

GZ 2000/2/4-29

## Bescheid

Der 2. Senat der Übernahmekommission hat am 18. Mai 2000 unter dem Vorsitz von o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Hofrat Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs. 2 Z 2 ÜbG), Univ. Doz. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs. 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gem. § 28 Abs. 2 Z 4 ÜbG) über den Antrag der B GmbH, die Übernahmekommission möge innerhalb eines Monats ab Einlangen des Antrags entscheiden, daß die Einschreiterin kein Pflichtangebot für die Beteiligungspapiere der Z AG stellen muß, wie folgt entschieden:

## Spruch

1. Die B GmbH hat gemäß § 22 iVm § 25 Abs. 1 Z 1 iVm § 25 Abs. 2 Übernahmegesetz kein Pflichtangebot für die Beteiligungspapiere der Z AG zu stellen.

2. Gemäß 2.1. iVm 2.3. iVm 6.2 der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission hat die B GmbH eine Gebühr von EUR 15.120,-- (Schilling 208.055,74,--) zu entrichten. Die restliche Gebühr von EUR 7.560,-- (Schilling 104.027,87,--) ist innerhalb von zehn Bankarbeitstagen ab Vorschreibung auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Spar-kassen AG mit der Nummer 012-20993 zu entrichten.

## Begründung

1. Die B GmbH (im folgenden: Einschreiterin oder B) zeigte am ### 2000 eine Transaktion betreffend die Z AG (im folgenden: Z) an und stellte folgenden Antrag:

„Wir beantragen somit hinsichtlich des Erwerbs von 100 % der Aktien an der C AG („C“) durch B GmbH („B“):

- die in Punkt 1. bzw. 5. unterbreiteten Ausführungen als Anzeige iSd § 25 ÜbG zur Kenntnis zu nehmen; und
- einen Feststellungsbescheid darüber zu erlassen, daß bezüglich der in diesem Schriftsatz dargestellten Umstrukturierungsmaßnahmen ein zwingendes Übernahmeangebot gem § 22 ÜbG nicht abzugeben ist.“

Mit ### 2000 erfolgte die Überweisung eines Gebührenvorschusses für das Verfahren vor der Übernahmekommission in Höhe von EUR 7.560,--.

Mit Schreiben vom ### 2000 sowie vom ### 2000 kam es nach Aufforderung durch die Übernahmekommission zur Vorlage weiterer Unterlagen, insbesondere der der Anzeige zugrunde liegenden Kaufverträge. Mit dem Schreiben vom ### 2000 erklärte die Einschreiterin ihren Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

## 2. Sachverhalt

Z notiert im amtlichen Handel der Wiener Börse. Es bestehen ### Stück Stammaktien sowie ### Stück Vorzugsaktien. Bis Ende 1999 wurden ### Stück Stammaktien (> 55 % aller Stammaktien) sowie ### Stück Vorzugsaktien von D GmbH (im folgenden: D) gehalten.

D steht zu zwei Dritteln im Eigentum der E AG, zu einem Drittel im Eigentum der B GmbH (B), die wiederum im Eigentum der Familie F steht. E und B sind durch einen Syndikatsvertrag verbunden. Aus diesem Syndikats- sowie dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich folgende Beherrschungsstruktur des D-Konzerns: Die Mehrheit der Geschäftsführer wird von E vorgeschlagen, hinsichtlich eines Geschäftsführungsmitglieds steht der Familie F das Vorschlagsrecht zu. Für den paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat stehen E und der Familie F ein Vorschlagsrecht hinsichtlich jeweils der Hälfte der Kapitalvertreter zu. Wichtigstes Organ ist jedoch der gegenüber der Geschäftsführung weisungsbefugte Gesellschafterausschuß, in dem E über zwei Drittel und die Familie F über ein Drittel der Stimmen verfügt; in diesem werden Beschlüsse prinzipiell mit einfacher Mehrheit gefaßt. Einer Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen im Gesellschafterausschuß bedürfen insbesondere Beschlüsse über die Zustimmung zur Anteilsübertragung, über den Investitions- und Finanzplan sowie über die Bestellung von Generalbevollmächtigten, Direktoren und Prokuristen.

Nahezu alle weiteren Stammaktien der Z (### Stück oder weitere > 40 % der Stammaktien) befinden sich in Händen eines Syndikats, das aus der G AG sowie wenigen natürlichen Personen besteht. Auch D ist Mitglied dieser im ### 1998 abgeschlossenen Syndikatsvereinbarung. Dieser Syndikatsvertrag stellt sicher, daß die Mehrheit der Kapitalvertreter im Aufsichtsrat samt Vorsitzenden durch D bestellt wird. Bei Abstimmungen im Aufsichtsrat soll nach den Absichten des Vertrages den anderen Syndikatsvertragspartnern ein Vetorecht nur bei besonders wichtigen Rechtsgeschäften zukommen.

Nach einer unternehmenspolitischen Entscheidung der E AG (bzw. nunmehr H) soll der Bereich der ### – zu dem auch Z gehört – abgestoßen und an die Familie F übertragen werden.

Dazu wurden zunächst alle Anteile an Gesellschaften aus dem Bereich ### in einer Gesellschaft, nämlich der C, einer 100 %igen Tochtergesellschaft der D gebündelt. Dies führt auch zu einer Übertragung der Anteile der Z von D an C als Teil des Kaufvertrages vom ### 1999. Hinsichtlich der Aktien der Z erfolgte das Verfügungsgeschäft am ### 1999. Als anteiliger (jedoch gemäß 3.2 des Kaufvertrages nicht zu zahlender) Kaufpreis wurden für die Aktien der Z ### festgelegt. Aufgrund § 5 Abs. 1 des Syndikatsvertrags betreffend die Aktien der Z trat dadurch C an Stelle der D in diesen Vertrag ein.

In einem zweiten Schritt wurden 100 % der Anteile der C durch Vertrag vom ### 1999 mit Wirkung zum ### 2000 von D an B übertragen. Die Gegenleistung ist noch nicht endgültig festgelegt; eine vorläufige (allerdings nicht an die Verkäuferin D, sondern an E) zu bezahlender Kaufpreis beträgt knapp über ###. Eine Klausel, nach der D verpflichtet sein sollte, vor dem Verfügungsgeschäft 100 % der Anteile an Z für eine Gegenleistung von bis zu ### zu erwerben, wurde durch eine Zusatzvereinbarung vom ### aufgehoben; ein entsprechender Abschlag von ### wurde vom Kaufpreis vorgenommen.

3. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich folgendes:

a) Zum 1. Spruchpunkt:

Die Einschreiterin hat gemäß § 25 Abs. 2 ÜbG beantragt, die Übernahmekommission möge entscheiden, daß bezüglich des Anteilserwerbs an der Z kein Pflichtangebot gemäß § 22 ÜbG gestellt werden muß. Die Anzeige selbst stützt sich auf § 25 Abs. 1 Z 1 und Z 2 ÜbG.

Im Rahmen eines Antrags nach § 25 Abs 2 ÜbG hat die Übernahmekommission festzustellen, ob trotz Vorliegens eines nach § 25 ÜbG anzeigepflichtigen Sachverhalts ein Pflichtangebot abzugeben ist. Daher muß die inhaltliche Prüfung des Antrags drei Schritte umfassen: zunächst die Beantwortung der Frage, ob eine kontrollierende Beteiligung erlangt wurde, in einem zweiten Schritt, ob ein (bloß) anzeigepflichtiger Sachverhalt nach § 25 Abs 1 ÜbG vorliegt, und schließlich, ob nicht trotzdem – wegen der Gefährdung der Beteiligungsinhaber – ein Pflichtangebot abzugeben ist.

Ob eine kontrollierende Beteiligung erlangt wurde, ist anhand der allgemeinen Kriterien nach § 22 ÜbG iVm § 1 ff der 1. ÜbV zu prüfen. Es handelt sich im vorliegenden Fall um einen indirekten Beteiligungserwerb nach § 22 Abs. 3, da nicht die Anteile der Z selbst übertragen werden, sondern die Anteile der C, die an Z eine kontrollierende Beteiligung hält.

Mit dem Übergang von 100 % der Anteile auf einen bisher mit >30 % am D-Konzern beteiligten Mitaktionär (B) geht ohne Zweifel bei Abstellen auf die bloßen Beteiligungsverhältnisse ein Kontrollwechsel einher.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, daß Z durch C kontrolliert wird; daß allenfalls wegen der Blockierungsmöglichkeit von Beschlüssen durch die anderen Mitglieder des Syndikatsvertrags der Z eine gemeinsame Kontrolle mit diesen Rechtsträgern vorliegt, schadet nicht.

Zu untersuchen ist allerdings, ob angesichts der spezifischen Beherrschungsstrukturen B nicht bereits schon bisher die Kontrolle über Z innehatte; allenfalls läge dann ein Ausbau einer kontrollierenden Beteiligung vor, der keine Angebotspflicht auslösen würde. Hierzu ist auf den Gesellschaftsvertrag der D und den diesbezüglichen Syndikatsvertrag zwischen E und B einzugehen. Aus diesen Verträgen geht hervor, daß Entscheidungen über einige wesentliche Geschäftsführungsmaßnahmen (aber keineswegs alle) im Ergebnis nur mit Zustimmung der Familie F getroffen werden konnten, während nunmehr die Familie F über die Geschäftsführung im C-Konzern allein entscheidet. Es liegt damit ein Wechsel von gemeinsamer auf alleinige Kontrolle durch ein Mitglied der ehemaligen Gruppe vor. Dadurch liegt ein Kontrollwechsel vor.

Gemäß § 25 Abs. 1 Z 2 ÜbG besteht anstelle einer Angebotspflicht eine bloße Anzeigepflicht, wenn die Zusammensetzung der Gruppe sich bloß geringfügig ändert; die Einschreiterin beruft sich auf diesen Anzeigetatbestand. Unter Verweis auf vorherige Entscheidungen (GZ 2000/1/1-19) genügt es, hier festzuhalten, daß eine geringfügige Änderung der Zusammensetzung der Gruppe nur dann vorliegen kann, wenn kein Kontrollwechsel vorliegt. Dies ist gemäß

dem vorliegenden Sachverhalt jedoch der Fall. Daher kommt der Anzeigetatbestand nach § 25 Abs. 1 Z 2 ÜbG nicht zum Tragen.

Gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 ÜbG besteht weiters eine bloße Anzeigepflicht, wenn bei Erlangen einer mittelbaren Beteiligung der Buchwert der unmittelbaren Beteiligung an der Zielgesellschaft weniger als 25 % des buchmäßigen Nettoaktivvermögens des Rechtsträgers, dessen Anteile erworben werden, beträgt.

Ein Erwerb einer mittelbaren Beteiligung iSv § 22 Abs. 3 ÜbG liegt vor.

Der Buchwert der Z im Vermögen der C beträgt laut Bestätigung der Abschlußprüfer der C weniger als 25 % des Nettoaktivvermögens der C. Eine geprüfte Bilanz der C für 1999 liegt nicht vor; frühere Bilanzen können nicht herangezogen werden, da Z erst Ende 1999 eingebracht wurde. Allerdings sind nach § 253 dHGB Gegenstände des Anlagevermögens mit ihrem Anschaffungswert anzusetzen; dieser (allerdings nicht ausbezahlte) Anschaffungswert beträgt nach dem Share Purchase Agreement vom ### 1999 ###. Eine am ### 2000 eingegangene Bestätigung der I als Abschlußprüfer der D ergibt, daß gegenüber dem Beteiligungsansatz in der Bilanz der D nur eine geringfügige Abwertung vorgenommen wurde. Das Nettoaktivvermögen der C beträgt ###; somit beträgt der Buchwert der Beteiligung weniger als 25 %.

Die Übernahmekommission kann schließlich trotz Vorliegen eines Anzeigesachverhalts gem. § 25 Abs. 2 ÜbG im Einzelfall ein Pflichtangebot anordnen, wobei die Entscheidung davon abhängig gemacht werden soll, ob nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls eine Gefährdung der Vermögensinteressen der Inhaber von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft zu besorgen ist.

Eine Angebotspflicht nach § 25 Abs. 2 ÜbG ist aufgrund des angezeigten Sachverhalts zu verneinen. Es ist zwar richtig, daß in Zukunft die industrielle Führung der Z wechseln wird, allerdings ist im vorliegenden Fall keine über das normale Ausmaß hinausgehende Gefährdung der Minderheitsaktionäre zu erkennen, welche die Anordnung eines Pflichtangebots rechtfertigen könnte.

Auch eine Überprüfung anhand des Kriterienkatalogs in § 25 Abs. 3 ÜbG ergibt keine andere Beurteilung.

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 5. April 2000, Veröffentlichung Nr 146.) ist für Verfahren zur Prüfung einer Mitteilung nach § 25 ÜbG vom Bieter eine Gebühr in der Höhe von EUR 6.480,-- zu entrichten.

Bieter im Sinne dieser Bestimmung ist der Antragsteller.

Nach 2.3. der Gebührenordnung hat der Bieter zusätzlich ein Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten, wenn ein Antrag nach § 25 Abs. 2 dritter Satz ÜbG (Feststellung betreffend die Angebotspflicht ) gestellt wird. Ein solcher Antrag wurde mit Schreiben vom ### 2000 gestellt.

Daher hat die Einschreiterin insgesamt eine Gebühr in der Höhe von EUR 15.120,-- zu entrichten.

Am ### 2000 wurde gemäß 2.5. der Gebührenordnung ein Gebührevorschuß in der Höhe von EUR 7.560,-- überwiesen. Dieser ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen.

Der noch ausständige Restbetrag beträgt daher EUR 7.560,--. Die Angabe des Endbetrages in Schilling dient gemäß § 29 Abs. 2 Euro-Währungsangabengesetz, BGBl. I Nr. 110/1999, ausschließlich der Information der Bescheidadressaten.

Darüber hinaus hält 1.1. Satz 3 der Gebührenordnung fest, daß die Gebühr zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die Übernahmekommission zur Zahlung fällig ist. Punkt 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 S 2.500,-- zu entrichten.

Wien, den 18. Mai 2000

Univ. Prof. Dr. Josef Aicher  
Für den 2. Senat der Übernahmekommission