

Bescheid

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 6. Mai 2003 unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Dr. Erich Schwarzenbacher (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Univ. Doz. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Dr. Oskar Grünwald (Mitglied gem. § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über den Antrag der B-AG, wie folgt entschieden:

Spruch

1. Die geplante Übertragung von insgesamt ##### Stück syndizierten Stammaktien an der Z-AG von der ausscheidenden Syndikatspartnerin H-AG auf die neu ins Syndikat eintretende B-AG ist von der Angebotspflicht nach § 22 ÜbG wegen § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG befreit. Die Anordnung eines Pflichtangebots nach § 25 Abs 2 ÜbG unterbleibt.
2. Gemäß Pkt. 2.1. iVm Pkt. 2.3. und Pkt. 7.3. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission hat die B-AG eine Gebühr in Höhe von EUR 17.280,-- zu entrichten. Da die Antragstellerin bereits mit Antragstellung den gesamten Betrag im Voraus auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111 überwiesen hat, ist keine Restgebühr mehr zu leisten.

Begründung

1. Antrag und Vorbringen

Mit Schreiben vom ##### 2003 wurde die Übernahmekommission über eine bevorstehende Änderung bzw. Umgestaltung des zwischen wesentlichen Aktionären der Z-AG bestehenden Syndikats informiert. Bei diesen wesentlichen Aktionären der Z-AG handelt es sich um die C-AG, die D-AG und die H-AG, die gemeinsam Stimmrechte im Umfang von >45 % auf sich vereinen.

Auf Grund einer Änderung der bisherigen Kooperation zwischen der Z-AG, der C-AG, der D-AG und der H-AG werde diese ihre direkte Beteiligung an der Z-AG an die B-AG (Antragstellerin) übertragen und dadurch aus dem Syndikat ausscheiden. Die B-AG, an der neben der H-AG selbst auch die Z-AG, die C-AG, die D-AG und die E-Gen.m.b.H. beteiligt sind, soll gleichzeitig in das unverändert fortgeführte Syndikat eintreten.

Nach Ansicht der Antragstellerin bewirke die geplante Übertragung nur eine unwesentliche Änderung im Syndikat im Sinne des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG, da es zu keiner Verschiebung der bestehenden Machtverhältnisse komme.

Die B-AG hat daher beantragt, die Übernahmekommission möge bescheidmäßig feststellen, dass ihr Eintritt in das Syndikat keine Pflicht zur Stellung eines Angebotes nach den Bestimmungen des ÜbG bewirkt und damit auch sonst aus heutiger Sicht keine Auflagen zu verbinden sind.

Mit Schreiben vom ##### 2003 hat die Antragstellerin auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Weiters hat die Antragstellerin bereits mit Einbringung des Feststellungsantrags die volle Gebühr in Höhe von EUR 17.280,-- entrichtet.

2. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens konnte der 1. Senat folgenden

Sachverhalt

feststellen:

Die Z-AG ist eine Gesellschaft mit Sitz in #####. Ihr Grundkapital von EUR ##### Mio. ist in ##### Stück Stammaktien und ##### Stück Vorzugsaktien zerlegt. Beide Aktiegattungen notieren im Amtlichen Handel der Wiener Börse.

Die Z-AG bildet zusammen mit der C-AG und der D-AG die R-Gruppe. Zwischen *diesen drei Gesellschaften* bestehen sowohl auf Gesellschafterebene als auch in personeller Hinsicht enge wechselseitige Verflechtungen.

So sind die von einer *Gesellschaft* an den jeweils anderen beiden *Gesellschaften der R-Gruppe* gehaltenen stimmberechtigten Aktien durch inhaltlich idente Syndikatsverträge gebunden. In allen drei Aufsichtsräten führt der ehemalige Generaldirektor der D-AG, Herr #####, den Vorsitz. Die Vorstandsvorsitzenden der *Gesellschaften der R-Gruppe* sind jeweils als stellvertretende Vorsitzende bzw. einfache Mitglieder in den Aufsichtsräten der anderen beiden *Gesellschaften der R-Gruppe* vertreten.

Während die F GmbH mit einem Anteil von >35 % größter Einzelaktionär der Z-AG ist, sind die C-AG mit >15 % vom stimmberechtigten Grundkapital, die D-AG mit >15 % vom stimmberechtigten Grundkapital und die H-AG mit >5 % vom stimmberechtigten Grundkapital bereits seit mehreren Jahren in Form eines Syndikats verbunden, das einen Stimmrechtsanteil im Umfang von insgesamt >45 % repräsentiert. Der restliche Aktienbestand befindet sich im Streubesitz.

Zweck aller hinsichtlich der *Gesellschaften der R-Gruppe* bestehenden Syndikate ist es, durch einheitliche Ausübung der Stimmrechte die Eigenständigkeit der jeweiligen *Gesellschaft*, in diesem Fall der Z-AG, zu erhalten, wobei es im Interesse der Syndikatspartner liegt, dass sich die jeweilige *Gesellschaft* als ertrags- und gewinnorientiertes Unternehmen weiterentwickelt und die von den Syndikatspartnern in gesonderten Vereinbarungen dargelegten Kooperationsinteressen dauerhaft gefestigt werden.

Die Beteiligung der H-AG an der Z-AG und der Eintritt in das Syndikat geht auf eine mit Grundsatzvereinbarung vom ##### 1997 mit der R-Gruppe vereinbarte Kooperations- und Vertriebspartnerschaft zurück. In diesem Zusammenhang erwarb die H-AG damals ua auch insgesamt ##### Stück Z-AG-Stammaktien.

Das Syndikat setzt sich damit vor Übertragung der Aktien an die B-AG wie folgt zusammen:

Aktionär	Anteil am stimmberechtigten GK	Anteil am Syndikat
C-AG	>15 %	#####
D-AG	>15 %	#####
H-AG	>5 %	#####
Gesamt	>45 %	100,00 %

Der Syndikatsvertrag sieht vor, dass in einer Syndikatsversammlung über alle Angelegenheiten der Stimmrechtsausübung vor jeder Hauptversammlung entschieden wird. Die Willens-

bildung innerhalb des Syndikats erfolgt möglichst einstimmig. Ist die Einstimmigkeit nicht zu erzielen, genügt für Beschlüsse des Syndikates die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Beschlüsse, die in der Hauptversammlung eine qualifizierte Mehrheit erfordern, sind mit der gleichen Mehrheit zu fassen. Alle Partner sind an die Beschlüsse des Syndikats gebunden.

Daneben enthält der Syndikatsvertrag wechselseitige Aufgriffsrechte der Syndikatspartner. Nominierungs- oder Entsendungsrechte sind nicht vorgesehen.

Da nach Auffassung der R-Gruppe die ursprünglich vereinbarten Ziele der Kooperations- und Vertriebspartnerschaft nicht in der angestrebten Form verwirklicht werden konnten, haben sich die Beteiligten nunmehr auf eine Anpassung der bisherigen Form der Zusammenarbeit geeinigt, die auch durch eine Änderung im Syndikat zum Ausdruck kommen soll.

Aus diesem Grund wurde ein Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom ##### 1997 beschlossen, der den zunächst teilweisen Rückzug der H-AG aus *den Gesellschaften der R-Gruppe* regeln soll. Geplant ist dabei folgende Vorgangsweise:

Die H-AG überträgt ihre an der Z-AG insgesamt gehaltenen ##### Stammaktien an die neu gegründete B-AG. Gesellschafter der B-AG sind die H-AG mit >45 %, die Gesellschaften der R-Gruppe mit jeweils >15 % und die E-Gen.m.b.H. mit <5 % vom stimmberechtigten Grundkapital der B-AG.

Bei der E-Gen.m.b.H. handelt es sich um eine Genossenschaft, deren Aufgabe in der Durchführung von Mitarbeiteraktienprogrammen für Mitarbeiter der D-AG besteht. Mitglieder der Genossenschaft sind neben einer Stiftung aktive und ausgeschiedene Mitarbeiter der D-AG. Den Organen der E-Gen.m.b.H. gehören keine Organmitglieder der D-AG an. Abgesehen von einem Anteil an der D-AG in Höhe von weniger als 5% hält die E-Gen.m.b.H. keine Beteiligung an *den Gesellschaften der R-Gruppe*. Darüber hinaus bestehen weder organisatorische noch vertraglich vereinbarte oder sonstige Einflussrechte *der Gesellschaften der R-Gruppe*.

Nach Aussage der Antragstellerin gehören weder dem Vorstand noch dem Aufsichtsrat der B-AG Mitarbeiter oder Organmitglieder aus dem Bereich der R-Gruppe an.

3. Rechtliche Beurteilung

a) Zum 1. Spruchpunkt

Die durch den Syndikatsvertrag verbundenen Rechtsträger gehen im Hinblick auf die Ausübung der von ihnen gehaltenen Stimmrechte an der Z-AG gemeinsam vor und stellen somit eine Gruppe von Aktionären iSd § 23 ÜbG iVm § 9 Z 3 der 1. ÜbV dar. Auf Grund der Zusammenrechnungsregel des § 5 Abs 1 Z 3 der 1. ÜbV verfügt das Syndikat daher über eine Beteiligung an der Z-AG in Höhe von insgesamt 47,52 % der Stimmrechte, weshalb gemäß § 2 Abs 1 der 1. ÜbV eine kontrollierende Beteiligung des Syndikats an der Z-AG widerleglich zu vermuten ist.

Eine Widerlegung nach § 2 Abs 2 der 1. ÜbV scheidet an der Tatsache, dass weder Einzelaktionäre noch mittels Konzern oder durch Vertrag verbundene Aktionäre der Z-AG über gleich viele oder mehr Stimmrechte an der Z-AG verfügen.

Die nunmehr angezeigte Transaktion führt weder zu einer zahlenmäßigen Veränderung der Syndikatsmitglieder noch zu einer Aufstockung bzw. Reduktion der syndizierten Stimmrechte. Genauso wenig bewirkt die Übertragung an die B-AG einer Veränderung der Beteili-

gungsverhältnisse innerhalb der Gruppe. Darüber hinaus ist auch keine inhaltliche Änderung des Syndikatsvertrags geplant oder vorgesehen.

Die Prüfung der Übernahmekommission hinsichtlich der Geringfügigkeit der Änderung iSd § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG muss sich daher primär auf die bisherige Stellung bzw. Einflussmöglichkeiten der H-AG innerhalb des die Z-AG kontrollierenden Syndikats konzentrieren. Weiters ist in diesem Zusammenhang auch die Unabhängigkeit der B-AG von den übrigen Syndikatsmitgliedern zu prüfen.

Entsprechend der bisherigen Entscheidungspraxis der Übernahmekommission zu § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG ist dabei nicht alleine auf das quantitative Ausmaß der Veränderung, sondern auch auf qualitative Elemente abzustellen. Zusätzlich schließt die Geringfügigkeitsprüfung nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG abweichend von den übrigen Ausnahmetatbeständen nach § 25 Abs 1 ÜbG die nach § 25 Abs 2 und 3 ÜbG vorzunehmende Interessenabwägung mit ein (so schon GZ 2000/1/1-19; GZ 2001/1/2-26; GZ 2002/1/2-27).

Nach Ansicht des erkennenden Senats handelt es sich bei der geplanten Übertragung aus folgenden Gründen um eine bloß geringfügige und damit lediglich anzeigepflichtige Änderung iSd § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG:

Betrachtet man die Beteiligungsverhältnisse innerhalb des die Z-AG kontrollierenden Syndikats, ergibt sich relativ eindeutig, dass die H-AG auf Grund ihres geringen Anteils im Syndikat, der ihr nicht einmal eine Sperrminorität verschafft, sowohl bei einfachen Mehrheitsbeschlüssen als auch bei Beschlüssen, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, von den beiden anderen Syndikatspartnern regelmäßig überstimmt werden konnte.

Daraus ergibt sich als vorläufiges Zwischenergebnis, dass die H-AG innerhalb des Syndikats über keine wesentlichen Einflussrechte iS einer kontrollierenden Stellung verfügt hat und eine Anteilsübertragung bzw. der damit verbundene Eintritt der B-AG in das Syndikat daher dann zu keiner wesentlichen Änderung iS eines Kontrollwechsels führt, wenn die B-AG - so wie im Antrag ausgeführt - einen von den übrigen Syndikatsmitgliedern, insbesondere *den Gesellschaften der R-Gruppe*, unabhängigen Aktionär darstellt.

Diese Unabhängigkeit der B-AG könnte zunächst zweifelhaft erscheinen, besteht deren Aktienariat doch neben der H-AG (>45 %) noch aus den Gesellschaften der R-Gruppe (insgesamt >45 %) und einer dem äußeren Anschein nach der R-Gruppe bzw. der D-AG nahe stehenden Mitarbeitergenossenschaft (E-Gen.m.b.H. mit einem Anteil von <5 %). Keine der an der B-AG beteiligten Gesellschaften kann daher ihren Willen gegen den der übrigen Gesellschafter durchsetzen. Entscheidende Bedeutung kommt jedoch der E-Gen.m.b.H. zu, deren Stimmen letztlich den Ausschlag für Mehrheitsbeschlüsse gibt. Da aber weder im Bereich der Organe noch über Beteiligungen oder über vertragliche Absprachen Einflussrechte der übrigen Syndikatsmitglieder auf die Willensbildung der E-Gen.m.b.H. bestehen, erscheint die Unabhängigkeit der E-Gen.m.b.H. im konkreten Einzelfall ausreichend dargelegt. Eine Zurechnung der E-Gen.m.b.H. zu *den Gesellschaften der R-Gruppe* findet daher nicht statt.

Vor diesem Hintergrund ist derzeit auch keine erhöhte Gefährdung der Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber der Z-AG iSd § 25 Abs 2 ÜbG zu befürchten, wenngleich die wechselseitige Kapitalverschränkung der *Gesellschaften der R-Gruppe* nicht unbedingt zu einer verbesserten Corporate Governance beiträgt.

Abschließend lässt sich somit feststellen, dass sich die gegenständliche Änderung in der Zusammensetzung des die Z-AG kontrollierenden Syndikats als geringfügig iSd § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG darstellt und von der Antragstellerin kein Pflichtangebot gestellt werden muss.

b) Zum 2. Spruchpunkt

Gemäß 2.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 28. Dezember 2001, Nr. 247) ist für das Verfahren zur Prüfung einer Mitteilung nach § 25 ÜbG von der Bieterin eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten.

Nach 2.3. der Gebührenordnung hat die Bieterin zusätzlich eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten, wenn ein Antrag nach § 25 Abs 2 dritter Satz ÜbG gestellt wird. Ein solcher wurde mit Schreiben vom ##### 2003 gestellt.

Die Bieterin hat daher insgesamt eine Gebühr in der Höhe von EUR 17.280,-- zu entrichten. Da die Bieterin bereits mit Antragstellung einen Betrag in der Höhe von EUR 17.280,-- überwiesen hat, wurde die nach der Gebührenordnung entstandene Gebührenschuld bereits vollständig beglichen.

Bieterin im Sinne dieser Bestimmung ist die B-AG.

Darüber hinaus halten 2.1. bzw 2.3. jeweils letzter Satz der Gebührenordnung fest, dass die Gebühr zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die Übernahmekommission zur Zahlung fällig ist. 7.3. der Gebührenordnung normiert, dass Zahlungen auf das Konto der Wiener Börse AG zu erfolgen haben.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

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

Wien, den 6. Mai 2003

Univ. Prof. Dr. Josef Aicher
Für den 1. Senat der Übernahmekommission