

[redaktionell bearbeitet]

[...]

GZ 2018/1/5 -28
(Andritz)

B E S C H E I D

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat unter dem Vorsitz von em. o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) wie folgt entschieden:

Spruch

- 1. Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% aus allen der Custos Privatstiftung gemäß § 23 ÜbG zurechenbaren Aktien der Andritz AG wird gemäß § 22b Abs 3 ÜbG unbefristet aufgehoben.**
- 2. Die Aufhebung des Stimmrechtsruhens im Bescheid steht unter der auflösenden Bedingung und endet, sofern Custos Privatstiftung und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger in einer Hauptversammlung gemeinsam mehr als 26% der Stimmrechte an der Andritz AG tatsächlich ausüben, obwohl ihnen nach dem ersten gemäß § 117 AktG aufgelegten Teilnehmerverzeichnis eine relative Hauptversammlungsmehrheit zukommt.**
- 3. Die partielle Aufhebung des Stimmrechtsruhens gemäß Punkt 1 unterliegt darüber hinaus folgenden Einschränkungen:**
 - a) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% wird nicht aufgehoben für Hauptversammlungsbeschlüsse über Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss und/oder für Kapitalerhöhungen mit Sacheinlage durch Custos Privatstiftung und die mit ihr gemeinsam vorge-**

henden Rechtsträger. Ein teilweiser Bezugsrechtsausschluss zum Ausgleich von Spitzenbeträgen ist davon ausgenommen.

- b) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% wird nicht aufgehoben für Hauptversammlungsbeschlüsse über Umgründungsmaßnahmen, insbesondere Verschmelzung und Spaltung, bei denen Vermögen auf oder von Custos Privatstiftung oder den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern übertragen werden soll.**
 - c) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl von von Custos Privatstiftung oder den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern keiner Stimmrechtsbeschränkung; ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zur Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.**
 - d) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl anderer als unter Punkt c) zu qualifizierender Kandidaten in den Aufsichtsrat keiner Stimmrechtsbeschränkung, sofern insgesamt die Mehrheit der Mitglieder im Aufsichtsrat – unter Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter – von Custos Privatstiftung oder den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern unabhängig sind.**
- 4. Gemäß Punkt 2.2. und 8.1. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission sind Custos Privatstiftung, FN 155059d, Hans-Sachs-Gasse 7, 8010 Graz, und die gemeinsam mit ihr vorgehenden Rechtsträger solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,- verpflichtet. Der unter Abzug des am 18.09.2018 gemäß Punkt 2.4. der Gebührenordnung geleisteten Gebührenvorschusses von EUR 10.700,- verbleibende Restbetrag von EUR 10.700,- ist gemäß Punkt 8.3. und 8.6. GebO innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer IBAN AT602011100001220993, BIC GIBAATWW zu entrichten.**

BEGRÜNDUNG

A. VERFAHRENGANG UND PARTEIENVORBRINGEN

I. Allgemeines

1. Mit Bescheid zu GZ 2014/1/7 [Andritz] vom 20.03.2015 hob die Übernahmekommission („ÜbK“) mit Spruchpunkt 2 gemäß § 22b Abs 3 ÜbG das Ruhen des Stimmrechts aus allen der Custos Privatstiftung („Custos“) zurechenbaren Stimmrechten der Andritz AG („Andritz“) zwischen 26% und 30% mit gewissen Einschränkungen auf. Eine Einschränkung des Aufhebens des Stimmrechtsruhens sah die ÜbK für besonders kontrollrelevante Beschlüsse vor, wie etwa Kapitalerhöhungen, Umgründungsmaßnahmen oder Wahlen in den Aufsichtsrat. Zudem war der Bescheid bis zum 30.06.2018 befristet.

II. Partein vorbringen – Anträge vom 14.06.2018

2. Nach Vorbesprechungen mit der ÜbK im Mai 2018 brachten am 14.06.2018 einerseits Custos und andererseits Certus Beteiligungs-GmbH („Certus“), Manile Privatstiftung („Manile“) und Salapo Beteiligungsverwaltungs GmbH („Salapo“) gemeinsam Anträge gemäß § 22b Abs 3 ÜbG bei der ÜbK ein und beehrten, die ÜbK möge gemäß § 22b Abs 3 ÜbG das Stimmrechtsruhen zwischen 26% und 30% aus allen Custos zurechenbaren Aktien der Andritz partiell aufheben.
3. Die Antragsteller beehrten ein unbefristetes Aufheben des Stimmrechtsruhens und stützen sich dabei auf die Hauptversammlungspräsenzen der letzten Jahre der Andritz, die nachstehender Grafik entnommen werden kann.

	Präsenz insgesamt	stimmberechtigte Aktien Certus/ Cerberus/ Custos	Anteil (stimmberechtigte Aktien)
2011	45.508.206	25.469.544	55,97%
2012	50.918.630	25.789.544	50,65%
2013	60.294.224	26.809.544	44,46%
2014	64.814.452	26.949.544	41,58%
2015	64.684.794	30.949.544	47,85%
2016	65.766.529	30.572.806	46,49%
2017	62.717.272	30.572.806	48,75%
2018	69.918.230	30.572.806	43,73%

4. Die Antragsteller führten aus, die ÜbK habe das Aufheben des Stimmrechtsruhens im Bescheid zu GZ 2014/1/7 [Andritz] damit begründet, dass die Hauptversammlungspräsenz in den letzten Jahren stetig zugenommen und Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger keine relative Hauptversammlungsmehrheit erreicht hätten. Um diese Entwicklung weiter zu beobachten, sei die Aufhebung des Stimmrechtsruhens bis 30.06.2018 befristet worden. Die historischen Hauptversammlungspräsenzen würden zeigen, dass während des gesamten Beobachtungszeitraums mehr als 60% des Grundkapitals in den Hauptversammlungen vertreten gewesen sei. Ein beherrschender Einfluss von Custos bei Ausübung von bis zu 29,99% sei daher nicht zu befürchten. Es gebe auch keine Anzeichen dafür, dass sich diese Entwicklung in Zukunft ändern werde, weshalb nach Ansicht der Antragsteller ein unbefristetes Aufheben des Stimmrechtsruhens gerechtfertigt sei.
5. Ergänzend wiesen die Antragsteller darauf hin, dass die SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH (FN 416160a) in Folge einer Umfirmierung nun Custos Vermögensverwaltungs GmbH („Custos GmbH“) heiße.

III. Partein vorbringen – Schriftsatz vom 20.07.2018

6. Manile brachte am 20.07.2018 einen ergänzenden Schriftsatz ein. In diesem brachte sie ihr Verständnis des Bescheids zu GZ 2014/1/7 [Andritz] zum Ausdruck, nach dem den Antragstellern nach dem Beobachtungszeitraum eine unbefristete partielle Aufhebung des Stimmrechtsruhens in Aussicht gestellt worden sei. Daher würden auch die Anträge vom 14.06.2018 keine Befristung des Aufhebens des Stimmrechtsruhens vorsehen. Weiters ergänzten die Antragsteller ihr Vorbringen hinsichtlich der Hauptversammlungspräsenzen. Unter Vorlage einer hypothetischen Berechnung der Hauptversammlungspräsenzen verwiesen die Antragsteller darauf, dass der Anstieg der Hauptversammlungspräsenz im Jahr 2015 darauf zurück zu führen gewesen sei, dass Custos nach Bescheiderlassung mehr Stimmrechte ausüben durfte. Der Anstieg der Hauptversammlungspräsenz sei auf das Aufheben des Stimmrechtsruhens zurück zu führen, nicht auf eine Veränderung der Aktionärspräsenz.
7. Ferner sind die Antragsteller der Auffassung, dass sich die Aktionäre der Andritz auf den *Status quo* eingestellt hätten und diesen vorbehaltlos akzeptieren. Nach Angaben der Antragsteller sei das Aufheben des Stimmrechtsruhens in den Hauptversammlungen nie in Frage gestellt worden. Eine dauerhafte Lösung sei daher, auch aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit, zu befürworten. Ebenso spreche für ein dauerhaftes Aufheben des Stimmrechtsruhens, dass die Beteiligungsverhältnisse der Andritz seit 2004 nahezu unverändert und stabil seien.

IV. Besprechung vom 07.08.2018

8. Am 07.08.2018 fand in der ÜbK eine Besprechung zwischen dem 1. Senat und den Antragstellern statt. In dieser sprach sich der 1. Senat gegen eine unbefristete Aufhebung des Stimmrechtsruhens ohne Auflagen aus. Er hielt fest, dass zum Schutz der Minderheitsaktionäre das Stimmrechtsruhen allenfalls nur so lange aufgehoben werden könne, bis Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger die einfache Hauptversammlungsmehrheit erlangen.

V. Parteilvorbringen – Antrag vom 12.09.2018

9. Nach der Besprechung vom 07.08.2018 brachten Custos und Manile am 12.09.2018 einen gemeinsamen Antrag ein, in dem sie die am 14.06.2018 eingereichten Anträge verbanden und vorbrachten, dass das partielle Aufheben des Ruhens der Stimmrechte zwischen 26% und 30% aus allen Custos zurechenbaren Anteilen (i) bis zu einer zukünftigen Hauptversammlung der Andritz gelten solle, in der die der Custos zurechenbaren Aktien bei der Erstellung des ersten Teilnehmerverzeichnisses gemäß § 117 AktG erstmals die relative Mehrheit vermitteln und Custos bzw die ihr zurechenbaren Rechtsträger gemeinsam mehr als 26% der Stimmrechte auch tatsächlich ausüben sollten und dass dies (ii) nicht für solche Angelegenheiten gelten solle, die bereits im Bescheid der ÜbK zu GZ 2014/1/7 [Andritz] von der partiellen Aufhebung des Ruhens der Stimmrechte ausgenommen wurden.
10. Die Antragsteller begründen die Abänderung des Antrags damit, dass ein wie von der ÜbK angedachtes, nicht unbefristetes Aufheben des Stimmrechtsruhens ihrer Ansicht nach nur dann sachgerecht sei, wenn auf das (erste) Teilnehmerverzeichnis gemäß § 117 AktG abgestellt werde. So seien die jedenfalls in der Hauptversammlung vertretenen Stimmrechte erfasst, während ein Abstellen auf einen späteren Zeitpunkt, etwa auf die Abstimmung selbst, willkürlich sei und zu aleatorischen Ergebnissen führe. Sei aus dem ersten Teilnehmerverzeichnis erkennbar, dass Custos zusammen mit den ihr zurechenbaren Stimmrechten die relative Hauptversammlungsmehrheit überschreiten würde, könnten Custos bzw die ihr zugerechneten Rechtsträger vor der ersten Abstimmung die Hauptversammlung mit einer solchen Anzahl von Stimmrechten verlassen, dass Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger nur mehr mit 26% am stimmberechtigten Grundkapital an der Hauptversammlung teilnehmen würden. So sei ein ausreichender Schutz für die übrigen Beteiligungspapierinhaber gesichert. Zudem bestünde für kontrollrelevante Beschlüsse ohnehin eine Ausnahme vom Aufheben des Stimmrechtsruhens.

VI. Parteilvorbringen – E-Mails vom 25.09.2018 und 26.09.2018

11. Am 25.09.2018 bzw 26.09.2018 langten bei der Übernahmekommission gleichlautende E-Mails der Antragsteller zwecks Bestätigung ein, dass kein Einwand gegen

die „Ergänzung des offenkundigen Schreibfehlers des ursprünglichen Bescheides“ GZ 2014/1/7 betreffend „Certus Beteiligungs GmbH“ und damit gegen die Berücksichtigung als mit Custos gemeinsam vorgehender Rechtsträger bestehe. Ferner hielten sie fest, dass ihre Ausführungen im Antrag zu Punkt 4.1 „volle Ausübung des Stimmrechts“ so zu verstehen sei, dass dies ausschließlich im Zusammenhang mit den nach Punkt 1 des Bescheidantrags maximal ausübaren 30% (der Stimmrechte) zu sehen sei. Die Antragsteller hielten darüber hinaus fest, dass sie keine Notwendigkeit einer mündlichen Erörterung der Sach- und Rechtslage sehen, sofern keine anderen Änderungen im Vergleich zum Bescheidantrag vorgenommen werden.

B. ANTRÄGE

12. Certus, Manile und Salapo beantragten mit Schriftsatz vom 14.06.2018, die Übernahmekommission möge gemäß § 22b Abs 3 ÜbG das Stimmrechtsruhen partiell aufheben und aussprechen, dass das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% aus allen der Custos Privatstiftung zurechenbaren Aktien der Andritz AG aufgehoben wird.
13. Custos beantragte mit Schriftsatz vom 14.06.2018, die Übernahmekommission möge das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% aus allen der Custos Privatstiftung zurechenbaren Aktien der Andritz AG gemäß § 22b Abs 3 ÜbG aufheben.
14. Mit Schriftsatz vom 20.07.2018 wurde das Vorbringen um weitere Angaben zur Hauptversammlungspräsenz und der Eigentümerstruktur der Andritz ergänzt.
15. Mit Schriftsatz vom 12.09.2018 fassten Custos und Manile die Ergebnisse der Besprechung mit dem 1. Senat vom 07.08.2018 aus ihrer Sicht zusammen und änderten den Antrag gemäß § 22b Abs 3 ÜbG dahin ab, dass die Übernahmekommission aussprechen möge:
 - 1) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% aus allen der Custos Privatstiftung gemäß § 23 ÜbG zurechenbaren Aktien der Andritz AG wird gemäß § 22b Abs 3 ÜbG unbefristet aufgehoben.
 - 2) Die partielle Aufhebung des Stimmrechts gemäß Punkt 1 unterliegt jedoch folgenden Einschränkungen:
 - a) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% wird nicht aufgehoben für Hauptversammlungsbeschlüsse über Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss und/oder für Kapitalerhöhungen mit Sacheinlage durch Custos Privatstiftung, Custos Vermögensverwaltungs GmbH (ehemals:

SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH), Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner. Ein teilweiser Bezugsrechtsausschluss zum Ausgleich von Spitzenbeträgen ist davon ausgenommen.

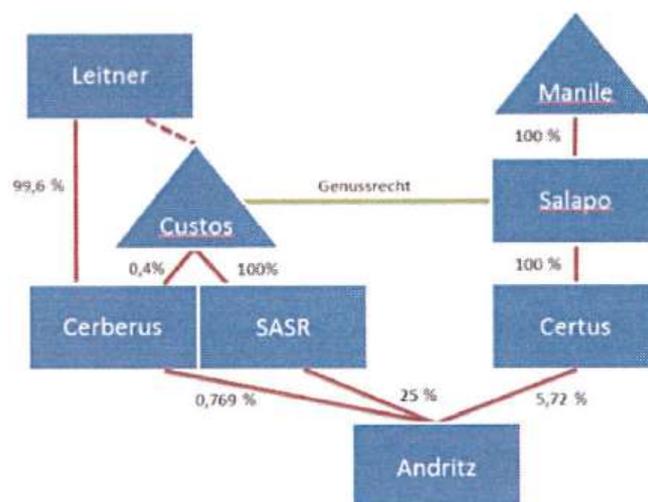
- b) Das Ruhen der Stimmrechte zwischen 26% und 30% wird nicht aufgehoben für Hauptversammlungsbeschlüsse über Umgründungsmaßnahmen, insbesondere Verschmelzung und Spaltung, bei denen Vermögen auf oder von Custos Privatstiftung, Custos Vermögensverwaltungs GmbH (ehemals: SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH), Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner übertragen werden soll.
 - c) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl von von Custos Privatstiftung, Custos Vermögensverwaltungs GmbH (ehemals: SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH), Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern keiner Stimmrechtsbeschränkung; ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zur Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.
 - d) Alle der Custos Privatstiftung zurechenbaren Stimmrechte zwischen 26% und 30% unterliegen bei Hauptversammlungsbeschlüssen über die Wahl anderer als unter Punkt c) zu qualifizierender Kandidaten in den Aufsichtsrat keiner Stimmrechtsbeschränkung, sofern insgesamt die Mehrheit der Mitglieder im Aufsichtsrat - unter Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter von Custos Privatstiftung, Custos Vermögensverwaltungs GmbH (ehemals: SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltung GmbH), Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und Dr. Wolfgang Leitner unabhängig sind; ein Mitglied des Aufsichtsrats gilt als unabhängig, wenn es in keiner geschäftlichen, familiären oder sonstigen Beziehung zur Gesellschaft, ihrem Mehrheitsaktionär oder deren Geschäftsführung steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der sein Urteilsvermögen beeinflussen könnte.
- 3) Der Bescheid steht unter der auflösenden Bedingung, dass Custos Privatstiftung bzw die ihr gemäß dem Bescheid GZ 2014/1/7-132 zugerechneten Rechtsträger in einer Hauptversammlung gemeinsam mehr als 26% der Stimmrechte an der Andritz AG tatsächlich ausüben, obwohl ihnen nach dem ersten gemäß § 117 AktG aufgelegten Teilnehmerverzeichnis eine relative Hauptversammlungsmehrheit zukommt.

C. SACHVERHALT

I. Vorverfahren GZ 2014/1/7 [Andritz]

16. Die Andritz AG ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Graz und der Geschäftsanschrift Stattegger Strasse 18, 8045 Graz. Das Grundkapital der Gesellschaft ist in 104.000.000 auf Inhaber lautende nennbetragslose Stückaktien unterteilt. Die Aktien notieren unter ISIN AT0000730007 im Amtlichen Handel (Prime Market) der Wiener Börse AG. Die Aktien der Andritz unterliegen daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollenwendungsbereich des Übernahmegesetzes.
17. Im Verfahren zu GZ 2014/1/7 [Andritz] entschied die ÜbK, dass Custos im Zusammenhang mit den Stimmrechten an der Andritz jedenfalls
- die Certus Beteiligungs-GmbH („Certus“)
 - die Cerberus Vermögensverwaltung GmbH und („Cerberus“)
 - die SASR Achtundfünfzigste Beteiligungsverwaltungs GmbH (nunmehr Custos Vermögensverwaltungs GmbH) („Custos Vermögensverwaltung“)
 - sowie die von Herrn Dr. Wolfgang Leitner ausgeübten Stimmrechte an der Andritz

zuzurechnen sind und Custos damit auf einen Anteil iHv rund 31,49% am stimmberechtigten Grundkapital der Andritz kommt. Grafisch sieht die Beteiligungsstruktur wie folgt aus:



Die Zurechnung ergab sich durch die Änderung der Rechtslage durch das ÜBRÄG 2006, welche zu einer anderen rechtlichen Qualifikation von Wertpapierdarlehen führte, die im Ergebnis zu einer Zurechnung von Anteilen bei Certus und in weiterer Folge bei Custos führte.

18. Eine Angebotspflicht wurde dadurch jedoch nicht ausgelöst, da die ÜbK den Sachverhalt als passive Kontrollerlangung gemäß § 22b ÜbG der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger rund um Custos beurteilte.
19. Die passive Kontrollerlangung hat grundsätzlich zur Folge, dass gemäß § 22b Abs 2 ÜbG nicht mehr als 26% der Stimmrechte ausgeübt werden können. Die ÜbK kann jedoch gemäß Abs 3 *leg cit* das Stimmrechtsruhen ganz oder teilweise aufheben und stattdessen Bedingungen und Auflagen festlegen, sofern dadurch ein gleichwertiger Schutz der anderen Inhaber von Beteiligungspapieren gewährleistet ist. Die ÜbK hob mit Bescheid zu GZ 2014/1/7 [Andritz] das Stimmrechtsruhen von Custos und der ihr zurechenbaren Rechtsträger partiell auf; in Bezug auf kontrollrelevante Beschlüsse blieb das Stimmrechtsruhen aufrecht. Eine Ausnahme vom Aufheben des Ruhens der Stimmrechte machte die ÜbK explizit für Hauptversammlungsbeschlüsse
- a) über **Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss und/oder für Kapitalerhöhungen mit Sacheinlage** durch Custos Privatstiftung oder gemeinsam vorgehende Rechtsträger . Ein teilweiser Bezugsrechtsausschluss zum Ausgleich von Spitzenbeträgen war davon ausgenommen.
 - b) über **Umgründungsmaßnahmen, insbesondere Verschmelzungen und Spaltungen**, bei denen Vermögen auf oder von Custos Privatstiftung oder gemeinsam vorgehende Rechtsträger übertragen werden sollte.
 - c) **über die Wahl von** von Custos Privatstiftung oder von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern **abhängigen Aufsichtsratsmitgliedern**, sofern die **Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder nicht unabhängig** iSd der im Bescheid definierten Kriterien war.
20. Begründet wurde das Aufheben des Stimmrechtsruhens insbesondere mit den Präsenzen der letzten ordentlichen Hauptversammlungen, die stetig zunahmen und so hoch waren, dass Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger keine relative Mehrheit in den Hauptversammlungen erreichten.
21. Die ÜbK beschränkte das Aufheben des Stimmrechtsruhens zudem bis zum 30.6.2018.

II. Entwicklung der Hauptversammlungspräsenz

22. Mit den Schriftsätzen vom 14.06.2018 legten die Antragsteller die Präsenzen der Hauptversammlungen der Andritz seit der Bescheiderlassung vor (siehe Rz 3). Diesen ist zu entnehmen, dass die Hauptversammlungspräsenz zwar schwankt, in keiner der Hauptversammlungen seit 2015 erreichten Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger jedoch die relative Hauptversammlungsmehrheit, wenngleich

sie in der ordentlichen Hauptversammlung im Jahr 2017 zusammen 48,75% der anwesenden stimmberechtigten Aktien repräsentierten und damit in die Nähe einer Mehrheit kamen.

[...]

D. BEWEISWÜRDIGUNG

23. Die Sachverhaltsdarstellungen beruhen auf den zum Akt genommenen Unterlagen des Verfahrens GZ 2014/1/7 [Andritz], den Ausführungen der Antragsteller in ihren Schreiben vom 14.06.2018, vom 20.07.2018, vom 01.08.2018 und vom 12.09.2018 sowie den Angaben der Antragsteller in der Besprechung vom 07.08.2018.

Nach Ansicht des Senats waren die Ausführungen in den Schriftsätzen sowie die Angaben in der Besprechung nachvollziehbar.

E. RECHTLICHE BEURTEILUNG

I. Zu Spruchpunkt 1 und 2: Aufheben des Stimmrechtsruhens

I.1. Stimmrechtsruhen nach passiver Kontrollerrlangung

24. Das ÜbG sieht in § 22b ÜbG eine privilegierte Möglichkeit der Kontrollerrlangung in Fällen vor, in denen der Kontrollaktionär die Kontrolle nicht angestrebt hat und die Angebotspflicht überraschend entstände (*Huber in Huber, ÜbG² § 22b Rz 3*). Es wäre in diesen Fällen nicht zumutbar, dem Kontrollaktionär den Finanzierungsbedarf eines Pflichtangebots aufzuerlegen, daher sieht § 22b Abs 1 ÜbG von der Pflicht zur Stellung eines Pflichtangebot ab; eine Mitteilungspflicht an die ÜbK besteht weiterhin. Letztlich geht es in diesen Fällen um eine Frage der übernahmerechtlichen Zurechenbarkeit der Kontrollerrlangung (*Winner, ÖJZ 2006, 662; Kraus, Angebotspflicht 414*).
25. Da jedoch für die Minderheitsaktionäre bei einer passiven Kontrollerrlangung dieselbe Gefahr wie bei einem klassischen Kontrollwechsel besteht, sieht § 22b Abs 2 ÜbG als Schutzmechanismus das Ruhen der 26% übersteigenden Stimmrechte vor. Ebenso ist es dem Kontrollaktionär nicht erlaubt, seine Beteiligung auszubauen und Beteiligungspapiere hinzuzuerwerben.

I.2. Aufheben des Stimmrechtsruhens

26. Gemäß § 22b Abs 3 ÜbG kann die ÜbK jedoch auf Antrag das Ruhen der Stimmrechte ganz oder teilweise aufheben und stattdessen Bedingungen und Auflagen

festlegen, um einen **gleichwertigen Schutz der anderen Beteiligungspapierinhaber** zu gewährleisten. § 22b Abs 3 ÜbG verweist bei der Anwendung von Bedingungen und Auflagen auf § 25 Abs 2 zweiter Satz ÜbG. In Frage kommen daher etwa die Wahl einer Mehrheit unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder, Berichtspflichten sowie das nur partielle Aufheben des Ruhens der Stimmrechte, damit etwa bei kontrollrelevanten Beschlüssen nicht mehr als 26% der Stimmrechte ausgeübt werden können (ÜbK GZ 2014/1/7 [Andritz]).

I.3. Aufheben des Stimmrechtsruhens im Fall Andritz

27. Im Bescheid zu GZ 2014/1/7 [Andritz] machte die ÜbK von der Möglichkeit des § 22b Abs 3 ÜbG Gebrauch und hob das Ruhen des Stimmrechts befristet bis zum 30.06.2018 partiell auf (siehe dazu den Sachverhalt unter Rz 1). Die Befristung sah die ÜbK ua deshalb vor, weil die Hauptversammlungspräsenz der Andritz in den vorangegangenen Jahren stets zunahm und Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger in diesen Jahren nicht die relative Mehrheit der Stimmrechte erreichten (siehe dazu auch Rz 3).
28. In den Schriftsätzen vom 14.06.2018 legten die Antragsteller die Entwicklung der Hauptversammlungspräsenz in den Jahren des Beobachtungszeitraumes (2015 – 2018) dar. Die Situation, dass Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger nicht die relative Mehrheit in den Hauptversammlungen der Andritz erreichten, ist unverändert. Entgegen dem Vorbringen der Antragsteller sieht es die ÜbK jedoch nicht als gesichert an, dass diese Entwicklung künftig fortbesteht. Wie die Antragsteller vorbringen, ist es zwar zutreffend, dass der Anstieg des relativen Stimmgewichts von Custos und den ihr zurechenbaren Rechtsträgern im Jahr 2015 darauf zurück zu führen ist, dass es ihnen in diesem Jahr erstmals möglich war, mehr als 26% der Stimmrechte auszuüben. Die Hauptversammlungspräsenzen der letzten Jahre zeigen jedoch, dass der relative Stimmanteil von Custos und der ihr zurechenbaren Rechtsträger schwankt. Während sich die Hauptversammlung 2018 durch eine hohe Präsenz auszeichnete, führte die geringe Teilnahme im Jahr 2017 zu einem relativen Stimmgewicht von Custos und der ihr zurechenbaren Rechtsträger von 48,75%. Es ist daher nicht gesichert, dass Custos und die ihr zurechenbaren Rechtsträger auch künftig keine relative Mehrheit in den Hauptversammlungen der Andritz erlangen.
29. Daran vermag auch das Vorbringen der Antragsteller, dass bei Hauptversammlungen, bei denen kontrollrelevante Beschlüsse auf der Tagesordnung stehen, die Hauptversammlungspräsenz idR steigt und dass dies in den letzten Jahren bei Andritz gerade nicht der Fall gewesen sei, nichts zu ändern. Es ist zwar zutreffend, dass kontrollrelevante Tagesordnungspunkte häufig zu einer höheren Hauptversammlungspräsenz führen; es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass Custos und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger trotzdem in einer Hauptversammlung mit kontrollrelevanten Tagesordnungspunkten die relative Hauptversammlungs-

mehrheit erreichen. Zudem wäre damit der von § 22b Abs 3 ÜbG geforderte Schutz der Beteiligungspapierinhaber vom Interesse einzelner Aktionäre an der Tagesordnung abhängig.

30. Übernahmerechtliche Ausnahmen oder Auflagen müssen sich zudem nicht nur an der subjektiven Wahrnehmung der übrigen Beteiligungspapierinhaber im Hinblick auf eine Gefährdungslage der Interessen der Minderheitsaktionäre orientieren, sondern auch an der von den konkreten Rechtsträgern unabhängigen objektiven Gefährdungslage. Es mag zutreffen, dass sich die übrigen Beteiligungspapierinhaber bei Andritz – wie die Antragsteller vorbringen – auf den *Status quo* und die Stellung von Custos und der mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger eingestellt haben, dabei handelt es sich jedoch nur um eine Momentaufnahme, die nicht zwingend in aller Zukunft so sein muss.
31. Vor diesem Hintergrund ist ein unbefristetes Aufheben des Stimmrechtsruhens ohne auflösende Bedingung aus der Perspektive der übrigen Beteiligungspapierinhaber nicht zu rechtfertigen.

I.4. Beschränkung der Ausübung der Stimmrechtsmacht

32. Die ÜbK erachtet daher eine generelle uneingeschränkte Ausnahme der Antragsteller vom Stimmrechtsruhen für nicht sachgerecht. § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG normiert aber, dass eine Beteiligung insbesondere dann keinen beherrschenden Einfluss vermittelt, wenn die Aktien aufgrund der üblichen Hauptversammlungspräsenz nicht die Mehrheit der Stimmrechte vermitteln. Daraus lässt sich ableiten, dass eine Beteiligung zumindest so lange nicht als beherrschend anzusehen ist, so lange sie nicht die relative Hauptversammlungsmehrheit vermittelt, denn genau für diese Fälle sieht § 24 ÜbG eine Ausnahme von der Angebotspflicht vor.
33. Überträgt man diesen Gedanken auf den vorliegenden Fall, ist zumindest solange ein gleichwertiger Schutz der anderen Beteiligungspapierinhaber gemäß § 22b Abs 3 gegeben, so lange kein beherrschender Einfluss auf die Zielgesellschaft ausgeübt werden kann und tatsächlich ausgeübt wird. Nach Ansicht der ÜbK ist es daher auch sachgerecht, die ausübbareren Stimmrechte von der Hauptversammlungspräsenz abhängig zu machen, denn auch so kann sichergestellt werden, dass kein beherrschender Einfluss ausgeübt wird und ein gleichwertiger Schutz für die anderen Beteiligungspapierinhaber besteht.
34. Herangezogen werden sollten dabei die insgesamt in der Hauptversammlung vertretenen Stimmrechte. Diese können dem ersten Teilnehmerverzeichnis gemäß § 117 AktG entnommen werden. Sollte sich daraus für Custos und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger eine relative Hauptversammlungsmehrheit ergeben, können sie in der betreffenden Hauptversammlung nur durch ein Absenken ihrer Stimmrechtsanteile auf insgesamt 26% die grundsätzliche Aufrechterhaltung

der obigen Ausnahmen bei folgenden Hauptversammlungen (dort aber unter der gleichen Prämisse) ermöglichen. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, aber doch sehr unwahrscheinlich, dass Custos und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger im Gegensatz zum ersten Teilnehmerverzeichnis im unmittelbar auf die Erstellung desselben folgenden Abstimmungsprozedere bei (einzelnen) Tagesordnungspunkten zusammen die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen repräsentieren. Dies könnte aber nur auf ein kurzfristiges Verlassen einzelner Aktionäre des Versammlungssaales zurückzuführen sein und hätte daher – wie von den Antragstellern vorgebracht – eher aleatorischen Charakter, sofern dem nicht ein abgestimmtes Verhalten zugrunde liegt. Ein solches wäre aber gesondert zu evaluieren.

35. Der Vollständigkeit halber ist auch darauf hinzuweisen, dass es Custos und den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern nicht erlaubt ist, den Eintritt der auflösenden Bedingung dadurch zu umgehen, dass sie während des Abstimmungsvorgangs mit mehr Stimmen an der Hauptversammlung teilnehmen, als im Teilnehmerverzeichnis gemäß § 117 aufgenommen sind. Ein solches Verhalten wäre als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass – auch bei entsprechend hoher Hauptversammlungspräsenz – gemäß § 22b Abs 3 ÜbG ein Ausüben von mehr als 30% der Stimmrechte jedenfalls unzulässig ist.

II. Zu Spruchpunkt 3: Gebühren

36. Für ein Verfahren gemäß § 22b ÜbG vor der Übernahmekommission ist gemäß Punkt 2.2. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission („GebO“) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400,-- zu entrichten. Grundsätzlich trägt der Bieter die Kosten des Verfahrens, dies ist im vorliegenden Fall Custos. Gehen im Hinblick auf die Ausübung der Stimmrechte Rechtsträger hingegen gemeinsam vor (§ 1 Z 6 ÜbG), haften diese gemäß Punkt 8.1. der Gebührenordnung für die Entrichtung der Gebühren solidarisch. Daher haften Custos und die mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger für die Gebühr gemäß Punkt 2.2. der GebO solidarisch.
37. 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 IBAN AT602011100001220993, Swift Code GIBAATWW, zu erfolgen.

III. Mündliche Verhandlung

38. Verfahren vor der ÜbK sind gemäß § 30 Abs 2 ÜbG nach dem AVG zu führen, in Bezug auf die mündliche Verhandlung sind die §§ 24 und 25 VwGVG sinngemäß anzuwenden. Gemäß § 30 Abs 3 ÜbG kann die ÜbK jedoch auf eine mündliche

Verhandlung verzichten, wenn anzunehmen ist, dass sie auf Grund der Verhandlung zu keinem anderen Ergebnis kommen kann.

39. Der ÜbK lag bei der Entscheidung über den Antrag der gesamte Akt des Vorverfahrens zu GZ 2014/1/7 [Andritz] vor. Die Antragsteller erstatteten in mehreren Schriftsätzen umfassende Vorbringen. Zudem fanden vor der Antragstellung mehrere Telefonate und am 09.05.2018 eine Vorbesprechung mit den Rechtsvertretern von Manile statt. Außerdem fand am 07.08.2018 eine Besprechung des Senates mit den Rechtsvertretern der Antragsteller und Dr. Wolfgang Leitner statt. Nach Ansicht der ÜbK ist daher nicht davon auszugehen, dass eine mündliche Verhandlung zu einer ergänzenden Sachverhaltsklärung und zu einem anderen Ergebnis führen würde, weshalb auf deren Abhaltung verzichtet werden konnte.
40. Auf das Vorbringen der Manile im Schriftsatz vom 20.07.2018, in dem sie mitteilte, dass ihrer Ansicht nach (noch) kein Fall des § 30 Abs 3 ÜbG vorliege, ist nicht mehr einzugehen, da seither eine Besprechung mit allen Rechtsvertretern und Herrn Dr. Wolfgang Leitner, mehrere weitere Gespräche und Eingaben sowie der formelle Antrag vom 12.09.2018 erfolgt sind, denen die ÜbK der Sache nach folgt.

F. RECHTSMITTELBELEHRUNG

41. Gegen diesen Bescheid kann das Rechtsmittel des Rekurses an den Obersten Gerichtshof gemäß § 30a ÜbG erhoben werden. Dieses ist binnen einer Frist von vierzehn Tagen ab Zustellung des Bescheids per Post oder per Fax bei der Übernahmekommission einzubringen. Der elektronische Rechtsverkehr der Justiz (ERV) kann dabei nicht genutzt werden.

Wien, am 8.10.2018

em. o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
(Vorsitzender, für den 1. Senat der Übernahmekommission)

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Dr. Clemens Billek
(Leiter der Geschäftsstelle)