



*[redaktionell überarbeitet]*

[...]

**GZ 2013/2/1 – 146**  
**(S&T AG)**

## **B E S C H E I D**

Der 2. Senat der Übernahmekommission hat am 8. Mai 2013 unter dem Vorsitz von o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher, im Beisein der Mitglieder SenPräs d OGH Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Univ.-Prof. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag der grosso holding Gesellschaft mbH, der Quanmax Inc. und der Quanmax Malaysia Sdn. Bhd. gemäß § 26b iVm § 33 ÜbG wie folgt entschieden:

- 1. Quanmax Inc., Quanmax Malaysia Sdn. Bhd., grosso holding Gesellschaft mbH und Herr DI Hannes Niederhauser bilden eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG. Quanmax Inc., Quanmax Malaysia Sdn. Bhd., grosso holding Gesellschaft mbH und Herr DI Hannes Niederhauser sind daher gemäß § 26b Abs 2 ÜbG iVm § 22a Z 3 ÜbG iVm § 22 Abs 1 ÜbG verpflichtet, innerhalb von zwanzig Börsetagen ab Zustellung des Feststellungsbescheids ein Pflichtangebot anzuzeigen.**
- 2. Die Anträge auf Feststellung von Quanmax Inc., Quanmax Malaysia Sdn. Bhd. sowie grosso holding Gesellschaft mbH, dass durch die angebotenen Maßnahmen die Angebotspflicht abgewendet werden kann, werden abgewiesen. Die Möglichkeit der Reduktion der kontrollierenden Beteiligung auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien oder das Rückgängigmachen des Erlangens der kontrollierenden Beteiligung durch die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger auf sonstige Weise zur Vermeidung der Angebotspflicht gemäß § 26b Abs 3 ÜbG besteht nicht.**
- 3. Gemäß Pkt 4.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren nach § 26b ÜbG vor der Übernahmekommission haben grosso holding Gesellschaft mbH, Quanmax Inc., Quanmax Malaysia Sdn. Bhd. und Herr DI Hannes Niederhauser gemeinsam eine Gebühr in der Höhe**

von EUR 21.400 zu entrichten. Der unter Abzug des geleisteten Gebührenvorschusses gemäß Pkt 4.2. der Gebührenordnung verbleibende Restbetrag von EUR 10.700 ist gemäß Pkt 8.3. iVm 8.6. der Gebührenordnung innerhalb von zehn Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, IBAN AT602011100001220993, Swift Code: GIBAATWW, zu entrichten.

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>1</b>	<b>Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens</b> .....	<b>5</b>
1.1	Einleitung des Verfahrens .....	5
1.2	Parteien des Verfahrens.....	6
<b>2</b>	<b>Parteienvorbringen und Antragstellung</b> .....	<b>8</b>
2.1	Vorbringen der Antragstellerinnen vom 25. Jänner 2013.....	8
2.1.1	Allgemeines .....	8
2.1.2	Außerordentliche Hauptversammlung der S&T AG, 6. November 2012 .....	8
2.1.3	Rechtliches Vorbringen .....	9
2.1.4	Antrag der Antragstellerinnen.....	11
2.2	Vorbringen der C-AG vom 29. März 2013 und von Herrn B vom 2. April 2013 .....	11
2.3	Vorbringen von Herrn B vom 5. April 2013 .....	11
2.4	Vorbringen der Quanmax M und Quanmax T vom 8. April 2013.....	12
2.5	Vorbringen der Zielgesellschaft S&T AG vom 8. April 2013 .....	13
2.6	Vorbringen der grosso vom 8. April 2013 .....	14
2.7	Vorbringen der Quanmax M und Quanmax T vom 26. April 2013.....	15
2.7.1	Argumentation .....	15
2.7.2	Antrag .....	18
2.8	Vorbringen der grosso vom 26. April 2013 .....	19
2.8.1	Argumentation .....	19
2.8.2	Antrag .....	19
2.9	Vorbringen der Zielgesellschaft S&T AG vom 26. April 2013 .....	21
2.10	Mündliche Verhandlung am 3. April 2013 bzw 9. April 2013.....	21
<b>3</b>	<b>Festgestellter Sachverhalt</b> .....	<b>23</b>
3.1	Die Antragstellerinnen .....	23
3.2	Weitere involvierte Personen und Gesellschaften.....	24
3.3	XY-GmbH .....	24
3.4	Zielgesellschaft: S&T AG (ex Quanmax AG).....	24
3.5	Verschmelzung der S&T alt auf Quanmax AG .....	25
3.6	Ereignisse vor Verschmelzung bzw vor der außerordentlichen Hauptversammlung 2012 ..	27
3.7	Außerordentliche Hauptversammlung der S&T AG (ex Quanmax AG), 6. November 2012 .	28
3.8	Frühere Hauptversammlungen der S&T AG (ex Quanmax AG).....	30
3.9	Zusammenarbeit der S&T AG (ex Quanmax AG) mit grosso iZm der Sanierung von S&T alt 31	
<b>4</b>	<b>Beweiswürdigung</b> .....	<b>34</b>
<b>5</b>	<b>Rechtliche Beurteilung</b> .....	<b>37</b>
5.1	Zu Spruchpunkt 1: Feststellung des Kontrollwechsels .....	37
5.1.1	Anwendbarkeit des ÜbG und Zuständigkeit der ÜbK.....	37
5.1.2	Zuständigkeit des zweiten Senats .....	37
5.1.3	Zur Anwendbarkeit des ÜbG auf Umgründungen.....	38
5.1.4	Zur Verletzung der Angebotspflicht gemäß §§ 22 ff ÜbG .....	39
5.1.4.1	Allgemeines .....	39
5.1.4.2	Vermutung des gemeinsamen Vorgehens zwischen grosso und Quanmax M bzw Quanmax T.....	40
5.1.4.3	Widerlegung der Vermutung im Allgemeinen .....	44
5.1.4.4	Widerlegung der Vermutung im konkreten Fall.....	45
5.1.4.5	Weitere Indizien für ein gemeinsames Vorgehen der Antragstellerinnen.....	47
5.1.4.6	Keine Ausnahme von der Angebotspflicht .....	49
5.1.4.7	Ergebnis .....	49
5.2	Zu Spruchpunkt 2: Abwenden der Angebotspflicht (§ 26b Abs 3 ÜbG) .....	51
5.3	Verfahren.....	54

5.4	Zu Spruchpunkt 3: Gebühren .....	55
5.5	Rechtsmittelbelehrung.....	55
5.6	Hinweis .....	55

## BEGRÜNDUNG

### 1 Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens

#### 1.1 Einleitung des Verfahrens

Mit 12. Dezember 2012 wurde das Vermögen der S&T System Integration and Technology Distribution AG („S&T alt“) auf S&T AG (ex Quanmax AG) („S&T AG“ bzw „Zielgesellschaft“) im Wege der Verschmelzung zur Aufnahme iSd § 219 Z 1 AktG übertragen. Nach dieser Verschmelzung hielten Quanmax Inc. („Quanmax T“) rund 3,30%, Quanmax Malaysia Sdn. Bhd. („Quanmax M“) rund 28,37% und grosso holding Gesellschaft mbH („grosso“) rund 16,58% an S&T AG. Darüber hinaus wurden in der außerordentlichen Hauptversammlung der Zielgesellschaft vom 5. November 2012, in der auch die für die Verschmelzung erforderlichen Beschlüsse gefasst wurden, Herr Dr. Erhard Grossnigg und Herr Mag. Werner Straubinger in den Aufsichtsrat der Gesellschaft gewählt.

Die Geschäftsstelle der Übernahmekommission („ÜbK“) äußerte bereits nach erfolgter Vorkorrespondenz den rechtsfreundlichen Vertretern der Quanmax M, Quanmax T und grosso (gemeinsam „Antragstellerinnen“) gegenüber ihre Bedenken, dass diese Vorgangsweise als Begründung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger gemäß § 22a Z 1 ÜbG gewertet werden und die Angebotspflicht nach sich ziehen könnte. In einem persönlichen Gespräch der Rechtsvertreter mit der ÜbK am 18. Dezember 2012 erklärten die Antragstellerinnen, zur übernahmerechtlichen Klärung des Sachverhalts einen Feststellungsbescheid gemäß § 26b ÜbG beantragen zu wollen. Nach einem weiteren Gespräch am 17. Jänner 2013 sandte die Geschäftsstelle am 18. Jänner 2013 im Namen des Vorsitzenden des 2. Senats folgenden Brief an die Kanzlei XY-GmbH:

*„Sehr geehrter Herr [...],*

*im Anschluss an unser gestern geführtes Gespräch darf ich Ihnen als vorläufiges Ergebnis der Beratungen der Senatsmitglieder mitteilen, dass die Stellung eines Antrags auf Feststellung gemäß § 26b ÜbG durch Ihre Mandanten in verfahrensrechtlicher Hinsicht der einzig mögliche Weg ist, um eine Angebotspflicht möglicherweise zu vermeiden.*

*Im Zuge dieser Antragstellung können die von Ihnen noch durchzuführenden bzw. bereits umgesetzten Maßnahmen zur Rückgängigmachung des Erlangens einer kontrollierenden Beteiligung dargelegt werden und im Sinne des § 26b Abs 3 ÜbG (vgl dazu insbesondere Gall in Huber, Übernahmegesetz, § 26b Rz 15) im Rahmen der Beurteilung des Sachverhalts durch den Senat allenfalls Berücksichtigung finden.*

*Als Fristende für den Eingang Ihres Antrages bei der Geschäftsstelle ist der kommende Donnerstag, 25. Jänner 2013, 12.00 Uhr vermerkt worden. Sie können Ihren Antrag vorweg per E-Mail an die Geschäftsstelle übersenden. Für den Fall, dass diese Frist nicht eingehalten werden sollte, wird der Senat noch am selben Tag ein Nachprüfungsverfahren iSd § 33 ÜbG einleiten.*

*Für allfällige Rückfragen zur Rechtssache Ihrer Mandanten stehen Ihnen die Mitarbeiter der Geschäftsstelle gerne zur Verfügung.*

Nach Auffassung des 2. Senats bedurfte es daher der Einleitung eines formellen Verfahrens zur Feststellung der Angebotspflicht. Am 25. Jänner 2013 beantragten die Antragstellerinnen schließlich die Feststellung der ÜbK, ob für sie die Angebotspflicht besteht.

Der 2. Senat der ÜbK fasste am 25. Jänner 2013 den Beschluss, ein Feststellungsverfahren gemäß § 26b ÜbG einzuleiten. Darin war aus verfahrensrechtlicher Sicht freilich kein Vorgriff auf die Entscheidung durch den Senat über die Zulässigkeit der Rückgängigmachung gemäß § 26b Abs 3 ÜbG zu sehen, was insbesondere den Grundsätzen des nach AVG durchzuführenden Ermittlungsverfahrens und der in diesem Rahmen vorzunehmenden Beweiswürdigung widerspräche. Darüber hinaus beschloss der 2. Senat, die Verfahrensbestimmungen des § 33 ÜbG auf das gegenständliche Verfahren analog anzuwenden. Die Verfahrenseinleitung wurde am 5. Februar 2013 im Amtsblatt der Wiener Zeitung bekannt gemacht. Beteiligungspapierinhaber der S&T AG, die allein oder gemeinsam mit anderen Beteiligungspapierinhabern über Beteiligungspapiere mit einem anteiligen Betrag des Grundkapitals von insgesamt mindestens EUR 70.000 verfügten, konnten sich in analoger Anwendung von § 33 Abs 2 und Abs 3 ÜbG innerhalb einer Frist von einem Monat ab Veröffentlichung dieser Mitteilung dem Verfahren anschließen. Hiervon haben Herr B und die C-AG Gebrauch gemacht.

Die Parteistellung der Zielgesellschaft ergab sich aus § 8 AVG sowie aus analoger Anwendung von § 33 Abs 2 Z 3 ÜbG.

## 1.2 Parteien des Verfahrens

Die Parteien dieses Verfahrens sind:

- **Antragstellerinnen:**
  - o grosso holding Gesellschaft mbH, FN 123293p, 1015 Wien, Walfischgasse 5.
  - o Quanmax Inc., 5F, No. 415, Ti-Ding Blvd. Sec. 2, NeiHu District, Taipei, Taiwan 114.
  - o Quanmax Malaysia Sdn. Bhd., Lorong Perusahaan, Plot 13600 Penang, Malaysia.
- Personen, deren rechtliche Qualifikation als mit den Antragstellerinnen **gemeinsam vorgehende Rechtsträger** (§ 1 Z 6 ÜbG) Gegenstand des anhängigen Verfahrens ist:
  - o Herr DI Hannes Niederhauser
  - o Herr L
  - o Herr M
  - o F-GmbH
  - o Herr G
  - o J-AG
- **Zielgesellschaft:** S&T AG (ex Quanmax AG) („S&T AG“ oder „Zielgesellschaft“), FN 190272m, mit der Geschäftsanschrift 4021 Linz, Industriezeile 35.

- **Sonstige Aktionäre** aufgrund eines Anschlusses an das Verfahren nach Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens gemäß § 33 Abs 3 ÜbG iVm § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG:
  - Die C-AG verfügt über 108.150 Stück Aktien an S&T AG, die einen anteiligen Betrag von EUR 108.150 am Grundkapital der Zielgesellschaft repräsentieren;
  - Herr B verfügt über 104.895 Stück Aktien an S&T AG, die einen anteiligen Betrag von EUR 104.895 am Grundkapital der Zielgesellschaft repräsentieren.

## **2 Parteienvorbringen und Antragstellung**

### **2.1 Vorbringen der Antragstellerinnen vom 25. Jänner 2013**

#### **2.1.1 Allgemeines**

Quanmax T, Quanmax M und grosso brachten in ihrem schriftlichen Antrag vom 25. Jänner 2013 Folgendes vor:

Quanmax T und Quanmax M haben gemeinsam vor der Verschmelzung eine kontrollierende Beteiligung von rund 45,74% an S&T AG (ex Quanmax AG) gehalten. Mit Verschmelzungsvertrag vom 6. November 2012 seien die Zielgesellschaft als übernehmende Gesellschaft mit der S&T System Integration and Technology Distribution AG („S&T alt“) als übertragende Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge verschmolzen worden. Nach Durchführung dieser Verschmelzung halten Quanmax T 3,3% und Quanmax M 27,37% – gemeinsam also 30,67% – des Grundkapitals der S&T AG. Daneben halte grosso rund 16,58% des Grundkapitals.

Der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft setze sich zum Zeitpunkt der Antragstellung aus den folgenden Personen zusammen:

- Dr. Erhard Grossnigg (Vorsitzender);
- Dr. Rudolf Wieczorek (Stellvertreter des Vorsitzenden);
- Univ.-Prof. DDDr. Bruno Buchberger (Mitglied);
- Mag. Werner Straubinger (Mitglied);
- DI Franz Wieshofer (gewähltes Ersatzmitglied).

Herr Andreas Blumauer sei aufgrund einer beruflichen Veränderung und Verlagerung der Lebensinteressen nach Spielberg (Steiermark) aus dem Aufsichtsrat der S&T AG ausgeschieden.

#### **2.1.2 Außerordentliche Hauptversammlung der S&T AG, 6. November 2012**

Bei der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T AG am 6. November 2012 („aoHV“) seien 31 Aktionäre oder deren Vertreter anwesend gewesen, die insgesamt 16.425.891 Stimmen vertraten; davon seien 16.360.855 Aktien vom ausgewiesenen Vertreter Herrn RA A (RA der XY-GmbH) aufgrund erteilter Vollmachten vertreten worden. Im Zuge der Hauptversammlungen sei seit jeher seitens der Investor Relations Abteilung der S&T AG Aktionären angeboten worden, sich bei der Hauptversammlung vom Unternehmensanwalt vertreten zu lassen, wovon auch bei der aoHV Gebrauch gemacht wurde.

Jedem Aktionär, der von der Möglichkeit der Vertretung durch Herrn RA A Gebrauch machen wollte, sei der Inhalt des Schreibens der Übernahmekommission („ÜbK“) vom 17. Oktober 2012 mitgeteilt worden. Darin habe die Übernahmekommission die ausgewiesenen Rechtsvertreter informiert, dass

der 2. Senat der Übernahmekommission bei Aufstockung des Aufsichtsrats um zwei der grosso zurechenbaren Personen auf insgesamt fünf Kapitalvertreter zu dem Schluss gelangen könnte, dass dadurch eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet und daher die Angebotspflicht gemäß § 22a Z 1 ÜbG ausgelöst wird. Die Aktionäre haben nach Kenntnisstand der S&T AG den Wahlvorschlag der Unternehmensverwaltung unterstützt, mit Herrn Dr. Grossnigg und Herrn Mag. Straubinger zwei namhafte Persönlichkeiten in den Aufsichtsrat der S&T AG zu wählen, zumal dies sachlich und wirtschaftlich eine sinnvolle Ergänzung des Aufsichtsrats der S&T AG dargestellt habe. Diese seien überdies bereits im Aufsichtsrat der S&T alt vertreten gewesen. Ein Teil der von Herrn RA A vertretenen Aktionäre, die insgesamt 14.316.746 Stück Aktien repräsentierten, haben sich dahingehend entschieden, sich bei der Abstimmung bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Stimme zu enthalten. 2.108.945 Stück Aktien haben hingegen für die Zuwahl Dr. Grossniggs und 2.105.645 Stück Aktien für die Zuwahl Herrn Mag. Straubingers gestimmt, sodass beide Anträge einstimmig angenommen worden seien.

### **2.1.3 Rechtliches Vorbringen**

Die dargestellte Verschmelzung der S&T alt auf S&T AG führe nach Ansicht der Antragstellerinnen zu **keinem Kontrollwechsel**. Denn Quanmax T und Quanmax M hätten bereits vor der Verschmelzung mit rund 45% eine kontrollierende Beteiligung gehalten, welche mit rund 31,1% auch noch nach der Verschmelzung vorliege. Addierte man die Stimmen der grosso, würde man nach der Verschmelzung auf ein Stimmgewicht von 47% kommen, was lediglich marginal über dem Stimmgewicht der Quanmax T und Quanmax M vor der Verschmelzung liege. Die Aktionäre der S&T AG sehen sich daher keinem neuen kontrollierenden Aktionär gegenüber.

Es sei verständlich, dass grosso als nicht unwesentlicher Aktionär mit rund 17% der Stimmrechte der S&T AG Interesse an einer Vertretung im Aufsichtsrat habe. Die Zuwahl Herrn Dr. Grossniggs und Herrn Mag. Straubingers sei überdies auch durch ihre fachliche Qualifikation sachlich gerechtfertigt. Quanmax T und Quanmax M haben in der Vergangenheit aufgrund der üblichen Präsenz in den Hauptversammlungen jeden Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit fassen können, was auch von grosso nicht verhindert werden könnte.

Die Antragstellerinnen halten fest, dass grosso bei der aoHV mangels Aktionärsstellung vor der Verschmelzung nicht stimmberechtigt gewesen sei. Zudem sei durch die Enthaltungen kein anderes Abstimmungsergebnis erzielt worden. Denn hätte Herr RA A anstatt sich zu enthalten die Hauptversammlung verlassen, wäre dennoch ein einstimmiges Abstimmungsergebnis erzielt worden. Jeder Aktionär habe eine unabhängige Entscheidung bezüglich seiner Stimmrechtsausübung, insbesondere bezüglich seiner Stimmrechtsweisungen getroffen. Eine Absprache iSd ÜbG habe daher nicht stattgefunden.

Weiters bestehe die Angebotspflicht auch dann, wenn eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird und diese **gemeinsam vorgehenden Rechtsträger** eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft – hier: S&T AG – erlangen. Gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG seien „*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*“. Die gleichförmige Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung könne Indiz für das Vorliegen einer Absprache sein. Ebenso könne bei einem entsprechenden Mehrheitsverhältnis in der Hauptversammlung, vorausgesetzt ein nicht vollkommen gleichartiges Stimmverhalten, wie etwa eine gezielte Stimmenthaltung eines an der Absprache beteiligten Rechtsträgers, eine Koordination der Stimmrechte indizieren. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn durch das gezielte Divergieren der Stimmrechte das beabsichtigte Beschlussergebnis genauso herbeigeführt werden kann (vgl. *Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz § 1 Rz 64*).

Quanmax T und Quanmax M einerseits und grosso andererseits seien auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht als gemeinsam [vorgehende] Rechtsträger zu qualifizieren. Denn eine kontrollierende Beteiligung der Quanmax T und Quanmax M sei bereits vor der Verschmelzung vorgelegen, sodass **keine kontrollierende Beteiligung mehr erlangt werden könne**. Ein übernahmerechtlich relevanter Tatbestand sei daher nicht gesetzt worden. Zwischen diesen Gesellschaftern habe es weder vor noch nach der aoHV Absprachen über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern gegeben. Zudem sei die **gesetzliche Vermutung** des gemeinsamen Vorgehens widerlegt, wenn die (unterstellte) Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern im konkreten Fall nicht auf die Kontrollvereinbarung oder -ausrichtung gerichtet ist.

Diese **Widerlegung** sei dann anzunehmen, 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. Dasselbe gelte, wenn mit der bloß fremdnützigen Unterstützung eines Rechtsträgers bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht darüber hinausgehende Unterstützung bei der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den anderen Rechtsträger beabsichtigt werde oder einhergehe und auch insgesamt keine Möglichkeit zur Beherrschung eingeräumt werden solle; dies sei gegenständlich der Fall. Grosso sei dadurch lediglich eine entsprechende Vertretung im Aufsichtsrat verschafft worden. Hingegen sei eine gemeinsame Kontrollausübung über S&T AG von einer allenfalls vorliegenden Absprache jedenfalls nicht umfasst.

Als mögliche Maßnahme des Rückgängigmachens der Kontrolle erklären die Antragstellerinnen, dass Herr Mag. Straubinger bereit sei, aus dem Aufsichtsrat der S&T AG auszuschcheiden. Für den Fall, dass dieser Rücktritt aus Sicht der ÜbK als kontrollvermeidende Maßnahme nicht ausreichend sei, bieten

die Antragstellerinnen an, sich in einem in der Satzung verankerten Höchststimmrecht für die Dauer von fünf Jahren an der S&T AG in Höhe von 30% der ständig stimmberechtigten Aktien zu unterwerfen.

#### **2.1.4 Antrag der Antragstellerinnen**

Die Antragstellerinnen stellten in ihrem Schriftsatz vom 25. Jänner 2013 den Antrag, „*die Übernahmekommission möge feststellen, ob für sie die Angebotspflicht besteht (§ 26b Abs 1 ÜbG)*“.

#### **2.2 Vorbringen der C-AG vom 29. März 2013 und von Herrn B vom 2. April 2013**

Die beiden Vorbringen der C-AG vom 29. März 2013 und von Herrn B vom 2. April 2013 sind *de facto* wortgleich: In diesen Vorbringen wird ausgeführt, dass zwischen Quanmax T und Quanmax M einerseits und grosso andererseits ein gemeinsames Vorgehen gemäß § 1 Z 6 ÜbG bestehe. Dies ergebe sich aus der Vorgeschichte zur Sanierung der S&T alt. Demnach sei offensichtlich, dass der Plan einer Verschmelzung der S&T alt auf S&T AG (ex Quanmax AG) bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung an S&T alt durch S&T AG (ex Quanmax AG) und grosso und insoweit eine Absprache über die Ausübung von Stimmrechten bestand.

Daher werde beantragt, dass die ÜbK die Verpflichtung der grosso, Quanmax T, Quanmax M sowie weiterer noch zu eruierender Rechtsträger zur Abgabe eines Pflichtangebots feststellt.

#### **2.3 Vorbringen von Herrn B vom 5. April 2013**

Das Vorbringen von Herrn B vom 5. April 2013 befasste sich im Wesentlichen damit, dass die Aussage der Vertreterin der grosso in der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2013 kritisch zu hinterfragen sei, dass grosso im Begriff sei, sich von ihren Anteilen an der S&T AG zu trennen und daher ein gemeinsames Vorgehen mit Quanmax T und Quanmax M nicht (mehr) gegeben sei.

Dabei bestehen laut Herrn B erhebliche Zweifel, ob die von grosso an Austro Holding GmbH veräußerten 450.000 Stück Aktien den Einflussbereich Herrn Dr. Grossniggs überhaupt verlassen haben, zumal ausweislich der Website der Austro Holding GmbH Dr. Grossnigg Vorsitzender der Geschäftsführung sei. Die Directors's Dealings Meldung vom 25. März 2013 suggeriere, dass Austro Holding GmbH die Aktienposition als langfristiger Investor übernommen habe, was in diametralem Gegensatz zur ansonsten stets betonten kurzfristig geplanten Veräußerung stehe.

Zudem bestärke die Voraussage eines „zukünftigen Erfolges“ auch die Vermutung des Fortbestehens des „gemeinsamen Vorgehens“. Denn diese – völlig ohne sachliche Notwendigkeit – eingefügte verbale Begründung der Insidertransaktion könne nicht anders interpretiert werden als dass zwischen grosso und Herrn DI Niederhauser sowie Quanmax T ua Einvernehmen auch hinsichtlich der als erfolgsversprechend erachteten Geschäftsstrategie besteht.

Im Ergebnis liegen nach wie vor für den außenstehenden S&T-Aktionär keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das in der Wahl des Aufsichtsrats dokumentierte gemeinsame Vorgehen aufgelöst worden sei.

#### **2.4 Vorbringen der Quanmax M und Quanmax T vom 8. April 2013**

Quanmax M und Quanmax T brachten in ihrem Schriftsatz vom 8. April 2013 vor, dass Quanmax M im Jahr 2008 rund 61,33% der Anteile an S&T AG (damals GERICOM AG) erworben und danach ein Pflichtangebot gemäß § 35 Abs 2 WpÜG an die Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft gerichtet habe. Nach Abwicklung des Pflichtangebots habe man rund 70,3% der Aktien der Zielgesellschaft gehalten.

Die Gruppe Quanmax M – Quanmax T habe ihre Beteiligung auf 12.460.877 Stück Aktien der Zielgesellschaft erhöht. Dies habe 2009 einer Beteiligung von 86,74% entsprochen; bis zur Verschmelzung Ende 2012 sei dieser Anteil auf 45,74% verwässert worden. Nach der Verschmelzung habe man einen Anteil von 30,67% gehalten. Somit sei eine stetige Verwässerung gegeben gewesen, wobei die 30%-Schwelle zu keinem Zeitpunkt unterschritten worden sei.

Mit grosso habe man kein Syndikat gebildet, sodass man nicht als ein mit grosso gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren sei.

Selbst wenn man die Bildung eines derartigen Syndikats unterstellte, scheide § 22a Z 1 ÜbG bereits definitionsgemäß aus, da keine kontrollierende Beteiligung an S&T AG erlangt wurde; diese habe nämlich bereits bei der Gruppe Quanmax M und Quanmax T bestanden.

Zudem könne die Gruppe Quanmax M – Quanmax T jederzeit die Einberufung einer Hauptversammlung verlangen und eine Zuwahl in den Aufsichtsrat vornehmen, sodass der Aufsichtsrat durch diese Gruppe jedenfalls dominiert werde. Herr DI Niederhauser und Herr Dr. Rudolf Wiczorek seien dieser Gruppe zuzurechnen. Darüber hinaus kenne der *Chairman* der Quanmax T, Herr Steve Chen, weder die grosso, noch Herrn Dr. Grossnigg persönlich.

Das *Board* der Quanmax T habe am 26. Oktober 2012 einen Beschluss gefasst, die Verschmelzung sowie die Bestellung zweier Aufsichtsratsmitglieder zu unterstützen. Dennoch habe man sich auf Empfehlung der ausgewiesenen Rechtsvertreter – XY-GmbH – beim Tagesordnungspunkt „Wahlen in den Aufsichtsrat“ der Stimme enthalten.

Als mögliche Maßnahme zur Rückführung der Kontrolle gemäß § 26b Abs 3 ÜbG würde sich Quanmax T – Quanmax M bereit erklären, einer Reduktion ihrer Stimmrechte auf 18% zuzustimmen. Ein Verkauf der Beteiligung würde hingegen zum Schaden der übrigen Anteilsinhaber sowie der S&T AG nicht in Frage kommen.

Schließlich prüfe die Quanmax T – Quanmax M derzeit, ob ein Pflichtangebot oder dessen Durchsetzung nach taiwanesischem Recht möglich sei.

## **2.5 Vorbringen der Zielgesellschaft S&T AG vom 8. April 2013**

Die Zielgesellschaft S&T AG mandatierte die XY-GmbH für das entscheidungsgegenständliche Verfahren vor der ÜbK und brachte in ihrem Schriftsatz vom 8. April 2013 Folgendes vor:

Der Vorstandsvorsitzende der S&T AG, Herr DI Niederhauser, habe sich im Vorfeld der aoHV vom 6. November 2012 dafür eingesetzt, bekannte Aktionäre von der Sinnhaftigkeit der Verschmelzung zu überzeugen. Auf die wünschenswerte Organbesetzung sei bereits im Verschmelzungsbericht eingegangen worden, was auch von Herrn DI Niederhauser anlässlich der Hauptversammlung aufgrund entsprechender Fragen von Aktionären – gegebenenfalls juristisch und sprachlich nicht korrekt – kundgetan worden sei.

Hinsichtlich der Wahlen in den Aufsichtsrat wird ausgeführt, dass der bisherige Finanzexperte im Aufsichtsrat aus beruflichen Gründen aus dem Aufsichtsrat der Zielgesellschaft ausgeschieden sei, sodass der aus Governance-Gründen vorgesehene Finanzexperte fehlte. Aus diesem Grund sei Herr Dr. Grossnigg von Herrn DI Niederhauser angesprochen worden, ob er dem Aufsichtsrat der S&T AG als Finanzexperte zur Verfügung stünde. Das gewählte Ersatzmitglied, Herr DI Wieshofer, sei aufgrund seines IT-Hintergrundes als Finanzexperte nicht geeignet gewesen. Ziel sei es gewesen, einen Aufsichtsrat mit vier Mitgliedern zu haben, um die Handlungsfähigkeit des Organs jederzeit zu gewährleisten. Daher sei auch Herr Mag. Werner Straubinger angesprochen worden. Der diesbezügliche Beschlussvorschlag sei von den Organen der Zielgesellschaft beantragt worden.

S&T AG habe den Aktionären einen Vertreter zur Stimmabgabe angeboten. Interessierte Aktionäre haben die Zielgesellschaft – meist Herrn Valentin Trummer (Investor Relations) – kontaktiert. Diese seien an Herrn RA A verwiesen worden, welcher auch die Hauptversammlung vorbereitet habe. Mitarbeiter der Zielgesellschaft haben auch (nicht immer) die Aktionäre über das Schreiben der Übernahmekommission vom 17. Oktober 2012 informiert, woraus sich teilweise Stimmenthaltungen ergeben haben.

Die Kanzlei XY-GmbH habe aufgrund des Schreibens der Übernahmekommission vom 17. Oktober 2012 darauf hingewiesen und empfohlen, die vorgeschlagenen Mitglieder des Aufsichtsrats keinesfalls mit den Stimmen der Quanmax M und der Quanmax T zu wählen, sondern sich der Stimme zu enthalten. Dies sei auch umgesetzt worden. Die Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats sei einstimmig erfolgt.

Zudem bringt S&T AG vor, dass sie über Quanmax T Waren aus Asien im Wert von rund USD [...] pro Jahr erwirbt, welche durch Kreditlinien der Quanmax T finanziert werden. Ein Pflichtangebot der

Quanmax T würde daher deren Insolvenz bedeuten und letztlich auch die Insolvenz der Einschreiterin, weil trotz Profitabilität nicht genügend Reserven vorhanden sind, um den Ausfall der Finanzierung der Quanmax T zu überstehen.

Schließlich erklärt die Zielgesellschaft, von einem Aktionär darauf aufmerksam gemacht worden zu sein, dass die erforderliche Unabhängigkeitserklärung von Herrn Mag. Werner Straubinger (§ 87 Abs 2 AktG) nicht in der gehörigen Form gemäß § 87 Abs 6 AktG kundgemacht worden sei, da sie ohne Unterschrift veröffentlicht wurde. Mag. Werner Straubinger hätte daher nicht in die Abstimmung miteinbezogen werden dürfen. Die Zielgesellschaft werde daher dem Aufsichtsrat empfehlen, gefasste Beschlüsse aufzuheben und unter neuerlicher Beratung über die einzelnen Tagesordnungspunkte Beschluss zu fassen.

Diesem Vorbringen wurden die Prüfberichte des Aufsichtsrats der S&T AG (ex Quanmax AG) und des Aufsichtsrats der S&T alt beigelegt.

## **2.6 Vorbringen der grosso vom 8. April 2013**

Grosso brachte mittels Schriftsatzes vom 8. April 2013 Folgendes vor:

Grosso habe am 11. Oktober 2012 insgesamt 1.150.794 Stück Aktien an S&T alt veräußert. 432.551 Stück seien durch Kunden der Semper Constantia Privatbank AG, 567.449 Stück durch die Austro Holding GmbH („Austro Holding“) und 150.794 Stück durch Herrn DI Hannes Niederhauser erworben worden. Austro Holding sei kein mit grosso verbundenes Unternehmen, da grosso mit lediglich 20% an Austro Holding beteiligt sei. Insbesondere habe Herr Dr. Grossnigg keine Organfunktion bei Austro Holding. Lediglich Frau Mag. Gelbmann habe sowohl bei grosso, als auch bei Austro Holding eine Organfunktion, wobei sie sich bei der Entscheidung über den Erwerb der Aktien von grosso der Stimme enthalten habe.

Grosso habe den Verlust der Sperrminorität nach der Verschmelzung bewusst in Kauf genommen, da sie von den wirtschaftlichen Synergieeffekten profitieren wollte, nicht aber an Kontrolle interessiert gewesen sei.

Aus rechtlicher Sicht bringt grosso vor, dass es sich bei ihr und Quanmax M – Quanmax T nicht um eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG handle. Insbesondere sei kein Syndikat zur Koordinierung der Stimmrechte gebildet worden; grosso habe daher keine Absicht und auch kein Interesse, eine Kontrolle an S&T AG zu erlangen.

Selbst wenn man die Bildung eines derartigen Syndikats unterstellte, scheide § 22a Z 1 ÜbG bereits definitionsgemäß aus, da keine kontrollierende Beteiligung an S&T AG erlangt wurde; diese habe nämlich bereits bei der Gruppe Quanmax M – Quanmax T bestanden. Weiters sei eine Gruppenbil-

dung aus dem (unterstellten) gemeinsamen Vorgehen der S&T AG (ex Quanmax AG) und grosso nicht ableitbar, zumal dabei völlig andere Rechtsträger betroffen seien.

Als mögliche Maßnahme zur Rückführung der Kontrolle gemäß § 26b Abs 3 ÜbG würde sich grosso bereit erklären, einer Reduktion ihrer Stimmrechte auf 10% zuzustimmen. Weiters sei Herr Mag. Werner Straubinger als Mitglied des Aufsichtsrats bereits zurückgetreten. In Bezug auf Mag. Straubinger erklärten grosso, grosso II GmbH (FN 331543p), Herr Dr. Friedrich Eitler sowie Herr Mag. Straubinger mit Schreiben vom 8. April 2013, dass sich Mag. Straubinger als Geschäftsführer der AVE Beteiligungs GmbH ausbedungen habe, weisungsfrei zu agieren, sodass er als ein von grosso bzw Dr. Grossnigg unabhängiges Aufsichtsratsmitglied zu qualifizieren sei.

## **2.7 Vorbringen der Quanmax M und Quanmax T vom 26. April 2013**

### **2.7.1 Argumentation**

§ 26b Abs 3 ÜbG sehe eine **Privilegierung** vor, dass die Antragstellerinnen die Anzeige des Pflichtangebots vermeiden können, wenn die Beteiligung unter das Ausmaß der Kontrollschwelle reduziert oder das Erlangen der Kontrolle auf sonstige Weise rückgängig gemacht wird. Der Antrag gemäß § 26b ÜbG sei unverzüglich gestellt worden. Darüber hinaus haben die Antragstellerinnen ihre Stimmrechte mangels einer Hauptversammlung der S&T AG seit 7. November 2012 nicht ausgeübt. Zudem sei auch die (etwaige) Kontrolle nicht auf sonstige Weise in Aufsichtsratssitzungen ausgeübt worden. Die Beschlussfassungen im Aufsichtsrat seien nicht auf Kontrollausübung gerichtet, sondern vielmehr allein Folgen der Umsetzung der Verschmelzung gewesen (Vorstandsbestellung Dr. Sturz und MMag. Neuwirth, Genehmigung des Budgets etc.); beide seien langgediente Führungskräfte der S&T alt. Aus den genannten Gründen liegen beide Voraussetzungen für das Nichteinsetzen der Sanktionen einer Angebotspflichtverletzung vor.

Quanmax M und Quanmax T bringen nochmals vor, dass sich durch die Verschmelzung **keine Änderungen der Kontrollverhältnisse der Zielgesellschaft** ergeben haben, weil

- Quanmax M und Quanmax T alleine mit ihren Stimmrechten nach wie vor eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft halten und die Hauptversammlungen dominieren; grosso halte hingegen eine Beteiligung unter der Sperrminorität;
- grosso den Aufsichtsrat nicht kontrolliert habe; das gelte umso mehr, als Mag. Straubinger als Mitglied des Aufsichtsrats zurückgetreten ist und grosso daher lediglich über einen Sitz im Aufsichtsrat verfügt;
- Absprachen im Zuge der Wahlen in den Aufsichtsrat keinesfalls auf Kontrollerlangung gerichtet waren;
- Quanmax M und Quanmax T sowohl die S&T AG (ex Quanmax AG) als auch die S&T alt kontrolliert haben.

Quanmax M, Quanmax T und grosso seien nicht als **gemeinsam vorgehende Rechtsträger** zu qualifizieren. grosso habe in der aoHV vom 6. November 2012 mangels Aktionärsstellung keine Stimmrechte gehabt; zudem können weder DI Niederhauser noch Dr. Wieczorek die Entscheidung des Board der Quanmax M und der Quanmax T kontrollieren. Die dort gefällten Entscheidungen seien unabhängig getroffen worden, was sich eindeutig aus den Aussagen von DI Niederhauser und Dr. Wieczorek und den vorgelegten Urkunden über die Boardbesetzung der Quanmax M und Quanmax T ergebe.

Vor der Verschmelzung der S&T alt auf S&T AG haben Quanmax M und Quanmax T als kontrollierende Aktionäre der S&T AG (ex Quanmax AG) und entsprechender Besetzung des Aufsichtsrats die S&T alt gemeinsam mit grosso kontrolliert. Bei einer **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** seien die wirtschaftlichen Ergebnisse der S&T AG (gemessen am Konzernumsatz) durch Vollkonsolidierung der S&T alt zu über 60% von letzterer bestimmt worden. Aus diesem Grund habe die Verschmelzung nicht zu einem Wechsel der Kontrolle geführt, da lediglich die bisherigen Strukturen zusammengeführt worden seien. S&T AG (ex Quanmax AG) sei daher bereits vor der Verschmelzung durch die Vollkonsolidierung der S&T alt überwiegend durch das (unterstellte) Syndikat der Antragstellerinnen kontrolliert worden. Eine Syndikatsbildung oder -veränderung nach der Verschmelzung habe hingegen nicht stattgefunden. Diese Sicht der Dinge solle dadurch bekräftigt werden, dass bei Durchführung einer *down stream* Verschmelzung anstelle der gewählten *up stream* Verschmelzung S&T AG (ex Quanmax AG) als Aktionärin der S&T alt weggefallen wäre. Quanmax M und Quanmax T wären daraufhin Aktionäre der S&T alt geworden; durch die bereits bestehende Vollkonsolidierung hätte sich bei S&T alt an der kontrollierenden Gruppe nichts geändert. Das *up stream* Modell sei aus strategischen Gründen gewählt worden.

Für den Fall, dass man eine Syndikatsbildung iSv § 22a Z 1 ÜbG unterstelle, liege nach Ansicht der Quanmax M und Quanmax T ein **Subordinationssyndikat** vor. Gemäß § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG sei dann kein Pflichtangebot zu stellen, wenn die Willensbildung nach dem Abschluss des Syndikatsvertrags von keinem anderen Rechtsträger beherrscht wird als vor dem Abschluss. Es stehe in der alleinigen Disposition der Quanmax M und Quanmax T, die grosso zu überstimmen und die Willensbildung der S&T AG zu dominieren, da diese beiden Aktionäre Beschlüsse gegen den Willen der grosso durchsetzen können und grosso insbesondere auch nicht über eine Sperrminorität oder ein Vetorecht verfüge. Somit kontrollieren Quanmax M und Quanmax T weiterhin S&T AG, sodass sich die Kontrollverhältnisse nicht geändert haben. Zwar beziehe sich die Ausnahme gemäß § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG nur auf den Abschluss eines Syndikatsvertrags; allerdings müsse diese Ausnahme umso mehr gelten, wenn sonstiges (bloß unterstelltes) abgestimmtes Verhalten vorliege. Die vorliegende Verschmelzung habe daher weder zur Begründung eines neuen Syndikats, noch zu einem Kontrollwechsel für die Aktionäre der S&T AG (ex Quanmax AG) geführt.

[...]

Zudem habe der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft in der Besetzung nach der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T AG (ex Quanmax AG) und nach dem Rücktritt von Herrn Mag. Straubinger keine kontrollrelevanten Maßnahmen gesetzt.

Für den Fall, dass die ÜbK zu dem Ergebnis komme, dass Quanmax M, Quanmax T und grosso ein Pflichtangebot stellen müssen, können durch Rückführung der Beteiligung unter die Kontrollschwelle oder durch das Rückgängigmachen der kontrollierenden Beteiligung auf sonstige Weise ein Pflichtangebot vermieden werden. In der Folge führen Quanmax M und Quanmax T eine Reihe möglicher Maßnahmen an, um die **Angebotspflicht gemäß § 26b Abs 3 ÜbG abzuwenden**:

In Bezug auf die **Zusammensetzung des Aufsichtsrats** habe sich Herr Dr. Grossnigg bereit erklärt, den Vorsitz des Aufsichtsrats zurückzulegen und – soweit erforderlich – auch gänzlich aus dem Aufsichtsrat auszuscheiden. Weiters erklären sich Quanmax M und Quanmax T bereit, die Zuwahl von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern zu unterstützen, sodass die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder unabhängig ist.

Zudem erklärten sich die Quanmax M und Quanmax T bereit, für die Dauer des Bestehens einer allfälligen kontrollierenden Beteiligung, längstens aber für einen Zeitraum von 36 Monaten **keine weiteren Stimmrechte** an S&T AG **hinzuzuerwerben**. Dies solle nicht für einen allfälligen Erwerb im Zuge eines öffentlichen Übernahmeangebots, im Zuge etwaiger Umgründungsmaßnahmen oder im Zuge von Kapitalmaßnahmen gelten, soweit die Zeichnung nicht auf einen Ausbau des Stimmenanteils abzielt.

Weiters erklären sich Quanmax M und Quanmax T bereit, die Aufnahme eines **Höchststimmrechts** iHv 30% der Stimmrechte in die Satzung der Zielgesellschaft zu unterstützen und dafür Sorge tragen, dass dieses Höchststimmrecht für eine Dauer von fünf Jahren nicht abgeschafft wird. Damit sei sichergestellt, dass allenfalls gemeinsam vorgehende Rechtsträger insgesamt nicht mehr als 30% der Stimmrechte ausüben können.

Schließlich komme die **Reduktion der Beteiligung** in Frage: Dabei gelte es zu bedenken, dass die bloße Veröffentlichung eines Zwangsverkaufs eines Pakets von insgesamt knapp 20% zu einem nachhaltigen und drastischen Kurseinbruch der Aktie der Zielgesellschaft führen wird. Dadurch werde ein permanenter Verkaufsdruck auf dieser Aktie bestehen. Dieses Problem lasse sich durch einen längstmöglichen Zeitraum zwar etwas reduzieren; ein schwerer Schaden für Groß- und Kleinaktionäre sei dadurch allerdings nicht abzuwenden, was insbesondere dem gemäß § 3 ÜbG intendierten Schutz der Minderheitsaktionärsinteressen zuwiderläuft. Sofern die ÜbK mit den oben genannten Auflagen nicht das Auslangen finde, seien die Antragstellerinnen bereit, die Anteile der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger, die die Kontrollschwelle von 30% übersteigen, an einen Treuhänder zu

übertragen, welcher in der Folge die Aufgabe habe, die Aktien an einen Dritten – bevorzugt an einen von der S&T AG namhaft zu machenden strategischen Investor – zu veräußern. Als Zeitraum für die Veräußerung sei ein Zeitraum von 36 Monaten angemessen; ein kürzerer Zeitraum könne existenzbedrohende Schäden für die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger sowie die Streubesitzaktionäre mit sich bringen. Dieser Treuhänder dürfe das Stimmrecht aus den Aktien nach eigenem Ermessen ausüben.

### **2.7.2 Antrag**

Quanmax M und Quanmax T stellen den Antrag, die ÜbK möge feststellen, dass die Einhaltung von folgenden Auflagen geeignet und ausreichend ist, um das Erlangen der kontrollierenden Beteiligung an der S&T AG auf sonstige Weise gemäß § 26b Abs 3 ÜbG rückgängig zu machen:

*Auflage 1: Herr Dr. Erhard F. Grossnigg tritt als Vorsitzender des Aufsichtsrates der S&T AG zurück und es werden zwei unabhängige Mitglieder in den Aufsichtsrat der S&T AG gewählt, wobei die Antragsteller und die grosso holding Gesellschaft mbH solche Maßnahmen unterstützen, entsprechende Beschlussvorschläge erstaten und ihr Stimmrecht entsprechend ausüben, sodass die Mehrheit im Aufsichtsrat der S&T AG unabhängig ist.*

*in eventu*

*Auflage 2: Herr Dr. Erhard F. Grossnigg tritt als Mitglied des Aufsichtsrates der S&T AG zurück und es wird ein unabhängiges Mitglied in den Aufsichtsrats der S&T AG gewählt, wobei die Antragsteller und die grosso holding Gesellschaft mbH solche Maßnahmen unterstützen, entsprechende Beschlussvorschläge erstaten und ihr Stimmrecht entsprechend ausüben, sodass die Mehrheit im Aufsichtsrat der S&T AG unabhängig ist.*

*in eventu oder zusätzlich zu Auflage 1 oder 2*

*Auflage 3: Den Antragstellern und der grosso holding Gesellschaft mbH ist es untersagt, auf die Dauer des Bestehens einer allfälligen kontrollierenden Beteiligung, längstens aber für einen Zeitraum von 36 Monaten, [...] weitere Stimmrechte an der S&T AG hinzuzuerwerben, mit Ausnahme des allfälligen Erwerbs im Zuge eines öffentlichen Übernahmeangebotes, im Zuge von etwaigen Umgründungsmaßnahmen oder im Zuge von Kapitalmaßnahmen soweit die Zeichnung nicht auf einen Ausbau des Stimmenanteils abzielt.*

*in eventu oder zusätzlich zu Auflage 1, 2 oder 3*

*Auflage 4: Die Antragsteller und die grosso holding Gesellschaft mbH beschränken satzungsmäßig ihre Stimmrechte auf höchstens 30 von Hundert auf die Dauer des gemeinsamen Vorgehens, wobei sich die Antragsteller verpflichten, einen entsprechenden Beschlussvorschlag zu erstaten und ihr Stimmrecht in der Hauptversammlung der S&T AG entsprechend auszuüben und nach Maßgabe ihrer*

*Beteiligung dafür Sorge zu tragen, dass das Höchststimmrecht innerhalb der nächsten fünf Jahre nicht abgeschafft wird.*

*in eventu oder zusätzlich zu Auflage 1, 2, 3 oder 4*

Auflage 5: *Die Antragsteller und die grosso holding Gesellschaft mbH sind verpflichtet, insgesamt eine solche Anzahl an Aktien der S&T AG an einen unabhängigen, von ihnen nach Abstimmung mit der Übernahmekommission zu bestimmenden Treuhänder zu übertragen, dass die Gesamtzahl der von den gemeinsam vorgehenden Rechtsträger[n] gehaltenen Stimmrechte nicht mehr als 30% der Stimmrechte aus Aktien der S&T AG beträgt. An den Treuhänder ist der Auftrag zu erteilen, die Aktien für die Dauer und im Ausmaß des Überschreitens der Kontrollschwelle treuhändig zu verwahren, das Stimmrecht in Hauptversammlungen der S&T AG nach eigenem Ermessen, unabhängig von den Antragstellern und der grosso holding Gesellschaft mbH und ausgerichtet am Wohl der S&T AG auszuüben und die Aktien binnen einer Frist von 36 Monaten interessenwährend und zur Vermeidung von Marktverzerrungen möglichst au[ss]erbörslich an einen oder mehrere unabhängige Investoren zu veräußern.*

## **2.8 Vorbringen der grosso vom 26. April 2013**

### **2.8.1 Argumentation**

Der Schriftsatz der grosso vom 26. April 2013 entsprach im Wesentlichen dem Vorbringen der Quanmax M und Quanmax T (siehe oben 2.7). Auf eine Wiederholung der Ausführungen im Detail wird hier daher verzichtet.

So brachte auch grosso Argumente für das Fehlen eines Kontrollwechsels, *eventualiter* das Vorliegen einer Ausnahme gemäß § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG, Argumente zur Unverzögerlichkeit der Antragstellung sowie der fehlenden Ausübung der Stimmrechte, zur Unfinanzierbarkeit eines Übernahmeangebots und zu den Maßnahmen gemäß § 26b Abs 3 ÜbG vor.

### **2.8.2 Antrag**

grosso stellt den Antrag, die ÜbK möge feststellen, dass die Einhaltung von folgenden Auflagen geeignet und ausreichend ist, um das Erlangen der kontrollierenden Beteiligung an der S&T AG auf sonstige Weise gemäß § 26b Abs 3 ÜbG rückgängig zu machen:

Auflage 1: *Die Quanmax T, die Quanmax M und die grosso sind verpflichtet, solche Maßnahmen zu unterstützen und das Stimmrecht entsprechend auszuüben, dass sichergestellt ist, dass die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrates der S&T AG unabhängig ist.*

*Die Quanmax T, die Quanmax M und die grosso haben darauf hinzuwirken, dass der Übernahme-kommission alle zur Wahl in den Aufsichtsrat nominierten Personen durch den Vorstand der S&T AG jeweils vor der Hauptversammlung bekannt gegeben werden.*

*Weiters haben die Quanmax T, die Quanmax M und die grosso vor der jeweiligen Hauptversammlung gegenüber der Übernahmekommission glaubhaft zu machen, dass kein Naheverhältnis der Kandidatin/des Kandidaten zur Quanmax T, der Quanmax M und/oder der grosso besteht.*

*in eventu oder zusätzlich zu Auflage 1*

*Auflage 2: Der Quanmax T, der Quanmax Malayisa und der grosso ist es für einen Zeitraum von drei Jahren untersagt, weitere Aktien der S&T AG hinzuerwerben, mit Ausnahme des Erwerbs im Zuge eines öffentlichen Übernahmeangebots oder des Hinzuerwerbs im Zuge von Umgründungsmaßnahmen oder im Zuge von Kapitalmaßnahmen, soweit die Zeichnung nicht auf einen Ausbau des Stimmenanteils abzielt.*

*in eventu oder zusätzlich zu Auflage 1 und Auflage 2*

*Auflage 3: Die Quanmax T, die Quanmax M und die grosso sind verpflichtet, die Verankerung eines Höchststimmrechts in Höhe von 30% der Stimmrechte aus ständig stimmberechtigten Aktien, welches auch im Sinne des ÜbG gemeinsam vorgehende Rechtsträger erfasst, in der Satzung der S&T AG zu unterstützen, insbesondere das Stimmrecht in der Hauptversammlung entsprechend auszuüben, und nach Maßgabe ihrer Beteiligung an der S&T AG dafür Sorge zu tragen, dass das Höchststimmrecht innerhalb der nächsten fünf Jahre nicht abgeschafft wird.*

*in eventu*

*Auflage 4: Die Quanmax T, die Quanmax M und die grosso sind verpflichtet, insgesamt eine solche Anzahl an Aktien der S&T AG an einen unabhängigen, von ihnen nach Abstimmung mit der Übernahmekommission zu bestimmenden Treuhänder zu übertragen, dass die Gesamtzahl der von den gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern gehaltenen Stimmrechte nicht mehr als 30% der Stimmrechte aus Aktien der S&T AG beträgt. An den Treuhänder ist der Auftrag zu erteilen, die Aktien für die Dauer und im Ausmaß des Überschreitens der Kontrollschwelle treuhändig zu verwahren, das Stimmrecht in der Hauptversammlung der S&T AG nach eigenem Ermessen, unabhängig von der Quanmax T, der Quanmax M und der grosso und ausgerichtet am Wohl des Unternehmens der S&T AG auszuüben und die Aktien binnen einer Frist von drei Jahren interessewährend und zur Vermeidung von Marktverzerrungen möglichst außerbörslich an einen oder mehrere unabhängige Investoren zu veräußern.*

## **2.9 Vorbringen der Zielgesellschaft S&T AG vom 26. April 2013**

Die Zielgesellschaft S&T AG brachte mittels Schriftsatz vom 26. April 2013 vor, dass die Feststellung der Angebotspflicht durch die ÜbK zu wirtschaftlichen Nachteilen für sie selbst und für die Aktionäre derselben führe.

Das für den Fall eines Kontrollwechsels zu stellende Pflichtangebot erstreckte sich auf rund 14,14 Millionen Aktien. [...]. Der zu finanzierende Gesamtbetrag betrage rund EUR [...] Millionen und könne von den Antragstellerinnen nicht aufgebracht werden. [...]

Weiters drohten auch wirtschaftliche Nachteile bei einem kurzfristigen Abverkauf von rund 18% der Aktien an der Zielgesellschaft, was dem Handelsvolumen eines ganzen Kalenderjahres entspreche. Für die Zielgesellschaft sei es denkbar, im Falle der Festlegung von Auflagen gemäß § 26 Abs 3 ÜbG, dass für den Abverkauf von Beteiligungspapieren der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger bis unter die Kontrollschwelle binnen drei Jahren Investoren gefunden werden können, die das Aktienpaket außerbörslich erwerben, ohne entsprechende Schäden am Kurs der Aktie zu verursachen.

## **2.10 Mündliche Verhandlung am 3. April 2013 bzw 9. April 2013**

Zur Wahrung des Parteiengehörs wurde am 3. April 2013 sowie am 9. April 2013 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der die folgenden Parteien erschienen:

- Quanmax T,
- Quanmax M,
- grosso,
- S&T AG,
- Herr DI Hannes Niederhauser,
- F-GmbH,
- Herr G,
- C-AG,
- Herr B.

Zudem wurde ein Zeuge, Herr O, einvernommen.

In dieser mündlichen Verhandlung wurden die bereits vorgebrachten Argumente eingehend diskutiert. Darüber hinaus wurde Folgendes erstmals vorgebracht:

Herr B erklärte, dass er sich beim Einstieg in S&T alt der Tatsache bewusst war, dass es sich dabei um ein beherrschtes Unternehmen handle; dafür habe auch der Bescheid des Senats aus 2011 gesprochen. Aus seiner Sicht war völlig klar, dass sich der Aufsichtsrat der S&T AG nach der Verschmelzung sowohl aus Vertretern der Quanmax M – Quanmax T als auch aus Vertretern der grosso zusammen-

setzen werde und dass es hierzu entsprechende Absprachen geben werde. Insbesondere habe es keinen Hinweis gegeben, dass das gemeinsame Vorgehen mit der Verschmelzung ende.

Herr D brachte als Vertreter der C-AG seine Bedenken zum Ausdruck, die Beteiligung nachträglich wieder abzubauen und dadurch die Kontrollerlangung zu heilen. Dies sei aus seiner Sicht nicht zielführend, da die Kontrollausübung durch die Wahlen in den Aufsichtsrat bereits stattgefunden habe und daher weiterwirke. Eine Rückgängigmachung der Kontrollerlangung gehe in diesem Fall wohl am Zweck des Schutzmechanismus des Austrittsrechts nach ÜbG vorbei. Aus seiner Sicht sei die Kontrollerlangung in diesem konkreten Fall daher nicht heilbar.

### 3 Festgestellter Sachverhalt

#### 3.1 Die Antragstellerinnen

**grosso holding Gesellschaft mbH** („grosso“), eingetragen unter FN 123293p, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1015 Wien, Walfischgasse 5. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 727.000. Jeweils selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführer der grosso sind Herr Dr. Erhard Grossnigg und Frau Mag. Kerstin Gelbmann. Die Gesellschafterstruktur stellt sich wie folgt dar:

Gesellschafter	Stammeinlage	Anteil in %
Dr. Erhard Grossnigg	EUR 689.823,70	94,89%
Dr. Susanne Singer	EUR 826,30	0,11%
Mag. Kerstin Gelbmann	EUR 36.350,00	5,00%

Quelle: Auszug aus dem Firmenbuch zum Stichtag 26. Februar 2013.

grosso ist übernahmerechtlich daher Herrn Dr. Erhard Grossnigg zuzurechnen.

**Quanmax Inc.** („Quanmax T“) ist eine Gesellschaft mit dem Sitz in Taipei und der Geschäftsanschrift 5F, No. 415, Ti-Ding Blvd. Sec. 2, NeiHu District, Taipei, Taiwan 114. Das *Board* der Gesellschaft besteht aus den folgenden vier Personen: Herrn Meng-Hung (Steve) Chen (Vorsitzender), Herrn DI Hannes Niederhauser, Herrn Dr. Rudolf Wieczorek und Herrn Kevin Tseng. Das Nennkapital der Gesellschaft beträgt TW\$ 800.000.000 und ist in 80.000.000 Anteile zu je TW\$ 10 unterteilt. Davon wurden 49.920.000 Anteile bezogen. Die Aktionärsstruktur der Quanmax T stellt sich wie folgt dar:

Gesellschafter	Anzahl der Aktien	Anteil in %
Quanta Group (über vier Gesellschaften)	8.360.000	16,75%
High Pitch (B.V.I) Limited	6.987.491	14,00%
Ample Nation (B.V.I) Limited	4.830.000	9,68%
Middle Tech (B.V.I) Limited	4.719.200	9,45%
Ace Motion International (B.V.I) Limited	3.405.000	6,82%

Quelle: Eingabe der Antragstellerinnen vom 25. März 2013.

**Quanmax Malaysia Sdn. Bhd.** („Quanmax M“) ist eine malaisische Gesellschaft mit dem Sitz in Penang und der Geschäftsanschrift Lorong Perusahaan, Plot 13600 Penang, Malaysia. Das Nennkapital beträgt RM 50.000.000 und ist in 50.000.000 Anteile zu je RM 1 unterteilt; davon sind 24.000.000 Aktien bezogen worden, wobei 100% dieser Anteile von Quanmax T gehalten werden. Die *Directors* der Gesellschaft sind Herr Kuo-Kai Tseng (CEO), Herr Dr. Rudolf Wieczorek (CTO), Herr Meng-Hung Chen (CFO), Herr Tan Kean Sing (*Company Director*) und Herr Samuel Song Jin-Jui (*Company Director*).

### 3.2 Weitere involvierte Personen und Gesellschaften

**F-GmbH.** Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000 und wird zur Gänze von Herrn G gehalten, der auch allein vertretungsbefugter Geschäftsführer der F-GmbH ist. Die F-GmbH hielt zum Zeitpunkt der Hauptversammlung 500.000 Aktien an der Zielgesellschaft.

**H-GmbH.** Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 36.336,41 und wird zur Gänze von S&T AG gehalten. Allein vertretungsbefugter Geschäftsführer dieser Gesellschaft ist Herr G, welcher auch Geschäftsführer der F-GmbH ist.

Herr **DI Hannes Niederhauser**, geboren am 25. November 1962, ist Vorsitzender des Vorstandes der Zielgesellschaft sowie Mitglied des *Board* der Quanmax T. Herr DI Niederhauser hielt zum Zeitpunkt der Hauptversammlung 645.869 Aktien der Zielgesellschaft.

**I-GmbH.** Das Stammkapital der Gesellschaft iHv EUR 35.000 wird zur Gänze von der Zielgesellschaft gehalten.

J-AG. Ehemalige Vorstände waren Herr K und Herr Hannes Niederhauser; letztere sind heute beide Mitglieder des Vorstandes der Zielgesellschaft.

**grosso II GmbH** („grosso II“), eingetragen unter FN 331543p, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1015 Wien, Walfischgasse 5. Das Stammkapital von EUR 35.000 wird zur Gänze von grosso gehalten. Geschäftsführer der grosso II ist Dr. Erhard Grossnigg.

**AVE Beteiligungs GmbH** („AVE“), eingetragen unter FN 332933h, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1060 Wien, Hofmühlgasse 3-5. Das Stammkapital von EUR 100.000 wird zur Gänze von grosso II gehalten. Geschäftsführer der grosso II sind Herr Dr. Friedrich Eitler und Herr Mag. Werner Straubinger. Dazu brachte grosso am 8. April 2013 vor, dass die Geschäftsführer der AVE, Dr. Eitler und Mag. Straubinger, weisungsfrei sind, was durch eine von grosso, grosso II, Dr. Eitler und Mag. Straubinger unterzeichnete schriftliche Bestätigung vom 8. April 2013 (sic!) nachgewiesen wurde.

### 3.3 XY-GmbH

[...]

### 3.4 Zielgesellschaft: S&T AG (ex Quanmax AG)

S&T AG, eingetragen unter FN 190272m, ist eine Aktiengesellschaft mit dem Sitz in Linz und der Geschäftsanschrift 4021 Linz, Industriezeile 35. Das Grundkapital der S&T AG beträgt EUR 39.337.459 und ist in 39.337.459 Stück Aktien unterteilt. Diese werden im Prime Standard im Regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse notiert.

Der **Vorstand** der S&T AG besteht aus Herrn DI Hannes Niederhauser (Vorsitzender), Herrn Michael Jeske, Herrn Dieter Gauglitz und Herrn Dr. Peter Sturz. Der **Aufsichtsrat** der S&T AG setzt sich im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung aus drei Kapitalvertretern zusammen. Diese sind Herr Dr. Erhard Grossnigg (Vorsitzender), Herr Dr. Rudolf Wieczorek (Stellvertreter des Vorsitzenden) und Herr Univ.-Prof. DDDr. Bruno Buchberger. Herr Mag. Werner Straubinger wurde in der aoHV der S&T AG ebenfalls als Kapitalvertreter gewählt, legte sein Mandat allerdings am 23. Jänner 2013 mit Wirkung zum 20. Februar 2013 zurück. Arbeitnehmervertreter wurden nicht in den Aufsichtsrat entsandt.

Gemäß § 11 Abs 5 der Satzung der S&T AG gibt die Stimme des Aufsichtsratsvorsitzenden bei Stimmengleichheit den Ausschlag (Dirimierungsrecht). Eine Geschäftsordnung des Aufsichtsrats existiert nach Angaben der ausgewiesenen Rechtsvertretung XY-GmbH [...] nicht.

In der konstituierenden Sitzung des neu gewählten Aufsichtsrats nach der aoHV am 6. November 2012 wurde Herr Dr. Peter Sturz einstimmig zum Mitglied des Vorstands der S&T AG gewählt. Er war zuvor als Vorstandsmitglied für die S&T alt tätig. In der Aufsichtsratssitzung vom 21. März 2013 wurde zudem Herr MMag. Richard Neuwirth mit Wirkung zum 1. Juli 2013 als weiteres Vorstandsmitglied (Finanzvorstand) vom Aufsichtsrat gewählt; dies geschah im Hinblick auf das bevorstehende Ausscheiden von Herrn Dieter Gauglitz aus dem Vorstand.

Im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung der Zielgesellschaft vom 6. November 2012 wurde – neben der Verschmelzung (siehe dazu unten 3.5) – die Änderung der Firma von „Quanmax AG“ auf „S&T AG“ beschlossen und am 12. Dezember 2012 in das Firmenbuch eingetragen. Bei der ehemaligen Quanmax AG und S&T AG handelt es sich somit um ein und denselben Rechtsträger.

Am 2. Mai 2013 kündigte S&T AG an, eine Anleihe in der Höhe von EUR 15 Mio zur Refinanzierung der Gesellschaft zu emittieren. Der dafür notwendige Beschluss des Aufsichtsrats wurde ebenfalls in dessen Sitzung vom 21. März 2013 gefasst.

### **3.5 Verschmelzung der S&T alt auf Quanmax AG**

S&T System Integration & Technology Distribution AG war eine Aktiengesellschaft mit dem Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1110 Wien, Geiselbergstraße 17-19/Stiege 3 („S&T alt“). Das Grundkapital der S&T alt betrug EUR 31.059.582 und war in 15.529.791 Stückaktien unterteilt. Von diesen Aktien wurden 3.585.017 Stück im Amtlichen Handel der Wiener Börse gehandelt und im Segment Standard Market Auction notiert.

Am 10. August 2012 informierten S&T AG (ex Quanmax AG) und S&T alt die Öffentlichkeit mittels *ad hoc*-Mitteilung wie folgt:

Quanmax AG und S&T System Integration & Technology Distribution AG planen Verschmelzung

Linz, 10.08.2012. Der Vorstand der Quanmax AG beschloss mit Zustimmung des Aufsichtsrats hinsichtlich der weiteren Integration der beiden Gesellschaften die Durchführung einer Verschmelzung der S&T System Integration & Technology Distribution AG ([www.snt.at](http://www.snt.at)) in die Quanmax AG ([www.quanmax.ag](http://www.quanmax.ag)) zu planen. Zur Vorbereitung der Entscheidung beschlossen die Vorstände und Aufsichtsräte beider Gesellschaften, dass die entsprechenden Maßnahmen, vor allem die Ermittlung des Austauschverhältnisses, eingeleitet werden.

Im Rahmen dieser Verschmelzung zur Aufnahme wurde S&T alt als übertragende Gesellschaft auf S&T AG (ex Quanmax AG) als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Die für die Fassung des Verschmelzungsbeschlusses notwendigen außerordentlichen Hauptversammlungen fanden für S&T alt am 5. November 2012 und für S&T AG (ex Quanmax AG) am 6. November 2012 statt. Die Beschlüsse wurden jeweils mit der notwendigen Dreiviertel-Mehrheit gefasst. Die Durchführung der Verschmelzung wurde am 12. Dezember 2012 im Firmenbuch eingetragen.

Die Beteiligungsverhältnisse bei **S&T alt** vor Durchführung der Verschmelzung:

Aktionär	Anteil der Stimmrechte (in %)
S&T AG (ex Quanmax AG)	39,85%
grosso holding Gesellschaft mbH	32,44%
DI Hannes Niederhauser	0,97%
Streubesitz	26,74%

Quelle: Teilnehmerverzeichnis der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T alt vom 12. November 2012 bzw Eingaben der Antragstellerinnen.

Die Beteiligungsverhältnisse bei **S&T AG (ex Quanmax AG)** vor Durchführung der Verschmelzung:

Aktionär	Anteil der Stimmrechte (in %)
Quanmax Inc. (Taiwan)	4,77%
Quanmax Malaysia Sdn. Bhd. (100%ige Tochtergesellschaft der Quanmax Inc.)	40,97%
DI Hannes Niederhauser	2,57%
Streubesitz	51,69%

Quelle: Teilnehmerverzeichnis der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T AG (ex Quanmax AG) vom 6. November 2012, Beteiligungsmeldung vom 19. Dezember 2012 bzw Eingaben der Antragstellerinnen.

Die Aktionärsstruktur der **S&T AG (ex Quanmax AG)** nach Durchführung der Verschmelzung:

Aktionär	Anteil der Stimmrechte (in %)
Quanmax Inc. (Taiwan)	3,30%
Quanmax Malaysia Sdn. Bhd. (100%ige Tochtergesellschaft der Quanmax Inc.)	28,37%
grosso holding Gesellschaft mbH	16,58%

DI Hannes Niederhauser	2,27%
Streubesitz	49,46%

Quelle: Teilnehmerverzeichnis der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T AG vom 6. November 2012, Beteiligungsmeldung vom 19. Dezember 2012 bzw Eingaben der Antragstellerinnen.

Nach einer Directors' Dealings Meldung aus März 2013 veräußerte grosso 450.000 Aktien der S&T AG an die Austro Holding GmbH.

### 3.6 Ereignisse vor Verschmelzung bzw vor der außerordentlichen Hauptversammlung 2012

Am 9. August 2012 nachmittags kontaktierte die XY-GmbH die Geschäftsstelle der ÜbK telefonisch und erklärte, dass S&T alt auf S&T AG (ex Quanmax AG) verschmolzen werde. Von Seiten der Geschäftsstelle kam dabei der Hinweis, dass das Übernahmerecht auch auf Verschmelzungen und andere Umgründungsmaßnahmen grundsätzlich anwendbar sei, wobei insbesondere auf die Stellungnahme der ÜbK iS Bank Austria/HVB (GZ 2000/1/4-171) hingewiesen wurde.

Am 10. August 2012 erklärte die XY-GmbH per E-Mail, dass durch diese Verschmelzung kein Kontrollwechsel bewirkt werde.

Am 11. Oktober 2012 adressierte die XY-GmbH ein weiteres Schreiben an die Geschäftsstelle der ÜbK, in dem sie darlegte, dass die Zuwahl von Herrn Dr. Grossnigg und Herrn Mag. Straubinger in den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft aus ihrer Sicht kein gemeinsames Vorgehen darstelle, da grosso mangels Aktionärserschaft in der aoHV – vor der Verschmelzung – nicht stimmberechtigt sei.

Darauf antwortete die Geschäftsstelle der ÜbK am 17. Oktober 2012 schriftlich wie folgt (Auszug):

*„Nach der stRspr der ÜbK sind Sachverhalte stets nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen. Zwar sind die Aktionäre der S&T, insb grosso, in der kommenden Hauptversammlung nicht stimmberechtigt; dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass diese Aktionäre in absehbarer Zeit Aktionäre der Quanmax AG sein werden. Würde die Aufstockung des Aufsichtsrats um zwei der grosso zuzurechnende Personen auf insgesamt fünf Kapitalvertreter nach Eintragung der Verschmelzung vorgenommen, könnte der zweite Senat zu dem Schluss gelangen, dass eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird (§ 22a Z 1 ÜbG), was die Angebotspflicht zur Folge hätte. Wird die Aufsichtsratswahl nun in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang zur Verschmelzung durchgeführt, so könnte dies als Umgehung der übernahmerechtlich einschlägigen Vorschriften gedeutet werden.“*

Wie in § 106 Z 8 AktG vorgesehen, wurde Aktionären der Zielgesellschaft in der Einladung zur aoHV angeboten, einen Vertreter zu bestellen. Alle Aktionäre, die an einer Vertretung interessiert waren, wurden von der *Investor Relations* Abteilung der Zielgesellschaft an Herrn RA A (RA der XY-GmbH) verwiesen, der das Unternehmen berät.

Nach Angaben der Antragstellerinnen wurde jedem Aktionär, der von der Möglichkeit, sich von Herrn RA A vertreten zu lassen, Gebrauch machte, der Inhalt des Schreibens der Geschäftsstelle der ÜbK vom 17. Oktober 2012 offengelegt. Zu den Details der durchgeführten Abstimmung in der aoHV siehe unten 3.7.

### **3.7 Außerordentliche Hauptversammlung der S&T AG (ex Quanmax AG), 6. November 2012**

Die Tagesordnungspunkte der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T AG vom 6. November 2012 („aoHV“), an der ein Mitarbeiter der Geschäftsstelle der ÜbK als Beobachter teilnahm, befassten sich im Wesentlichen mit der Verschmelzung (TOP 1 und 2), der Umfirmierung von Quanmax AG in S&T AG (TOP 3), den damit notwendig gewordenen Änderungen der Satzung (TOP 4) sowie schließlich den Wahlen von bis zu zwei Mitgliedern in den Aufsichtsrat (TOP 5).

Laut dem Teilnehmerverzeichnis waren 31 Aktionäre bei der aoHV anwesend, die insgesamt 16.425.891 Stück Aktien der S&T AG (damals Quanmax AG) vertraten. Dies entspricht 60,30% des Grundkapitals der S&T AG. 16.358.855 Stück Aktien wurden dabei von Herrn RA A, vertreten; das entspricht einem Anteil von 99,59% des anwesenden Grundkapitals.

Im Rahmen des **TOP 5 – Wahlen in den Aufsichtsrat** wurden drei Beschlüsse gefasst:

1. Die Erhöhung der Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats [der S&T AG] von drei auf vier Mitglieder („Beschluss 1“);
2. die Wahl von Herrn Dr. Erhard Grossnigg („Beschluss 2“);
3. die Wahl von Herrn Mag. Werner Straubinger („Beschluss 3“).

Herr Dr. Erhard Grossnigg ist geschäftsführender Gesellschafter der E. F. Grossnigg und Finanzberatung und TreuhandgesmbH (FN 102154b). Deren wesentliches Arbeitsfeld liegt in der Sanierung von Unternehmen in unterschiedlichen Branchen. Zudem hält er über die grosso und die Austro Holding GmbH (FN 300105g) diverse Beteiligungen (Quelle: Lebenslauf von Dr. Grossnigg; Veröffentlichung im Vorfeld der Wahlen in den Aufsichtsrat der S&T AG). Weiters hält Dr. Grossnigg Mandate als Berater und Aufsichtsrat in zahlreichen österreichischen Unternehmen; insbesondere war er bis zur Verschmelzung Vorsitzender des Aufsichtsrats der S&T System Integration & Technology Distribution AG. Bei der aoHV saß Herr Dr. Grossnigg bereits auf dem Podium neben Herrn Dr. Wiczorek, dem damaligen Vorsitzenden des Aufsichtsrats. Herr Dr. Grossnigg stellte sich vor der Wahl bei den Aktionären vor und betonte dabei, dass grosso nach der Verschmelzung ein bedeutender Aktionär der S&T AG sein werde.

Herr Mag. Werner Straubinger ist unter anderem Geschäftsführer der AVE Beteiligungs GmbH und bekleidet zudem weitere Positionen in Aufsichtsgremien anderer der grosso und in weiterer Folge Herrn Dr. Erhard Grossnigg zurechenbarer Gesellschaften. Herr Mag. Straubinger war zudem Mitglied des Aufsichtsrats der S&T System Integration & Technology Distribution AG. Im Rahmen der Präsentation seiner Person in der Hauptversammlung erklärte Herr Mag. Straubinger, dass er Geschäftsführer der AVE Beteiligungs GmbH (FN 332933h) sei, welche im Mehrheitseigentum Herrn Dr. Grossniggs stehe.

Auf die Frage eines Aktionärs vor der Abstimmung zu den Wahlen in den Aufsichtsrat an das gesamte Podium betreffend die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats sowie der inneren Ordnung des Aufsichtsrats der neuen Gesellschaft antwortete Herr DI Niederhauser, dass der Vorstand der S&T AG nach der Verschmelzung aus Herrn Michael Jeske, Herrn Dieter Gauglitz, Herrn Dr. Peter Sturz sowie ihm selbst bestehe; der Aufsichtsrat der Gesellschaft würde sich aus Herrn Dr. Rudolf Wiczorek, Herrn Univ.-Prof. DDDr. Bruno Buchberger, Herrn Mag. Werner Straubinger sowie Herrn Dr. Erhard Grossnigg zusammensetzen, wobei Letzterer die Position des Vorsitzenden des Aufsichtsrats einnehmen werde.

Das Abstimmungsverhalten der Aktionäre zu Tagesordnungspunkt 5 bei den drei dazu ergangenen Beschlüssen stellte sich wie folgt dar:

	Anzahl Aktien	%	Stimmverhalten		
			Beschluss 1	Beschluss 2	Beschluss 3
Gesamtanzahl Aktien	27.240.659	100,00%			
Anwesende Aktionäre***	16.425.691	60,30%			
vertreten von Herrn RA A	16.358.855	60,05%			
Abstimmung					
Quanmax T*	1.300.000	4,77%	e	e	e
Quanmax M*	11.160.877	40,97%	e	e	e
Hannes Niederhauser*	645.869	2,37%	e	e	e
J-AG*	210.000	0,77%	e	e	e
Herr L*	1.000.000	3,67%	e	e	e
Enthaltungen bei TOP 5	14.316.746	52,56%			
F-GmbH*	500.000	1,84%	+	+	+
Herr N*	101.000	0,37%	+	+	+
Herr O*	28.000	0,10%	+	+	+
P-Ltd*	300.000	1,10%	+	+	+
Herr M*	1.002.000	3,68%	+	+	+
Herr Q*	27.777	0,10%	+	+	+
Frau R*	55.555	0,20%	+	+	+
Herr S*	27.777	0,10%	+	+	+
übrige Aktionäre**	66.636	0,24%	+	+	+
Pro-Stimmen bei TOP 5	2.108.745	7,74%			
Legende					
* ... Vertreten durch Herrn RA A					
** ... bei Beschluss 3 lediglich 63.386 Stück Aktien, da ein Aktionär den Raum vorzeitig verlassen					
*** ... Die Anzahl der anwesenden Aktionäre bei diesem Beschluss weicht von der oben genannten Gesamtanzahl ab, da zwei Aktionäre, die insgesamt 200 Aktien vertraten, die aoHV vorzeitig verlassen hatten.					
+... Pro-Stimme • e... Enthaltung • -... Gegenstimme					

Quelle: Protokoll der aoHV der S&T AG (damals: Quanmax AG) vom 6. November 2012.

Aus dieser Tabelle wird ersichtlich, dass sich mit rund 87,16% des anwesenden Grundkapitals der Großteil aller Aktionäre der Stimme enthielt. Der Beschluss wurde damit von 12,84% des anwesenden Grundkapitals gefasst, von denen 96,83% von Herrn RA A, vertreten waren.

Trotz des Beschlusses des *Board* der Quanmax T, für die Verschmelzung und alle weiteren Punkte der Tagesordnung der aoHV zu stimmen, enthielten sich auch Quanmax T, Quanmax M und Herr DI Niederhauser (siehe obige Tabelle) ihrer Stimme. Diese Stimmenthaltung kam durch eine dahin gehende Empfehlung der Rechtsvertreter der S&T AG – Kanzlei XY-GmbH – zustande, um nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger qualifiziert und somit angebotspflichtig zu werden.

Gemäß dem Protokoll der konstituierenden Sitzung des neu gewählten Aufsichtsrats nach der aoHV am 6. November 2012 wurde Herr Dr. Erhard Grossnigg einstimmig zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats gewählt. In dieser Sitzung wurde auch Herr Dr. Peter Sturz einstimmig zum Mitglied des Vorstands der S&T AG gewählt.

### 3.8 Frühere Hauptversammlungen der S&T AG (ex Quanmax AG)

In der Folge soll die Anwesenheit des Streubesitzes sowie das Stimmgewicht der Quanmax M und Quanmax T in der Hauptversammlung der S&T AG ersichtlich gemacht werden:

	Anzahl der Aktien	Anwesenheit	Quanmax M und T (absolut)	Anteil am GK Quanmax M und T (in %)	Stimmen Quanmax M und T in HV (in %)	anwesender Streubesitz
<b>2009</b>	10.900.000	7.888.612	7.866.047	72,17%	99,71%	0,29%
<b>2010</b>	20.000.001	13.445.722	13.391.877	66,96%	99,60%	0,40%
<b>2011</b>	26.808.108	13.121.385	12.460.877	46,48%	94,97%	5,03%
<b>oHV 2012</b>	27.240.659	13.672.889	12.460.887	45,74%	91,14%	8,86%
<b>aoHV 2012</b>	27.240.659	16.425.891	12.460.877	45,74%	75,86%	24,14%
Quelle: Protokolle der Hauptversammlung der S&T AG (ex Quanmax AG)						

Aus dieser Tabelle wird ersichtlich, dass Quanmax M und Quanmax T in den letzten fünf Hauptversammlungen der S&T AG (ex Quanmax AG) in den vergangenen vier Jahren stets eine gesicherte Mehrheit hielt. In vier dieser fünf Hauptversammlungen hielten Quanmax M und Quanmax T mehr als 90% der Stimmen; in der aoHV 2012 hielten die beiden Aktionäre „lediglich“ 75,86% der Stimmen, was wohl auf die Beschlussfassung über die Verschmelzung und das Werben DI Niederhausers um eine höhere Präsenz und Zustimmung zurückzuführen war. Diese höhere Präsenz des Streubesitzes in außerordentlichen Hauptversammlungen entspricht auch der allgemeinen Erfahrung der ÜbK. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass alle Aktionäre als Streubesitz qualifiziert wurden, deren Anteile die Schwelle von 5% nicht erreichten oder überschritten.

Legte man die Streubesitzpräsenzen in den ordentlichen Hauptversammlungen 2009, 2010, 2011 und 2012 sowie bei der außerordentlichen Hauptversammlung 2012 auf die heutigen Beteiligungsverhältnisse nach der Verschmelzung mit grosso um, ergäben sich die folgenden Mehrheitsverhältnisse in der Hauptversammlung der S&T AG:

	Grundkapital	Anwesenheit	Quanmax M und T (absolut)	Anteil am GK Quanmax M und T (in %)	Stimmen Quanmax M und T in HV (in %)	grosso (absolut)	Anteil am GK grosso (in %)	Stimmen grosso (in %)	anwesender Streubesitz
<b>2009</b>	39.337.459	19.043.133	12.460.877	31,68%	65,44%	6.524.039	16,58%	34,26%	0,29%
<b>2010</b>	39.337.459	19.066.420	12.460.877	31,68%	65,36%	6.524.039	16,58%	34,22%	0,40%
<b>2011</b>	39.337.459	20.009.428	12.460.877	31,68%	62,28%	6.524.039	16,58%	32,60%	5,03%
<b>oHV 2012</b>	39.337.459	20.789.021	12.460.877	31,68%	59,94%	6.524.039	16,58%	31,38%	8,86%
<b>aoHV 2012</b>	39.337.459	23.897.777	12.460.877	31,68%	52,14%	6.524.039	16,58%	27,30%	24,14%
<b>fiktiv</b>	39.337.459	26.096.095	12.460.877	31,68%	47,75%	6.524.039	16,58%	25,00%	34,94%

Quellen: Protokolle der Hauptversammlung der S&T AG (ex Quanmax AG); Beteiligungsmeldungen aus Dezember 2012

Aufgrund der niedrigen Präsenz des Streubesitzes in der Hauptversammlung käme grosso daher regelmäßig eine Sperrminorität zu. Es ist Quanmax M und Quanmax T daher nicht möglich, Beschlüsse, die eine qualifizierte Mehrheit von 75% der Stimmen erfordern, ohne grossos Unterstützung zu fassen. Diese *de facto* Sperrminorität hat grosso so lange, als nicht 34,94% der Aktien des Streubesitzes der S&T AG in der Hauptversammlung vertreten sind und allesamt nicht mit grosso stimmen und sich überdies auch nicht ihrer Stimme enthalten (siehe dazu die unterste Zeile in der Tabelle).

Eine von der ÜbK durchgeführte Untersuchung der Streubesitzpräsenz in börsennotierten Gesellschaften ergab, dass im Durchschnitt 12 bis 18% des *free float* von ihrem Teilnahmerecht an Hauptversammlungen Gebrauch macht (ErlRV 208 BlgNR XXIV.GP, 3 [AktRÄG 2009]; *Winner in Jarolim*, Dialog im Parlament I [2010] 22). Diese Erfahrungswerte entsprechen im Wesentlichen auch den Ergebnissen einer an der Wirtschaftsuniversität Wien verfassten Abschlussarbeit (*Almhofer*, Die Hauptversammlungspräsenz des Streubesitzes [2009]).

### 3.9 Zusammenarbeit der S&T AG (ex Quanmax AG) mit grosso iZm der Sanierung von S&T alt

S&T AG (ex Quanmax AG) und grosso erstatteten am 25. Oktober 2011 nach mehreren Vorgesprächen eine Anzeige gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG („Sanierungsprivileg“). Darin wurde dargelegt, dass im September bzw Oktober 2011 eine Restrukturierungsvereinbarung mit S&T alt sowie den diese Gesellschaften finanzierenden Banken abgeschlossen wurde, welche auf die Übernahme der S&T alt gerichtet war. Die für das Vorliegen des Sanierungsprivilegs notwendige Sanierungsabsicht kam insbesondere durch die Absicht der S&T AG (ex Quanmax AG) und der grosso zum Ausdruck, zwei Barkapitalerhöhungen im Ausmaß von insgesamt EUR 24 Mio durchzuführen.

Der 3. Senat der ÜbK entschied dazu am 28. November 2011 mittels Bescheids (GZ 2011/3/4-73) wie folgt:

1. (i) Der auf Basis des Zeichnungsvertrags vom 3. Oktober 2011 beabsichtigte Erwerb von Aktien an S&T Systems Integration & Technology Distribution AG im Rahmen der Barkapitalerhöhungen 2011 und 2012 im Ausmaß von MEUR 24 durch grosso holding Gesellschaft mbH und QUANMAX AG und (ii) die Ausübung der der Hypo Alpe Adria Bank AG eingeräumten Altaktionärs-Option, bezüglich von dieser gehaltenen 432.515 Stück Aktien an S&T Systems Integration & Technology Distribution AG im Verhältnis 1:1 in Aktien der QUANMAX AG zu tauschen, erfolgt zu Sanierungszwecken im Sinne des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG. Die Antragstellerinnen sind daher weder nach § 22 ÜbG noch nach § 25 Abs 2 ÜbG verpflichtet, ein Pflichtangebot an die Inhaber von Beteiligungspapieren der S&T Systems Integration & Technology Distribution AG zu stellen. Der Antrag auf Gewährung einer Sanierungsausnahme für die Ausübung des Debt-Equity-Swaps gem Pkt 12 der Restrukturierungsvereinbarung vom 3. Oktober 2011 durch die Gläubiger der Altverbindlichkeiten über den Tausch von bis zu MEUR 24 Altverbindlichkeiten in bis zu 4,4 Mio Stück Aktien der QUANMAX AG ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen.

2. Zur Wahrung der Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft wird nachfolgende Auflage gem § 25 Abs 2 ÜbG ausgesprochen: grosso holding Gesellschaft mbH, QUANMAX AG und allen mit ihnen gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern ist es bis zum 31. Dezember 2013 untersagt, weitere Aktien der S&T Systems Integration & Technology Distribution AG zu erlangen oder Rechtsgeschäfte abzuschließen, welche ein wirtschaftliches Risiko aus diesen Aktien auf sie verlagern würden. Davon ausgenommen sind Aktienerwerbe im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots, einer Kapitalerhöhung bei S&T Systems Integration & Technology Distribution AG, einer Verschmelzung der S&T Systems Integration & Technology Distribution AG oder eines Gesellschafterausschlusses bei S&T Systems Integration & Technology Distribution AG.

(...)

In der rechtlichen Beurteilung wurde auf Seite 22 des genannten Bescheids in Bezug auf das gemeinsame Vorgehen zwischen S&T AG (ex Quanmax AG) und grosso Folgendes ausgeführt (Hervorhebungen nur hier):

*Der Abschluss eines schriftlichen Syndikatsvertrags oder die Vereinbarung von bestimmten Veto- und Nominierungsrechten zwischen den beiden Investoren ist derzeit nicht beabsichtigt, **jedoch sollen die Stimmrechte jedenfalls einvernehmlich ausgeübt werden, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen.***

**Nach Ansicht des 3. Senats stellen grosso und Quanmax daher eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger dar, deren Stimmrechte gem § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen sind. Sie erlangen mit Durchführung der ersten Barkapitalerhöhung eine kontrollierende Beteiligung iHv rund 73% der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte und wären damit grundsätzlich zur Stellung eines Pflichtangebots an die übrigen Aktionären der S&T gem §§ 22 f ÜbG verpflichtet. Dennoch besteht für die Investoren keine Angebotspflicht iSd §§ 22 f ÜbG, da sie - wie im Folgenden ausgeführt wird - gem § 25 Abs 1 Z 2 1. Fall ÜbG die kontrollierende Beteiligung zu bloßen Sanierungszwecken erlangen.**

Für eine detaillierte Darstellung des genauen Sachverhalts wird auf den auf der Internetseite der ÜbK ([www.takeover.at](http://www.takeover.at)) veröffentlichten Bescheid der ÜbK vom 28.11.2011, GZ 2011/3/4-73 verwiesen.

Diese Zusammenarbeit fand auch in der Unternehmensführung der S&T alt im Zeitraum zwischen der Gewährung des Sanierungsprivilegs bis zur Verschmelzung mit S&T AG deutlich Niederschlag, wie sich auch aus den in der folgenden Tabelle dargestellten Personenverflechtungen bei den Organen der S&T alt ergibt:

<b>Person</b>	<b>Funktion bei S&amp;T alt</b>	<b>weitere Funktionen</b>
DI Hannes Niederhauser	Vorstandsvorsitzender	S&T AG: zuerst Vorsitzender des AR, dann Vorstandsvorsitzender (ab 21. Mai 2012)  Quanmax T: Mitglied des <i>Board</i>
Dr. Rudolf Wieczorek	stv. Vorsitzender des AR	S&T AG: zuerst stv. Vorsitzender des AR, dann Vorsitzender des AR (ab 21. Mai 2012)  Quanmax T: Mitglied des <i>Board</i>
Dieter Gauglitz	Mitglied des AR	S&T AG: Mitglied des Vorstands
Dr. Erhard Grossnigg	Vorsitzender des AR	grosso: Geschäftsführer
Mag. Werner Straubinger	Mitglied des AR	Geschäftsführer einer von Dr. Grossnigg kontrollierten Gesellschaft (AVE Beteiligungs GmbH)

Quelle: Auszug aus dem Firmenbuch (Stand Oktober 2012)

Schließlich wurde in der Hauptversammlung der S&T alt vom 5. November 2012 im Rahmen der Vorstandspräsentation die Verschmelzung der S&T alt auf S&T AG (ex Quanmax AG) als „*wichtiger Schritt für weitere Verbesserungen*“ bezeichnet:

## Ausgangssituation

s&t

- Die Restrukturierung der S&T ist größtenteils umgesetzt
  - S&T schreibt 2012 schwarze Zahlen (Q1-3: 158m Umsatz, 3,6m Nettoprofit)
  - 2012: Kostensenkungen >25% gegenüber 2011
- Weitere Synergien aus rechtlichen Gründen schwierig
- 2012: Kein Wachstum in der S&T, Gewinnmargen gering

Back to normal 2011	Better Business (Profite) 2012	Agenda 2015 (growth) 2013+
Vertrauen: Kunden, Banken, Lieferanten, Mitarbeitern,	Synergien & Kosten	Mehr Technologieanteil eigene Produkte

Verschmelzung mit Quanmax ist ein wichtiger Schritt für weitere Verbesserungen

3

Quelle: Beilage ./5 zum Protokoll der aoHV der S&T alt vom 5. November 2012, Folie 3.

#### 4 Beweiswürdigung

Die vorstehenden Feststellungen basieren auf den zum Akt genommenen und in der mündlichen Verhandlung verlesenen Urkunden, der Vernehmung der Verfahrensparteien und deren Vertreter im Rahmen der mündlichen Verhandlung, welche an zwei Terminen am 3. April 2013 und am 9. April 2013 abgehalten wurde, sowie den Wahrnehmungen eines Mitarbeiters der Geschäftsstelle der ÜBK bei der aoHV der S&T AG (ex Quanmax AG) am 6. November 2012.

Nach Ansicht des 2. Senats sind die Aussagen der Antragstellerinnen sowie von Herrn DI Niederhauer und Herrn Dr. Grossnigg nicht glaubwürdig, wonach es im Vorfeld der Verschmelzung keine Absprache über die Besetzung der Organe der Zielgesellschaft nach der Verschmelzung gegeben habe. Dafür spricht auch die Tatsache, dass der Vorstandsvorsitzende, der damalige Aufsichtsratsvorsitzende sowie der designierte Aufsichtsratsvorsitzende bereits während der Hauptversammlung *unisono* erklärten, wer den Vorsitz im Aufsichtsrat einnehmen werde und wie der Vorstand besetzt werde. Damit standen insbesondere die Aussagen der involvierten Personen in der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2013 im Widerspruch, wonach über den Vorsitz im Aufsichtsrat erst im Rahmen der konstituierenden Sitzung des Aufsichtsrats vom 6. November 2012 gesprochen wurde. Darüber hinaus ist es *in praxi* absolut üblich und darüber hinaus notwendig, im Rahmen der Planung einer Transaktion

auch die Besetzung der Organe zu determinieren und dadurch die zukünftige Strategie der Zielgesellschaft vorzugeben.

Unglaublich ist vor allem auch das Vorbringen, wonach grosso mit Wirksamwerden der Verschmelzung lediglich die Stellung eines Minderheitsaktionärs unterhalb der Schwelle der Sperrminorität eingenommen habe (vgl. Schriftsatz der grosso vom 26. April 2013). So hat Dr. Grossnigg in der mündlichen Verhandlung vom 9. April 2013 angegeben, dass man S&T alt gemeinsam mit Quanmax AG zu Sanierungszwecken übernommen habe. Warum man diese gemeinsame Kontrolle nach der Verschmelzung aufgegeben habe, konnte aber nicht plausibel dargelegt werden; insbesondere werden einem Minderheitsaktionär in einem Aufsichtsrat mit vier Mitgliedern unter normalen Umständen nicht zwei Mitglieder zugestanden, wobei noch dazu einem dieser Mitglieder (Dr. Grossnigg) als Vorsitzendem ein Dirimierungsrecht zukommt. Außerdem belegt das vorliegende Datenmaterial, dass grosso *de facto* sehr wohl eine Sperrminorität in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft innehat.

Hinsichtlich der Stimmhaltungen erklärte Herr DI Niederhauser, *Board*-Mitglied der Quanmax T und Vorstandsvorsitzender der Zielgesellschaft, in der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2013, dass die Stimmhaltung daraus resultiere, dass die Regeln einer guten *Corporate Governance* in Taiwan gebieten, lediglich so viele Mitglieder in den Aufsichtsrat zu wählen, die einem Aktionär nach dem Verhältnis der eigenen Stimmkraft „zustehen“. Es sei *Usus*, die weiteren *Board*-Mitglieder dem (den) nächst größeren Aktionär (Aktionären) zu überlassen. Dieser Darstellung widersprach die Darstellung des Grundes für die Stimmhaltung im Schriftsatz der Quanmax M und Quanmax T vom 8. April 2013, wonach die Empfehlung der Rechtsvertreter für die Stimmhaltung kausal gewesen sei, um die Anordnung eines Pflichtangebots zu vermeiden. Dieser Ansatz wurde nochmals in der mündlichen Verhandlung vom 9. April 2013 bestätigt. Die Aussagen Herrn DI Niederhausers bzw der Quanmax T waren in diesem Punkt daher unschlüssig bzw widersprüchlich.

Weiters ist festzuhalten, dass sich die involvierten Parteien aus mehrfacher Sicht der übernahmerechtlichen Problematik bewusst sein mussten: Zum einen beantragten die Antragstellerinnen dieses Verfahrens gemeinsam unter Zuziehung derselben Anwälte rund ein Jahr zuvor das Sanierungsprivileg, um die Angebotspflicht beim Erwerb der S&T alt zu vermeiden; zum anderen wies die Geschäftsstelle der ÜbK mittels Schreiben vom 17. Oktober 2012 ausdrücklich auf die möglichen Rechtsfolgen der getätigten Verschmelzung und der damit verbundenen Zuwahl in den Aufsichtsrat hin. Es ist daher nicht glaubwürdig, dass die drohende Angebotspflicht bei den Erwägungen der Antragstellerinnen vor der Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats in der aoHV keine Rolle gespielt habe.

Nicht festgestellt werden konnte ein gemeinsames Vorgehen zwischen weiteren Personen, die im Rahmen der aoHV vom 6. November 2012 die Zuwahl in den Aufsichtsrat unterstützt haben.

[...]

## **5 Rechtliche Beurteilung**

### **5.1 Zu Spruchpunkt 1: Feststellung des Kontrollwechsels**

#### **5.1.1 Anwendbarkeit des ÜbG und Zuständigkeit der ÜbK**

Das österreichische Übernahmerecht ist in seinem Vollenwendungsbereich gemäß § 2 ÜbG grundsätzlich auf Aktiengesellschaften mit Sitz im Inland anzuwenden, deren Beteiligungspapiere an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind.

Daneben sieht § 27b Abs 1 Z 1 ÜbG in Umsetzung von Art 4 Abs 2 lit e der Übernahme-RL (RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote) vor, dass die in Abs 2 *leg cit* genannten Bestimmungen auf öffentliche Angebote zum Erwerb von stimmberechtigten Aktien Anwendung finden, die von einer Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland ausgegeben wurden, sofern die Aktien nicht zum Handel auf einem geregelten Markt in Österreich, aber auf einem geregelten Markt eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen [Union] oder eines Vertragsstaats des EWR zugelassen sind. Für solche Angebote gelten gemäß § 27b Abs 2 ÜbG – unter anderem – die Bestimmungen des ersten und fünften Teils des ÜbG sowie die §§ 22-25, 26a und 26b ÜbG. Diese regeln insbesondere gesellschaftsrechtliche Fragen wie die Kontrollschwelle und den Kreis der zur Angebotslegung Verpflichteten sowie die Ausnahmen von der Angebotspflicht.

Die Zuständigkeit der österreichischen Übernahmekommission ergibt sich aus § 29 Abs 1 erster Satz ÜbG, welcher der Übernahmekommission die ausschließliche Kompetenz für die im ÜbG geregelten Angelegenheiten zuspricht.

S&T AG ist eine Aktiengesellschaft mit dem Sitz in Linz, deren Aktien im *Prime Standard* am Regulierten Markt der Frankfurter Börse in Deutschland notieren. Demnach hat S&T AG ihren Sitz in Österreich und ihre Aktien notieren an einem geregelten Markt eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, sodass beide Voraussetzungen für den Teilanwendungsbereich des ÜbG gemäß § 27b ÜbG erfüllt sind. Die österreichische Übernahmekommission ist somit für die Behandlung des Feststellungsantrags gemäß § 26b ÜbG der Antragstellerinnen über das Vorliegen eines Kontrollwechsels zuständig.

#### **5.1.2 Zuständigkeit des zweiten Senats**

Gemäß § 3 Abs 2 iVm Abs 1 der am 24. März 2010 erlassenen Geschäftsverteilung der ÜbK richtet sich die Zuständigkeit der Senate in den Fällen des § 27b ÜbG nach dem Anfangsbuchstaben des Emittenten (Zielgesellschaft) laut Eintragung im Firmenbuch zum Stichtag 1. Februar eines jeden Jahres. Für die Anfangsbuchstaben A bis F ist der erste Senat, für G bis Q der zweite Senat und R bis Z der dritte Senat zuständig.

Zum Stichtag 1. Februar 2012 lautete die Firma der Zielgesellschaft „Quanmax AG“. Die Umfirmierung auf „S&T AG“ erfolgte erst im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung vom 6. November 2012 und wurde am 12. Dezember 2012 in das Firmenbuch eingetragen. Die Zuweisung des Vorsitzenden der ÜbK an den zuständigen 2. Senat erfolgte am 8. Jänner 2013; der Beschluss des 2. Senats, ein Verfahren gemäß § 26b einzuleiten, wurde am 25. Jänner 2013 gefasst. Daraus ergibt sich die Zuständigkeit des für Zielgesellschaften mit dem Anfangsbuchstaben „Q“ zuständigen zweiten Senats der ÜbK im gegenständlichen Verfahren betreffend die Zielgesellschaft.

### 5.1.3 Zur Anwendbarkeit des ÜbG auf Umgründungen

Das Übernahmegesetz sieht in den §§ 22 ff vor, dass ein Pflichtangebot abzugeben ist, wenn eine kontrollierende Beteiligung „erlangt“ wird. Das ÜbG stellt daher nicht auf den unmittelbaren Erwerb von Anteilen ab, sondern knüpft an der Möglichkeit der Einflussnahme in der Zielgesellschaft an. Aus dem Wort „erlangen“ wird zudem abgeleitet, dass es nicht auf die formale Technik des Erreichens der Kontrolle ankommt (ÜbK vom 12.9.2000, GZ 2000/1/4-171; *Huber in Huber, Übernahmegesetz § 22 Rz 27*). Dementsprechend kennt das ÜbG keinen *numerus clausus* der Techniken zur Kontrollerrlangung (*Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup>, Rz 214*). Neben dem außerbörslichen Kauf eines Aktienpakets oder dem Abschluss eines Syndikatsvertrages kann auch durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen wie Verschmelzung, Spaltung oder Einbringung ein Kontrollerwerb oder Kontrollwechsel an einer Gesellschaft herbeigeführt werden (*Kalss/Winner, ÖBA 2000, 51 ff; ÜbK vom 12.9.2000, GZ 2000/1/4-171; Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup>, Rz 214*).

Verschmelzung, Spaltung oder auch andere Umgründungsmaßnahmen sind lediglich besondere Techniken zum Erwerb eines Unternehmens oder zumindest Vermögens einer Gesellschaft, wobei die Besonderheit im Vermögensübergang im Weg der Gesamtrechtsnachfolge und in der Entgeltleistung in Form von Anteilen unmittelbar an die bisherigen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft liegt. Demgegenüber normiert das ÜbG nicht bestimmte zivil- oder gesellschaftsrechtliche Erwerbstechniken, sondern regelt die Rechtsfolgen eines erstmaligen Kontrollerwerbs oder eines Kontrollwechsels an einer börsennotierten Gesellschaft. Da die Gesetze völlig unterschiedliche Zielrichtungen verfolgen, steht schon seit langem außer Zweifel, dass die übernahmerechtlichen Regelungen parallel zu den verschmelzungs- und spaltungsrechtlichen Regelungen anzuwenden sind (ÜbK vom 12.9.2000, GZ 2000/1/4-171; *Kalss/Winner, ÖBA 2000, 52 ff; Gall, Angebotspflicht 233 ff; Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup>, Rz 214 f; Huber in Huber, Übernahmegesetz § 22 Rz 33 ff*). Dies entspricht daher auch der ständigen Praxis der ÜbK. Bei der hier zu beurteilenden Verschmelzung handelt es sich daher um eine Rechtstechnik, mit der ein Kontrollerwerb oder Kontrollwechsel herbeigeführt werden und die Angebotspflicht ausgelöst werden kann.

## 5.1.4 Zur Verletzung der Angebotspflicht gemäß §§ 22 ff ÜbG

### 5.1.4.1 Allgemeines

Wer eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt, muss dies der ÜbK unverzüglich mitteilen und innerhalb von 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung ein den Bestimmungen des 3. 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 3 ÜbG). So besteht die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots nicht nur bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch *einen* Rechtsträger, sondern gemäß § 22a Z 3 ÜbG auch dann, wenn die Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger geändert wird und die geänderte Gruppe zusammen eine kontrollierende Beteiligung hält. Dies gilt, wenn die neu gebildete Gruppe insgesamt über mehr als 30% der Stimmrechte an der Zielgesellschaft verfügt. **Die Angebotspflicht besteht daher auch dann, wenn eine bereits allein kontrollierende Aktionärsgruppe ihre alleinige kontrollierende Position aufgibt und einem anderen Aktionär (Mit-)Kontrolle einräumt** (vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup>, Rz 46; *Huber in Huber*, Übernahmegesetz, § 22a Rz 38 ff; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [663]; *Huber/Alscher*, *ecolex* 2006, 574 [575]; GZ 2011/3/2-15, 7 f). Bei Anwendung von §§ 22 bis 22b 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.

Dem Vorbringen der Antragstellerinnen, wonach aufgrund der bereits vorliegenden kontrollierenden Beteiligung der Quanmax M und Quanmax T an S&T AG eine solche kontrollierende Beteiligung nicht mehr erlangt werden könne, ist daher jedenfalls nicht zu folgen.

Quanmax T und Quanmax M sind dabei als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren, da Quanmax M eine 100%ige Tochtergesellschaft der Quanmax T ist und somit deren gemeinsames Vorgehen vermutet wird. Gründe für die Widerlegung dieser Vermutung sind nicht ersichtlich und wurden von den Antragstellerinnen auch nicht vorgebracht.

Grosso war – soweit ersichtlich – vor der Verschmelzung nicht an der übernehmenden Gesellschaft, S&T AG, sondern lediglich an der übertragenden Gesellschaft, S&T alt, beteiligt. Unmittelbar nach Durchführung der Verschmelzung hielt grosso 16,58% an S&T AG.

Die von Quanmax T und Quanmax M einerseits und grosso andererseits gehaltenen ständig stimmberechtigten Aktien an S&T AG nach Eintragung der Verschmelzung machten 48,26% der Stimmrechte aus und überstiegen daher die formelle Kontrollschwelle von 30%. Bei Erfüllung des Zusammenrechnungstatbestands gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG handelte es sich somit um eine (unmittelbare) kontrollierende Beteiligung gemäß § 22 Abs 2 ÜbG. Rechtlicher Ausgangspunkt für die Beurteilung der Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 iVm § 22 Abs 1 ÜbG ist daher die Frage, ob Quanmax T bzw Quanmax M und grosso sowie etwaige weitere Personen als gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind. Zu prüfen ist daher, ob die die Zielgesellschaft ursprünglich allein kontrollierende Aktionärsgruppe, Quanmax M und Quanmax T, der grosso Mitkontrolle eingeräumt hat, sodass von einem Wechsel der Kontrolle durch Änderung der Zusammensetzung der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger auszugehen ist.

#### 5.1.4.2 *Vermutung des gemeinsamen Vorgehens zwischen grosso und Quanmax M bzw Quanmax T*

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 (...)*“. Gemäß dem letzten Satz *leg cit* wird das gemeinsame Vorgehen vermutet, „*wenn mehrere Rechtsträger eine Absprache über die Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats getroffen haben*“.

In einem ersten Schritt ist daher zu untersuchen, ob zwischen Quanmax M und Quanmax T einerseits und grosso 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; auch bloße Absprachen ohne rechtliche Bindungswirkung („*gentlemen's agreements*“) sowie das so genannte „abgestimmte Verhalten“ erfüllen grundsätzlich den Tatbestand von § 1 Z 6 ÜbG (vgl ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5; GZ 2007/3/3-157, 33; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup>, 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.

Keine Voraussetzung für die Qualifikation als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG ist, dass die an der Absprache beteiligten Rechtsträger zum Zeitpunkt der Absprache (unmittelbar) Aktien an der Zielgesellschaft halten (vgl dazu bereits auch GZ 2007/3/3-157, 32 f). Die Definition der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger in § 1 Z 6 ÜbG setzt lediglich voraus, dass natürliche oder juristische Personen mit dem Bieter **auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die**

**Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben.** Nur beispielhaft wird im nächsten Halbsatz die Koordination der Stimmrechte erwähnt. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass sich **eine Absprache auf das Stimmverhalten nur eines Aktionärs bezieht**, der die gewünschten Beschlussergebnisse für andere – erst in die Zielgesellschaft einsteigende – Aktionäre eines Syndikats herbeiführt. Denn 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 bereits GZ 2007/3/3-157, 35; vgl auch *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz, § 1 Rz 60). Daher ist auch eine nach § 1 Z 6 ÜbG relevante Absprache dann anzunehmen, nach deren Inhalt einer der Kernaktionäre des bei der Verschmelzung untergehenden Rechtsträgers (grosso) ein kontrollierendes Syndikat mit der Kernaktionärsgruppe (Quanmax M und Quanmax T) der aufnehmenden Zielgesellschaft bildet (vgl § 22a Z 3 ÜbG), obwohl die Verschmelzung in den Hauptversammlungen der beiden von der Umgründung betroffenen Gesellschaften erst beschlossen werden muss.

Im gegenständlichen Sachverhalt erfolgte der Erwerb einer Beteiligung iHv rund 16,58% an S&T AG durch grosso nicht im Wege eines Anteilskaufs, sondern durch eine Verschmelzung der S&T alt, an welcher grosso ursprünglich beteiligt war, auf S&T AG. Damit grosso als ein Kernaktionär der übertragenden Gesellschaft bereits bei Eintragung der Verschmelzung durch zwei Mitglieder im vierköpfigen Aufsichtsrat der aufnehmenden Gesellschaft vertreten sein konnte, **bedurfte es zwingend einer Absprache mit den Kernaktionären der aufnehmenden Gesellschaft**. Die diesbezügliche Indizienkette ist eindeutig. Dies vor allem deshalb, weil den Aktionären der aufnehmenden Gesellschaft bereits in der über die Verschmelzung abzustimmenden aoHV mitgeteilt wurde, dass Dr. Grossnigg nicht nur einfaches Aufsichtsratsmitglied, sondern sogar Vorsitzender des Aufsichtsrats der aufnehmenden Gesellschaft werden soll. Dies wurde in der auf die aoHV folgende konstituierende Sitzung des neu gewählten Aufsichtsrats auch einstimmig umgesetzt. Dr. Grossnigg steht laut Satzung ein Dirimierungsrecht zu. Als Kontrollfrage formuliert: *„Warum sollte ein dominierender Aktionär (31,68% der Stimmrechte) mit strategischen Interessen einem einsteigenden Gesellschafter (16,58% der Stimmrechte) die Mehrheit im Aufsichtsrat verschaffen, wenn er nicht mit diesem eine Absprache zur gemeinsamen Kontrolle der Zielgesellschaft getroffen hat?“* Aus Sicht des 2. Senats liegt daher kein vernünftiger Grund zu zweifeln vor, dass das erzielte Ergebnis durch eine Verhaltenskoordination zustande gekommen war.

Eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG kann daher konsequenterweise auch darin liegen, dass im Zuge der Festlegung der Details einer Transaktion, wie es die gegenständliche Verschmelzung ist, die Besetzung des Aufsichtsrats durch zwei grosso zurechenbare Personen vereinbart bzw in Aussicht genommen und von Quanmax M und Quanmax T herbeigeführt wird. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerinnen steht es der Qualifikation der Quanmax M und Quanmax T einerseits und grosso ande-

rerseits als Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger daher nicht entgegen, dass grosso zum Zeitpunkt der Hauptversammlung noch nicht Aktionärin der S&T AG war, da die kontrollrelevante Absprache vor Durchführung der Verschmelzung stattgefunden hatte. Andernfalls würde der übernahmerechtliche Minderheitenschutz bei Umgründungsmaßnahmen regelmäßig ins Leere laufen und damit Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet.

Die gleichförmige Stimmausübung in der Hauptversammlung kann Indiz für das Vorliegen einer Absprache sein. Doch ebenso kann – entsprechende Mehrheitsverhältnisse in der Hauptversammlung vorausgesetzt – auch ein nicht gleichartiges Stimmverhalten, wie etwa eine **gezielte Stimmenthaltungen** eines oder mehrerer an der Absprache beteiligter Rechtsträger Anhaltspunkt für eine Koordination der Stimmrechte sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn trotz des gezielt divergierenden Stimmverhaltens das beabsichtigte Beschlussergebnis genauso herbeigeführt werden kann (vgl. GZ 2007/3/3-157, 33; Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz, § 1 Rz 64).

So enthielten sich im gegenständlichen Fall mit Quanmax M und Quanmax T sowie den Aktionären Niederhauser, Herr L und J-AG zwar rund 87,16% des anwesenden Grundkapitals ihrer Stimme; dennoch war die erfolgreiche Beschlussfassung in TOP 5 durch die übrigen 12,84% des anwesenden Grundkapitals zu keinem Zeitpunkt gefährdet: Von diesen 12,84% des anwesenden, an den Abstimmungen zu TOP 5 teilnehmenden Grundkapitals waren 96,83% – ebenso wie alle sich der Stimme enthaltenden Aktionäre – von Herrn RA A vertreten. Dieser musste daher auf Basis der bereits verkündeten Präsenz und des Abstimmungsverhaltens der weiteren von ihm vertretenen Aktionäre bereits vor der Hauptversammlung darüber im Bilde sein, dass der Beschluss von mindestens 96,83% des abstimmenden Grundkapitals angenommen wird. Dies war daher auch den von ihm vertretenen Aktionären Quanmax M und Quanmax T bekannt, denen die Stimmenthaltung seitens ihrer Rechtsvertretung XY-GmbH empfohlen wurde. Somit bestand zu keinem Zeitpunkt die Gefahr, dass trotz der Stimmenthaltung der gewünschte Beschluss nicht zustande kam.

Zudem geht auch die Argumentation der Antragstellerinnen, wonach Herr Dr. Grossnigg noch nie in Taiwan gewesen sei und die Entscheidungsträger der Quanmax T nie kennen gelernt habe, als Nachweis, dass kein gemeinsames Vorgehen vorliege, jedenfalls fehl. Denn es liegt auf der Hand, dass der Kontakt mit Quanmax T über Herrn Dr. Wiczorek und Herrn DI Niederhauser bestand; diese beiden Herren stellen zwei der vier Mitglieder des *Board* der Quanmax T dar. Deren Kontakt zu Herrn Dr. Grossnigg ergab sich nicht zuletzt aus deren Organfunktionen bzw. -verflechtungen zwischen den involvierten Gesellschaften (vgl. dazu GZ 2009/1/4-103 [ECO], 22).

Neben Quanmax T, Quanmax M und grosso ist nach Ansicht des 2. Senats auch Herr DI Hannes Niederhauser Teil der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger. Er war nach seinen eigenen Aussagen *die* zentrale Figur bei der Verschmelzung: Er war Vorstandsvorsitzender der S&T alt sowie der

S&T AG (ex Quanmax AG); weiters ist er Mitglied des *Board* der Quanmax T. Zudem war er Initiator und Organisator des gesamten Verschmelzungsprozesses der S&T alt auf S&T AG (ex Quanmax AG). Schließlich ist Herr DI Niederhauser selbst Aktionär der S&T AG (ex Quanmax AG). Diese dreifache Organfunktion Herrn DI Niederhausers bei beiden an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften – S&T alt und S&T AG – sowie deren Gesellschafter Quanmax T – und der damit einhergehenden Machtstellung lässt ohne Zweifel den Schluss zu, dass auch er Teil der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger ist. Diese Ansicht wird dadurch verstärkt, dass neben der Organfunktion als Vorstand der S&T AG (ex Quanmax AG) auch zusätzliche Umstände vorliegen, die einen finanziellen Interessengleichklang zwischen den beteiligten Gesellschaften und den Hauptaktionären nahelegen (vgl dazu GZ 2009/1/4-103 [ECO], 22 ff).

**Zwischenergebnis: Nach Ansicht des 2. Senats liegt daher eine *Absprache* iSd § 1 Z 6 ÜbG zwischen Quanmax M, Quanmax T, grosso und Herrn DI Hannes Niederhauser vor.**

In einem nächsten Schritt ist zu untersuchen, ob die Zusammenarbeit zwischen den Antragstellerinnen eine *Absprache über die Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats* darstellt und daher die **Vermutung des gemeinsamen Vorgehens dieser Rechtsträger** gemäß § 1 Z 6 letzter Satz ÜbG auslöst. Nach Ansicht des 2. Senats ist auch dieser Tatbestand erfüllt: Denn wie schon dargelegt bedurfte es **zwingend einer Absprache mit dem Kernaktionär der aufnehmenden Gesellschaft**, damit grosso bereits bei Eintragung der Verschmelzung durch zwei Mitglieder im vierköpfigen Aufsichtsrat der aufnehmenden Gesellschaft vertreten sein konnte. Dass sich die Absprache im konkreten Fall natürlich nur auf die Ausübung der Stimmrechte von Quanmax T und Quanmax M bei Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates beziehen konnte und grosso vor Eintragung der Verschmelzung noch keine Stimmrechte an der Zielgesellschaft hatte, ist dabei irrelevant. Vielmehr wird bei der übernahmerechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angelegt und die Ausgangssituation der erreichten Zielstruktur gegenübergestellt.

Die Anwendung der gesetzlichen Vermutung in § 1 Z 6 letzter Satz ÜbG auf die konkrete Absprache erscheint schon wegen des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Verschmelzung und der Zuwahl in den Aufsichtsrat gerechtfertigt, da die für die Zuwahl und für die Verschmelzung erforderlichen Beschlüsse in derselben außerordentlichen Hauptversammlung vom 6. November 2012 gefasst wurden. **Insbesondere wäre der Sachverhalt nach ständiger Praxis der ÜbK auch nicht anders zu beurteilen, wenn die Zuwahl in den Aufsichtsrat erst in einer nach Eintragung der Verschmelzung stattfindenden Hauptversammlung erfolgt wäre.**

Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern ermöglicht eine nachhaltige Einflussnahme auf die strategischen Entscheidungen der Gesellschaft, da dem Aufsichtsrat umfangreiche Rechte (und Pflichten)

zukommen, die Geschicke der Gesellschaft zu beeinflussen: So erfolgt die Bestellung der Mitglieder des Vorstands durch den Aufsichtsrat (§ 75 Abs 1 AktG), wovon die Mitglieder des Aufsichtsrats bereits in der ersten konstituierenden Sitzung sowie in einer weiteren Sitzung im März 2013 Gebrauch gemacht haben. Die Bestellung kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vom Aufsichtsrat auch widerrufen werden (§ 75 Abs 4 AktG). Darüber hinaus kommt dem Aufsichtsrat neben der *ex post*-Überwachung der Geschäftsführung (§ 95 Abs 1 AktG) auch das Recht zu, bestimmten strategisch besonders relevanten Geschäften *ex ante* – also vor deren Durchführung – zuzustimmen, anderenfalls diese vom Vorstand nicht durchgeführt werden dürfen (§ 95 Abs 5 AktG). Insbesondere durch diese Zustimmungsvorbehalte wird sichergestellt, dass der Aufsichtsrat eng in den Entscheidungsprozess eingebunden wird und somit *ex ante* an der Entscheidung mitwirkt (*Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 95 Rz 83 mwN*). Aufgrund dieser möglichen Einflussnahme ist grundsätzlich auch eine **bloß einmalige, punktuelle Koordination (der Stimmrechte) ausreichend**, um die Vermutung gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu begründen (vgl *Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup>, Rz 46; Winner, ÖJZ 2006, 659 [663]*). Es ist somit nicht auf die Dauerhaftigkeit einer Koordination, sondern auf die Dauerhaftigkeit der Auswirkungen einer (allenfalls auch bloß einmaligen) Koordination abzustellen (*Winner in FS Jud, 801 [807 f]*).

Dass sich Quanmax M, Quanmax T und Herr DI Niederhauser der Stimme zu den entscheidungsgegenständlichen Beschlusspunkten zur Zuwahl in den Aufsichtsrat enthalten haben, ist freilich unerheblich, da auch die koordinierte Stimmenthaltung ein gemeinsames Vorgehen darstellen kann, sofern das Zustandekommen des Beschlusses nicht gefährdet ist (*Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz § 1 Rz 64; GZ 2007/3/3-157, 33*).

Als **Zwischenergebnis** kann an dieser Stelle daher festgehalten werden, dass die **Zuwahl** von Herrn Dr. Erhard Grossnigg und Herrn Mag. Werner Straubinger **in den Aufsichtsrat der S&T AG die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 ÜbG zwischen Quanmax M, Quanmax T, grosso und Herrn DI Hannes Niederhauser ausgelöst hat.**

#### 5.1.4.3 Widerlegung der Vermutung im Allgemeinen

Die **Vermutung** des gemeinsamen Vorgehens ist jedoch **widerleglich** (vgl *Winner, ÖJZ 2006, 663; Diregger/Kalss/Winner, Übernahmegesetz<sup>2</sup> Rz 45; Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 74 und 80*). Dies ist unter Beachtung von § 1 Z 6 erster Satz ÜbG zu prüfen (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5). Die gesetzliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gilt daher dann als widerlegt, wenn die Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern im konkreten Fall nicht auf die Erlangung oder Ausübung von Kontrolle gerichtet ist. Eine Absprache über die Ausübung von Stimmrechten bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats darf daher nicht die Beherrschung (iSd § 1 Z 6 erster Satz ÜbG) der Zielgesellschaft zum Ziel haben.

Dies ist dann der Fall, wenn die beteiligten Rechtsträger mit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern **nicht** die Absicht verfolgen, die **Geschicke der Gesellschaft gemeinsam zu lenken oder deren Geschäftspolitik zu beeinflussen**. Gleiches gilt, wenn mit der bloß **fremdnützigen Unterstützung** eines Rechtsträgers bei der Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrates nicht die darüber hinaus gehende 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*; vgl weiters GZ 2007/3/3-157). In allen zu beurteilenden Fällen ist eine **Gesamtbetrachtung** vorzunehmen, sodass die besonderen Umstände des Einzelfalles jedenfalls zu berücksichtigen sind (*Gall, GesRZ 2008, 139 [144]*; GZ 2009/1/3-30; *Winner in FS Jud, 801 [809]*).

Der Nachweis, dass die Absprache nicht auf die Beherrschung iSd § 1 Z 6 erster Satz ÜbG abzielt, kann sich nach den Materialien (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5) etwa aus der Person des Gewählten ergeben, wenn aufgrund dessen **besonderer fachlicher Eignung und Unabhängigkeit** *bloß* eine optimale Besetzung des Aufsichtsrats angestrebt wird (vgl etwa die Stellungnahme GZ 2011/1/1-21).

Weiters kommt nach mittlerweile ständiger Entscheidungspraxis der ÜbK (GZ 2007/2/2-30, GZ 2009/1/3-30, GZ 2011/1/1-21) mangels Kontrollrelevanz eine Widerlegung der Vermutung gemäß § 1 Z 6 ÜbG dann in Betracht, wenn Zweck der Absprache lediglich die Begründung einer **Minderheitsposition** im Aufsichtsrat ist. Dies etwa, wenn einem Minderheitsaktionär lediglich eine **Überwachungsmöglichkeit** im Aufsichtsrat eingeräumt werden soll und sich durch die Einräumung dieses Aufsichtsratsmandats nichts an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat sowie an der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisher kontrollierenden Aktionär bzw die bisher kontrollierende Aktionärsgruppe ändert. Diese Entscheidungslinie ist vor allem in jenen Konstellationen relevant, in denen ein beherrschender Aktionär einem (mit weniger Einflussmöglichkeit ausgestatteten) Minderheitsaktionär die Möglichkeit gewährt, Einblicke in die Geschäftsführung zu gewinnen, dort aber nicht entscheidend mitzuwirken.

#### 5.1.4.4 *Widerlegung der Vermutung im konkreten Fall*

In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt wurde der Aufsichtsrat durch die Zuwahl von Herrn Dr. Grossnigg und Herrn Mag. Straubinger im Rahmen der aoHV in den Aufsichtsrat von drei auf vier Kapitalvertreter erhöht. Dem Vorbringen der Antragstellerinnen, wonach grosso lediglich eine seiner wesentlichen – aber nicht kontrollierenden – Beteiligung entsprechende Vertretung im Aufsichtsrat verschafft werden sollte und die gesetzliche Vermutung mangels Kontrollrelevanz daher widerlegt sei, ist nach Ansicht des 2. Senats nicht zu folgen.

Denn die grosso zurechenbaren Mitglieder des Aufsichtsrats stellten **keine Minderheitenvertreter** iSd ständigen Spruchpraxis der ÜbK dar, die einem nicht kontrollierenden Minderheitsaktionär die

Überwachung, jedoch nicht die dauerhafte Beeinflussung der Geschäftstätigkeit, ermöglichen sollten. Vielmehr waren bei Eintragung der Verschmelzung grosso zwei der vier Mitglieder des Aufsichtsrats der S&T AG zuzurechnen; zusätzlich stellt grosso mit Herrn Dr. Grossnigg den Vorsitzenden des Aufsichtsrats, dessen Stimme nach § 11 Abs 5 der Satzung der S&T AG im Fall der Stimmgleichheit den Ausschlag gibt. Es lag daher nicht nur in der Macht der grosso zurechenbaren Mitglieder, jeden Beschluss im Aufsichtsrat zu blockieren („Vetorecht“); vielmehr konnten diese aufgrund des Dirimierungsrechts auch Beschlüsse gegen den Willen der anderen Mitglieder des Aufsichtsrats durchsetzen. Dabei ist festzuhalten, dass es nicht auf die faktische Ausübung der Kontrolle ankommt, sondern die bloße Möglichkeit dazu bereits ausreicht.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass es – den nach Ansicht der Antragstellerinnen alleine kontrollierenden – Quanmax M und Quanmax T nicht möglich gewesen wäre, im Falle eines Konflikts mit grosso, ihre Vormachtstellung im Aktionariat auch im Aufsichtsrat jederzeit sicher zu stellen. Denn eine Abwahl der grosso zurechenbaren Aufsichtsratsmitglieder wäre am Erfordernis einer Dreiviertelmehrheit gemäß § 87 Abs 8 AktG gescheitert, da grosso – trotz einer Beteiligung von lediglich rund 16,58% – *de facto* eine Sperrminorität zukommt (siehe oben 3.8). Grosso ist es daher möglich, in der Hauptversammlung der S&T AG Beschlüsse, welche einer Dreiviertelmehrheit bedürfen, zu verhindern, sofern nicht Aktionäre des Streubesitzes an der Hauptversammlung teilnehmen, welche 13.635.279 Aktien – das entspricht 34,66% des Grundkapitals oder rund 70% des gesamten Streubesitzes – vertreten und alle für einen Widerruf der Bestellung der von grosso gewählten Aufsichtsratsmitglieder Dr. Grossnigg und Mag. Straubinger stimmen. Auf Basis der Anwesenheit der Streubesitzaktionäre in den Hauptversammlungen der S&T AG in der Vergangenheit sowie den allgemeinen Erfahrungswerten der ÜbK ist dies äußerst unwahrscheinlich.

Eine Widerlegung der Vermutung kann sich zudem auch aus der **Person des Gewählten** ergeben (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5), wenn aufgrund dessen **besonderer fachlicher Eignung und Unabhängigkeit** *bloß* eine optimale Besetzung des Aufsichtsrats angestrebt wird (vgl etwa die Stellungnahme der ÜbK GZ 2011/1/1-21). Im Zusammenhang mit dieser zweiten Möglichkeit der Widerlegung sind daher zwei Kriterien getrennt zu prüfen: Einerseits die besondere fachliche Eignung und andererseits die Unabhängigkeit des Gewählten. Hinsichtlich des ersten Kriteriums, der fachlichen Eignung, ist der 2. Senat davon überzeugt, dass Dr. Grossnigg und Mag. Straubinger über diese verfügen, sodass es hierzu keiner weiteren Ausführungen bedarf.

Aus Sicht des 2. Senats ist hingegen das Erfordernis der Unabhängigkeit der beiden genannten grosso zurechenbaren Personen nicht erfüllt: Herr Dr. Grossnigg hält 94% des Stammkapitals und ist damit Mehrheitseigentümer der grosso. Aufgrund dieser Möglichkeit des beherrschenden Einflusses Dr. Grossniggs auf grosso ist dieser aus übernahmerechtlicher Sicht ohne Zweifel der grosso zuzu-

rechnen. Dies manifestierte sich auch in seiner Vorstellung im Rahmen der aoHV, in der er besonders hervorhob, dass er bald ein wesentlicher Aktionär der neu verschmolzenen S&T AG sein werde. Herr Mag. Straubinger ist seit vielen Jahren Geschäftsführer einer Gesellschaft, die Dr. Grossnigg übernahmerechtlich zurechenbar ist. Diese Zurechenbarkeit bestätigte Herr Mag. Straubinger auch in der aoHV, indem er sich im Zuge der Wahl zum Aufsichtsratsmitglied dem Aktionariat als „Geschäftsführer einer Gesellschaft von Dr. Grossnigg“ vorstellte. Als solcher ist Herr Mag. Straubinger nach Ansicht des 2. Senats wirtschaftlich nicht unabhängig von grosso bzw Dr. Grossnigg. Dabei schadet nicht, dass Mag. Straubinger entsprechend der Bestätigung der grosso, grosso II, Dr. Eitlers und Mag. Straubingers selbst vom 8. April 2013, dass die Geschäftsführer der AVE Beteiligungs GmbH sich ausbedungen haben, weisungsfrei zu agieren. Denn dies ändert nichts an der Tatsache, dass grosso II – und damit mittelbar grosso und Dr. Grossnigg – die Möglichkeit hat, die Geschäftsführer der AVE gemäß § 16 Abs 1 GmbHG abuberufen. Mag. Straubinger ist daher aus übernahmerechtlicher Sicht der grosso zurechenbar.

Nach Ansicht des 2. Senats scheidet eine Widerlegung der Vermutung daher am Fehlen der Unabhängigkeit. Im Gegensatz zu dem der Entscheidung ÜbK GZ 2011/1/1-21 zugrunde liegenden Sachverhalt ist die Unabhängigkeit Dr. Grossniggs und Mag. Straubingers von grosso nicht gegeben, sodass im Ergebnis eine Widerlegung der Vermutung ausscheidet. Zudem erfolgte die Bestellung nicht *bloß* zur optimalen Besetzung des Aufsichtsrats und ist objektiv nicht das allein tragende Motiv der Bestellung.

#### *5.1.4.5 Weitere Indizien für ein gemeinsames Vorgehen der Antragstellerinnen*

S&T AG (ex Quanmax AG) und grosso stiegen im Herbst 2011 als Investoren bei S&T alt ein. Zwischen diesen Aktionären war eine einvernehmliche Stimmausübung vereinbart, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen und diese damit vor der Insolvenz zu bewahren (GZ 2011/3/4-73, 22). Die kontrollierenden Aktionäre der S&T AG (ex Quanmax AG) waren Quanmax M und Quanmax T mit einer Beteiligung von rund 45,74%.

Der 3. Senat der ÜbK qualifizierte die beiden Investoren S&T AG (ex Quanmax AG) – und aufgrund der Vermutung in § 1 Z 6 letzter Satz ÜbG damit mittelbar auch Quanmax M und Quanmax T – und grosso im Bescheid GZ 2011/3/4-73 folglich als Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG, deren Stimmrechte gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen sind (GZ 2011/3/4-73, 22). Dennoch war diese Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger von der Angebotspflicht gemäß § 25 Abs 1 Z 2 1. Fall ÜbG befreit, da die kontrollierende Beteiligung im konkreten Fall „zu bloßen Sanierungszwecken“ erlangt wurde.

Nach Ansicht des 2. Senats ist kein Grund ersichtlich, warum dieses Einvernehmen von grosso einerseits und den (früher allein) kontrollierenden Aktionären der S&T AG, Quanmax M und Quanmax T,

nach der Verschmelzung plötzlich beendet werden sollte. **Vielmehr ist aufgrund der erfolgreichen Zusammenarbeit der Quanmax M und Quanmax T einerseits und grosso andererseits in Bezug auf ihre Beteiligung an der S&T alt davon auszugehen, dass sich deren Kooperation in der Zielgesellschaft nahtlos fortgesetzt hat.** Dafür spricht auch, dass gemäß der im Rahmen der außerordentlichen Hauptversammlung der S&T alt vom 5. November 2012 dargelegten 3-Stufen-Plan zur Sanierung der S&T alt nunmehr der dritte Schritt „*Agenda 2015*“ erreicht wurde, welcher in den Jahren 2013 ff umgesetzt wird. Demnach sei die „*Verschmelzung mit Quanmax [Anm. heute S&T AG] [...] ein wichtiger Schritt für weitere Verbesserungen*“.

**Diese Zusammenarbeit in der jüngsten Vergangenheit ist daher eindeutiges Indiz für die Kooperation der Quanmax M und Quanmax T einerseits und grosso andererseits in Bezug auf ihre Beteiligung an S&T AG** (vgl die Stellungnahme der ÜbK GZ 2009/1/1-36). Diese Indizwirkung wird insbesondere dadurch verstärkt, dass grosso für ihre wesentliche – aber für sich allein gesehen nicht kontrollierende – Beteiligung an S&T AG nicht bloß ein „Minderheitenvertreter“ im Aufsichtsrat zugestanden wurde. Vielmehr wurden grosso zwei Positionen im Aufsichtsrat eingeräumt und Dr. Grossnigg sogar der Vorsitz im Aufsichtsrat zugestanden. Grosso hielt daher aufgrund des dem Vorsitzenden, Dr. Grossnigg, zustehenden Dirimierungsrechts im Falle einer Uneinigkeit sogar die Mehrheit im Aufsichtsrat (siehe dazu oben 5.1.4.4). Dies wäre ohne vorangegangene Absprache undenkbar. Alleine aufgrund dieser Umstände ist bereits von einem Kontrollwechsel bei S&T AG auszugehen (vgl dazu etwa auch ÜbK GZ 2009/1/1-36 [Binder] sowie GZ 2009/1/4-104 [ECO]).

Weiters lassen auch die gemeinsamen Berater der Quanmax M und Quanmax T einerseits und grosso andererseits darauf schließen, dass die Interessen der beiden Parteien gleich gelagert sind. Die Rechtsanwaltskanzlei XY-GmbH vertrat grosso und S&T AG (ex Quanmax AG) im oben genannten Verfahren GZ 2011/3/4 vor der ÜbK, in dem die beiden Investoren der S&T alt als gemeinsam vorgehende Rechtsträger qualifiziert wurden. Darüber hinaus vertrat XY-GmbH die S&T AG sowie die S&T alt im Rahmen der Verschmelzung. Im nunmehr gegenständlichen Verfahren waren bis knapp vor Ende des Verfahrens alle Antragstellerinnen<sup>1</sup> sowie die Zielgesellschaft von XY-GmbH vertreten. Ginge man davon aus, dass die Antragstellerinnen unterschiedliche, nicht einander deckende Interessen verfolgten, schied eine Vertretung aller Antragstellerinnen durch XY-GmbH wohl aus.

Für die übernahmerechtliche Beurteilung des Sachverhalts unbeachtlich ist hingegen die Argumentation der Antragstellerinnen, dass S&T alt bereits vor der Verschmelzung für rund 60% des Konzernumsatzes der S&T AG (ex Quanmax AG) verantwortlich gewesen und daher bereits wirtschaftlich durch die Gruppe Quanmax M – Quanmax T – grosso kontrolliert worden sei.

#### 5.1.4.6 Keine Ausnahme von der Angebotspflicht

Der 2. Senat der ÜbK sah bei der Beurteilung des entscheidungsgegenständlichen Sachverhalts keine der Ausnahmebestimmungen von der Angebotspflicht gemäß §§ 24 f ÜbG erfüllt.

Insbesondere liegt – entgegen der Ansicht der Antragstellerinnen – die Ausnahme von der Angebotspflicht gemäß § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG nicht vor. Demnach besteht die Angebotspflicht dann nicht, wenn zwar eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger gemäß § 22a ÜbG gebildet wurde, der beherrschende Einfluss jedoch nicht wechselt. Richtig ist, dass Quanmax M und Quanmax T die Möglichkeit zukommt, Beschlüsse in der Hauptversammlung auch gegen den Willen grossos durchzusetzen, ohne dass grosso – soweit ersichtlich – ein Vetorecht zukommt. Die Prüfung ist allerdings nicht bloß auf Basis der Stimmrechte vorzunehmen. Vielmehr ist der entscheidungsrelevante Sachverhalt im Wege eines beweglichen Systems zu beurteilen (*Gall in Huber, Übernahmerecht § 24 Rz 42*). Aus diesem Grund muss auch berücksichtigt werden, dass die kontrollrelevanten Tatbestände durch die Wahlen in den Aufsichtsrat im Zuge der aoHV vom 6. November 2012 bereits gesetzt wurden. Grosso ist daher nicht als untergeordnetes Mitglied der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren, da er im Aufsichtsrat anfangs durch zwei Mitglieder und mittlerweile durch ein Mitglied im Aufsichtsrat vertreten war. Darüber hinaus ist der Vertreter der grosso, Herr Dr. Erhard Grossnigg, weiterhin Vorsitzender des Aufsichtsrats. Zudem kommt grosso nach den üblichen HV-Präsenzen *de facto* eine Sperrminorität zu, sodass grosso jene Beschlüsse, die eine Dreiviertelmehrheit erfordern, regelmäßig blockieren können wird (siehe dazu bereits oben).

Die Zusammenarbeit zwischen Quanmax M, Quanmax T, grosso und Herrn DI Niederhauser ist somit nicht analog zur den Wertungen zum Unterordnungssyndikat zu beurteilen, das vom Gesetzgeber gemäß § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG privilegiert ist.

#### 5.1.4.7 Ergebnis

Als **Ergebnis** hält der 2. Senat somit fest, dass eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG auch darin liegen kann, dass im Rahmen einer Transaktion, wie im gegenständlichen Fall einer Verschmelzung, die wesentlichen Parameter der Zielstruktur festgelegt werden. Zudem ist die **Vermutung des gemeinsamen Vorgehens** gemäß § 1 Z 6 letzter Satz ÜbG **erfüllt**. Diese Vermutung konnte im gegenständlichen Verfahren **nicht widerlegt** werden. Dies scheidet insbesondere daran, dass die grosso zurechenbaren Mitglieder des Aufsichtsrats **nicht als Minderheitenvertreter** iSd ständigen Spruchpraxis der ÜbK zu qualifizieren sind bzw waren. In möglichen „Kampfabstimmungen“ im Aufsichtsrat hätten sie nämlich nicht nur ein Vetorecht, mit dem sie kontrollrelevante Beschlüsse verhindern könnten, sondern aufgrund des Dr. Grossnigg gemäß der Satzung der S&T AG zustehenden Dirimierungsrechts sogar die Mehrheit im Aufsichtsrat gehabt. Zudem ist es Quanmax M und Quanmax T nicht möglich, die Bestel-

lung der grosso nahe stehenden Mitglieder des Aufsichtsrats zu widerrufen, da es ihnen an der dafür notwendigen Dreiviertelmehrheit in der Hauptversammlung bei üblicher Anwesenheit des Streubesitzes bei Hauptversammlungen der S&T AG in der Vergangenheit fehlt. Darüber hinaus sind Dr. Grossnigg und Mag. Straubinger zweifelsohne zwar fachlich besonders geeignet; allerdings **fehlt** es ihnen an der nach der Spruchpraxis der ÜbK verlangten **Unabhängigkeit** von grosso. Dass Mag. Straubinger mit Wirkung zum 20. Februar 2013 zurückgetreten ist, kann bei der Beurteilung des Vorliegens eines Kontrollwechsels nicht berücksichtigt werden.

Darüber hinaus sprechen eine Reihe weiterer **Indizien für ein gemeinsames Vorgehen** der Antragstellerinnen: Die Zusammenarbeit der Antragstellerinnen in der Vergangenheit iZm dem Einstieg bei S&T alt, der Kontrollsituation im Aufsichtsrat nach der Verschmelzung sowie die Zuziehung eines gemeinsamen Rechtsvertreters für sowohl die Verschmelzung von S&T alt auf S&T AG als auch das Verfahren vor der Übernahmekommission.

Aufgrund des Gesamtbildes der aufgezeigten Umstände liegt für den 2. Senat der ÜbK kein vernünftiger Grund vor, daran zu zweifeln, dass Quanmax M, Quanmax T, grosso und Herr DI Hannes Niederhauser als gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind, deren Anteile gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen sind. Damit erlangte diese Gruppe „Quanmax M-Quanmax T-grosso-Niederhauser“ erstmals eine gemeinsame kontrollierende Beteiligung, was gemäß § 22a Z 3 ÜbG die Angebotspflicht nach § 22 Abs 1 ÜbG zur Folge hat.

IdZ ist anzumerken, dass durch die Verschmelzung lediglich ein Kontrollwechsel aus Sicht der ehemaligen Quanmax-AG-Aktionäre stattgefunden hat, nicht aber aus Sicht der Aktionäre der S&T alt. Letztere war bereits zuvor von S&T AG (ex Quanmax AG) – und daher mittelbar von Quanmax T – und grosso gemeinsam kontrolliert worden, was auch im Bescheid der ÜbK GZ 2011/3/4-73 festgestellt wurde. **Das Angebot ist daher lediglich an jene Altaktionäre der Zielgesellschaft zu richten, die bereits vor Eintragung der Verschmelzung an dieser beteiligt waren** (vgl *Kalss/Winner*, Umgründungs- und Übernahmerecht – Versuch einer Synthese, ÖBA 2000, 51 [64]; *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz [2003] 246 f). Dabei handelt es sich um die Aktionäre der bei der Verschmelzung aufnehmenden ehemaligen Quanmax AG.

Ginge man – so wie die Antragstellerinnen – davon aus, dass Quanmax M und Quanmax T die Kontrolle über die Zielgesellschaft alleine ausüben, so wäre allenfalls ein möglicher Kontrollwechsel bei S&T alt im Wege der analogen Anwendung der §§ 22 ff ÜbG zu prüfen (vgl dazu die Stellungnahme der ÜbK GZ 2000/1/4-171).

**Die Antragstellerinnen sowie Herr DI Hannes Niederhauser sind daher gemäß § 26b Abs 2 ÜbG verpflichtet, innerhalb von zwanzig Börsetagen ab Zustellung dieses Feststellungsbescheids das**

**Pflichtangebot anzuzeigen. Zuständig für die Abwicklung des Pflichtangebots ist die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.**

## **5.2 Zu Spruchpunkt 2: Abwenden der Angebotspflicht (§ 26b Abs 3 ÜbG)**

§ 26b Abs 3 ÜbG stellt dem Bieter grundsätzlich die Wahl, anstatt der Anzeige eines Pflichtangebots seine Beteiligung innerhalb von 20 Börsetagen auf maximal 30% der ständig stimmberechtigten Aktien zu reduzieren oder das Erlangen der kontrollierenden Beteiligung auf sonstige Weise rückgängig zu machen. Bei beiden Handlungsalternativen ist § 26a ÜbG sinngemäß anzuwenden. Diese Frist von 20 Börsetagen ist nicht verlängerbar, sodass die Maßnahmen – die Reduzierung der Beteiligung oder das Rückgängigmachen auf sonstige Weise – jedenfalls binnen dieser Frist zu geschehen hat. Eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 ÜbG, der eine Erstreckung dieser Frist auf Antrag gestattet, scheidet jedenfalls aus (vgl. GZ 2009/3/1-118, 33).

In der Folge ist zu untersuchen, ob im entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt ein solches Rückgängigmachen der Kontrollerlangung trotz der bereits gesetzten beherrschungsrelevanten Tatbestände durch die Wahlen in den Aufsichtsrat und die in diesem Gremium getroffenen Maßnahmen überhaupt noch möglich ist. Nach den Gesetzesmaterialien ist das Rückgängigmachen auf sonstige Weise „*durch Auflösung oder Änderung einer Stimmbindungsvereinbarung denkbar*“ (EB JA 1382 BlgNR 22. GP, 2). Nach den zutreffenden Stimmen in der Literatur kommt es dabei nicht bloß auf die formelle Beendigung oder Änderung des Syndikatsvertrags an, sondern auf den materiellen Wegfall des gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 ÜbG (*Gall in Huber, Übernahmegesetz § 26b Rz 14*).

Nach dem Normzweck des § 26b Abs 3 ÜbG sowie dem Willen und den Wertungen des historischen Gesetzgebers, die insbesondere in den Materialien zum ÜBRÄG 2006 zum Ausdruck kommen, soll dem Bieter damit insbesondere bei *überraschender* Kontrollerlangung eine Alternative offenstehen. Zudem soll der Bieter in Zweifelsfällen die Möglichkeit haben, Rechtssicherheit zu erlangen. Konkret wird dabei als Zweck des Verfahrens gemäß § 26b ÜbG die Entscheidung über die in § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG enthaltene Ausnahmen von der Angebotspflicht genannt (EB JA 1382 BlgNR 22. GP, 2; *Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 285*). Zwar wird im Schrifttum zu Recht darauf hingewiesen, dass diese Ausnahme als einziger Anwendungsbereich wohl zu restriktiv ist (*Gall in Huber, Übernahmegesetz § 26b Rz 16*); **allerdings kann die Veräußerung – und damit wohl auch das Rückgängigmachen der kontrollierenden Beteiligung – jedenfalls nur dann rechtzeitig sein, wenn die Kontrolle noch nicht in einer Hauptversammlung ausgeübt wurde** (EB JA 1382 BlgNR 22. GP, 2). Damit wird in den Materialien nur ein konkretes Beispiel erwähnt, nach dem ein Abwenden der Angebotspflicht ausscheidet; natürlich sind auch weitere Beispiele und Konstellationen denkbar, die ein Abwenden der Angebotspflicht verhindern. Den Gesetzesmaterialien kann daher entnommen werden, dass nach

der *ratio legis* ein Rückgängigmachen dann ausscheiden soll, wenn zB durch die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern beherrschungsrelevante Tatbestände gesetzt werden, die durch die bloße Veräußerung der 30% der Stimmrechte übersteigenden Aktien nicht rückgängig gemacht werden können (*Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 285*). Dieses Ausübungsverbot erstreckt sich wegen § 23 Abs 1 ÜbG auch auf alle gemeinsam vorgehenden Rechtsträger. Davon muss aufgrund der Systematik des § 1 Z 6 ÜbG iVm den genannten einschlägigen Normen nicht nur das aktive Ausüben der Stimmen, sondern auch die koordinierte Stimmenthaltung erfasst sein (siehe dazu oben).

Im entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt wurde die Kanzlei XY-GmbH bereits von der Geschäftsstelle im Vorfeld der Verschmelzung im August telefonisch und im Oktober schriftlich darauf hingewiesen, dass die übernahmerechtlichen Bestimmungen auch auf Umgründungsmaßnahmen anwendbar sind und die Umsetzung der Wahlen in den Aufsichtsrat auf die beabsichtigte, der ÜbK mitgeteilte Art und Weise vom zuständigen 2. Senat als Kontrollwechsel qualifiziert werden könnte; die Klärung dieser übernahmerechtlichen Fragestellung im Rahmen eines formellen Verfahrens vor der ÜbK im Vorfeld der Umsetzung wurde den Parteienvertretern daher nahegelegt. Es kann daher keinesfalls von einer *überraschenden* Kontrollerlangung ausgegangen werden. Vielmehr wurde nach Angaben der Antragstellerinnen den Aktionären Quanmax M und Quanmax T von ihrem Rechtsvertreter empfohlen, sich der Stimme zu enthalten, um die für sie widrigen Folgen des Übernahmerechts – *in concreto* das Pflichtangebot – zu vermeiden.

Trotz der erwähnten Warnungen durch die Geschäftsstelle der ÜbK, dass die Durchführung der Zuwahl der beiden Aufsichtsratsmitglieder Mag. Straubinger und Dr. Grossnigg die Angebotspflicht auslösen könnte, wurde diese in der aoHV vom 6. November 2012 vorgenommen. Dass die Zuwahl dieser beiden Aufsichtsratsmitglieder bereits vor dem formellen Erlangen der kontrollierenden Beteiligung durch Eintragung der Verschmelzung am 12. Dezember 2012 vorgenommen wurde, ist dabei jedenfalls unbeachtlich. Die erfolgreiche Zuwahl der beiden Mitglieder des Aufsichtsrats – Dr. Grossnigg und Mag. Straubinger – war trotz der koordinierten Stimmenthaltung durch Quanmax M, Quanmax T, Herrn DI Niederhauser und anderen Aktionären in der aoHV vom 6. November 2012 zu keinem Zeitpunkt gefährdet, da der Vertreter der Quanmax M und Quanmax T, Herr RA A, rund 99,58% des anwesenden Grundkapitals vertrat und durch die Kenntnis des Abstimmungsverhaltens seiner Vollmachtgeber und der Gesamtpräsenz in der aoHV die positive Beschlussfassung durch die Hauptversammlung bereits feststand (siehe dazu die Ausführungen oben 3.7 und 5.1.4.2). Dass das Abwenden eines möglichen Pflichtangebots und eine damit einhergehende Umgehung der übernahmerechtlichen Minderheitenschutzbestimmungen für die Stimmenthaltung kausal war, erweist sich – entgegen der widersprüchlichen Äußerungen von Herrn DI Hannes Niederhauser in der ersten mündlichen Verhandlung vom 3. April 2013 (siehe dazu oben zur Beweiswürdigung unter Punkt 4) – aus dem Schriftsatz der Antragstellerinnen vom 8. April 2013. Diesem Schriftsatz wurde auch das

Protokoll über die Sitzung des *Board* der Quanmax T beigelegt, in der der Beschluss gefasst wurde, für die Zuwahl der beiden Aufsichtsratsmitglieder zu stimmen.

**Nach Ansicht des 2. Senats der ÜbK besteht im entscheidungsgegenständlichen Fall die Möglichkeit des Rückgängigmachens der Kontrollerlangung durch Reduktion der Beteiligung auf maximal 30% der Stimmrechte oder durch Rückgängigmachen auf sonstige Weise gemäß § 26 Abs 3 ÜbG nicht:**

Denn die Kontrolle der Gruppe „Quanmax M – Quanmax T – grosso – Niederhauser“ wurde bereits durch die Zuwahl zweier der grosso nahe stehender Mitglieder in den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft in der aoHV ausgeübt, **sodass gerade die in den Materialien dargestellte Gefährdung durch Setzung kontrollrelevanter Tatbestände realisiert wurde.** Dies wurde auch von Herrn D als Vertreter der Aktionärin C-AG in der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2013 explizit vorgebracht. Durch die Zuwahl von Personen in den Aufsichtsrat der Gesellschaft können deren Geschicke nachhaltig beeinflusst werden (siehe dazu im Detail oben 5.1.4.2).

**Die Kontrolle wurde zudem nicht nur in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft ausgeübt. Vielmehr wurden in den Sitzungen des Aufsichtsrats mehrere Beschlüsse gefasst, die weit über das gewöhnliche Maß der Mitwirkung des Aufsichtsrats bei der Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft hinausgehen: Unter anderem wurde bereits in der konstituierenden Sitzung des Aufsichtsrats am 6. November 2012 Herr Dr. Peter Sturz zum Mitglied des Vorstands bestellt. Weiters wurde mit Herrn MMag. Richard Neuwirth während des laufenden Verfahrens vor der ÜbK eine weitere Vorstandsbestellung in der Sitzung des Aufsichtsrats vom 21. März 2013 vorgenommen.** Dass Herr Dr. Sturz bereits bei S&T alt tätig gewesen war, wie die Antragstellerinnen vorbrachten, ändert nichts daran, dass darin eine kontrollrelevante Maßnahme ersehen werden kann. Vielmehr verstärkt dies das Argument, dass der in der S&T alt begonnene, erfolgreiche gemeinsame Kurs bei der Zielgesellschaft fortgesetzt werden soll. Zudem wurde in derselben Aufsichtsratssitzung vom 21. März 2013 die Emission einer Anleihe beschlossen. Dazu wurden am 2. Mai 2013 die Details *ad hoc* veröffentlicht; demnach wird die Zielgesellschaft eine Unternehmensanleihe auf 5 Jahre im Volumen von EUR 15 Mio begeben.

**Selbst nach dem Rücktritt Mag. Straubingers und einem möglichen Rücktritt Dr. Grossniggs, der Einführung eines Höchststimmrechts und/oder der Setzung weiterer Maßnahmen entsprechend des ergänzenden Antrags vom 26. April 2013, könnten die bereits umgesetzten kontrollrelevanten Entscheidungen des Aufsichtsrats sowie des von diesem im Rahmen des Kontrollwechsels inaugurierten Vorstandes nicht mehr auf nachvollziehbare Art und Weise rückgängig gemacht werden.**

Insbesondere kann das Rückgängigmachen durch Abberufung bzw Rücktritt der Organwalter, insbesondere der Vorstandsmitglieder, der Zielgesellschaft die bereits von diesen Personen umgesetzten, kontrollrelevanten Geschäftsführungsmaßnahmen nicht rückgängig bzw ungeschehen machen. **Dies**

wäre zudem als Teil der Schritte zur Rückgängigmachung der Kontrollerlangung weder im Interesse der Zielgesellschaft, noch im Interesse der übrigen Beteiligungspapierinhaber. Auch die Reduktion der Beteiligung auf 30% führte – wie auch die Antragstellerinnen selbst in ihren Schriftsätzen vom 26. April 2013 ausführlich darlegen – aufgrund der rund 18% des Grundkapitals von der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger gehaltener Aktien zu einem nachhaltigen Kursverfall der Aktien der Zielgesellschaft. Auch das wäre freilich nicht im Interesse der übrigen Beteiligungspapierinhaber und würde dem durch das ÜbG intendierten Schutz der Minderheitsaktionäre jedenfalls zuwiderlaufen.

Da der 2. Senat zur Ansicht gelangt ist, dass die Reduktion der Beteiligung auf maximal 30% der Stimmrechte bzw das Rückgängigmachen auf sonstige Weise im gegebenen Sachverhalt nicht möglich sind, kann eine Absprache im Detail über die von den Antragstellerinnen beantragten Maßnahmen zur Rückführung der Kontrolle unterbleiben. Zudem war die Abhaltung einer weiteren mündlichen Verhandlung zur Ergänzung des Ermittlungsverfahrens aus Sicht des 2. Senats nicht notwendig. Dadurch wurde auch das rechtliche Gehör der Parteien nicht verletzt, da die Antragsänderung nicht die Rechte von Personen betrifft, die durch die Ergänzung des Antrags erstmals an der Rechtssache als Partei beteiligt waren; ebenso wenig werden die bestehenden Parteien, die bereits an den ersten beiden Terminen der mündlichen Verhandlung teilnahmen und deren Parteistellung dadurch nicht präkludiert ist, anders als bisher in ihren Rechten berührt (vgl dazu *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 37 Rz 15).

### 5.3 Verfahren

Das Verfahren wurde nach den Grundsätzen des § 33 ÜbG geführt. Dabei wurde insbesondere allen in § 33 Abs 2 ÜbG genannten Personen Parteistellung gewährt und durch den Aktionärsaufruf in der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 ÜbG gewährleistet, dass die ergehende Entscheidung *erga omnes*-Wirkung entfaltet und bei materiell unveränderter Sachlage nicht in einem Verfahren nach § 33 neu aufgerollt werden kann (siehe dazu *Gall in Huber*, Übernahmegesetz § 26b Rz 10 f; *ders in Huber*, Übernahmegesetz § 33 Rz 4; GZ 2009/3/1-118). Diesem Aufruf folgten zwei Minderheitsaktionäre (siehe dazu oben 1.2).

Dieser Aufruf führte naturgemäß auch zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer. Dabei ist festzuhalten, dass der ÜbK auch in Verfahren gemäß § 26b ÜbG die Entscheidung binnen angemessener Frist zu treffen hat, sodass die Fristenregelung für Verfahren gemäß § 33 ÜbG hier analog anzuwenden ist (§ 30 Abs 1 ÜbG; siehe dazu *Gall in Huber*, Übernahmerecht § 26b Rz 7). Zudem wurden von den Antragstellerinnen laufend neue Argumente in Form von Schriftsätzen vorgebracht, die weitere Sachverhaltsermittlungen und Diskussionen der rechtlichen Einordnung dieser Argumente seitens des 2. Senats der ÜbK erforderten.

#### **5.4 Zu Spruchpunkt 3: Gebühren**

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

Gemäß Punkt 4.1. GebO trägt der „Bieter“ die Kosten des Verfahrens. „Bieter“ im Sinne dieser Bestimmung sind grosso holding Gesellschaft mbH, Quanmax Inc., Quanmax Malaysia Sdn. Bhd und Herr DI Hannes Niederhauser. Nach Pkt. 4.2. der GebO entsteht der Gebührenanspruch zu dem Zeitpunkt, zu dem der Bieter den Antrag bei der ÜbK einbringt.

Der am 29. bzw 30. Jänner 2013 gemäß Pkt 4.3. GebO überwiesene Gebührevorschuss in der Höhe von EUR 10.700 ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen. Die Antragsteller haben daher noch einen Restbetrag von EUR 10.700 zu leisten.

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.

#### **5.5 Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

#### **5.6 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 240 zu entrichten.

Für den 2. Senat der Übernahmekommission

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher  
(Vorsitzender des 2. Senats)