

## Bescheid

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 19. April 2001 unter dem Vorsitz von o. Univ. Prof. Dkfm. Dr. Konrad Fuchs im Beisein der Mitglieder Dr. Erich Schwarzenbacher (Mitglied gemäß § 28 Abs. 2 Z 2 ÜbG), Dr. Wolfgang Houska (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 und der C AG wie folgt entschieden:

## Spruch

1. Die Einbringung von rund 20 % (*Prozentsätze wurden geändert*) der von Herrn D gehaltenen Stammaktien an der Z AG in die C AG löst keine Angebotspflicht nach §§ 1 ff. der 2. ÜbV aus. Es besteht auch keine Anzeigepflicht nach § 25 Abs. 1 Z 2 ÜbG.
2. Gemäß 3.1 iVm 7.1 und 7.3 der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission haben die B GmbH und die C AG als Antragsteller eine Gebühr von EUR 17.280,-- (ATS 237.777,98) zu entrichten. Diese Gebühr ist 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, zu entrichten.

## Begründung

### 1. Sachverhalt

Mit Feststellungsantrag vom ##### 2001 beehrte die B GmbH und die C AG, die Übernahmekommission möge feststellen,

- a) dass für die beabsichtigte Einbringung von rund 20 % der von Herrn D gehaltenen Stammaktien an der Z AG in die C AG nach § 24 ÜbG eine Ausnahme von der Angebotspflicht gemäß § 22 ÜbG iVm §§ 1 und 2 der 2. ÜbV vom 21.2.2000 besteht;

in eventu

- b) dass durch die beabsichtigte Einbringung der rund 20 % der Stammaktien an der Z AG durch Herrn D in die C AG eine Gefährdung der Vermögensinteressen der Inhaber von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft nicht zu besorgen ist und daher nach § 25 ÜbG kein Pflichtangebot für die Aktien der Z AG zu stellen ist.

Ein Gebührenvorschuss wurde nicht erlegt. Die Antragsteller haben am ##### 2001 auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.

Auf Grundlage der Angaben der Antragsteller sowie mehrerer Ersuchen um Aufklärung und Vorlage von zusätzlichen Urkunden seitens der Übernahmekommission hat der 1. Senat folgenden Sachverhalt ermittelt:

Die Z AG ist eine in Wien börsennotierte Gesellschaft. Ihr Grundkapital von EUR ##### ist in ##### Mio. Stück Stammaktien und ##### Stück stimmrechtslose Vorzugsaktien zerlegt. Beide Aktiengattungen sind an der Wiener Börse zum Handel zugelassen.

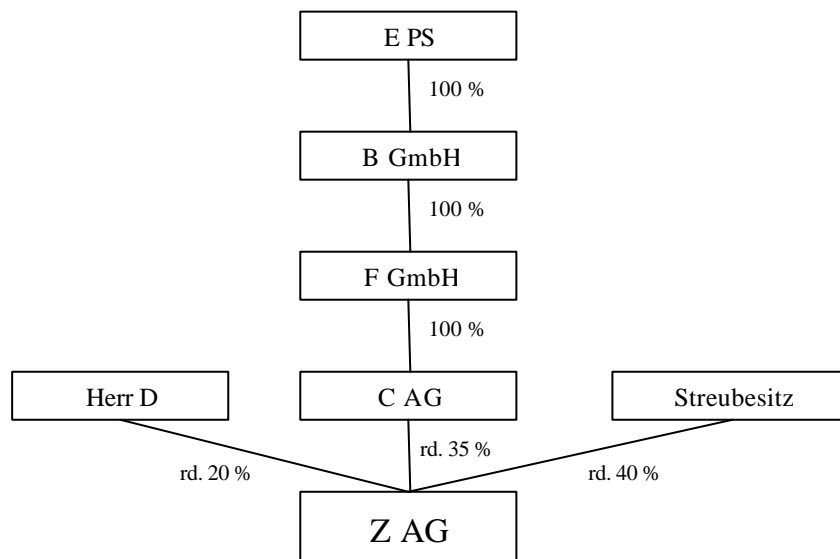
Seit dem Börsengang der Z AG im ##### 1999 ist die E PS - vermittelt über die B GmbH, deren Alleingesellschafterin sie ist – mit ca. 35 % der Stammaktien an der Z AG beteiligt. Kein anderer Aktionär verfügt über gleich viel oder mehr Stimmrechte an der Z AG. Der größte Einzelaktionär neben der E PS ist Herr D mit derzeit 20 % vom stimmberechtigten Kapital.

Bis zum ##### 2000 betrug die (mittelbare) Beteiligung der E PS an der ZAG unverändert 35 %. Seither hat die E PS ihre Beteiligung durch mehrere Aktienzukäufe auf über 35 % ausgebaut.

Weiters beabsichtigt sie, wiederum mittelbar sämtliche von Herrn D persönlich gehaltenen Stammaktien zu erwerben. Dieser Erwerb soll, zum Teil steuerrechtlich motiviert, durch folgende Schritte durchgeführt werden:

In einem ersten Umgründungsschritt sollen die von der B GmbH gehaltenen 35 % vom stimmberechtigten Grundkapital der Z AG in die C AG eingebracht werden, wobei die B GmbH an der C AG vermittelt über ihre Beteiligung an der F GmbH alleinige Gesellschafterin ist.

Die Beteiligungsverhältnisse an der Z AG stellen sich nach Durchführung dieses ersten Umgründungsschrittes daher wie folgt dar:



In einem zweiten Schritt beabsichtigt Herr D, unter anderem die von ihm persönlich gehaltenen rund 20 % der Stammaktien an der Z AG ebenfalls in die C AG einzubringen. Wiederum aus steuerrechtlichen Gründen soll Herr D als Gegenleistung vorübergehend eine Aktie an der C AG erhalten. Gleichzeitig mit der Übernahme der Aktien an der C AG verpflichtet er sich dazu, diese umgehend an die F GmbH abzutreten.

Abgesehen von dieser Transaktion bestehen zwischen Herrn D und der E PS zahlreiche Verflechtungen:

So wurde die E PS von Herrn D und der H KEG, deren einziger persönlich haftender Gesellschafter Herr D ist, gegründet. Seither kommt das alleinige Recht zur Änderung der Stiftungs-

erklärung Herrn D zu. Nach der Stiftungserklärung ist Herr D zu seinen Lebzeiten alleiniger Begünstigter sowie Letztbegünstigter der E PS.

Zwar ist Herr D nicht im Vorstand der Privatstiftung, kann diesen aber bestellen und übt die Funktion eines Beirates aus, dem bei wichtigen Angelegenheiten ein Zustimmungsrecht zukommt.

Ferner ist Herr D seit ##### 2001 bei der F GmbH und seit ##### 2001 bei der B GmbH selbstständig vertretungsbefugter Geschäftsführer und gegenwärtig in der C AG in der Funktion eines Vorstandsmitglieds tätig.

In der #. ordentlichen Hauptversammlung 1999 wurden demgemäß auch fast alle Stimmrechte aus den von der E PS und von Herrn D gehaltenen Stammaktien einheitlich durch eine Legitimationsaktionärin, Frau G, die bei der Z AG angestellt ist, ausgeübt.

## **2. Rechtliche Beurteilung**

### **a) Zum 1. Spruchpunkt**

Nach §1 der 2. ÜbV ist ein Pflichtangebot zu stellen, wenn ein kontrollierender Aktionär nach dem 31. März 2000 (wegen § 4 der 2. ÜbV; Anm. der Redaktion) innerhalb eines Jahres 2 % oder mehr vom stimmberechtigten Kapital zu seiner kontrollierenden Beteiligung hinzu erwirbt. Weiters setzt § 1 der 2. ÜbV voraus, dass der kontrollierend Beteiligte nicht schon über eine Stimmrechtsmehrheit verfügt.

Unstrittig ist, dass sowohl die geplante Übertragung von 20 % am stimmberechtigten Aktienkapital der Z AG als auch die bereits verwirklichte Aufstockung der mittelbaren Beteiligung der E PS an der Z AG von 35 % auf über 35 % (*Hinzuerwerb betrug mehr als 2 %; Anm. der Redaktion*) vom stimmberechtigten Grundkapital einen Hinzuerwerb iSv § 1 der 2. ÜbV darstellen.

Fraglich ist aber, ob die E PS bzw Herr D nicht schon seit spätestens 1. April 2000 über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt, sodass ein Creeping-In ausgeschlossen ist bzw ausgeschlossen war. Hierzu sind folgende Überlegungen anzustellen:

Würde man lediglich auf die E PS abstellen, hätte die Privatstiftung durch die bereits durchgeführte Aufstockung ihrer Beteiligung an der Z AG ein Creeping-In ausgelöst. Sie allein verfügt nämlich lediglich - vermittelt über ihre 100 %igen Tochtergesellschaften – über mehr als 35 % des stimmberechtigten Kapitals der Z AG.

Anders wäre dies freilich, wenn Herr D und die E PS hinsichtlich der Z AG (spätestens) seit 1. April 2000 gemeinsam vorgegangen und daher die von den Beteiligten gehaltenen Stimmrechte nach §5 Abs 2 der 1. ÜbV zusammenzurechnen sind. Denn gemeinsam verfügen die Beteiligten über mehr als 50 % vom stimmberechtigten Kapital der Z AG, ein Creeping-In wäre diesfalls auszuschließen.

Als Vorfrage dazu ist zunächst zu klären, ob im Anwendungsbereich der 2. ÜbV eine Zusammenrechnung iSv §23 Abs 1 leg cit iVm §5 Abs 2 der 1. ÜbV statthaft ist. Trotz des nicht eindeutigen Wortlauts von §1 der 2. ÜbV ist dies schon aus Gründen der Konsistenz des Regelungsgefüges freilich zu bejahen.

Dementsprechend charakterisiert § 22 Abs 2 ÜbG eine kontrollierende Beteiligung als Beteiligung, *„die es dem Bieter allein oder gemeinsam mit anderen Rechtsträgern (§ 23 Abs. 1) ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft auszuüben.“* Damit ist klargestellt, dass kontrollierende Beteiligungen nicht nur von einem Rechtsträger, sondern auch von mehreren gemeinsam vorgehenden Personen erworben werden können. Diesen allgemeinen Grundsatz hat der Verordnungsgeber der 2. ÜbV zwar nicht ausdrücklich in § 1 wiederholt, aus der Ausnahmebestimmung in § 3 Z 2 der 2. ÜbV wird aber deutlich, dass bei der Ermittlung der Stimmrechte eine Zusammenrechnung bei gemeinsamem Vorgehen erforderlich ist.

Zur Frage des gemeinsamen Vorgehens von Herr D und der E PS wird von den Antragstellern vorgebracht, dass Herr D einen beherrschenden Einfluss auf die E PS habe. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang auf ein bestehendes Konzernverhältnis hingewiesen, an dessen Spitze Herr D stehe.

Dazu ist Folgendes zu bemerken:

Die §§ 9 und 5 der 1. ÜbV sehen in Konkretisierung von § 23 ÜbG Vermutungstatbestände vor, wann ein gemeinsames Vorgehen von Rechtsträgern anzunehmen bzw wann eine Zusammenrechnung von Anteilen, die im Eigentum Dritter stehen, statthaft ist. Daraus lässt sich für die von den Tochtergesellschaften der E PS gehaltenen Anteile an der Z AG zwanglos ein gemeinsames Vorgehen und Zurechnung von Anteilen ableiten.

Die Anwendung der in § 9 der 1. ÜbV vorgesehenen Vermutungstatbestände auf das Verhältnis zwischen der E PS und Herrn D bereitet jedoch Schwierigkeiten.

So lässt sich zwar aus § 9 Z 1 der 1. ÜbV ableiten, dass ein gemeinsames Vorgehen immer dann anzunehmen ist, wenn auf einen Rechtsträger ein kontrollierender Einfluss genommen werden kann, also eine Abhängigkeit im Sinne eines beherrschenden Einflusses besteht. Es versteht sich aber von selbst, dass sich die Privatstiftung als idealtypisch eigentümerloser Vermögensträger nicht leicht in diese vom Gesellschaftsrecht (Kapitalgesellschaftskonzern) geprägte Regelung über abhängige Rechtsträger einfügt. Denn bei der Regelung der verschiedenen Fallgruppen hat sich der Verordnungsgeber nicht am Modell der Privatstiftung, sondern im Wesentlichen an im Wirtschaftsleben typischen Fallgestaltungen orientiert und ist dabei weitgehend vom Leitbild des Kapitalgesellschaftskonzerns ausgegangen.

Wenn auch die Privatstiftung vom historischen Gesetzgeber als eigentümerlose Rechtsperson konzipiert wurde und an einer Privatstiftung keine mit Kapitalgesellschaften vergleichbaren Mitgliedschaftsrechte bestehen, ist aus der Sicht des Übernahmerechts anzuerkennen, dass es dem Stifter im Rahmen des ihm vom PSG eingeräumten Gestaltungsspielraumes möglich ist, Regeln zu schaffen, die materiell der Stellung eines Gesellschafters in einer Kapitalgesellschaft ähnlich sind. So kann sich ein Stifter das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung oder Widerruf der Stiftung vorbehalten. Ferner kann er die Einräumung von umfangreichen Bestellungsrechten und Zustimmungsvorbehalten in der Stiftungserklärung vorsehen.

Dass eine Privatstiftung aus der Sicht des Übernahmegesetzes wie durch einen kontrollierenden Gesellschafter beherrscht werden kann, hat auch der Gesetzgeber in den Materialien zu § 22 Abs 3 ÜbG 1998 ausdrücklich anerkannt. Nach § 22 Abs 3 ÜbG soll eine kontrollierende Beteiligung mittelbar durch Erwerb von Anteilsrechten oder durch sonstige Rechte an einem anderen Rechtsträger als der Zielgesellschaft erlangt werden können. Als Beispiel für Rechtsträger, an denen sonstige Rechte bestehen, führt der historische Gesetzgeber ausdrücklich die Privatstiftung an.

Ob eine Privatstiftung iSd ÜbG beherrscht wird und damit als gemeinsam vorgehender Rechtsträger anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Die Stellung des durch die Privatstiftung materiell Begünstigten ist hierbei von besonderer Bedeutung; auf eine rein formalrechtliche Betrachtung kann es dabei nicht ankommen. Genauso wenig hat die Frage der bilanziellen Konsolidierungspflicht Bedeutung.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Herr D als Stifter und alleiniger Begünstigter der E PS einen beherrschenden Einfluss auf die Privatstiftung ausüben kann und schon vor dem 1. April 2000 auch tatsächlich ausgeübt hat. Als Stifter hat sich Herr D nicht nur das Recht auf Änderung der Stiftungserklärung, sondern auch die Entscheidung über die Bestellung des Stiftungsvorstands vorbehalten. Dazu kommt noch, dass er seit Errichtung der Privatstiftung die Funktion eines Beirates ausübt; die Entscheidung über wichtige Geschäftsangelegenheiten unterliegt somit seiner Zustimmung.

In dieses Bild fügt sich auch, dass die von der E PS und von Herr D persönlich gehaltenen Stimmrechte in der #. ordentlichen Hauptversammlungen von einer Legitimationsaktionärin im Auftrag der E PS und von Herrn D vertreten wurden. Ferner übt Herr D auch zahlreiche Organfunktionen in den von der Privatstiftung kontrollierten Gesellschaften aus. Zum Teil agiert er dort als allein vertretungsbefugter Geschäftsführer.

Bei einer solchen Gesamtbetrachtung ist festzustellen, dass die E PS von Herrn D abhängig ist und daher samt ihren Tochtergesellschaften mit Herrn D gemeinsam vorgeht. Kraft Zusammenrechnung der Beteiligungen verfügen die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger schon seit Beginn der Notierung an der Wiener Börse AG über eine mehrheitliche Beteiligung an der Z AG (§ 5 Abs 2 der 1. ÜbV), weshalb durch die bereits abgewickelten und die gegenwärtig geplanten Hinzuerwerbe keine Angebotspflicht wegen Creeping-In ausgelöst werden konnte bzw kann.

Da es sich bei der geplanten Übertragung der von Herrn D gehaltenen Z-Aktien um eine Übertragung von Aktien auf einen gemeinsam vorgehenden Rechtsträger handelt, besteht diesbezüglich allenfalls im Sinne der Entscheidung der Übernahmekommission GZ 2000/1/1 – 19 eine Anzeigepflicht nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG.

Im gegenständlichen Fall ist jedoch aus folgenden Gründen eine abweichende Auslegung von § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG geboten:

§ 24 Abs 1 Z 3 ÜbG privilegiert die Einbringung von kontrollierenden Beteiligungen in Privatstiftungen, wenn die Begünstigten der Privatstiftung ausschließlich bisherige Gesellschafter oder Angehörige der bisherigen Gesellschafter sind. Würde Herr D sämtliche Aktien an der Z AG noch in seinem Privatvermögen halten und in einem Schritt in eine ihn begünstigende Privatstiftung einbringen, wäre dies zweifellos ein nach § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG von der Angebots- und Anzeigepflicht befreiter Vorgang. Daher wäre es ein eklatanter Wertungswiderspruch, wenn allein wegen der Aufspaltung der kontrollierenden Beteiligung auf mehrere gemeinsam vorgehende Rechtsträger, eine Anzeigepflicht nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG angenommen würde.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Aktien nicht unmittelbar in das Vermögen der Privatstiftung übertragen werden. Aus übernahmerechtlicher Sicht ist es gleichgültig, ob die Beteiligung zuerst in die Privatstiftung eingebracht und in einem weiteren Schritt nach § 24 Abs 1 Z 2 ÜbG begünstigt in eine 100 % Tochtergesellschaft ausgegliedert oder unmittelbar an die

100 %ige Tochtergesellschaft übertragen wird. Dass Herr D vorübergehend aus steuerrechtlichen Gründen geringfügig an einer Tochtergesellschaft beteiligt ist, schadet freilich nicht.

Über den in eventu gestellten Antrag war daher nicht abzusprechen.

b) Zum 2. Spruchpunkt

Gemäß 3.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 5. April 2000, Nr. 146) ist für das Verfahren zur Feststellung der Ausnahme von der Angebotspflicht nach §24 ÜbG vom Bieter eine Gebühr in der Höhe von EUR 17.280,-- zu entrichten.

Bieter im Sinne dieser Bestimmung sind die B GmbH sowie die C AG. Die genannten Rechtsträger haben den Feststellungsantrag gemeinsam gestellt und gehen im Hinblick auf die Übertragung der Aktien gemeinsam vor; gemäß 7.1. der Gebührenordnung haften sie als Solidarschuldner.

Es wurde kein Gebührevorschuss erlegt. Der ausständige Betrag beträgt daher EUR 17.280,-.

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 3.1. 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 S 2.500,-- zu entrichten.

Wien, den 19. April 2001

Univ. Prof. Dr. Konrad Fuchs  
für den 1. Senat der Übernahmekommission