

## **Bescheid**

Der 3. Senat der Übernahmekommission hat am 1. Juli 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 B AG und der C AG wie folgt entschieden:

## **Spruch**

1. Die geplanten Änderungen des zwischen der B AG und der C AG bestehenden Syndikatsvertrages sind gemäß § 25 Abs 1 Z 2 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., 7.1 und 7.3. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission haben die B AG und die C AG als Solidarschuldner 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**

Die B AG und die C AG (Antragsteller) sind Kernaktionäre der Z AG. Als größte Einzelaktionäre der Z AG haben sie ihren Aktienbesitz an der Z AG durch Syndikatsvertrag gebunden. Mittelfristig beabsichtigen beide Kernaktionäre sich aus dem Aktionariat der Z AG zurückzuziehen, was in Zukunft durch mehrere, inhaltlich und zeitlich abgestimmte Veräusserungsschritte erreicht werden soll.

Vor diesem Hintergrund haben die Syndikatsvertragspartner eine Änderung des zwischen ihnen bestehenden Syndikatsvertrages vorgenommen. Dies haben sie mit Schreiben vom ##### 2002 der Übernahmekommission gegenüber mitgeteilt und die Feststellung beantragt, dass die angezeigte Änderung des Syndikatsvertrages gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG nur eine geringfügige Änderung innerhalb einer Gruppe von gemeinsam vorgehenden Aktionären im Sinne des § 23 ÜbG ist und dadurch kein Pflichtangebot ausgelöst bzw durch die Übernahmekommission angeordnet wird.

Nach Ansicht der Antragsteller bewirke die Änderung des Syndikatsvertrages keinen Kontrollwechsel bei der Z AG, da daraus keine wesentliche Veränderung der Einflussmöglichkeiten der Syndikatspartner auf die Z AG folge und weiterhin grundsätzlich sämtliche, jedenfalls aber alle wesentlichen Entscheidungen – wie bisher - einvernehmlich zu treffen seien.

Beide Antragsteller haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Ein Gebührevorschuss wurde nicht erstattet.

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

## Sachverhalt

feststellen:

Die Z AG ist eine Gesellschaft mit Sitz in Wien. Ihr Grundkapital von EUR #### ist in #### Stückaktien zerlegt. Die Stammaktien der Z AG notieren im Amtlichen Handel der Wiener Börse. Der Aufsichtsrat der Z AG besteht aus 10 Kapitalvertretern.

Derzeit haben die Antragsteller von ihrem Aktienbesitz an der Z AG jeweils mehr als 25 % vom Grundkapital der Z AG syndiziert. Das Syndikat verfügt somit über einen Aktienbesitz von mehr als 50 %. Daneben halten die B AG außerhalb des Syndikats rund ## % und die C AG rund ## % vom Grundkapital der Z AG.

Nach dem bestehenden Syndikatsvertrag sind sämtliche Entscheidungen im Syndikat – unabhängig vom Beteiligungsausmaß des jeweiligen Syndikatsvertragspartners - einvernehmlich zu treffen. Dies gilt sowohl für Maßnahmen, die von der Hauptversammlung zu entscheiden sind, als auch für vom Aufsichtsrat der Z AG zu behandelnde Angelegenheiten. Bei Uneinigkeit zwischen den Syndikatsvertragspartnern ist ein Streitschlichtungsverfahren vorgesehen, das letztendlich in einer für beide Syndikatsvertragspartner bindenden Schiedsentscheidung mündet.

Jeder Syndikatsvertragspartner kann jeweils vier Mitglieder für den Aufsichtsrat der Z AG nominieren. Der Syndikatsvertrag ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Die Syndikatsvertragspartner beabsichtigen nunmehr mittelfristig ihren Beteiligungsbesitz an der Z AG zu verringern. Dies soll durch mehrere, inhaltlich und zeitlich abgestimmte Veräußerungsschritte erreicht werden. Dementsprechend sieht die neue Fassung des Syndikatsvertrages detaillierte Veräußerungs- und Lock-up-Bestimmungen vor, deren Realisierung innerhalb des Syndikats zeitweise zu einem asymmetrischen Beteiligungsbesitz führen wird.

Daneben sieht die neue Fassung des Syndikatsvertrags auch eine Änderung der Regeln über die Willensbildung vor. Zwar soll weiterhin – unabhängig vom Beteiligungsbesitz der Syndikatsvertragspartner - nur einvernehmlich vorgegangen werden, bei Uneinigkeit soll aber kein Schiedsverfahren mehr durchgeführt werden müssen. Vielmehr sind die Syndikatsvertragspartner nach Durchführung eines im Syndikatsvertrag vorgesehenen Konsultationsprozesses frei, nach ihren Vorstellungen und ohne Rücksicht auf das Stimmverhalten des anderen Syndikatsvertragspartners abzustimmen.

Bei wichtigen Angelegenheiten wie bei Kapitalmaßnahmen, sonstigen Satzungsänderungen, Änderungen der Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat, der Bestellung von Vorstandsmitgliedern sowie bei Investitionen und Verträgen über mehr als 20 % der konsolidierten Eigenmittel der Z AG ist ein eigenmächtiges Vorgehen der Syndikatsvertragspartner auch in Zukunft ausgeschlossen. Denn kann in diesen Fällen kein Einvernehmen hergestellt werden, hat diese Maßnahme zu unterbleiben.

Darüber hinaus soll der bestehende Syndikatsvertrag im Wesentlichen unverändert bleiben. Dies gilt insbesondere für die Nominationsrechte für den Aufsichtsrat, wonach jeder Syndikatsvertragspartner jeweils vier Aufsichtsratsmitglieder nominieren kann.

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### a) Zum 1. Spruchpunkt

Aktienübertragungen innerhalb einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger sind der Übernahmekommission nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG anzuzeigen. Voraussetzung für das Bestehen einer Anzeigepflicht ist, dass die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger über eine kontrollierende Beteiligung verfügen. Ist eine der Übernahmekommission mitgeteilte Änderung mehr als geringfügig, besteht nicht Anzeige-, sondern Angebotspflicht nach § 22 Abs 1 ÜbG.

Der Zweck dieser Anzeigepflicht liegt darin, der Übernahmekommission die amtswegige Überprüfung von Umstrukturierungen und Transaktionen innerhalb einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu ermöglichen (vgl erstmals GZ 2000/1/1 – 19; siehe auch GZ 2001/1/2 – 26). Nach Auffassung des erkennenden Senats kommt es hierbei entgegen dem zu eng gefassten Wortlaut der Bestimmung nicht allein darauf an, ob tatsächlich Aktien innerhalb einer Gruppe übertragen werden oder ob sich die personelle Zusammensetzung der Gruppe ändert, sondern, ob und inwieweit die Willensbildung der Gruppe Gegenstand der Änderung ist.

Die Syndikatsvertragspartner halten gemeinsam - ohne Berücksichtigung der nicht syndizierten Aktien – mehr als 50 % vom Aktienkapital der Z AG. Da sie gemeinsam über die Mehrheit der Stimmrechte an der Z AG verfügen, ist eine kontrollierende Beteiligung nach § 22 Abs 4 ÜbG iVm § 244 Abs 2 Z 1 HGB unwiderleglich zu vermuten. Die von den Syndikatsvertragspartnern in Aussicht genommenen Änderungen des bestehenden Syndikatsvertrages sind daher im Folgenden auf ihre Geringfügigkeit iSd § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG hin zu überprüfen:

Wie bereits oben dargestellt, wird sich bei Realisierung der einzelnen Veräusserungsschritte die Zusammensetzung des Syndikats verändern. Ins Auge fällt hierbei vor allem, dass sich der syndizierte Beteiligungsbesitz im Zeitablauf nicht symmetrisch, sondern asymmetrisch verändern wird. Auf den ersten Blick erscheint dies bei einem auf Gleichberechtigung angelegten Syndikat, in dem zwei Vertragspartner exakt dasselbe Aktienkapital eingebracht haben, keine bloss geringfügige Änderung innerhalb des Syndikats zu sein. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass die Willensbildung im Syndikat nicht auf den syndizierten Aktienbesitz abhebt, sondern jedem Syndikatsvertragspartner eine Stimme zuweist. Auch in Zukunft wird bei der Willensbildung Einvernehmen zwischen den Vertragspartnern herzustellen sein, gleichgültig wie viele Aktien jeder Syndikatsvertragspartner im Beschlusszeitpunkt halten wird.

Ferner spricht für die Geringfügigkeit der Änderung, dass die Nominationsrechte der Syndikatsvertragspartner für den Aufsichtsrat ebenso unverändert bleiben. Auch hieran zeigt sich, dass das Syndikat nicht kapitalistisch, sondern personalistisch organisiert ist.

Allenfalls könnte in der Beseitigung der bisher im Syndikatsvertrag vorgesehenen Streitschlichtungsmechanismen eine mehr als geringfügige Änderung des Syndikats erblickt werden. Immerhin sollen die Syndikatsvertragspartner im Fall der Uneinigkeit nach der neuen Fassung des Syndikatsvertrages frei sein, nach Durchführung eines Konsultationsverfahrens mit ihrem Beteiligungsbesitz ohne Rücksicht auf den anderen Syndikatsvertragspartner in der Hauptversammlung abzustimmen. Jener Syndikatsvertragspartner der, je nach Realisierung der einzelnen Veräusserungsschritte über mehr Aktien verfügt, könnte daher unter Umständen seinen Willen in der Hauptversammlung durchsetzen.

Diesem Einwand ist in concreto aber entgegenzuhalten, dass dies nicht für alle Entscheidungen der HV gelten soll. In materiell bedeutenden Angelegenheiten wie etwa bei der Entscheidung über die Besetzung des Vorstands, bei Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen sowie bei wesentlichen Investitionsentscheidungen soll nach wie vor ein Einigungsdruck zwischen den Syndikatsvertragspartnern bestehen bleiben. Diese Maßnahmen sollen

nämlich so lange unterbleiben, als keine Einigung zwischen den Vertragspartnern erzielt werden kann.

Aus diesen Gründen kommt der Senat zur Auffassung, dass im gegenständlichen Fall die schrittweise Verminderung des Syndikatsbesitzes sowie die Änderung des bestehenden Syndikatsvertrages lediglich eine geringfügige Änderung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG ist. Es besteht weder Angebotspflicht nach § 22 Abs 1 ÜbG, noch ist nach § 25 Abs 2 ÜbG ein Pflichtangebot anzuordnen.

## **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 haben die 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 ##### 2002 gestellt.

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

Bieter im Sinne dieser Bestimmung sind die B AG und die C AG. Nach Punkt 7.1 haften mehrere Bieter für die Entrichtung der Gebühr solidarisch.

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 1. Juli 2002

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