

Bescheid

Der 3. Senat der Übernahmekommission hat am 3. Juni 2002 unter dem Vorsitz von Dir. Dr. Winfried Braumann im Beisein der Mitglieder Hofrätin des OGH Dr. Birgit Langer (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dkfm. R. Engelbert Wenckheim (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Dr. Sieglinde Gahleitner (Mitglied gem. § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über den Antrag der Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft AG (ÖIAG), FN 80286v, Kantgasse 1, 1010 Wien, wie folgt entschieden:

Spruch

1. Die geplanten Änderungen im Bestand des zwischen der ÖIAG und der Telecom Italia International N.V. im Oktober 1998 abgeschlossenen Syndikatsvertrages sind gemäß § 25 Abs 1 ÜbG von der Angebotspflicht nach § 22 ÜbG befreit. Von der Anordnung eines Pflichtangebots nach § 25 Abs 2 ÜbG wird abgesehen.
2. Gemäß 2.1. iVm 2.3. und 7.3. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission hat die ÖIAG als Antragstellerin eine Gebühr von EUR 17.280,- zu entrichten. Die gesamte 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. Antrag und Vorbringen

Mit Schreiben vom 23. Mai 2002 teilte die ÖIAG der Übernahmekommission eine geplante Änderung des zwischen ihr und der zur Telecom Italia Gruppe gehörenden Telecom Italia International N.V. (vormals STET International S.p.A.) bestehenden Syndikatsvertrages mit. Durch Abänderung dieses Syndikatsvertrages, der die rechtlichen Beziehungen der Syndikatsvertragspartner im Aktionariat der Telekom Austria AG (TA) umfassend regelt, soll einerseits ein geordneter Rückzug aus dem Engagement der Telecom Italia International N.V. (TI) bei der TA und andererseits die Erfüllung des der ÖIAG obliegenden Vollprivatisierungsauftrages für die TA ermöglicht werden.

Die Antragstellerin geht in ihrem Schreiben davon aus, dass die Änderungen des zwischen der TI und der ÖIAG bestehenden Syndikatsvertrages weder einen Kontrollwechsel noch einen anzeigepflichtigen Sachverhalt im Sinne des § 25 ÜbG darstellen, beantragt jedoch in eventu, die Übernahmekommission möge entscheiden, dass kein Pflichtangebot zu stellen ist.

Im Einzelnen führt die Antragstellerin hierzu Folgendes aus:

Die Abänderung bzw vorzeitige Auflösung des Syndikatsvertrages sei schon deshalb nicht angebots- oder anzeigepflichtig, weil hierdurch keine kontrollierende Beteiligung iSd ÜbG erlangt werde. Die ÖIAG erfülle zwar die widerlegbare Kontrollvermutung des § 2 Abs 1 der 1. ÜbV, verfüge aber nach Auflösung des Syndikats mit der TI über weniger Einflussrechte

als zuvor. Insbesondere habe sie keine Aktienmehrheit; ein Recht zur Bestellung der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stehe ihr nicht mehr zu. Zudem sei es der ÖIAG nach § 11 Abs 2 des ÖIAG-G 2000 verboten, Beteiligungsgesellschaften einheitlich zu leiten (Konzernverbot). Die ÖIAG verfolge im Zusammenhang mit ihrer Beteiligung an der TA keinerlei eigenständige strategische Interessen. Vor diesem Hintergrund könne also weder von einer kontrollierenden Beteiligung der ÖIAG gesprochen werden, noch bedürften die Streuaktionäre eines Konzerneingangsschutzes durch Pflichtangebot.

Zudem könnten sich Anleger der TA nicht auf den Schutz des ÜbG bei Kontrollwechsel berufen, wenn sich durch Auflösung des Syndikats nunmehr eine Beteiligungsstruktur verwirkliche, die im Emissionsprospekt ausführlich beschrieben und daher für alle Anleger voraussehbar war. Darüber hinaus mangle es am gesetzlich geforderten Erlangen der Kontrolle, weil das bereits vor Inkrafttreten des ÜbG abgeschlossene Syndikat nunmehr aus Gründen aufgelöst werde, die von der Antragstellerin nicht beeinflussbar seien. Die Antragstellerin hätte zwar die Auflösung des Syndikatsvertrages einstweilen verhindern können, die unregelmäßige Auflösung des Syndikatsvertrages mit Ablauf der Lock-up-Periode wäre aber zum Nachteil aller Beteiligungspapierinhaber gewesen. Auch im Interesse der Streubesitzaktionäre sei es daher angezeigt gewesen, nach einer für alle Beteiligten sinnvollen Lösung zu suchen.

Ungeachtet des Umstands, dass die Antragstellerin durch Abänderung bzw Auflösung des Syndikatsvertrages keine Kontrolle an der TA erlangen werde, bestehe jedenfalls deshalb keine Angebotspflicht, weil das ÜbG bestimmte Sachverhalte in § 25 Abs 1 ÜbG von der Angebotspflicht ausnehme. So sehe § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG vor, dass geringfügige Änderungen in der Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsamer Rechtsträger von der Angebotspflicht befreit sein können. Zwar komme es im vorliegenden Fall zu keiner Übertragung von Aktien innerhalb des Syndikats, die Änderungen der ursprünglichen Vereinbarungen seien aber nicht so wesentlich, dass von einem Kontrollwechsel ausgegangen werden könne. Denn schon bisher habe die Antragstellerin bestimmenden Einfluss in den Verwaltungsorganen der TA gehabt. Im Lichte einer qualitativen Beurteilung der Änderungen im Syndikat sei davon auszugehen, dass die Änderungen im Syndikat eben nur geringfügig seien. Die in Aussicht genommene Transaktion führe sohin zu einem Effekt, der einer geringfügigen Änderung in einem Syndikat entspreche, weshalb der Fall der Aufhebung eines Syndikats schon aus verfassungsrechtlichen Erwägungen nicht anders behandelt werden könne als eine Änderung.

Für die Annahme eines Sachverhalts iSd § 25 Abs 1 ÜbG spreche auch, dass es der Übernahmekommission möglich sei, den Katalog der Ausnahmetatbestände in § 25 Abs 1 durch Verordnung auf Fälle zu erweitern, in denen eine Gefährdung von Vermögensinteressen der Inhaber von Beteiligungspapieren der TA nicht zu besorgen sei oder überwiegende gesamtwirtschaftliche Interessen für die Befreiung von der Angebotspflicht sprechen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass es der Übernahmekommission untersagt sei, ohne Verordnung gemäß § 25 Abs 1 ÜbG weitere Fälle, die ebenso zu keinem Kontrollwechsel führen, im Wege der Einzelfallentscheidung anzunehmen.

Ferner könne den in § 25 Abs 3 ÜbG niedergelegten Wertungen des Gesetzgebers entnommen werden, dass die Anordnung eines Pflichtangebots im gegenständlichen Fall nicht angezeigt erscheint. Insbesondere ziele die Änderung der Syndikatsvereinbarung nicht vorrangig auf die Erlangung eines beherrschenden Einflusses ab. Zum einen habe die Antragstellerin einen Privatisierungsauftrag zu erfüllen, zum anderen sei der Antragstellerin ein Aufstocken ihres Beteiligungsbesitzes nach § 9 Abs 1 ÖIAG-G 2000 grundsätzlich verboten. Darüber hinaus verfolge die Antragstellerin keine strategischen Interessen. Die Antragstellerin halte neben ihrer Beteiligung an der TA keine Beteiligungen an Unternehmen mit gleichem oder verwandtem Unternehmensgegenstand wie jenem der TA.

Ein Gebührevorschuss wurde nicht erlegt. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 3. Juni 2002 auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

2. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens konnte der 3. Senat folgenden

Sachverhalt

feststellen:

Die TA notiert seit dem 21. November 2000 im Amtlichen Handel der Wiener Börse und an der New York Stock Exchange. Ihr Grundkapital von EUR 1.090.500.000,-- ist in 500 Mio Stück Stammaktien zerlegt, von denen 175 Mio Stück als Inhaberaktien zum Börsenhandel zugelassen sind. Bei den restlichen 325 Mio Stück handelt es sich um vinkulierte Namensaktien.

Die Telekom Austria AG ist die Muttergesellschaft einer Unternehmensgruppe, die zahlreiche Kommunikationsdienstleistungen anbietet. Zu ihrem Beteiligungsbesitz zählt auch eine mehrheitliche Beteiligung an der Mobilkom Austria (rd 75 % vom Grundkapital). Schon seit der Börseneinführung wird die TA mehrheitlich von einem zweigliedrigen Syndikat kontrolliert, das mit einem Anteil von mehr als 75 % vom Grundkapital an der TA beteiligt ist und sich derzeit aus der ÖIAG (rd. 47,8 % vom Grundkapital) und der Telecom Italia International N.V. (rd. 29,8 % vom Grundkapital), einer 100%-igen Tochtergesellschaft der Telecom Italia S.p.A., zusammensetzt. Die restlichen Aktien befinden sich im Streubesitz.

Der Syndikatsvertrag, der ursprünglich im Oktober 1998 noch zwischen der Post- und Telekom Austria (PTA) als Rechtsvorgängerin der ÖIAG und der STET International S.p.A. als Rechtsvorgängerin der TI abgeschlossen wurde, regelt die Zusammenarbeit der Syndikatsvertragspartner auf Aktionärs- sowie in den Organen der Gesellschaft umfassend. Ziel der damaligen Vereinbarung war es, den durch das Poststrukturgesetz (PTSG) gesetzlich aufgetragenen Börsengang der TA mit Hilfe eines strategischen Minderheitspartners besser bewältigen zu können. Demzufolge sieht der Syndikatsvertrag eine klare Rollenverteilung vor und weist der ÖIAG als größtem Einzelaktionär die Führungsposition innerhalb des Syndikats zu. Die TI nimmt dagegen die Rolle des alleinigen strategischen Partners ein, die sowohl durch das die ÖIAG betreffende Verbot, Aktien an einen anderen Telekommunikationsanbieter zu verkaufen, als auch durch Vorkaufsrechte abgesichert ist.

Beide Syndikatspartner verfügen über umfassende Vorschlags- und Nominierungsrechte für die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Von den insgesamt zwölf Aufsichtsratsmitgliedern der TA werden sechs von der ÖIAG und zwei von der TI nominiert. Die restlichen vier Positionen entfallen auf Arbeitnehmervertreter. Zudem ist die ÖIAG berechtigt, für den aus vier Mitgliedern bestehenden Vorstand der TA den Vorsitzenden des Vorstands (CEO), dessen Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt, sowie das Vorstandsmitglied für Technik (CTO) vorzuschlagen. Der TI kommt ein Vorschlagsrecht für das Vorstandsmitglied für Finanzen (CFO) sowie bis Ende Oktober 2003 für das Vorstandsmitglied für Marketing (CMO) zu. Die Position des CMO ist derzeit nicht besetzt.

Die Willensbildung im Syndikat erfolgt grundsätzlich nach dem Mehrheitsprinzip und beeinflusst das Stimmverhalten der Syndikatspartner in der Hauptversammlung, aber auch jenes der von den Syndikatsmitgliedern nominierten Aufsichtsratsmitglieder. Für bestimmte wichtige Angelegenheiten der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats (qualifizierte Beschlussgegenstände) sieht der Syndikatsvertrag im Ergebnis das Erfordernis der Einstimmigkeit vor. So bedürfen im Wesentlichen alle Angelegenheiten des Aufsichtsrats im Sinne des § 95 Abs 5 AktG sowie geschäftspolitische Entscheidungen wie die Finanz-, Liquiditäts- und Investitionsplanung einer einvernehmlichen Abstimmung der Syndikatsvertragspartner. Gleich-

chermaßen werden auch Hauptversammlungsbeschlüsse wie Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen, Umgründungen, die Bestellung des Abschlussprüfers sowie die Gewinnverteilung vor der Beschlussfassung in der HV unter den Syndikatsvertragspartnern abgestimmt. Für den Fall der Uneinigkeit der Syndikatsvertragspartner über eine dieser Angelegenheiten sieht der Syndikatsvertrag ein Streitschlichtungsverfahren vor, das durch einen sachverständigen Schiedsrichter nach Durchführung eines Streitbeilegungsverfahrens endgültig entschieden wird.

Der Syndikatsvertrag ist auf unbestimmte Dauer abgeschlossen. Eine ordentliche Kündigung ist unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Kalenderjahr erstmals zum 31. Dezember 2008 möglich. Davor endet der Syndikatsvertrag nur dann, wenn die Beteiligung eines Syndikatspartners an der TA unter die Schwelle von 20 % des stimmberechtigten Grundkapitals der TA absinkt. Allerdings ist eine Veräußerung der von der TI an der TA gehaltenen Beteiligung ohne Zustimmung der ÖIAG vor dem 28. Oktober 2003 nicht möglich (Lock-up-Verpflichtung). Der ÖIAG ist dagegen die Veräußerung von Aktien an der TA an Telekommunikationsunternehmen untersagt (Veräußerungsbeschränkung).

Der maßgebliche Inhalt des Syndikatsvertrages wurde anlässlich des Börsengangs im Emissionsprospekt der TA weitgehend offen gelegt.

Seit Abschluss des Syndikatsvertrages und dem Börsengang der TA haben sich in den langfristigen Zielsetzungen und Erwartungshaltungen der beiden Syndikatsvertragspartner wesentliche Änderungen ergeben: Auf Seiten der ÖIAG wurde mit dem Inkrafttreten des ÖIAG-G 2000 (BGBl I 24/2000) und Erlass des Privatisierungsauftrages der Bundesregierung vom 28. Februar 2000 eine Änderung der Beteiligungspolitik herbeigeführt. An Stelle der bisher verfolgten Kernaktionärspolitik ist nunmehr der Auftrag zur Vollprivatisierung der TA getreten.

Ebenso vollzog sich auf Seiten des italienischen Syndikatsvertragspartners im Jahre 2001 eine Änderung der mit der Beteiligung an der TA verfolgten Geschäftsinteressen. Denn kurz nach der Übernahme des Telecom Italia Konzerns (TI-Gruppe) durch Pirelli und Benetton kündigten die neuen Eigentümer an, sich von einer Mehrzahl ihrer Auslandsbeteiligungen, darunter auch den Beteiligungen an der TA und der Mobilkom Austria (rd 25 % vom Grundkapital), zu trennen.

Die gegenwärtig ungünstige Marktlage, die wechselseitigen Veräußerungsbeschränkungen und die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen auf Ebene der TA und der Mobilkom Austria sowie die unterschiedlichen Preisvorstellungen der Syndikatsvertragspartner im Hinblick auf die TA haben in der jüngsten Vergangenheit die gemeinsamen Verkaufsbemühungen der Syndikatsvertragspartner belastet und könnten in Zukunft die Geschäftstätigkeit der TA beeinträchtigen. Um diese auch für die TA nachteilige Situation im Interesse aller Beteiligten aufzulösen, streben die TI, die ÖIAG und die TA nunmehr eine wirtschaftliche Entflechtung auf Ebene der TA und der Mobilkom an. Dies soll durch mehrere, zwischen der TI, der ÖIAG und der TA abzuschließende Vereinbarungen erreicht werden, die unter anderem Folgendes regeln:

- ❖ Vollständiger Rückzug der TI-Gruppe aus ihrem Engagement bei der Mobilkom durch Veräußerung ihrer Mobilkom-Beteiligung an die TA, sodass die Mobilkom wieder zu einer 100 %-igen Tochtergesellschaft der TA wird;
- ❖ Aufhebung der die Syndikatsvertragspartner bindenden Veräußerungsbeschränkungen, sofortige Beseitigung der Nominierungsrechte der TI für die Besetzung von Vorstandsmitglieder sowie Aufhebung des Syndikatsvertrages zum 30. April 2003, sofern die Beteiligung der TI nicht schon früher auf einen Beteiligungsbesitz von unter 20 % absinkt (zB durch Secondary Public Offering).

- ❖ Nachfolgender geregelter Verkauf der im Eigentum der TI und der ÖIAG stehenden Aktien an der TA. Durch zeitlich koordinierte Teilveräußerungsschritte soll im Rahmen von „Public Market Transactions“ ein sukzessiver Verkauf der Beteiligung an der TA erreicht werden, wobei der TI im Jahr 2002 seitens der ÖIAG zur Platzierung von bis zu 75 Mio Aktien (ds 15 % vom Grundkapital der TI) der Vortritt überlassen werden soll. Zudem sollen besondere Mitverkaufsrechte und einzelne Zustimmungspflichten der TI den reibungslosen Paketverkauf durch die ÖIAG absichern.

3. Rechtliche Beurteilung

a) Zum 1. Spruchpunkt

Sowohl die Antragstellerin als auch die TI beabsichtigen durch die dargestellten Änderungen im Syndikat der TA, ihre Beteiligung an der TA rasch und unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse zu veräußern, wobei sich der Rückzug beider Syndikatsvertragspartner aus dem Aktionariat der TA in mehreren Schritten und zeitlich versetzt vollziehen soll.

In einem ersten Schritt soll es der TI ermöglicht werden, ihren Beteiligungsbesitz an der TA durch Veräußerung von Aktien im Rahmen eines Secondary Public Offering rasch teilweise abzubauen. Gleichlaufend mit der Verringerung der Beteiligung der TI an der TA soll auch der Einfluss innerhalb des zwischen der TI und der Antragstellerin bestehenden Syndikats vermindert werden.

In einem weiteren Schritt sollen spätestens mit 30. April 2003 die Rechte und Pflichten aus dem Syndikatsvertrag entfallen. Danach liegt die Willensbildung in den Organen der TA grundsätzlich wieder im freien Ermessen jedes einzelnen Aktionärs der TA. Von diesem Zeitpunkt an bestehen im Grundsatz nur noch hinsichtlich der weiteren Veräußerung der von der Antragstellerin und der TI gehaltenen Aktien an der TA sowie des Wettbewerbsverhaltens der TI gegenüber der TA vertragliche Bindungen.

Als letzter Schritt ist die Veräußerung des Aktienpaketes der Antragstellerin an der TA vorgesehen, womit der Privatisierungsauftrag der Bundesregierung umgesetzt werden würde. Zur Erleichterung dieses Vorhabens sehen auch die zwischen der TI und der Antragstellerin abzuschließenden Verträge besondere Mitverkaufs- und Mitwirkungsrechte der TI vor.

Von diesen Transaktionsschritten hat der 3. Senat derzeit nur die ersten beiden Schritte übernahmerechtlich zu beurteilen. Hierbei wird im Folgenden aus prozessökonomischen Erwägungen zunächst auf die Rechtsfolgen bei vollständiger Auflösung des Syndikats und erst danach auf die bloß temporär relevanten und in den Auswirkungen geringfügigeren Änderungen des Syndikatsvertrages eingegangen. Der letzte Transaktionsschritt wird voraussichtlich einen Kontrollwechsel darstellen, der zu einem Pflichtangebot an die außenstehenden Aktionäre der TA führt. Nach Eintritt eines allfälligen Kontrollwechsels wird dies Gegenstand eines selbständigen Verfahrens sein und kann daher einstweilen außer Betracht bleiben.

Das ÜbG knüpft die Angebotspflicht an das Erlangen der Kontrolle. Ausweislich der Materialien zum ÜbG ist es hierfür irrelevant, wie diese kontrollierende Beteiligung zu Stande gekommen ist (vgl. EB zur RV zu § 22 ÜbG). Von der Angebotspflicht nach § 22 ÜbG sind somit nicht nur Erwerbsvorgänge erfasst, sondern auch rein schuldrechtliche Vereinbarungen wie der Abschluss von Syndikatsverträgen. Demgemäß ordnet § 6 der 1. ÜbV an, dass eine kontrollierende Beteiligung auch ohne den Erwerb von Aktien erlangt werden kann. Gleiches muss aber auch für die Auflösung oder die Änderung eines bestehenden Syndikatsvertrages gelten. Denn aus Sicht der Anleger kann der Wechsel von gemeinsamer Kontrolle zur Allein-

Kontrolle ähnlich schwer wiegend sein, wie die erstmalige Begründung eines Syndikats. Dass Änderungen in der Zusammensetzung von Syndikaten aus übernahmerechtlicher Sicht bedeutsam sein können, ist auch in § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG, der Aktienübertragungen innerhalb einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger einer besonderen Anzeigepflicht unterwirft (siehe dazu grundlegend GZ 2000/1/1 - 19), gesetzlich angeordnet.

Ob ein Syndikatsvertragspartner bei Auflösung eines bestehenden Syndikats tatsächlich (Allein-)Kontrolle erlangt, hängt – so wie sonst auch - zunächst von der konkreten Aktionärsstruktur der ZG und dem jeweiligen Beteiligungsbesitz der Syndikatsvertragspartner ab. Erfüllt nach Auflösung eines Syndikats ein Syndikatsvertragspartner eine der Kontrollvermutungen der 1. ÜbV, ist im Zweifel von einem Kontrollwechsel auszugehen. Dies wird ausnahmsweise dann nicht zutreffen, wenn die Funktion des aufzulösenden Syndikats nicht in der Koordination von Einzelinteressen der Syndikatsvertragspartner, sondern in der Subordination mehrerer Aktionäre unter die Entscheidungsmacht eines (schon bisher) kontrollierenden Aktionärs besteht.

Nach Auflösung des Syndikats verfügt die Antragstellerin weiterhin über 47,8 % vom Grundkapital der TA. Die ÖIAG wird zu diesem Zeitpunkt größter Einzelaktionär der TA sein und erfüllt damit die Kontrollvermutung nach § 2 der 1. ÜbV.

Soweit die Antragstellerin vorbringt, dass durch Auflösung des Syndikats keine neue Kontrolle seitens der ÖIAG erlangt wird, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:

Die Funktion des zwischen der Antragstellerin und der TI abgeschlossenen Syndikats bestand in der Ausübung von gemeinsamer Kontrolle im Sinne einer Koordination der jeweiligen Interessen der Syndikatsvertragspartner. Nicht umsonst sieht der Syndikatsvertrag bei wichtigen Entscheidungen das Erfordernis der Einstimmigkeit vor. Dieser Einschätzung steht auch nicht entgegen, dass der ÖIAG schon bisher ein Recht zur Bestellung der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder zugekommen ist. Denn das Stimmverhalten der nominierten Aufsichtsratsmitglieder war nach dem Syndikatsvertrag nicht frei, sondern weitgehend durch Beschlüsse der Syndikatsvertragspartner determiniert. Für eine der wichtigsten Entscheidungskompetenzen des Aufsichtsrats, die Bestellung von Vorstandsmitgliedern, sieht der Syndikatsvertrag sogar unmittelbar Nominierungsrechte der Syndikatsvertragspartner vor.

Für den Wechsel von gemeinsamer Kontrolle zu Alleinkontrolle ist es daher unerheblich, ob der Antragstellerin nach Auflösung des Syndikatsvertrages noch ein Recht zur Bestellung der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder zukommt. Genauso wenig kann daraus der Schluss abgeleitet werden, dass wegen des Verlustes dieses gesicherten Rechts auf Bestellung der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder (vgl § 22 Abs 4 ÜbG iVm § 244 Abs 2 Z 2 HGB) keine Kontrolle mehr besteht. Ein solches Recht ist zur Begründung einer kontrollierenden Beteiligung hinreichend, aber keineswegs notwendig.

Für das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung spricht weiters, dass die strategische Führungsrolle der TI mit Auflösung des Syndikats verloren geht und die Antragstellerin auch in diesen Fragen in Zukunft als größter Einzelaktionär mit knapp weniger als 50 % vom Grundkapital der TA idR alleine maßgeblich sein wird.

Ebenso wenig kann in diesem Zusammenhang von einem rein passiven Kontrollerwerb gesprochen werden (vgl zu diesem Problemkreis jüngst *Gruber/Zivny*, Pflichtangebot bei passiver Kontrollerlangung, RdW 2002, 132). Die Abänderung der Laufzeit des Syndikatsvertrages ist Teil einer auch von der ÖIAG getragenen Gesamtlösung, die im gemeinsamen Interesse der Syndikatsvertragspartner gelegen ist. Immerhin wird die Antragstellerin durch die vorzeitige Auflösung des Syndikatsvertrages in die Lage versetzt, die Umsetzung des Privatisierungsauftrages ohne Rücksichtnahme auf unter Umständen gegenläufige Interessen eines Syndikatsvertragspartners durch rasche Entledigung der Bindungen aus dem Syndi-

katsvertrag umzusetzen. Dass die Antragstellerin hierbei auch die Interessen der Beteiligungspapierinhaber im Auge hat, steht einem Kontrollwechsel nicht entgegen.

Schließlich ist es für die Beurteilung der Frage des Kontrollwechsels unerheblich, ob der Inhalt des Syndikatsvertrages bereits im Börseneinführungsprospekt ausführlich beschrieben wurde oder nicht. Soweit sich die Antragstellerin auf die Entscheidung GZ 1999/A/4 – 5 zur Begründung ihres Vorbringens stützt, übersieht sie, dass im damals entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt klar war, wie sich das Aktionariat der Zielgesellschaft konkret und unmittelbar nach Börseneinführung verändern wird. Zudem wird im zu beurteilenden Fall nicht bloß eine bereits bestehende Syndikatsregelung umgesetzt, sondern geradezu eine Abweichung vom bisherigen, im Emissionsprospekt offen gelegten Syndikatsvertragsinhalts vereinbart.

Trotz unbestreitbaren Kontrollwechsels ist damit aber noch nicht über die Pflicht zur Stellung eines Angebots im Fall der Auflösung des zwischen der TI und der Antragstellerin abgeschlossenen Syndikatsvertrages abgesprochen. Immerhin sehen die § 24 und § 25 ÜbG Ausnahmen von der Angebotspflicht vor. Auf den ersten Blick scheint keine der Ausnahmetatbestände in concreto anwendbar zu sein. Eine eingehende Beschäftigung mit dem Normzweck der in § 25 Abs 1 ÜbG angeführten Ausnahmebestimmungen legt aber – wie die Antragstellerin zutreffend vorbringt - ein anderes Ergebnis nahe:

In § 25 Abs 1 ÜbG hat der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmte Fallgruppen geregelt, in denen entweder eine Gefährdung von Vermögensinteressen der außenstehenden Beteiligungspapierinhaber typischerweise nicht zu befürchten ist oder überwiegende gesamtwirtschaftliche Interessen für die Befreiung vom Pflichtangebot sprechen (vgl EB zur RV zu § 25 Abs 1). So ist etwa nach § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG der Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung zu Sanierungszwecken oder nach § 25 Abs 1 Z 1 ÜbG der mittelbare Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung, bei dem die Zielgesellschaft nicht das eigentliche „target“ der Übernahme darstellt, von der Angebotspflicht befreit.

Nach Ansicht des Senats hat der Gesetzgeber in § 25 Abs 1 ÜbG aber keine abschließende Regelung jener Fälle getroffen, in denen eine Ausnahme von der Pflicht zur Stellung eines Angebots gerechtfertigt ist. Vielmehr räumt der Gesetzgeber in § 25 Abs 1 ÜbG letzter Satz der Übernahmekommission sogar ausdrücklich die Befugnis ein, durch Verordnung weitere generelle Ausnahmetatbestände zu schaffen. Zwar hat die Übernahmekommission bisher keine derartige Verordnung erlassen. Dies steht aber einer Erweiterung des Ausnahmekatalogs unter Berücksichtigung der Wertungen des Gesetzgebers im Einzelfall nicht entgegen. Andernfalls würde der Verordnungsermächtigung in § 25 Abs 1 ÜbG letzter Satz gesetzsergänzender bzw gesetzvertretender Charakter zugemessen werden, womit der Bestimmung letztlich ein verfassungswidriger Inhalt unterstellt werden würde (vgl zur formalgesetzlichen Delegation *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) Rz 598 ff).

In verfassungskonformer Auslegung ist § 25 Abs 1 ÜbG letzter Satz somit als Ermächtigung zur Erlassung einer Durchführungsverordnung iSv Art 18 Abs 2 B-VG aufzufassen; einer Erweiterung des Ausnahmekatalogs im Rahmen von Einzelfallentscheidungen steht daher im Grundsatz nichts entgegen, wenn auch hierbei ein strenger Maßstab anzulegen sein wird. Als Richtschnur hierfür ist auf die in § 25 Abs 3 ÜbG genannten Wertungskriterien abzustellen. Dort ist nämlich festgelegt, unter welchen Voraussetzungen die Übernahmekommission trotz Vorliegens eines Sachverhalts nach § 25 Abs 1 ÜbG ein Pflichtangebot nach § 25 Abs 2 ÜbG anordnen kann.

Nach § 25 Abs 3 ÜbG ist unter anderem darauf Bedacht zu nehmen,

- ❖ ob eine einheitliche Leitung besteht,

- ❖ ob der Erwerbsvorgang vorrangig auf die Erlangung eines beherrschenden Einflusses über die Zielgesellschaft gerichtet war,
- ❖ ob die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft auszuüben, in zuverlässiger und dauerhafter Weise abgesichert ist, und letztlich
- ❖ ob der Erwerber oder ein konzernmäßig mit ihm verbundener Rechtsträger eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einem Unternehmen mit gleichem oder verwandtem Unternehmensgegenstand hält.

Vorauszuschicken ist, dass der ÖIAG auf Grund des ÖIAG-G 2000 und des Vollprivatisierungsauftrages der Bundesregierung vom 28. Februar 2000 eine rechtliche Sonderstellung zukommt. So ist es nach § 11 ÖIAG-G 2000 der Antragstellerin verboten, ein Konzernverhältnis zwischen ihr und ihren Beteiligungsgesellschaften zu begründen. Ausweislich der Materialien zum ÖIAG-G 2000 (siehe EB zur RV zu § 11 ÖIAG-G 2000) schließt dieses Konzernverbot zwar nicht schon jede Einflussnahme auf Beteiligungsgesellschaften wie der TA aus, sondern untersagt lediglich die Begründung eines umfassenden Konzernverhältnisses. Insbesondere ist es der Antragstellerin verboten, die TA einheitlich zu leiten. Damit ist die ÖIAG zwar durchwegs in der Lage eine die Angebotspflicht auslösende kontrollierende Beteiligung iSd § 22 ÜbG zu erwerben, die Ausübung von Konzernleitungsmacht ist aber im Vergleich zu anderen Rechtsträgern (nicht bloß statutarisch, sondern durch Gesetz) eingeschränkt. Ferner ist es nach § 9 ÖIAG-G 2000 der ÖIAG idR auch untersagt, im Bedarfsfall – wenn beispielsweise qualifizierte Angelegenheiten zur Beschlussfassung anstehen – ihren Einfluss in Beteiligungsgesellschaften durch Erhöhung der Beteiligungsquoten auszubauen.

Im Lichte der in § 25 Abs 3 ÜbG genannten Kriterien ist es ferner bedeutsam, dass die Antragstellerin durch vorzeitige Auflösung des Syndikatsvertrages mit der TI nicht vorrangig das Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung intendiert. Vielmehr geht es nach dem derzeit verbindlichen Privatisierungsauftrag der Bundesregierung darum, möglichst rasch im Interesse aller Beteiligungspapierinhaber die Vollprivatisierung der TA zu erreichen. Das Erlangen der Alleinkontrolle ist gewissermaßen ein aus der Sicht der Antragstellerin in der gegenwärtigen Situation unvermeidbarer Zwischenschritt auf dem Weg zur Vollprivatisierung. Die vorzeitige Auflösung des Syndikatsvertrages bezweckt daher nicht den kontrollierenden Einfluss der ÖIAG in zuverlässiger und dauerhafter Weise auch in Zukunft abzusichern, sondern soll nur vorübergehend Handlungsspielraum für den Verkauf eines Kontrollpaketes schaffen. Dies zeigt sich auch daran, dass die Antragstellerin nicht das Aktienpaket ihres bisherigen Syndikatsvertragspartners erwirbt, sondern das Aktienpaket der TI im Wege von „Public Market Transactions“ veräußert werden soll. Insofern ähnelt dieser Vorgang dem Fall eines bloß vorübergehenden Kontrollenerwerbs nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG.

Dabei kann man auch berücksichtigen, dass durch die vorzeitige Auflösung des Syndikatsvertrages und die Erhöhung des Streubesitzanteils um bis zu 15 % vom Grundkapital eine gewisse Reduktion der absoluten Einflussmöglichkeiten herbeigeführt wird. Anders als vor Auflösung des Syndikatsvertrages könnte dem Streubesitz in Zukunft unter Umständen bei qualifizierten HV-Beschlussgegenständen eine Mitbestimmungsmöglichkeit zukommen; insofern könnte ein so genanntes „freie Spiel der Kräfte“ in der HV der TA zumindest bei qualifizierten Beschlüssen erstmals möglich werden. Dass diese Abstimmungssituation durch Aufstocken der Beteiligung seitens der ÖIAG auf eine mehrheitliche oder gar qualifizierte Beteiligung wieder rückgängig gemacht wird, ist schon wegen § 9 ÖIAG-G 2000 nicht zu erwarten.

Ins Gewicht fällt auch, dass die Kontrolle nicht durch Hinzuerwerb von Aktien erlangt worden ist, sondern letztlich auf einer schon vor dem Börsengang bestehenden und im Börsenprospekt offen gelegte Beteiligung zurückzuführen ist. Dass die ÖIAG ein wesentlicher Aktionär der TA war und auch in Zukunft bis zur Erfüllung des Vollprivatisierungsauftrages bleiben

wird, ist daher keine völlig neue Investitionssituation für die Anleger. Die Auswirkungen der Syndikatsvertragsauflösung sind daher nicht vollständig mit den Wirkungen eines erstmaligen Erwerbs einer kontrollierenden Beteiligung durch einen Bieter vergleichbar.

Ferner hält die Antragstellerin weder mittelbar noch unmittelbar andere Beteiligungen an Unternehmen mit verwandtem oder gleichem Unternehmensgegenstand. Eine Gefährdung der Beteiligungspapierinhaber durch eigenständige strategische Interessen der ÖIAG ist daher nicht gegeben.

Abschließend kann somit festgehalten werden, dass keines der in § 25 Abs 3 ÜbG angeführten Kriterien für die Verpflichtung zur Stellung eines Angebots spricht. Auf Grund dieser Erwägungen und der besonderen Umstände des Einzelfalles hält der 3. Senat daher die Gewährung einer Ausnahme von der Angebotspflicht trotz Wechsels der Kontrolle in Analogie zu den Fällen des § 25 Abs 1 ÜbG für gerechtfertigt. Das für die Beteiligungspapierinhaber damit verbundene Gefährdungspotenzial erscheint gemessen an den § 25 ÜbG zugrundeliegenden Wertungen als derart geringfügig, dass auch die Anordnung eines Pflichtangebots aus Sicht des 3. Senats überschießend wäre.

Abschließend ist nachzutragen, dass die durch den ersten Transaktionsschritt bewirkte und nur vorübergehend wirksame Änderung des Syndikatsvertrages ebenso wenig die Verpflichtung zur Stellung eines Angebots auszulösen vermag, was sich zwanglos aus einem Größenschluss zu den bereits dargelegten Erwägungen zur vorzeitigen Auflösung des Syndikatsvertrages ergibt.

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 vom Bieter eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten.

Nach 2.3. der Gebührenordnung hat der Bieter zusätzlich eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten, wenn ein Antrag nach § 25 Abs 2 dritter Satz gestellt wird. Ein solcher wurde mit Schreiben vom 23. Mai 2002 gestellt.

Die Bieterin hat daher insgesamt eine Gebühr in der Höhe von EUR 17.280,-- zu entrichten.

Bieterin im Sinne dieser Bestimmung ist die ÖIAG.

Da kein Gebührevorschuss erlegt wurde, beträgt der ausständige Betrag EUR 17.280,--.

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 3. Juni 2002

Dir. Dr. Winfried Braumann
Für den 3. Senat der Übernahmekommission