



Übernahmekommission gem. Übernahmegesetz 1998

p.A. Wiener Börse AG
A 1014 Wien, Postfach 192
Tel. (43) 1 532 2830 – 613
Fax (43) 1 532 2830 – 650
[e-mail: uebkomb@wbag.at](mailto:uebkomb@wbag.at)

GZ 2000/3/3-65

Der 3. Senat der Übernahmekommission hat am 15. November 2000 unter dem Vorsitz von Dr. Winfried Braumann im Beisein der Mitglieder Dr. Erich Schwarzenbacher (Mitglied gemäß § 28 Abs. 2 Z. 2 ÜbG), Doz. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs. 2 Z. 3 ÜbG) und Dr. Oskar Grünwald (Mitglied gemäß § 28 Abs. 2 Z. 4 ÜbG) anlässlich der amtswegigen Überwachung der börsennotierten Schwechat AG, Brau Beteiligungs-AG und der Brau Union AG folgende

Stellungnahme

gemäß § 29 Abs. 1 ÜbG beschlossen:

1. Die Übernahmekommission ist für die derzeit gestellten Angebote an die Aktionäre der Getränke Holding AG betreffend deren Aktien nicht unmittelbar zuständig, weil die Aktien der Getränke Holding AG nicht börsennotiert sind.
2. Die Getränke Holding AG hält aber mittelbar – ua. vermittelt durch ihre mehrheitliche Beteiligung an der Brau Holding GmbH - eine kontrollierende Beteiligung an der Schwechat AG, BBAG und Brau-Union AG. Wenn daher qualifizierte Änderungen im Syndikat der Getränke Holding AG im Sinne eines Kontrollwechsels erfolgen, lösen diese eine Angebotspflicht für die Aktien der Schwechat AG, BBAG und Brau-Union AG aus. Für diese (Pflicht-)Angebote besteht die Zuständigkeit der Übernahmekommission.
3. Bieter können einzelne, aber auch gemeinsam vorgehende Rechtsträger sein. Gehen mehrere beim Erwerb von stimmberechtigten Aktien oder bei der Ausübung der Stimmrechte, z.B. in einem Syndikatsvertrag gemeinsam vor, sind diese auch solidarisch zur Finanzierung des Angebotes verpflichtet.
4. Durch die bedingte Ankündigung seitens der Getränke Management AG, jedenfalls auch ein Angebot für die Aktien der Schwechat AG, BBAG und Brau-Union AG stellen zu wollen, sind nach § 12 ÜbG alle Maßnahmen verboten, die das angekündigte Angebot zum Erwerb der Aktien der börsennotierten Gesellschaften vereiteln könnten (Neutralitätsgebot). Dieses Neutralitätsgebot trifft insbesondere die Verwaltungsorgane der Zielgesellschaften.
5. Gleichfalls sind unrichtige oder irreführende Informationen unzulässig. In diesem Sinne ist klarzustellen, dass das Angebot der Getränke Management AG zum Erwerb von Aktien der Schwechat AG, der BBAG und der Brau-Union AG noch nicht gestellt, sondern bloß (pflichtgemäß) angekündigt wurde. Die Bekanntmachung einer solchen Übernahmeabsicht, bedarf weder einer vorausgehenden Prüfung durch einen Sachverständigen noch einer Genehmigung durch die Übernahmekommission. Gegenstand der Prüfung ist vielmehr die Angebotsunterlage, die erst nach Bekanntgabe der Angebotsabsicht der

Übernahmekommission zusammen mit einer Bestätigung eines Sachverständigen über die Vollständigkeit und Gesetzmäßigkeit der Angebotsunterlage sowie die Finanzierung des Angebotes anzuzeigen ist.

BEGRÜNDUNG

1. Sachverhalt

a) Geplante Änderung des Aktionariats der Getränke Holding AG

Mit Brief vom 31.10.2000 traten die Herren Dr. Ludwig Beurle, Dr. Karl Büche und Dr. Ing. Fritz Kretz an einen großen Teil, aber nicht alle Aktionäre der Getränkeholding AG (im Folgenden "GH") mit der Aufforderung heran, die von ihnen gehaltenen Aktien der GH in die Hopfen & Malz AG (im Folgenden "HM") einzubringen, also ihre GH-Aktien gegen Aktien der HM einzutauschen.

Zur Durchführung dieses Aktientausches wurden die angesprochenen Aktionäre der GH aufgefordert, bis 20.11.2000 ein Treuhandformular an Dr. Ing. Fritz Kretz zu übersenden. Mit Unterzeichnung dieses Treuhandformulars wird Dr. Ing. Fritz Kretz im Wesentlichen (unwiderruflich) dazu bevollmächtigt, alle eingereichten GH-Aktien gegen Aktien der HM im Wege der Sacheinbringung einzutauschen, sofern mehr als 50 % des Grundkapitals der GH am gemeinsamen Aktientausch teilnehmen und die Einbringung der Aktien bis zum 30.04.2001 durchführbar ist.

Daraufhin trat die Getränke Management AG (im Folgenden "GM") vertreten durch die Herren Dr. Thomas Marsoner und Dkfm. Dr. Helmut Marsoner ihrerseits mit Schreiben vom 10.11.2000 an sämtliche Aktionäre der GH mit einem Angebot heran. In diesem Schreiben wurde den GH-Aktionären angeboten, ihre Aktien an die GM zu verkaufen oder alternativ gegen Aktien der GM einzutauschen; auch eine beliebige Mischung von Bar- und Papierangebot wurde als Alternative offeriert.

Das Angebot der GM kann zumindest bis zum 20.11.2000 angenommen werden und soll bis spätestens 30.04.2001 auch gesellschaftsrechtlich durchgeführt sein, sofern mindestens 41 % der GH-Aktionäre zusätzlich zur Gruppe Marsoner-Swarovski-Rainer das Angebot annehmen.

Wie viele GH-Aktionäre der Aufforderung zur Unterzeichnung des Treuhandformulars gefolgt sind, wird frühestens nach dem 20.11.2000 feststehen. Gleiches gilt auch für das Angebot der GM, denn auch hier ist die Annahmefrist noch nicht abgelaufen, sodass noch kein Ergebnis feststeht.

b) Ankündigung eines öffentlichen Angebotes für die Aktien der Brauerei Schwechat AG, der BBAG und der Brau-Union AG

Zusammen mit dem Angebot wurde im Schreiben der GM vom 10.11.2000 sowie durch Information der Medien durch e-mail erstmals am 12.11.2000 die Absicht bekannt gegeben, allen Aktionären der Brauerei Schwechat AG, BBAG und Brau-Union AG ein Barabfindungsangebot zu machen. Wobei der Preis eines allfälligen Angebotes für die Schwechat AG mit 46 Euro, BBAG mit 54 Euro und Brau-Union mit 50 Euro angekündigt wurde.

Mit Ad-hoc-Meldung vom 13.11.2000 wies der Vorstand der BBAG unter anderem auf Folgendes hin: "... dieses Barabfindungsangebot [wurde] nicht mit der Übernahmekommission abgestimmt Darüber hinaus ist auch keine im Übernahmegesetz vorgesehene Überprüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen erfolgt."

Der Übernahmekommission wurde allerdings bislang weder eine Angebotsunterlage noch ein Bericht des Sachverständigen des Bieters angezeigt.

c) Beteiligungsverhältnisse und Börsenotierung

Die GH ist eine Gesellschaft mit Sitz in Wien; ihre Aktien sind nicht börsennotiert. Die GH hält allerdings eine mehrheitliche Beteiligung an der Brau Holding GmbH, die wiederum an der börsennotierten Brauerei Schwechat AG mit Mehrheit beteiligt ist. Dazu kommt noch, dass die Brauerei Schwechat AG auch an der börsennotierten BBAG, die wiederum eine Mehrheitsbeteiligung an der börsennotierten Brau-Union AG hält, mehrheitlich beteiligt ist.

1. Vorgehen

Am 3.11.2000 wurde die Übernahmekommission informiert, dass mit Schreiben vom 31.10.2000 der Großteil der Aktionäre der GH zu einer Veränderung der Beteiligungsstruktur der GH im Weg des Aktientausches aufgerufen wurde.

Auf Grund der unmittelbaren bzw. mittelbaren Beteiligung der GH an den börsennotierten Gesellschaften Schwechat AG, BBAG und Brau-Union AG ist die Übernahmekommission von Amts wegen gemäß § 29 Abs. 1 ÜbG tätig geworden. Dr. Ing. Fritz Kretz wurde noch am 3.11.2000 schriftlich um Auskunft über die geplante Transaktion ersucht. Weiters wurde der Fall unverzüglich dem zuständigen Senat zugewiesen.

Demgegenüber wurde das Offert der GM betreffend die Aktien der GH als Entwurf mit Schreiben vom 10.11.2000 vom Vorstand der GM der Übernahmekommission zur Kenntnisnahme übermittelt.

Die Vertreter der konkurrierenden Aktionärsgruppen der GH wurden schriftlich und mündlich befragt. Ebenso wurde beiden Seiten Gelegenheit geboten, ihren Rechtsstandpunkt dem zuständigen 3. Senat mündlich vorzutragen.

2. Zur rechtlichen Beurteilung

Gemäß § 29 Abs.1 ÜbG ist die Übernahmekommission auch zur Erstattung von Stellungnahmen, zur Beratung und zur gütlichen Beilegung von Meinungsverschiedenheiten bei der Anwendung des Übernahmegesetzes zuständig.

Auf Grund des Informationsbedürfnisses der Beteiligungspapierinhaber der notierten Gesellschaften, aber auch der Aktionäre der GH sowie wegen des großen öffentlichen Interesses an den Vorgängen rund um den österreichischen Getränke- und Brauereikonzern sah sich der 3. Senat zu dieser Stellungnahme veranlasst.

a) Zu Punkt 1 der Stellungnahme

Nicht alle öffentlichen Angebote zum Erwerb von Aktien sind auch öffentliche Angebote iSd. Übernahmegesetzes. Nur Angebote zum Erwerb von Aktien einer Gesellschaft mit Sitz im Inland, die an einer österreichischen Börse zum amtlichen Handel oder zum geregelten Freiverkehr zugelassen sind, unterliegen dem Übernahmegesetz.

Da die Aktien der Getränke Holding AG nicht börsennotiert sind, ist die Übernahmekommission für das derzeit gestellte Angebot zum Erwerb von Aktien der GH (bzw. Aufforderung, einen Aktientausch durchzuführen) nicht unmittelbar zuständig. Somit sind die Vorschriften des ÜbG, insbesondere die Vorschriften des 2. Teils des ÜbG über den Mindestinhalt von Angebotsunterlagen, die Prüfung durch Sachverständige sowie das Rücktrittsrecht bei konkurrierenden Angeboten nicht unmittelbar anwendbar. Ebenso ist die Übernahmekommission zur Überwachung der Angebote nicht unmittelbar zuständig.

b) Zu Punkt 2 der Stellungnahme

Nach § 22 Abs. 1 ÜbG ist jeder, der eine kontrollierende Beteiligung an einer im Inland börsennotierten Aktiengesellschaft mit Sitz im Inland erlangt, zur Stellung eines öffentlichen Angebotes verpflichtet (Pflichtangebot).

Eine das Pflichtangebot auslösende kontrollierende Beteiligung kann aber nicht nur im Weg einer unmittelbaren Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft erlangt werden, sondern auch auf Grund von Anteilsrechten oder sonstigen Rechten an einem anderen Rechtsträger als der börsennotierten Gesellschaft (§ 22 Abs. 3 ÜbG).

Da die GH vermittelt durch ihre Tochtergesellschaft Brau Holding GmbH eine kontrollierende Beteiligung an der Schwechat AG, an der BBAG und an der Brau-Union AG hält, können qualifizierte Änderungen der Aktionärsstruktur der GH eine Angebotspflicht sowohl für die Aktien der Schwechat AG, der BBAG als auch der Brau-Union AG auslösen. Für diese (Pflicht-)Angebote besteht die unmittelbare Zuständigkeit der Übernahmekommission.

Ob durch eines der konkurrierenden Angebote eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse an der GH eintreten wird, die zur Stellung eines öffentlichen Angebotes iSd. 3. Teils des Übernahmegesetzes verpflichten, kann derzeit noch nicht beurteilt werden. Dies hängt wesentlich von Art und Umfang der aus den Angeboten resultierenden Beteiligungsveränderungen an der GH ab. Ein diesbezügliches Ergebnis liegt nicht vor; es ist frühestens nach dem 20.11.2000 zu erwarten.

Zurzeit kann lediglich ausgeschlossen werden, dass auf die beiden Vorhaben § 24 Abs. 1 Z. 2 ÜbG anwendbar ist. Nach dieser Bestimmung sind Übertragungen von Aktien auf einen anderen Rechtsträger, an dem mittelbar oder unmittelbar ausschließlich dieselben Gesellschafter (oder deren Angehörige) im selben Beteiligungsverhältnis beteiligt sind, von einer ansonsten eintretenden Angebotspflicht ausgenommen.

Historischer Zweck der Bestimmung ist es, Übertragungen von kontrollierenden Beteiligungen innerhalb eines Konzerns von der Angebotspflicht auszunehmen, wenn auf "oberster Ebene" der bisherige Entscheidungsträger unverändert bleibt.

Der Gesetzgeber wollte damit insbesondere die Übertragung von Beteiligungen auf und zwischen Konzerngesellschaften erfassen, bei denen es eine gemeinsame, kontrollfreie Konzernmuttergesellschaft gibt. Ebenso sollten Übertragungen ausgenommen sein, die zwischen Gesellschaften stattfinden, an denen mittelbar oder unmittelbar ausschließlich dieselben Gesellschafter im selben Beteiligungsverhältnis beteiligt sind.

Schon vom Wortlaut her passt die Ausnahme nicht auf die beiden Angebote:

Ist der Aufruf der Herren Dr. Ludwig Beurle, Dr. Karl Büche und Dr. Ing. Fritz Kretz zum Aktientausch erfolgreich und werden mehr als 50 % der Aktien der GH in die HM eingebracht, sind auf oberster Ebene eben nicht mehr alle bisherigen Aktionäre der GH im selben Beteiligungsverhältnis beteiligt, da der Aktientausch nicht allen Aktionären der GH angeboten wurde. Bei Erfolg des Angebotes der GM ist es zwar rechtlich möglich, wenn auch wenig wahrscheinlich, dass 100 % ihre GH-Aktien gegen Aktien der GM eintauschen. Auch hier ist zu erwarten, dass auf oberster Ebene nicht alle bisherigen Aktionäre der GH im bisherigen Beteiligungsverhältnis beteiligt sein werden. Zumal die Herren Dr. Ludwig Beurle, Dr. Karl Büche und Dr. Ing. Fritz Kretz, die alle Aktionäre der GH sind, das Angebot der GM wohl kaum annehmen werden. Jedenfalls ist aber damit zu rechnen, dass einzelne GH-Aktionäre von der offerierten Baralternative Gebrauch machen werden.

Dass § 24 Abs. 1 Z. 2 ÜbG nicht anwendbar ist, belegt auch folgende Kontrollüberlegung: Würde die GH ihre (kontrollierende) Beteiligung an der Brau Holding GmbH (die wiederum an der Schwechat AG kontrollierend beteiligt ist etc...) auf die HM oder GM übertragen, wäre dies ebenfalls kein Fall des § 24 Abs. 1 Z. 2 ÜbG. Nur wenn an dem erwerbenden Rechtsträger wieder ausschließlich dieselben Gesellschafter (Angehörige) im selben Beteiligungsverhältnis wie an der übertragenden Gesellschaft beteiligt sind, wäre dieser Sachverhalt von der Ausnahme nach § 24 Abs. 1 Z. 2 ÜbG erfasst.

c) Zu Punkt 3 der Stellungnahme

Im Falle einer qualifizierten Änderung der Beteiligungsstruktur der GH ist den Aktionären der mittelbar beherrschten börsennotierten Gesellschaften der Austritt gegen Barabfindung gemäß § 22 Abs. 3 ÜbG anzubieten.

Die Pflicht zur Stellung eines Angebotes gilt für alle Rechtsträger, die im Hinblick auf den Erwerb ständig stimmberechtigter Aktien oder die Ausübung der Stimmrechte gemeinsam vorgehen (§ 23 ÜbG). Gemeinsam vorgehende Rechtsträger können somit natürliche und juristische Personen sein. Auch ein abgestimmtes Verhalten beim Erwerb von Aktien oder der Abschluss eines Syndikatsvertrages kann ein gemeinsames Vorgehen begründen.

Gehen mehrere Personen beim Erwerb von stimmberechtigten Aktien oder bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam vor, sind diese auch solidarisch zur Finanzierung des Pflichtangebotes verpflichtet. Sollen durch den Erwerb von Aktien Tatsachen herbeigeführt werden, die eine Angebotspflicht auslösen, muss sichergestellt sein, dass die Finanzierung des Angebotes auch rechtzeitig zur Verfügung steht (§ 22 Abs. 9 ÜbG).

Ob die Finanzierung eines allfälligen (Pflicht-)Angebotes seitens des Bieters bzw. der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger gesichert und gesetzmäßig ist, wird von der Übernahmekommission und dem dann zu bestellenden Sachverständigen des Bieters zu prüfen sein.

d) Zu Punkt 4 der Stellungnahme

Ab dem Zeitpunkt, zu dem einer notierten Gesellschaft die Absicht des Bieters, ein Angebot abzugeben, bekannt wurde, sind Vorstand und Aufsichtsrat zur Neutralität verpflichtet. Unzulässig sind demnach alle Maßnahmen, die geeignet sind, entweder den Aktionären die Gelegenheit zur freien und informierten Entscheidung über das Angebot zu nehmen oder das Angebot zu vereiteln (§ 3 Z. 3 und § 12 ÜbG).

Da die GM mit Schreiben vom 10.11.2000 nicht nur den Aktionären der nicht notierten GH ein Angebot gelegt, sondern darüber hinaus auch angekündigt hat, ein Angebot für die Aktien der Schwechat AG, BBAG und Brau-Union AG stellen zu wollen, ist schon jetzt von den Verwaltungsorganen der Zielgesellschaft der dargelegte Neutralitätsgrundsatz zu beachten.

e) Zu Punkt 5 der Stellungnahme

Gleichfalls sind unrichtige oder irreführende Informationen der Empfänger des Angebotes seitens des Bieters bzw. der mit ihm gemeinsam vorgehenden Rechtsträger und der Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft unzulässig (§ 3 Z. 3 und § 4 Z. 3 ÜbG).

Wenn der Vorstand der BBAG unter anderem darauf hinweist, dass ein Barabfindungsangebot der GM nicht mit der Übernahmekommission abgestimmt und auch keine im Übernahmegesetz vorgesehene Überprüfung durch einen unabhängigen Sachverständigen stattgefunden hat, so ist dies für sich genommen richtig, da der Übernahmekommission bisher weder eine Angebotsunterlage noch eine Bestätigung eines Sachverständigen über die Vollständigkeit und Gesetzmäßigkeit der Angebotsunterlage sowie über die Finanzierung des Angebotes vorgelegt wurde.

Irreführend daran ist aber, dass bisher überhaupt noch kein öffentliches Übernahmeangebot vorliegt, das einer Prüfung durch die Übernahmekommission bzw. eines Sachverständigen bedürfte. Richtig ist vielmehr, dass bisher lediglich die Absicht eines Übernahmeangebotes nach § 5 Abs. 2 und 3 ÜbG zulässigerweise von der GM angekündigt wurde.

Wien, den 15. November 2000

Dr. Winfried Braumann
Für den 3. Senat der Übernahmekommission