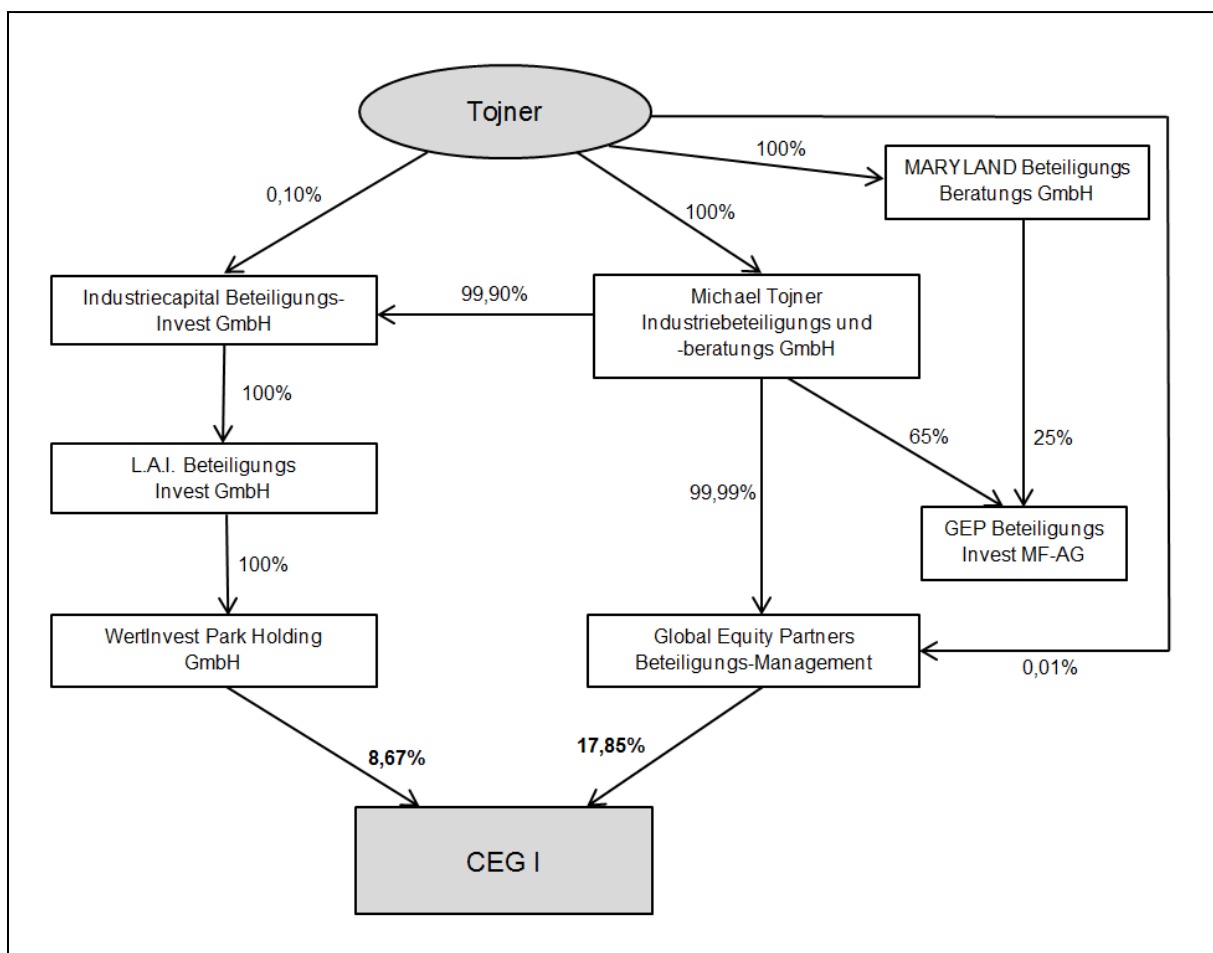
Michael Tojner Industriebeteiligungs und -beratungs GmbH („MT GmbH“) ist eine GmbH nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Haag und ist unter FN 103329f im Firmenbuch eingetragen. Alleiniger Geschäftsführer und einziger Gesellschafter der MT GmbH ist Herr DDr. Tojner.

MARYLAND Beteiligungs Beratungs GmbH („Maryland GmbH“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitz in Wien und ist unter FN 256719d im Firmenbuch eingetragen. Alleingeschäftsführer ist Herr DDr. Tojner, der auch den einzigen Geschäftsanteil der Gesellschaft mit einer Stammeinlage von EUR 35.000 übernommen hat. Maryland GmbH hält 252.500 Aktien der GEP MF, was einem Anteil des Grundkapitals von 25% entspricht.

GEP Beteiligungs Invest MF-AG („GEP MF“) ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Wien und ist unter FN 211733y im Firmenbuch eingetragen. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 7,6 Mio und ist in 1.010.000 Aktien zerlegt. Alleinvorstand der GEP MF ist Herr DDr. Tojner. Der Aufsichtsrat der GEP MF wird aus Herrn Dr. Franz Guggenberger als Vorsitzen-

dem, Frau Mag. Renate Tojner als stellvertretender Vorsitzender sowie Herrn Mag. Christian Hosp als Mitglied gebildet. Aus dem Teilnehmerverzeichnis der ordentlichen HV der GEP MF vom 22. März 2013, bei der alle Aktionäre mit ihren insgesamt 1.010.000 Stück Aktien vertreten waren, ergibt sich, dass rund 65% dieser Aktien von der MT GmbH gehalten werden, deren alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter Herr DDr. Tojner ist. Weitere 25% werden von Maryland GmbH gehalten, deren alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter ebenfalls Herr DDr. Tojner ist. Herr DDr. Tojner hält somit indirekt 90% an GEP MF.

DDr. Michael Tojner, geboren 1966, stammt aus Haag in Niederösterreich und ist in der Private Equity Branche tätig. Er ist Gründer und CEO der Global Equity Partners-Gruppe. Grafisch aufbereitet zeigen die obigen Ausführungen zu den Herrn DDr. Tojner zurechenbaren Gesellschaften folgendes Bild:



Ernst Forstmayr, geboren 1966, ist derzeit als Unternehmensberater in Deutschland tätig. Er ist bereits seit über zehn Jahren im Rahmen verschiedener Projekte Investor der GEP und hat sich über diese an mehreren Investitionsprojekten beteiligt. Er stammt – ebenso wie Herr DDr. Tojner – ursprünglich aus Haag in Niederösterreich. Herr DDr. Tojner und Herr Forstmayr sind einander nicht nur geschäftlich, sondern auch persönlich gut bekannt. Sie sind beide Jahrgang 1966, haben in ihrer Ju-

gend gemeinsam beim örtlichen Fußballverein Union Haag gespielt und im Jahr 2006 ihren 40. Geburtstag in diesem Rahmen gemeinsam gefeiert (Internetrecherche der ÜbK über Google sowie PV von Herrn DDr. Tojner und Herrn Forstmayr). Herr Forstmayr war im Verfahren vor der ÜbK durch Herrn RA Dr. Franz Guggenberger vertreten, der ua Aufsichtsratsvorsitzender der GEP MF ist, welche wiederum von Herr DDr. Tojner beherrscht wird.

FAGEB Beteiligungs AG („FAGEB“) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht und hat ihren Sitz in Rapperswil-Jona. Das Geschäftsfeld der FAGEB gründet sich auf die Erbringung von administrativen und verwaltungstechnischen Dienstleistungen, wie zB Finanz- und Rechnungswesen, Buchhaltungs- und Controllingaufgaben. FAGEB war bis Mai 2013 wirtschaftliche Eigentümerin einer Beteiligung an der Zielgesellschaft von 29,59%.

[B] ist eine Rechtsanwalts-GmbH mit dem Sitz in Wien. [B], insbesondere Herr RA [C], hat die Rechtsberatung der FAGEB iZm deren Beteiligung an der Zielgesellschaft in Österreich übernommen. [B] war zudem teilweise Treuhänderin der von FAGEB gehaltenen Beteiligung an der Zielgesellschaft.

abatec group AG („abatec AG“) ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Regau und ist unter FN 97940f im Firmenbuch eingetragen. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 73.000 und ist in 73.000 Stückaktien eingeteilt. Das Unternehmen beschäftigt sich mit der Entwicklung, der Produktion und dem Vertrieb elektronischer Lösungen in erster Linie im Bereich "Intelligente Haustechnik" sowie im Bereich der Sport- und Medientechnik. abatec AG ist eine Holdinggesellschaft, die die Beteiligungen an den operativen Tochtergesellschaften verwaltet. An abatec AG sind Herr DI Friedrich Niederndorfer mit 63,77%, GEP MF mit 25% und die DI Friedrich Niederndorfer Beteiligungs GmbH mit rund 11,23% beteiligt (Stand: aoHV der abatec AG vom 17. September 2013).

DI Friedrich Niederndorfer Beteiligungs GmbH („FN GmbH“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht, hat ihren Sitz in Regau und ist unter FN 347813s im Firmenbuch eingetragen. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000. Alleingeschäftsführer und -gesellschafter der FN GmbH ist Herr DI Friedrich Niederndorfer.

3.2 Wirtschaftliche Entwicklung der Zielgesellschaft

Hinsichtlich der wirtschaftlichen Entwicklung der CEG I der letzten eineinhalb Jahre ergeben sich auf Basis des Jahresabschlusses zum 31. August 2012, des Quartalsberichts (Q1) zum 30. November 2012, des Halbjahresfinanzberichts zum 28. Februar 2013 sowie des Quartalsberichts (Q3) der CEG I zum 31. Mai 2013 folgende Berechnungen, wobei der *Net Asset Value* (Nettoinventarwert) je Aktie den jeweiligen Berichten der Zielgesellschaft entnommen wurde:

(in EUR)		31.08.2012	30.11.2012	28.02.2013	31.05.2013
Net Asset Value		€ 3,63	€ 3,01	€ 2,94	€ 2,88
- Liquidationskosten		€ 1,09	€ 1,09	€ 1,09	€ 1,09
= Liquidationserlös		€ 2,54	€ 1,92	€ 1,85	€ 1,79

Zieht man die im Quartalsbericht (Q1) der CEG I zum 30. November 2012 angegebenen Liquidationskosten je Aktie iHv EUR 1,09 für die drei weiteren Termine heran und bringt diese von den in den Berichten angegebenen NAVs in Abzug, so liegt der Liquidationserlös je Aktie bei rund EUR 2,54 zum 31. August 2012, EUR 1,92 zum 30. November 2012, EUR 1,85 zum 28. Februar 2013 sowie EUR 1,79 zum 31. Mai 2013. Herr DDr. Tojner bezifferte den Liquidationserlös in den Hauptversammlungen der CEG I zwischen EUR 1,50 und 2,50 (siehe dazu die Aktenvermerke der ÜbK über die oHV vom 24. Jänner 2013 sowie die aoHV vom 23. Juli 2013).

3.3 Mögliche Erhöhung des Liquidationserlöses durch Besserungsvereinbarung

Am 17. April 2012 wurde ein Aktienkaufvertrag zwischen der FN GmbH als Käuferin einerseits und der CEG I, der GEP MF und der HTA III als Verkäuferinnen andererseits abgeschlossen. Gegenstand des Kaufvertrages waren die von den Verkäufergesellschaften gehaltenen Anteile an der abatec group AG. In Summe handelte es sich um 26.447 Stück Aktien, welche zu einem Preis von EUR 49,11 je Aktie an FN GmbH verkauft wurden. Dieser Kaufvertrag beinhaltet eine Kaufpreisbesserungsklausel zugunsten der Verkäufer, die in Punkt 4.4. des Kaufvertrags wie folgt gefasst ist:

„Zusätzlich zu den unter Punkt 4.1 zu zahlenden Kaufpreisen werden die folgenden Kaufpreisbesserungen zugunsten der Verkäufer vereinbart:

- (a) Sollte das EBIT der Gesellschaft samt aller ihrer Tochtergesellschaften in konsolidierter Betrachtungsweise im Geschäftsjahr 2012 den Betrag von EUR 3.000.000,-- erreichen oder überschreiten, gebührt jedem Verkäufer eine Kaufpreisbesserung auf die von ihm verkauften vertragsgegenständlichen Aktien in Höhe von insgesamt EUR 7,61 je Aktie. Die Kaufpreisbesserung wird zusammen mit der zweiten Kaufpreisrate (Punkt 4.2) zur Zahlung auf die in Punkt 4.2 angeführten Konten fällig.
- (b) Sollte der Käufer nach Anschluss dieses Aktienkaufvertrages Aktien an der Gesellschaft auf einmal oder in mehreren Stufen weiterveräußern, so steht jedem der Verkäufer eine Kaufpreisbesserung in der Höhe jenes Betrages pro Aktie zu, welcher der Hälfte des die Anschaffungskosten gemäß diesem Aktienkaufvertrag (EUR 49,11 je Aktie zuzüglich einer allfälligen Besserung gemäß Punkt 4.4.a) übersteigenden Weiterverkaufserlöses entspricht (*Profit-Share*). Die Kaufpreisbesserung gilt als konsumiert, sobald in Summe 26.447 Aktien weiterveräußert worden sind. Für die Zwecke der Kaufpreisanpassung ist der vereinbarte Kaufpreis maßgeblich. [...]"

Die Voraussetzungen der in Punkt 4.4.a vereinbarte Besserungsklausel wurden nicht erfüllt. Das EBIT der abatec AG lag im Geschäftsjahr 2012 bei EUR 875.341,78 (Punkt 3.3 des Jahresabschlusses der abatec AG zum 31. Dezember 2012); das EBIT der abatec AG samt all ihrer Tochtergesellschaften in

konsolidierter Betrachtungsweise lag im Geschäftsjahr 2012 bei EUR 790.307,03 (Punkt 9 der konsolidierten Gewinn- und Verlustrechnung der abatec AG für den Zeitraum 1. Jänner 2012 bis 31. Dezember 2012). Somit lag das EBIT im Geschäftsjahr 2012 weit unter der in der Besserungsklausel festgesetzten Schwelle von EUR 3 Mio. Der Jahresabschluss der abatec AG für das Geschäftsjahr 2012 wurde im Firmenbuch am 26. Juni 2013 veröffentlicht.

Die FN GmbH verkaufte mit Aktienkaufvertrag vom 29. September 2012 einen Teil der von ihr am 17. April 2012 gekauften Aktien der abatec AG, nämlich 18.250 Stück Aktien (das sind 25% des Grundkapitals der abatec AG) an die GEP MF (zurück). Somit hat GEP MF ihren Anteil von ungefähr 11,26% nach einem zwischenzeitigen Abverkauf auf 25% erhöht und damit mehr als verdoppelt (Jahresabschluss der abatec AG 2012, S 1f). Seit diesem Rückkauf kann daher aus der in Punkt 4.4.b vereinbarten Besserungsmöglichkeit eine Nachzahlungsverpflichtung nur mehr aus dem Verkauf restlicher 8.197 Aktien resultieren. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Kaufvertrag zwischen FN GmbH und GEP MF von September 2012 eine Nachzahlungsverpflichtung zu Gunsten der Verkäufer aus dem Kaufvertrag von April 2012 auslöste.

In einem an die Aktionäre der CEG I adressierten Schreiben vom 25. April 2012 wurde über den Verkauf der abatec AG-Beteiligung an die FN GmbH berichtet wie folgt: „Der Erlös aus dem Verkauf beträgt Euro 1,16 Mio plus Besserungsmöglichkeiten. Dies einerseits bei Erreichen eines bestimmten Ergebnisses 2012 der abatec Group AG bzw beim Weiterverkauf der Aktien zu einem höheren Preis“. Ob bzw wann den Aktionären der CEG I dieses Schreiben zugestellt wurde, war nicht feststellbar.

Im Quartalsbericht zum 31. Mai 2012 fand der Verkauf der Beteiligung der abatec AG sowie der Verkaufserlös iHv „EUR 1,08 Mio samt Besserungsvereinbarung“ Erwähnung, ohne aber näher quantifiziert zu werden. Der Verkauf wurde der Öffentlichkeit nicht adhoc mitgeteilt. Das Ausmaß der möglichen Kaufpreisbesserung sowie die diese auslösenden Ereignisse wurden der Öffentlichkeit in der Quartals- und Jahresberichterstattung der Zielgesellschaft nicht mitgeteilt. Vielmehr wurde der Liquidationserlös stets mit der in Punkt 3.2 dieses Bescheids genannten Höhe quantifiziert. Eine mögliche Erhöhung desselben sowie der erwartete Zeitraum einer solchen möglichen Verbesserung wurden nicht genannt.

In den ordentlichen Hauptversammlungen der CEG I vom 24. Jänner 2013 und vom 15. November 2013 wurden die Aktionäre über den Weiterverkauf der abatac AG-Aktien von der FN GmbH an die GEP MF nicht aufgeklärt (HV-Protokolle sowie Aktenvermerk der ÜbK zur oHV vom 24.1.2013).

3.4 Beteiligungen von GEP und WIH an der Zielgesellschaft

Anfang Mai 2012 wurde ein Aktienkaufvertrag zwischen Wüstenrot Versicherungs-Aktiengesellschaft und GEP über insgesamt 20.000 Stück Aktien an der CEG I, was einem Anteil von 6,67% des Grundka-

pitals entsprach, abgeschlossen. Mitte Mai 2012 wurde außerdem ein Aktienkaufvertrag zwischen UNIQA Personenversicherung AG und GEP über insgesamt 33.500 Stück Aktien an der CEG I, was einem Anteil von 11,17% des Grundkapitals entsprach, abgeschlossen. Somit war GEP seit Mai 2012 mit rund 17,84% Aktionärin der CEG I.

WIH (früher: Private Equity Performance AG) hielt ihre Beteiligung im Ausmaß von 8,67% bereits seit längerer Zeit.

GEP und WIH halten seitdem daher gemeinsam rund 26,5% an der Zielgesellschaft.

3.5 Vorgeschichte der Beteiligung von FAGEB

FAGEB war seit mehreren Jahren, mindestens seit 2008, an der Zielgesellschaft beteiligt.

Mit Treuhandvertrag vom 19. März 2012 erwarb [B] als Treuhänderin für FAGEB 49.996 Stück Aktien der Zielgesellschaft, das sind 16,67% des Grundkapitals. Zu diesem Zeitpunkt hielt FAGEB unmittelbar 34.380 Stück Aktien an der CEG I (11,46% des Grundkapitals). [B] zeigte am 29. März 2012 die Überschreitung der gesicherten Sperrminorität von 26% gemäß § 26a ÜbG bei der ÜbK an. Mittels einer Treuhandvereinbarung zugrundeliegenden Aktienkaufvertrags vom 11. April 2013 erwarb [B] weitere 4.385 Stück Aktien an der CEG I als Treuhänderin für die FAGEB. Nach diesem Aktienerwerb entsprach die gemeinsame Beteiligung der FAGEB und [B] als Treuhänderin der FAGEB 88.761 Stück Aktien der CEG I, was einem Anteil von 29,59% des Grundkapitals entsprach. Mittels Vereinbarung vom 23. April 2013 übertrug FAGEB ihre sämtlichen, direkt gehaltenen 34.380 Stück Aktien der CEG I an [B] als Treuhänderin, welche diese mit Aktienkaufvertrag vom 3. Mai 2013 an Herrn Forstmayr zum Preis von EUR 3,50 je Aktie verkaufte (vgl dazu Punkt 3.7 dieses Bescheids).

3.6 Ordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft am 24. Jänner 2013

In der ordentlichen Hauptversammlung 2013, an der zwei Mitarbeiter der Geschäftsstelle der ÜbK im Rahmen der amtswegig durchzuführenden Marktüberwachung als Beobachter teilnahmen, sollte unter anderem über die Beschlusspunkte „Rückzug der Gesellschaft von der Börse („Delisting“)" und „Liquidation der Gesellschaft“ abgestimmt werden. Diese Beschlüsse bedurften nach aktienrechtlichen Vorschriften einer qualifizierten Mehrheit. [B] hielt zum Zeitpunkt der Hauptversammlung 49.996 Stück Aktien als Treuhänderin der FAGEB, welche ihrerseits unmittelbar 34.380 Stück Aktien der CEG I hielt. [B] und FAGEB verhinderten durch ihre Gegenstimmen im Ausmaß von 78.000 Stück Aktien – das sind 26% des Grundkapitals – die Beschlussfassung in der HV. Das Stimmrecht aus den von der Aktionärsgruppe FAGEB/[B] darüber hinaus gehaltenen Aktien ruhte gemäß § 26a Abs 2 ÜbG.

Die Aktionärin FAGEB und ihr Rechtsvertreter [B] brachten – wie bereits in der ordentlichen Hauptversammlung 2012 – vor, dass die DDr. Tojner nahe stehende Management-Gesellschaft GEP eine

überhöhte Gebühr erhalte und [B] stellte diesbezüglich in der HV am 24. Jänner 2013 einen Antrag auf Sonderprüfung gemäß § 130 AktG. In derselben HV erklärte der Vorstandsvorsitzende DDr. Michael Tojner, der gleichzeitig mittelbar rund 26,52% der Zielgesellschaft hält, dass ihm FAGEB bzw [B] im Vorfeld der Hauptversammlung angeboten hätten, für die beiden genannten Beschlusspunkte zu stimmen, sofern Herr DDr. Tojner der FAGEB bzw [B] ihr Aktienpaket um EUR 4 je Aktie abkaufe. Herr DDr. Tojner erklärte, dass ihm dies nicht möglich sei, da er ansonsten die formelle Kontrollschwelle überschreiten und die Angebotspflicht gemäß §§ 22 ff ÜbG auslösen würde. DDr. Tojner prognostizierte in der ordentlichen Hauptversammlung vom 24. Jänner 2013 einen Liquidationserlös von EUR 1,50 bis EUR 2,50 je Aktie (AV der ÜbK über diese HV).

3.7 Verkauf von [B] an Ernst Forstmayr

Am 3. Mai 2013 wurde über die von [B] treuhändig gehaltene Beteiligung an der CEG I ein Aktienkaufvertrag zwischen [B] und Herrn Forstmayr mit einem Kaufpreis von EUR 3,50 je Aktie, somit einem Gesamtkaufpreis für 88.761 Aktien von rund EUR 310.663,50, abgeschlossen. In diesem Kaufvertrag wurde auch festgehalten, dass dem Verkäufer bewusst war, dass lediglich 26% der Aktien aufgrund der Einschränkung in § 26a ÜbG stimmberechtigt waren.

Der Kaufvertrag zwischen Herrn Forstmayr und [B] wurde von Mag. Martin Ohneberg vermittelt, der Herrn Forstmayr dazu kontaktiert hatte (PV Forstmayr, S 3 des Protokolls vom 22.10.2013). Mag. Martin Ohneberg war einerseits Vorstand (jetzt: Abwickler) der CEG I und ist andererseits der GEP insofern zurechenbar, als er auf deren Homepage als Teil des dreiköpfigen Managementteams dargestellt ist. Am Zustandekommen des Vertrages war auch Herr DDr. Tojner beteiligt, der [B] mitgeteilt hatte, dass ein Käufer gefunden worden sei, und dazu aufgefordert hatte, einen Vertragsentwurf zu senden (Zeugenaussage RA [C], Protokoll vom 22.10.2013, S 27).

3.8 Gespräche zwischen DI Friedrich Niederndorfer und Ernst Forstmayr

Herr Forstmayr hatte vor Abschluss des Kaufvertrages auch Herrn DI Niederndorfer kontaktiert, mit dem ihn eine persönliche Bekanntschaft verbindet (PV Forstmayr im Protokoll vom 22.10.2013, S 15f). Herr Forstmayr hatte sich bereits des Öfteren bei Herrn DI Niederndorfer über die wirtschaftliche Lage der abatec AG erkundigt. Im Zuge eines Gespräches im Winter/Frühjahr 2013 kam auch die im Kaufvertrag zwischen FN GmbH einerseits und CEG I, GEP Beteiligungs Invest MF-AG sowie HTA III Venture Beteiligungs-Invest AG andererseits enthaltene Besserungsklausel zur Sprache. Herr DI Niederndorfer informierte bei diesem Gespräch Herrn Forstmayr darüber, dass Punkt 4.4.a der Besserungsmöglichkeit, die auf das EBIT im Geschäftsjahr 2012 bezogen war, nicht schlagend würde; die in Punkt 4.4.b angeführte Besserungsvariante durch einen Weiterverkauf von Aktien der abatec-AG an einen Dritten sei hingegen noch möglich. Herr DI Niederndorfer erklärte Herrn Forstmayr jedoch,

keine konkreten Verkaufsabsichten hinsichtlich der Aktien der abatec AG in der nächsten Zeit zu haben (Zeugenvernehmung DI Niederndorfer im Protokoll vom 26.11.2013, S 8ff).

Herr Forstmayr wusste, dass die Liquidation der CEG I geplant war und investierte bewusst vor diesem Hintergrund in die Zielgesellschaft (PV Forstmayr im Protokoll vom 22.10.2013, S 13).

Diese Investition Herrn Forstmayrs hatte für ihn keine unternehmerische Rechtfertigung, sondern diente ausschließlich dazu, die von Herrn DDr. Tojner gewünschte Liquidation der Gesellschaft, die von FAGEB bisher blockiert worden war, durchzusetzen.

3.9 Außerordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft am 23. Juli 2013

Nachdem der Aktienkaufvertrag am 21. Mai 2013 vollzogen worden war und Herr Forstmayr die Aktien sachenrechtlich erworben hatte, wurde mittels Anzeige im Amtsblatt der Wiener Zeitung vom 27. Juni 2013 die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung für 23. Juli 2013 bekanntgemacht. Deren Tagesordnungspunkte entsprachen iW jenen, zu denen die Beschlussvorschläge der Verwaltung bei der letzten ordentlichen Hauptversammlung aufgrund der Gegenstimmen von FAGEB bzw [B] abgelehnt worden waren. Es handelte sich dabei um die Beschlussfassungen über

- die Zurückziehung der Aktien vom geregelten Freiverkehr der Wiener Börse AG und Einbeziehung der Aktien in den Dritten Markt der Wiener Börse AG;
- die Auflösung und Abwicklung der Gesellschaft;
- die Bestellung von Abwicklern.

In dieser aoHV, in der ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle anwesend war, wurde die Liquidation der CEG I beschlossen. Die aoHV dauerte nur rund fünf Minuten, da während der Beschlussfassung lediglich Herr [D] als Aktionärsvertreter mit Stimmrechtsvollmachten von sechs Aktionären anwesend war. Herr [D] ist *Head of Legal* der Montana Tech Components AG, deren Aufsichtsratsvorsitzender und Gründer Herr DDr. Tojner ist. Herr [D] vertrat bei der aoHV 190.667 Stück Aktien der CEG I, was einem Anteil des Grundkapitals von 63,56% entspricht. Insbesondere übte Herr [D] die Stimmrechte aus den Aktien der GEP, der WIH und Herrn Forstmayrs aus. Neben Herrn [D] waren lediglich der beurkundende Notar, der Vorstandsvorsitzende Herr DDr. Tojner und der Vorsitzende des Aufsichtsrats als Leiter der Hauptversammlung, Dr. Takacs, sowie ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle der ÜbK anwesend.

Herr DDr. Tojner erklärte dem Mitarbeiter der Geschäftsstelle der ÜbK vor Beginn der aoHV informell, dass es sich bei der HV um eine rasche Angelegenheit handeln werde, da man lediglich die Abwicklung einer leeren Hülle beschließen werde. Die Zielgesellschaft habe EUR 864.000 liquide Mittel, die im Rahmen der Liquidation an die Aktionäre ausgeschüttet würden. Weiters erklärte Herr DDr. Tojner, dass die Kosten für das Börselisting enorm hoch seien und das Listing nicht (mehr) zielführend sei. Bisher sei das Delisting in mehreren früheren Hauptversammlungen von einer größeren Aktio-

närsgruppe, der FAGEB bzw ihrer Treuhänderin [B], blockiert worden. Man habe von Seiten der FAGEB allerdings nun eingesehen, dass das Börselisting keinen Sinn ergebe und befürworte daher die Liquidation. Herr DDr. Tojner erwähnte gegenüber dem Mitarbeiter der Geschäftsstelle nicht, dass FAGEB/[B] keine Aktionäre der CEG I mehr waren. Nach einstimmiger Fassung aller Beschlüsse und Schließung der aoHV durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats trat ein erst danach am Versammlungsort eintreffender Aktionär, Herr [A], an Herr DDr. Tojner heran und fragte diesen, warum der Widerstand der FAGEB nun aufgegeben worden sei. Herr DDr. Tojner wiederholte iW das, was er dem Mitarbeiter der Geschäftsstelle vor der aoHV erklärt hatte. Demnach hätten [B] und FAGEB eingesehen, dass das Börselisting zu teuer sei. Auf die konkrete Frage des Kleinaktionärs, ob es eine „private Abfindung“ an FAGEB gegeben habe, antwortete Herr DDr. Tojner, dass dies natürlich nicht der Fall gewesen sei. Weiters erklärte er, dass der Wert der CEG I derzeit rund EUR 2,88 je Aktie betrage. Als Ausschüttung nach Abzug der Liquidationskosten erwarte er einen Erlös für die Aktionäre von rund EUR 2 je Aktie (AV der ÜbK zur aoHV vom 23.7.2013).

3.10 Ordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft am 15. November 2013

Am 15. November 2013 – elf Tage vor dem zweiten Termin der mündlichen Verhandlung am 26. November 2013 – fand die ordentliche Hauptversammlung der Zielgesellschaft statt. Unter Tagesordnungspunkt neun, „Allfälliges“, berichtete der Abwickler Herr DDr. Tojner, dass er sich bemühe, in der Sache abatec AG vom Käufer, der FN GmbH, eine Abschlagszahlung zu bekommen, um die existierende Besserungsvereinbarung abzulösen. Hintergrund hierfür sei, dass der Abwicklungszeitraum der CEG I möglicherweise nicht ausreiche, um zu sehen, ob die FN GmbH ihre Aktien an der abatec AG weiterverkauft. Den Kaufvertrag zwischen GEP MF und FN GmbH von September 2012 erwähnte Herr DDr. Tojner auch anlässlich dieser Hauptversammlung nicht (Protokoll der Hauptversammlung vom 15.11.2013).

4 Beweiswürdigung

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

Zur hier entscheidungswesentlichen Frage, welches Motiv Herr Forstmayr für sein Investment in die CEG I hatte, sagte dieser in der Verhandlung vom 22. Oktober 2013 zusammengefasst Folgendes aus:

Er sei bereits seit über zehn Jahren Investor bei der GEP und habe über diese bereits mehrere Investments – meist hinsichtlich diverser Immobilienangelegenheiten und Fonds – getätigt. Bisher sei er stets mit diesen Investitionen zufrieden gewesen. Im Frühjahr 2013 sei ihm von Herrn Mag. Martin Ohneberg von der GEP die Möglichkeit mitgeteilt worden, in die CEG I einzusteigen. Da die CEG I an der abatec AG beteiligt gewesen sei und er sehr großes Aufwärtspotenzial hinsichtlich der abatec AG sehe, sei er sehr am Einstieg in die CEG I interessiert gewesen. Er sei mit Herrn DI Friedrich Niederdorfer, an welchen die von der CEG I gehaltenen abatec AG-Aktien im vergangenen Jahr mit einer Verbesserungsmöglichkeit zurückverkauft worden waren, bekannt. Dieser habe ihm erklärt, dass die abatec AG großes Potenzial habe. Daher sei er schlussendlich in die CEG I eingestiegen. Die Besserungsvereinbarung sei der Grund für seinen Einstieg in die CEG I gewesen. Hätte es diese Verbesserungsmöglichkeit nicht gegeben, so hätte er „in 1.000 Jahren nicht in eine Gesellschaft investiert, die liquidiert werden soll“. Den genauen Inhalt der Besserungsvereinbarung könne er nicht wiedergeben. Er wisse allerdings, dass Geld an die CEG I zurückfließen werde, sollte die abatec AG gut performen, sich also gut entwickeln. Die Besserungsvereinbarung sei an den Gewinn der abatec AG geknüpft. Die Zahlen der abatec AG habe er sich allerdings nur grob angesehen. Er habe seiner Investitionsentscheidung hauptsächlich das Wort von Herrn DI Niederdorfer sowie seine bislang stets gute Geschäftsbeziehungen zur GEP zugrunde gelegt. Das sei – so gab Herr Forstmayr zu – nicht das typische Investmentverhalten. Als Erwartungshaltung würde sich Herr Forstmayr 10% von seiner Investition versprechen. Wie hoch der Gewinn der abatec AG sein müsse, um diese 10% zu realisieren, wisse er jedoch nicht. Er habe im Mai 2013 die Anteile an der CEG I um EUR 3,50 erworben und sich diesbezüglich einen Erwartungshorizont von zwölf Monaten gesetzt. Preisverhandlungen habe es keine gegeben.

Diese Aussage Herrn Forstmayrs ist aus den folgenden Überlegungen unglaubwürdig:

So erklärte er einerseits, er hätte ohne das Vorhandensein der Verbesserungsmöglichkeiten „nicht in 1000 Jahren“ in eine Beteiligung investiert, die liquidiert werde (Protokoll vom 22.10.2013, S 13). Dessen ungeachtet sei ihm aber der Inhalt der Besserungsvereinbarung nicht bekannt, er habe lediglich auf die Empfehlung Herrn DI Niederdorfers vertraut, dass er dabei nicht groß verlieren könne (Protokoll vom 22.10.2013, S 20). An anderer Stelle behauptete er dann allerdings, er habe sehr wohl

überprüft, ob die Verbesserungsmöglichkeit „im grünen Bereich liege und schlagend werden könne“ (Protokoll vom 22.10.2013, S 17).

Diese Darstellung war schon aufgrund der in der mündlichen Verhandlung vorliegenden Informationen, damals insbesondere noch ohne genaue Kenntnis des erkennenden Senates vom Inhalt der Besserungsvereinbarung, wenig glaubwürdig. Selbst wenn man noch glauben wollte, Herr Forstmayr habe sich anlässlich des Aktienerwerbs nur auf die mündliche Zusage von Herrn DI Niederndorfer verlassen, erscheint es nicht vorstellbar, dass er sich nicht zumindest zur Vorbereitung auf die Verhandlung vom 22. Oktober 2013 genauer über die Besserungsvereinbarung informiert hätte. Wäre nämlich aus der Besserungsvereinbarung tatsächlich eine Nachzahlung zu erwarten gewesen, so ist davon auszugehen, dass Herr DDr. Tojner und Herr Forstmayr dies im Detail dargelegt hätten, hätte dies doch wesentlich zu ihrer Entlastung beigetragen. Stattdessen gaben sich Herr Forstmayr und auch Herr DDr. Tojner weiterhin uninformatiert und Herr Forstmayr zeigte auch keine Reaktion auf die Aussage Herrn DDr. Tojners, wonach nach damaligem Stand der Weiterveräußerungsfall relevanter in Bezug auf eine Nachzahlung sei (Protokoll vom 22.10.2013, S 12). Diese Aussage steht im Widerspruch zu den Herrn Forstmayr angeblich im Frühjahr 2013 erteilten Informationen, worüber er sich aber weder überrascht noch verärgert zeigte. Er nahm dies stillschweigend zur Kenntnis, was nur damit erklärbar ist, dass ihm all dies ohnehin bekannt war bzw ist oder aber dass er keinerlei persönliches Interesse an der Entwicklung seines Investments hat.

Lebensfremd ist auch die Darstellung Herrn Forstmayrs, er habe trotz der freundschaftlichen Beziehungen weder mit Herr DDr. Tojner noch mit Herrn Mag. Ohneberg über die Rentabilität des Investments gesprochen. Da die Vermittlung des Kaufvertrages durch Herrn Mag. Ohneberg erfolgte (Protokoll vom 22.10.2013, S 3) und Herr DDr. Tojner während der Verhandlung angab, er habe die Abwicklung des Kaufvertrages zwischen FAGEB/[B] und Forstmayr arrangiert, ist nur schwer vorstellbar, dass im Zuge dieser Gespräche nicht auch inhaltlich über die Investition Herrn Forstmayrs gesprochen wurde.

Nach den nach dieser Verhandlung vorgekommenen Beweisergebnissen, insbesondere dem Kaufvertrag vom 17. April 2012 und dem Jahresabschluss der abatec AG für das Geschäftsjahr 2012, steht nun fest, dass der Beobachtungszeitraum für die erste Variante der Besserungsvereinbarung – gemessen am EBIT – im Zeitpunkt des Aktienkaufes durch Herrn Forstmayr bereits abgelaufen war und Insidern – damit vermutlich auch Herrn DDr. Tojner und Herrn Mag. Ohneberg – daher bereits damals bekannt sein musste, dass daraus keine Nachzahlung erwartet werden kann. Auch Herr Forstmayr hätte dies selbst bei bloß oberflächlicher Information über den Inhalt der Besserungsvereinbarung rasch klar sein müssen.

Zu verweisen ist weiters auch auf die schriftliche Stellungnahme von Herrn Forstmayr vom 19. September 2013, in der er mit keinem Wort seine Erwartungshaltung in Bezug auf abatec AG erwähnte, sondern erklärte, er habe seine Investitionsentscheidung anhand der allen Aktionären zugänglichen Informationsmöglichkeiten (Jahresabschlüsse, Quartalsbericht etc) getroffen. Dies ist mit seiner Verantwortung in der Verhandlung vom 22. Oktober 2013, wonach sich sein Investment ausschließlich auf eine von Herrn DI Niederndorfer erhaltene vertrauliche Information gegründet habe, nicht in Einklang zu bringen und insbesondere vor dem Hintergrund nicht nachvollziehbar, als es sich hierbei um sein Hauptargument zur wirtschaftlichen Plausibilisierung seiner Investition handelt.

Im eklantanten Widerspruch steht die Aussage Herrn Forstmayrs schließlich zur Darstellung Herrn DI Niederndorfers, der im Rahmen seiner Zeugenvernehmung erklärte, er habe Herrn Forstmayr vom Nichterreichen der EBIT-Schwelle sowie seinen aktuell nicht bestehenden Verkaufsabsichten seiner Beteiligung an abatec AG informiert. Diese Aussage Herrn DI Niederndorfers ist insofern plausibel, als ihm seiner Aussage zufolge bereits im 3. Quartal 2012 klargeworden war, dass die erste Variante der Besserungsvereinbarung (gemessen am EBIT) nicht schlagend werden würde (Protokoll vom 26.11.2013, S 7). Würde man der gegenteiligen Aussage Herrn Forstmayrs folgen, so hätte Herr DI Niederndorfer ihn trotz der beiderseits zugestandenen langjährigen persönlichen Bekanntschaft bewusst täuschen müssen. Herr Forstmayr hätte diesen Umstand auch, selbst wenn ihn Herr DI Niederndorfer nicht informiert hätte, spätestens ab der Veröffentlichung des Jahresabschlusses der abatec AG im Firmenbuch (26. Juni 2013) selbst feststellen können.

Anhand dieses Jahresabschlusses war auch erkennbar, dass die zweite Variante der Besserungsmöglichkeit (Weiterverkauf der Aktien) seit dem Kaufvertrag zwischen GEP MF und FN GmbH erheblich entwertet worden war. Dass diese durch den erwähnten Kaufvertrag vom September 2012 nicht schlagend geworden war, ergibt sich aus den Aussagen von Herrn DDr. Tojner und Herrn DI Niederndorfer, die zwar beide diesen Vertrag verschwiegen, jedoch bestätigten, dass bisher die Voraussetzungen für eine Nachzahlung nicht eingetreten waren.

Damit konnte die Besserungsvereinbarung insgesamt für Herrn Forstmayr nicht mehr werthaltig sein, was sich an folgender Berechnung zeigt:

Im Aktienkaufvertrag vom 17. April 2012 gilt in Punkt 4.4.b die Nachzahlung aus der Kaufpreisbesserung für sämtliche dortigen Verkäufer – CEG I, GEP MF, HTA III – als konsumiert, sobald in Summe 26.447 Aktien weiterveräußert wurden. Da die FN GmbH mittlerweile mit Kaufvertrag vom September 2012 18.250 Aktien an die GEP MF weiterveräußerte, ohne dass von den Parteien vorgebracht wurde, dass dies eine Nachzahlungsverpflichtung ausgelöst hätte, könnte eine solche nur mehr aus dem Verkauf von 8.197 Aktien der abatec AG resultieren. Dabei würde CEG I vom Mehrerlös aller-

dings nur anteilig, dh zu etwa einem Drittel, profitieren, da ihr Anteil an den verkauften Aktien im Kaufvertrag von April 2012 etwa zwei Drittel betrug; ein allfälliger Mehrerlös aus der Weiterveräußerung würde zwischen FN GmbH und den Verkäufern geteilt.

Wenn der Liquidationserlös von den in der Hauptversammlung vom 24. Jänner 2013 prognostizierten etwa EUR 1,50 bis EUR 2,50 auf EUR 3,50 bis EUR 4 pro Aktie steigen soll, müsste aus der Besserungsvereinbarung eine Nachzahlung von etwa EUR 300.000 bis etwa EUR 750.000 erfolgen, da das Kapital der CEG I in 300.000 Stückaktien zerlegt ist. Damit die CEG I dies lukrieren könnte, müsste insgesamt ein Mehrerlös von EUR 900.000 bis EUR 2.250.000 erzielt werden. Der Kaufpreis im April 2012 lag bei etwa EUR 50 pro Aktie, für die gerundet etwa 8.000 Aktien betrug er damit rund EUR 400.000. Damit müssten die (verbliebenen rund 8.000) Aktien um etwa EUR 1.300.000 bis EUR 2.650.000 verkauft werden, damit der Liquidationserlös der CEG I um EUR 1 bis EUR 2,50 pro Aktie ansteigen und Herr Forstmayr den von ihm angeblich erwarteten Profit seines Investments erzielen könnte. Der Verkaufspreis je Aktie der abatec AG müsste damit auf ca EUR 162,50 bis EUR 331,25 steigen, wofür derzeit – insbesondere innerhalb des von Herrn Forstmayr geplanten zwölfmonatigen Investitionshorizonts – kein Anhaltspunkt besteht (vgl Zeugenaussage DI Niederdorfer, Protokoll vom 26.11.2013).

Damit ist nicht nachvollziehbar, warum Herr Forstmayr sich ein „risikoloses“ Investment mit einer *Upside*-Chance von 10% und einer möglichen *Downside* von 0% erwartete, schon gar nicht in dem von ihm mehrfach angegebenen Investitionszeitraum von nur zwölf Monaten (Protokoll vom 22.10.2013, S 15 und 17). Selbst in der mündlichen Verhandlung vom 22. Oktober 2013 war er noch bestrebt, diese Darstellung aufrecht zu erhalten, obwohl spätestens seit der Veröffentlichung des Jahresabschlusses 2012 der abatec AG im Firmenbuch (26. Juni 2013) die Tatsache, dass die erste Variante der Besserungsvereinbarung nicht eintreten würde, öffentlich ersichtlich war; dies ebenso wie die gravierende Entwertung der zweiten Variante aufgrund des Kaufvertrages zwischen GEP MF und FN GmbH vom 29. September 2012. Überdies musste der Rechtsvertreter von Herrn Forstmayr in diesem Verfahren, Herr RA Dr. Franz Guggenberger, aufgrund seiner Position als Aufsichtsratsvorsitzender der GEP MF, von diesem Kaufvertrag positiv Kenntnis haben.

Wirtschaftlich ist das Vorgehen Herrn Forstmayrs, zunächst die Aktien um EUR 3,50 je Stück zu erwerben und nur wenige Monate danach einer Liquidation mit einem voraussichtlichen Erlös von rund EUR 2 zuzustimmen – dies ohne eine realistische Chance auf Erhöhung des Liquidationserlöses – somit nicht nachvollziehbar. Damit ist aber ein wirtschaftliches Motiv für den Aktienerwerb auszuschließen, weshalb dieser nur damit erklärt werden kann, dass Herr Forstmayr seinen Bekannten Herrn DDr. Tojner bei der Durchsetzung der über einen langen Zeitraum blockierten Liquidation der Zielgesellschaft unterstützen wollte.

Gestützt wird diese Schlussfolgerung auch dadurch, dass FAGEB/[B] Herrn DDr. Tojner unmittelbar vor Beginn der ordentlichen Hauptversammlung 2013 angeboten hatten, ihre Aktien der Zielgesellschaft um EUR 4 je Aktie an ihn bzw seine Beteiligungsgesellschaften zu verkaufen, um den Widerstand gegen das Delisting und die Liquidation der Zielgesellschaft aufzugeben. Herr DDr. Tojner hatte dies mit dem Hinweis auf die daraus resultierende Verletzung übernahmerechtlicher Vorschriften abgelehnt (AV der ÜbK vom 24. Jänner 2013). Eben dieser Vorgang wurde nun aber nur wenige Monate später nicht durch Herrn DDr. Tojner oder eine seiner Beteiligungsgesellschaften, sondern durch seinen langjährigen Bekannten Herrn Forstmayr umgesetzt.

Anzumerken ist dazu auch, dass Herr DDr. Tojner bzw die von ihm kontrollierten Gesellschaften GEP und WIH 17,85% ihre gesamten Beteiligung iHv 26,52% an der Zielgesellschaft erst im Frühjahr 2012 von Uniqa und Wüstenrot erworben hatten. Obwohl Herr DDr. Tojner zu diesem Zeitpunkt bereits wusste, dass die Zielgesellschaft für eine Liquidation vorbereitet wurde (dies war im Schreiben vom 25. April 2012 bereits mitgeteilt worden), erwarb Herr DDr. Tojner über WIH Aktien der Zielgesellschaft, die einem Anteil von 17,85% des Grundkapitals entsprachen. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass es für Herrn DDr. Tojner und die ihm zurechenbaren Gesellschaften von wirtschaftlichem Interesse war, eine Liquidation der Gesellschaft herbeizuführen. Dies ist insofern nachvollziehbar, als die CEG I zu diesem Zeitpunkt nur mehr eine „leere Hülle“ ohne werthaltige Beteiligungen war, so dass die verbleibende Substanz durch die anfallenden Kosten fortlaufend verringert wurde (PV DDr. Tojner vom 22.10.2013).

Auch die Tatsache, dass Herr DDr. Tojner anlässlich der Hauptversammlung vom 23. Juli 2013 den Kaufvertrag zwischen FAGEB/[B] und Herrn Forstmayr selbst über konkretes Nachfragen verschwieg, spricht für die Absprache zwischen ihm bzw seinen Beteiligungsgesellschaften einerseits und Herrn Forstmayr andererseits. Das Verschleiern dieses Verkaufs legt nämlich nahe, dass Herr DDr. Tojner dem die Hauptversammlung beobachtenden Vertreter der ÜbK den mit ihm zwecks Liquidation zusammenarbeitenden Herrn Forstmayr nicht preisgeben wollte. Andernfalls hätte er vom Verkauf dieser wesentlichen Beteiligung berichten können, hat dies aber sogar gegenüber dem konkret danach fragenden Aktionär Herr [A] unrichtig dargestellt. Die Behauptung Herrn DDr. Tojners, er habe zumindest sinngemäß erwähnt, dass FAGEB/[B] als Aktionärin ausgeschieden sei (Protokoll vom 22.10.2013, S 24), steht mit den Wahrnehmungen des Mitarbeiters der ÜbK, die in einem Aktenvermerk festgehalten wurden, klar im Widerspruch. Ein Missverständnis und somit eine Unrichtigkeit des Aktenvermerks, wie in der Stellungnahme vom 3. Dezember 2013 behauptet, ist hier insofern auszuschließen, als der Kaufvertrag zwischen FAGEB/[B] und Herrn Forstmayr der ÜbK bereits vor dieser Hauptversammlung zur Kenntnis gelangt war und die Entsendung des Mitarbeiters gerade zu dem Zweck erfolgte, die weitere Entwicklung nach dem Aktienverkauf von FAGEB/[B] zu beobachten.

Irrelevant ist das Vorbringen, in der ordentlichen Hauptversammlung vom 15. November 2013 habe Herr DDr. Tojner angekündigt, er werde die Besserungsvereinbarung mit Herrn DI Niederndorfer (als Geschäftsführer der FN GmbH) nachverhandeln. Zunächst ist hier bemerkenswert, dass dieser Umstand von den Parteienvertretern in der Verhandlung vom 26. November 2013 nicht vorgebracht worden war. Auch Herr DI Niederndorfer machte in seiner Zeugenvernehmung davon keine Erwähnung, was darauf schließen lässt, dass er diesbezüglich von Herrn DDr. Tojner noch nicht einmal kontaktiert worden war. Betrachtet man die von Herrn DI Niederndorfer geschilderte derzeitige Wirtschaftslage der abatec AG, so wäre es wirtschaftlich geradezu unvernünftig, wenn Herr DI Niederndorfer als Geschäftsführer der FN GmbH zu einer nennenswerten Abschlagszahlung bereit wäre.

Im Ergebnis fallen nach dem Erwerb der Anteile der abatec AG durch die GEP MF die Vorteile aus einer möglicherweise vorteilhaften Weiterentwicklung der abatec AG nunmehr ohnehin verstärkt bei dieser ganz überwiegend von Herrn DDr. Tojner gehaltenen Gesellschaft an. Durch die von Herrn DDr. Tojner angekündigte Nachverhandlung der Abschlagszahlung mit FN GmbH würde jegliche Besserungsmöglichkeit für die Aktionäre der CEG I endgültig beseitigt.

5 Rechtliche Beurteilung

5.1 Zu Spruchpunkt 1: Feststellung des Kontrollwechsels

5.1.1 Allgemeines

Das Übernahmegesetz ist gemäß § 2 ÜbG auf öffentliche Angebote zum Erwerb von Beteiligungspapieren anwendbar, die von einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ausgegeben wurden und an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind. Wie bereits oben festgestellt wurde, wechselte die Zielgesellschaft mit 1. Oktober 2013 in den ungeregelten Dritten Markt der Wiener Börse, der grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Zielgesellschaft fällt.

Der nach dem Spruch dieses Bescheids festgestellte Kontrollwechsel fand mit dem Aktienerwerb durch Forstmayr, spätestens aber am 23. Juli 2013 statt, als Herr Forstmayr, GEP und WIH in der außerordentlichen Hauptversammlung der Zielgesellschaft gemeinsam für den Beschluss stimmten, die Gesellschaft aufzulösen. Zu diesem Zeitpunkt erfüllte die Zielgesellschaft die Anwendungsvoraussetzungen des § 2 ÜbG, sodass die Bestimmungen des ÜbG hier zur Anwendung gelangen.

Im Übrigen wären die übernahmerechtlichen Bestimmungen auch dann (analog) anzuwenden, wenn ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Delisting oder Segmentwechsel in den ungeregelten Dritten Markt und einem Kontrollwechsel besteht (vgl dazu GZ 2006/3/4-17 sowie GZ 2011/2/2-13).

5.1.2 Angebotspflicht und gemeinsames Vorgehen

Wer eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt, muss dies der ÜbK unverzüglich mitteilen und innerhalb von 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung in den Bestimmungen des Dritten Teils des ÜbG entsprechendes Angebot für alle Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft anzeigen (§ 22 Abs 1 ÜbG). Eine unmittelbare kontrollierende Beteiligung wird in § 22 Abs 2 ÜbG als direkte Beteiligung definiert, die mehr als 30% der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt.

Auch die Begründung, Auflösung oder Änderung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger kann einem Rechtsträger allein oder mehreren Rechtsträgern gemeinsam eine kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft vermitteln (§ 22a Z 1 bis Z 3 ÜbG). So besteht die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots nicht nur bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch *einen* Rechtsträger, sondern gemäß § 22a Z 1 ÜbG auch dann, wenn eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung erlangen. Bei Anwen-

dung der §§ 22 ff ÜbG sind die Beteiligungen von Aktionären, die als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind, gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen.

Sowohl GEP als auch WIH werden mittelbar von Herrn DDr. Tojner kontrolliert. Dieser hält 100% an der Michael Tojner Industriebeteiligungs und -beratungs GmbH (FN 103329f), welche wiederum zu 99,99% an GEP beteiligt ist. Herr DDr. Tojner selbst hält unmittelbar den zweiten Geschäftsanteil an GEP, der einem Anteil des Grundkapitals von rund 0,01% entspricht. Michael Tojner Industriebeteiligungs und -beratungs GmbH (FN 103329f) ist zudem mit 99,9% an Industriecapital Beteiligungs-Invest GmbH (FN 209921h) beteiligt, welche über ihre 100% Tochtergesellschaft L.A.I. Beteiligungs Invest GmbH (FN 177662v) wiederum zu 100% an WIH beteiligt ist. Außerdem hält Herr DDr. Tojner selbst unmittelbar 0,1% an der Industriecapital Beteiligungs-Invest GmbH (FN 209921h).

Gemäß § 1 Z 6 letzter Satz ÜbG besteht für GEP und WIH aufgrund dieser gemeinsamen mittelbaren Kontrolle durch Herrn DDr. Tojner die widerlegliche gesetzliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens. Anhaltspunkte, die diese Vermutung widerlegen, wurden seitens der Parteien nicht vorgebracht und ergeben sich auch nicht aus den vorliegenden Beweisergebnissen. Die Stimmrechte der GEP (17,85%) und der WIH (8,67%) sind diesen Aktionären daher jedenfalls gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG wechselseitig zuzurechnen. GEP und WIH verfügen gemeinsam über rund 26,5% der Stimmrechte der Zielgesellschaft. Eine Meldung gemäß § 26a ÜbG wurde nicht erstattet, was Gegenstand eines Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 35 ÜbG werden könnte.

Herr Forstmayr hält eine Beteiligung an der Zielgesellschaft iHv 29,59%; auch von ihm wurde keine Anzeige gemäß § 26a ÜbG erstattet.

Rechnet man den Anteilsbesitz von GEP, WIH und Herrn Forstmayr zusammen, so ergibt dies einen Anteil von 56,11% an den Stimmrechten der Zielgesellschaft. Dies übersteigt die formelle Kontrollschwelle von 30%. Bei Erfüllung des Zusammenrechnungstatbestands gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG liegt somit eine (unmittelbare) kontrollierende Beteiligung gemäß § 22 Abs 2 ÜbG vor. Der rechtliche Ausgangspunkt für die Beurteilung der Angebotspflicht gemäß § 22a Z 1 iVm § 22 Abs 1 ÜbG liegt daher in der Frage, ob GEP, WIH und Herr Forstmayr als gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind und damit gemeinsam eine kontrollierende Beteiligung erlangt haben.

5.1.3 Gemeinsames Vorgehen zwischen GEP, WIH und Ernst Forstmayr

Gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG sind „*natürliche oder juristische Personen, die mit dem Bieter auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte (...)*“.

Dabei ist eine nähere Prüfung zweier Tatbestandsmerkmale zum gemeinsamen Vorgehen notwendig: Einerseits jenes der Absprache, andererseits jenes der Kontrollrelevanz einer solchen Absprache.

In einem ersten Schritt ist daher zu untersuchen, ob zwischen GEP und WIH einerseits und Herrn Forstmayr andererseits eine **Absprache** iSd § 1 Z 6 ÜbG vorliegt. Der Begriff der *Absprache* ist dabei weit auszulegen. Es ist darunter keineswegs nur eine vertragliche Vereinbarung zu verstehen; vielmehr erfüllen auch bloße Absprachen ohne rechtliche Bindungswirkung („*gentlemen's agreements*“) sowie das so genannte „abgestimmte Verhalten“ grundsätzlich den Tatbestand von § 1 Z 6 ÜbG (vgl. ErIRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5; GZ 2007/3/3-157, 33; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 44; *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 54; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [663]). Wie *Huber/Alscher* (Übernahmegesetz, § 1 Rz 55) zutreffend ausführen, genügt hierfür jede – sei es auch nur schlüssige – Kommunikation zwischen den beteiligten Rechtsträgern über ihr jeweiliges (Stimm-)Verhalten, aufgrund derer die Beteiligten vernünftigerweise ein kommunikationskonformes Verhalten erwarten können. Auch eine einmalige Kommunikation zwischen den Aktionären kann eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG darstellen, da es stets auf die Dauer und Nachhaltigkeit der Auswirkungen dieser Absprache und nicht auf die Dauer und Häufigkeit der Absprache selbst ankommt (*Winner* in FS Jud, 801 [807]). Die gleichförmige Stimmausübung in der Hauptversammlung kann als Indiz für das Vorliegen einer Absprache herangezogen werden (*Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 56).

Im entscheidungsgegenständlichen Fall erfolgte der Aktienerwerb im Mai 2013 durch Herrn Forstmayr ausschließlich zu dem Zweck, die eine Liquidation der Zielgesellschaft blockierende Gruppe FA-GEB/[B] auszuschalten, und es stimmten in der folgenden außerordentlichen Hauptversammlung vom 23. Juli 2013 sowohl GEP und WIH als auch Herr Forstmayr der Liquidation der Zielgesellschaft zu. Jegliches wirtschaftliche Motiv für den Einstieg Herrn Forstmayrs in die CEG I ist aus den in der Beweiswürdigung ausführlich dargelegten Erwägungen auszuschließen. Der Erwerb und die nachfolgende Liquidation sind als Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG anzusehen.

In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob GEP, WIH und Herrn Forstmayr auf der Grundlage der oben festgestellten Absprache zusammenarbeiteten, „um die **Kontrolle** über die Zielgesellschaft zu **erlangen oder auszuüben**“.

Dabei ist nicht Voraussetzung, dass die Absprache zur eigennützigen Erlangung von Kontrolle geschieht; vielmehr ist auch die fremdnützige Zusammenarbeit und somit auch die bloße Beihilfe eines an der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger Beteiligten bei der Kontrollerlangung bzw. -ausübung unter den Tatbestand zu subsumieren (GZ 2013/2/1-146, 42; GZ 2007/3/3-157, 35; vgl. auch *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 60). Somit kann eine kontrollrelevante Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG auch dann vorliegen, wenn Herr Forstmayr lediglich als „Steigbügelhalter“ für GEP und WIH agierte und den Beschluss der Liquidation der Zielgesellschaft durch seine Zustimmung

in der außerordentlichen Hauptversammlung vom 23. Juli 2013 ermöglichte. Dabei ist freilich unerheblich, ob die fremdnützige Zusammenarbeit durch aktives gleichförmiges Ausüben der Stimmen oder durch eine gezielte Stimmenthaltung geschieht. Im konkreten Fall stimmten GEP, WIH und Herr Forstmayr für die Liquidation der Gesellschaft, sodass eine weitere Diskussion dieser Problematik unterbleiben kann.

Die Rechtsfrage liegt somit an dieser Stelle darin, ob durch die gemeinsame Beschlussfassung der Liquidation der Zielgesellschaft Kontrolle ausgeübt wird. Als **kontrollrelevant** iSd ÜbG kann grundsätzlich jedes Ereignis qualifiziert werden, das die Ausrichtung der Geschäfte des Emittenten nicht nur unwesentlich und dauerhaft verändert, sodass die Unternehmenspolitik dadurch eine tief greifende Änderung erfährt. Dies ist bei einer Liquidation jedenfalls der Fall, sodass hier das Tatbestandsmerkmal der Kontrollerlangung bzw -ausübung ohne Zweifel erfüllt ist. Stimmen sich somit mehrere Aktionäre auf Basis einer wie auch immer gearteten Absprache ab, um gemeinsam die Liquidation der Zielgesellschaft zu beschließen, so ist dieses Verhalten rechtlich als gemeinsames Vorgehen zu qualifizieren.

Der Liquidationsbeschluss konnte erst gefasst werden, als FAGEB/[B] als Opposition mit Sperrminorität ihre Beteiligung an Herrn Forstmayr veräußert hatten. GEP/WIH sowie der diese beiden Gesellschaften mittelbar kontrollierende Gesellschafter Herr DDr. Tojner waren auf die Stimmen aus diesen Aktien angewiesen, um die Liquidation durchzusetzen, da diese die erfolgreiche Beschlussfassung bisher verhindert hatten.

Im Vorfeld hatten FAGEB/[B] Herrn DDr. Tojner in der ordentlichen Hauptversammlung 2013 unmittelbar vor Beginn derselben angeboten, ihre Aktien der Zielgesellschaft um EUR 4 je Aktie an ihn bzw seine Beteiligungsgesellschaften zu verkaufen. Im Gegenzug würde man von Seiten FAGEBs/[Bs] dem Delisting und der Liquidation der CEG I zustimmen. In der Folge geschah genau dies – wenngleich zu einem etwas niedrigeren Kaufpreis - nicht durch Herrn DDr. Tojner oder eine seiner Beteiligungsgesellschaften, sondern durch seinen langjährigen Bekannten Herrn Forstmayr. Damit wurde eine starke Opposition in der Zielgesellschaft zu einem deutlich über dem voraussichtlichen Liquidationserlös liegenden Preis ausgekauft, um die Liquidation der Gesellschaft zu ermöglichen. Gleichzeitig kann man dies auch als wichtigen Schritt einer Gesamttransaktion verstehen, durch welchen die Geschäftschancen aus der Beteiligung an abatec AG von CEG I zu GEP MF verlagert wurden, was auch unter Anwendung von § 52 AktG zu würdigen ist, wofür der ÜbK allerdings keine Zuständigkeit zukommt.

Dies führt zum Ergebnis, dass GEP, WIH und Herr Ernst Forstmayr auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen bzw auszuüben. Gemäß

§ 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG sind die Stimmrechte aus den Aktien der genannten Personen diesen wechselseitig zurechenbar.

Die **Rechtsfolgen** dieser Zurechenbarkeit liegen in der Begründung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger gemäß § 22a Z 1 ÜbG, die eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 ÜbG erlangt hat, sodass GEP, WIH und Herr Forstmayr ein Angebot entsprechend dem Dritten Teil des ÜbG für alle Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft anzeigen müssen. Gemäß § 23 Abs 3 ÜbG trifft diese Pflicht ebenso wie alle sonstigen Pflichten eines Bieters alle gemeinsam vorgehenden Rechtsträger, deren Kreis im Rahmen dieses Bescheids nicht abschließend festgelegt wird. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Haftung für das Pflichtangebot.

Darüber hinaus ist das *ex lege* eintretende Ruhen des Stimmrechts dieser Aktionäre gemäß § 34 Abs 1 ÜbG zu beachten.

Ergebnis: Der erste Senat der ÜbK stellt daher gemäß § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG fest, dass GEP, WIH und Herr Ernst Forstmayr ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt haben. Das Stimmrecht aus den von diesen Personen und allfälligen weiteren gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern gehaltenen Aktien ruht gemäß § 34 Abs 2 ÜbG, bis ein den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Pflichtangebot gestellt wurde; das Aufheben des Ruhens der Stimmrechte hat dabei in einem gesonderten Verfahren zu erfolgen.

5.2 Zu Spruchpunkt 2: Gebühren

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

Gemäß Punkt 5.3 GebO sowie gemäß § 33 Abs 5 Satz 1 ÜbG trägt grundsätzlich der „Bieter“ die Kosten des Verfahrens. „Bieter“ im Sinne dieser Bestimmung sind Herr Ernst Forstmayr, WIH und GEP. Diese Personen haben daher für die Gebühr iHv EUR 21.400 aufzukommen. Die genannten Personen haften gemäß Punkt 8.1. GebO für die Entrichtung der Gebühren und Barauslagen solidarisch.

Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1a ÜbG vom 30. August 2013 sind Barauslagen in der Höhe von EUR 564,83 (darin enthalten EUR 94,14 Umsatzsteuer) angefallen. Diese sind gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. und 8.4. GebO ebenfalls von Herrn Ernst Forstmayr, WIH und GEP zu tragen.

Insgesamt betragen die von den genannten Personen zu ersetzenden Kosten des Verfahrens gemäß § 33 Abs 5 1. Satz damit EUR 21.964,83.

Gemäß Pkt 8.3. GebO sind sämtliche Gebühren und Zahlungen zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die ÜBK zur Zahlung fällig. Die Zahlung hat gemäß Pkt 8.6. GebO auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, IBAN AT602011100001220993, Swift Code GIBAATWW, zu erfolgen.

6 Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

7 Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof

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 240 zu entrichten.

Da Ihnen dieser Bescheid vor Ablauf des 31. Dezember 2013 zugestellt wird und die Beschwerdefrist am 31. Dezember 2013 noch läuft, gelten die folgenden Übergangsregelungen gemäß § 6 Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz:

Sofern bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 noch keine Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG gegen diesen Bescheid beim Verfassungsgerichtshof erhoben wurde, kann gegen ihn von 1. Jänner 2014 bis zum Ablauf des 12. Februar 2014 eine solche Beschwerde erhoben werden.

Wurde gegen diesen Bescheid vor Ablauf des 31. Dezember 2013 Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof erhoben und läuft die Beschwerdefrist mit Ende des 31. Dezember 2013 noch, gilt die Beschwerde als rechtzeitig erhobene Beschwerde iSd Art 144 Abs 1 B-VG.

Wien, am 16. Dezember 2013

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