

*[Bescheid redaktionell bearbeitet]*

[...]

**GZ 2020/1/1c-480**  
**(O\*\*\*\*\* AG)**

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 27.10.2023 durch den Vorsitzenden Dr. Winfried Braumann sowie die Mitglieder Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Mag. Friedrich O. Hief (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) in dem auf Antrag der U\*\*\*\*\* AG und der C\*\*\*\*\* GmbH eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 ÜbG betreffend O\*\*\*\*\* AG wie folgt entschieden:

### **S P R U C H**

- 1. Der Erwerb von 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG durch 3\*\*\*\*\* AG von G\*\*\*\*\* AG am 15.05.2003 löste keine Angebotspflicht gem § 22 Abs 6 ÜbG idF BGBl I 98/2001 aus.**
- 2. Der Erwerb von 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG durch 3\*\*\*\*\* AG von G\*\*\*\*\* AG am 15.05.2003 führte zu keiner wesentlichen Änderung der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger und damit zu keinem Kontrollwechsel. Der Erwerb löste keine Angebotspflicht gem §§ 22 ff ÜbG idF BGBl I 98/2001 aus.**
- 3. Die Nachgründungsprüfung im Jahr 2020 einschließlich ihrer Firmenbucheintragung löste keine Angebotspflicht gemäß den §§ 22 ff ÜbG aus. Sie führte weder zu einem Kontrollwechsel in der O\*\*\*\*\* AG noch zu einem Kontrollwechsel im O\*\*\*\*\* AG -Syndikat. Auch führte die Nachgründungsprüfung im Jahr 2020 einschließlich ihrer Firmenbucheintragung zu keinem Hinzuerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG idF BGBl I 75/2006.**

4. **Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm den Punkten 5.1., 5.3., 8.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Verordnung der Wiener Börse AG, BGBl II 2006/369; „GebO“) sind T\*\*\*\*\* AG , B\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,-- sowie von Barauslagen in der Höhe von EUR 5.129,89 somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in der Höhe von EUR 26.529,89 verpflichtet. Dieser Betrag ist gemäß Punkt 8.3. und 8.6. GebO innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, IBAN: AT602011100001220993, BIC: GIBAATWW zu entrichten.**

# Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens</b> .....	<b>5</b>
<b>A.</b>	<b>Einleitung des Verfahrens</b> .....	<b>5</b>
<b>B.</b>	<b>Parteien des Verfahrens</b> .....	<b>5</b>
<b>II.</b>	<b>Unstrittiger Sachverhalt</b> .....	<b>7</b>
<b>A.</b>	<b>Themenkomplex Kontrollwechsel im Jahr 2003</b> .....	<b>7</b>
1.	Grundsatzvereinbarung, Syndikatsvertrag und Satzung der Zielgesellschaft .....	7
2.	Zur Zielgesellschaft im Jahr 2003 .....	12
3.	Gründung der 3***** AG .....	13
<b>B.</b>	<b>Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020</b> .....	<b>15</b>
<b>III.</b>	<b>Parteivorbringen und Anträge</b> .....	<b>16</b>
<b>A.</b>	<b>Zum vorgebrachten Creeping-In sowie der Gruppenänderung im Jahr 2003</b> .....	<b>16</b>
1.	Parteivorbringen .....	16
1.1.	NPA U***** AG vom 25.02.2020 sowie StN vom 02.06.2020, 03.08.2020, 25.08.2020, 21.09.2020, 25.09.2020 und 29.09.2020 .....	16
1.2.	StN 3-Banken vom 02.06.2020, 29.06.2020, 06.08.2020, 29./30.09.2020 .....	19
1.3.	StN 3***** AG vom 02.06.2020, 29.06.2020 .....	23
1.4.	StN M***** GenmbH/BB***** GenmbH vom 02.06.2020, 30.06.2020 und 23.09.2020 .....	25
1.5.	StN W***** GenmbH vom 02.06.2020, 30.06.2020 sowie 29.09.2020 .....	27
2.	Anträge betreffend die Gründung der 3***** AG im Jahr 2003 .....	28
<b>B.</b>	<b>Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020</b> .....	<b>32</b>
1.	Parteivorbringen .....	32
1.1.	NPA U***** AG vom 25.02.2020 sowie StN vom 02.06.2020, 03.08.2020 .....	32
1.2.	StN 3-Banken vom 02.06.2020 sowie 29.06.2020 .....	32
1.3.	StN 3***** AG vom 02.06.2020 sowie 29.06.2020 .....	33
1.4.	StN W***** GenmbH vom 02.06.2020 sowie 30.06.2020 .....	34
1.5.	StN M***** GenmbH/BB***** GenmbH vom 02.06.2020 sowie 30.06.2020 .....	34
2.	Anträge .....	34
<b>C.</b>	<b>Weiteres Vorbringen ua betreffend „befreundete Aktionäre“</b> .....	<b>35</b>
1.	Parteivorbringen .....	35
2.	Anträge .....	36
<b>IV.</b>	<b>Festgestellter Sachverhalt</b> .....	<b>37</b>
<b>A.</b>	<b>Zum Abschluss der Grundsatzvereinbarung und der Syndikatsverträge im Jahr 1997 sowie zur Gründung der 3***** AG im Jahr 2003</b> .....	<b>37</b>
<b>B.</b>	<b>Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020</b> .....	<b>40</b>
<b>V.</b>	<b>Beweiswürdigung</b> .....	<b>41</b>
<b>VI.</b>	<b>Rechtliche Beurteilung</b> .....	<b>41</b>
<b>A.</b>	<b>Verfahrensrechtliches</b> .....	<b>41</b>
1.	Mündliche Verhandlung und Wiedereröffnung des Ermittlungsverfahrens .....	41
2.	Akteneinsicht.....	41
<b>B.</b>	<b>Themenkomplex Kontrollwechsel im Jahr 2003</b> .....	<b>44</b>
1.	Zum Einwand der <i>res iudicata</i> aufgrund der Bescheide der ÜbK zur GZ 2003/1/2 [T*****AG] sowie GZ 2003/1/3 [B***** AG].....	44
2.	Zum Creeping-In im Jahr 2003 .....	45
2.1.	<b>Rechtslage im Jahr 2003</b> .....	<b>46</b>

<b>2.2.</b>	<b>Vorfrage – G***** AG als gemeinsam vorgehender Rechtsträger .....</b>	<b>47</b>
<b>2.3.</b>	<b>Kein Creeping-In im Jahr 2003.....</b>	<b>49</b>
<b>3.</b>	<b>Zur Gruppenänderung gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 .....</b>	<b>52</b>
<b>3.1.</b>	<b>Allgemeines.....</b>	<b>52</b>
<b>3.2.</b>	<b>Keine wesentliche Änderung der Gruppe im vorliegenden Fall .....</b>	<b>54</b>
<b>C.</b>	<b>Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020.....</b>	<b>56</b>
<b>1.</b>	<b>Zur Abgrenzung der Zuständigkeit der ÜbK.....</b>	<b>56</b>
<b>2.</b>	<b>Zum behaupteten Creeping-In.....</b>	<b>61</b>
<b>2.1.</b>	<b>Abgrenzung der Gruppenänderung zum Creeping-In .....</b>	<b>61</b>
<b>2.2.</b>	<b>Schwellenwert von 2% .....</b>	<b>63</b>
<b>2.3.</b>	<b>Zum Begriff des Hinzuerwerbs .....</b>	<b>64</b>
<b>D.</b>	<b>Zum Thema „befreundete Aktionäre“ .....</b>	<b>66</b>
<b>E.</b>	<b>Gebühren.....</b>	<b>67</b>
<b>1.</b>	<b>Verfahrenskosten.....</b>	<b>67</b>
<b>2.</b>	<b>Kosten rechtsfreundlicher Vertretung .....</b>	<b>69</b>
<b>VII.</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung .....</b>	<b>69</b>

# BEGRÜNDUNG

## I. Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens

### A. Einleitung des Verfahrens

1. Mit Schreiben vom 25.02.2020 brachten die Aktionäre U\*\*\*\*\* AG und C\*\*\*\*\* GmbH oder „ASt“ [Kurzbezeichnung für Antragsteller]) einen Nachprüfungsantrag („NPA“) auf Feststellung des Bestehens einer Angebotspflicht gemäß § 33 Abs 1 Z 2 und Z 3 iVm § 22a Z 3 und § 22 Abs 4 ÜbG hinsichtlich der O\*\*\*\*\* AG ein.
2. Die Zuweisung des Verfahrens an den 1. Senat erfolgte gemäß § 1 der Geschäftsverteilung idF vom 07.01.2019 („GV aF“) am 25.02.2020, wonach für die Zuständigkeit der Senate derselbe wirtschaftliche Sachverhalt als ein einziger Fall zu betrachten ist. Die Parteien des Verfahrens wurden mit Schreiben vom 04.03.2020 über die Einleitung, den Gegenstand und die Veröffentlichung des Verfahrens informiert und auf die Möglichkeit hingewiesen, eine Stellungnahme („StN“) bis 06.04.2020 einzubringen. Die Einleitung des Verfahrens wurde am 06.03.2020 im Amtsblatt der Wiener Zeitung sowie auf der Homepage der Übernahmekommission („ÜbK“) veröffentlicht. Mit Schreiben vom 27.03.2020 wurden die Parteien des Verfahrens – aufgrund der gesetzlichen Maßnahmen zu COVID-19 – über die neue Fristsetzung zur Abgabe einer StN (bis zum 02.06.2020, 12:00 Uhr) verständigt. Die Fristverlängerung für eine mögliche Beteiligung am Verfahren durch Beteiligungspapierinhaber gemäß § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG wurde sowohl den Parteien mitgeteilt als auch auf der Homepage der ÜbK veröffentlicht.
3. Am 05.06.2020 erklärte sich der Vorsitzende des 1. Senats, Univ.-Prof. Martin Winer, für befangen. Ebenso am 05.06.2020 gab der erste Stellvertreter des Vorsitzenden des 1. Senats, em. o. Univ.-Prof. Josef Aicher, seine Befangenheit bekannt. Gemäß § 4 GV aF iVm § 24 der Geschäftsordnung der ÜbK idF vom 10.01.2014 („GO aF“) war Dr. Winfried Braumann in diesem Fall zur Vertretung des Vorsitzenden berufen und nahm daher gemäß § 2 der GV aF iVm § 16 der GO aF eine Ersatzzuweisung vor. Von der Ersatzzuweisung wurden die Parteien des Verfahrens mit Schreiben vom 10.06.2020 verständigt.

### B. Parteien des Verfahrens

4. **U\*\*\*\*\* AG**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglieder Mag. GHP, RZ, Dr. JK, Mag. SW, MM, GS;  
diese vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien (RA MMag. Dr. Markus Fellner)

5. **C\*\*\*\*\* GmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Geschäftsführer  
Mag. MB, Mag. AK;  
diese vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien  
(RA MMag. Dr. Markus Fellner)
6. **O\*\*\*\*\* AG („Zielgesellschaft“)**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglieder  
Dr. FGa, Mag. JW, Mag. FH, MS (seit 01.10.2020);  
diese vertreten durch Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH in Linz (RA Dr. Dietmar Lux)
7. **T\*\*\*\*\* AG**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglieder  
GBu, MP, MPe, Dr. MaP;  
diese vertreten durch Wess Kux Kispert & Eckert Rechtsanwalts GmbH in Wien  
(RA Univ.-Prof. Dr. Georg Eckert)
8. **B\*\*\*\*\* AG** (gemeinsam mit O\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG „**3-Banken**“)  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglieder  
Mag. Dr. HSt, Mag. DK, Mag. AN;  
diese vertreten durch Dr. Robert Briem Rechtsanwalt-GmbH (nunmehr Briem Baumgartner Rechtsanwälte GmbH) in Wien (RA Dr. Robert Briem)
9. **W\*\*\*\*\* GenmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglieder  
WR, Mag. Dr. SK;  
diese vertreten durch Kunz Wallentin Rechtsanwälte GmbH in Wien (RA Dr. Peter Kunz, RA Mag. Daniel Liemberger)
10. **3\*\*\*\*\* AG**, nunmehr **3\*\*\*\*\* AG** (gemeinsam mit T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG und O\*\*\*\*\* AG „**AG**“ [Kurzbezeichnung für Antragsgegner])  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglieder  
Dr. NMi, HA;  
diese vertreten durch Löffler Jelincic Rechtsanwälte OEG in Wien (RA Dr. Martin Löffler)
11. **E\*\*\*\*\* GmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Geschäftsführer  
Mag. HT, Dr. SH und Mag. AP

12. **K\*\*\*\*\* GmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Geschäftsführer  
Mag. HT und Mag. HC
13. **V\*\*\*\*\* GmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Geschäftsführer Dr.  
SH, Dr. JB und MMag. DSL
14. **2\*\*\*\*\* GmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Geschäftsführer Dr.  
SH, Dr. JB und MMag. DSL
15. **OB\*\*\*\*\* GmbH**  
vertreten durch die Geschäftsführer HH und Mag. AP
16. **M\*\*\*\*\* GenmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglie-  
der WP und HS;  
diese vertreten durch Platte – disputes.solutions in Wien (RA Mag. Martin Platte)  
  
sowie
17. **BB\*\*\*\*\* GenmbH**  
zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vertreten durch die Vorstandsmitglie-  
der WP und HS;  
diese vertreten durch Platte – disputes.solutions in Wien (RA Mag. Martin Platte)

## **II. Unstrittiger Sachverhalt**

18. Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich um jene Teile des Sachverhalts, die sich aus den Parteivorbringen ergeben haben und unstrittig geblieben sind. Gegen ihre Richtigkeit haben sich auch im von Amts wegen durchgeführten Ermittlungsverfahren keine Bedenken ergeben.

### **A. Themenkomplex Kontrollwechsel im Jahr 2003**

#### **1. Grundsatzvereinbarung, Syndikatsvertrag und Satzung der Zielgesellschaft**

19. Am 08.04.1997 schlossen O\*\*\*\*\* AG , T\*\*\*\*\* AG , B\*\*\*\*\* AG , D\*\*\*\*\* AG BV\*\*\*\*\* Ges.m.b.H. einerseits und G\*\*\*\*\* AG andererseits eine Kooperations- und Vertriebsvereinbarung ab („**Grundsatzvereinbarung**“), die mit Nachträgen vom 26.03.1999 sowie 24.03.2003 geändert wurde und in ihren wesentlichen Punkten wie folgt lautet (Auszug aus der Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997, ON-

66, Blg 1, ./10c; 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 26.03.1999, ON-115, ./27c; Auszug aus dem 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-66, ./12c):

20.

**„2. Aktienankauf:**

*Die Versicherungsgruppe [= G\*\*\*\*\* AG sowie die von ihr wirtschaftlich und/oder rechtlich direkt oder indirekt beherrschten Unternehmen] strebt [...] die Wahrung einer Aktionärsstruktur der Bankengruppe an, die die Beherrschung der Mitglieder der Bankengruppe durch Einzelaktionäre oder Aktionärsgruppen ausschließt.*

*Die Versicherungsgruppe wird zur Bekräftigung der Kooperations- und Vertriebspartnerschaft T\*\*\*\*\* AG-Stammaktien im Ausmaß von Nominale S 63,84 Mio und B\*\*\*\*\* AG Stammaktien im Ausmaß von Nominale S 33.4 Mio im direkten oder im Anlageportefeuille einer von ihr beherrschten Anlagegesellschaften dauernd halten, ohne einen wie immer gearteten, über das Aktienrecht und die Aufsichtsratspflichten hinausgehenden, Einfluß auf die Geschäftspolitik der Gesellschaften der Bankengruppe auszuüben. Die Mitglieder der Bankengruppe stimmen mit der Versicherungsgruppe überein, daß im Aufsichtsrat der T\*\*\*\*\* AG und B\*\*\*\*\* AG jeweils ein Vertreter der G\*\*\*\*\* AG vertreten sein soll.*

*Die Versicherungsgruppe ist grundsätzlich bereit, ihre Beteiligung an der Bankengruppe auszubauen, wird dies jedoch nur im Einvernehmen mit dieser vornehmen.*

*Die Versicherungsgruppe wird ihre so erworbenen Stammaktien gemeinsam mit O\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG und/oder W\*\*\*\*\* GmbH in Syndikate einbringen.*

[...]

*Zur Bekräftigung der Kooperations- und Vertriebspartnerschaft wird die Bankengruppe die Gesellschaftsanteile einer Immobilienbesitzgesellschaft der G\*\*\*\*\* AG erwerben, die ausschließlich das Eigentum an Immobilien hält, welche von der Bankengruppe ausgewählt wurden. [...]*

*Die Kooperationspartner kommen für den Fall überein, daß nach Vorliegen sämtlicher Bewertungsgutachten keine Verschiebungen in den Verhältnissen der Liquiditätsflüsse zueinander entstehen sollen.*

[...]

**3. Auflösungsgründe:**

*Die Vertragspartner legen bei Abschluß dieser Vereinbarung zugrunde, daß diese im Interesse der Einrichtung und Effektivierung der wechselseitigen Kooperation und Vertriebspartnerschaft für die ersten 3 Jahre unkündbar sein soll.*



*Sollte in der Folge die Kooperations- und Vertriebspartnerschaft zwischen der Bankengruppe und der Versicherungsgruppe aus der Sicht eines der beiden Kooperationspartner keine zufriedenstellende Entwicklung genommen haben, räumen die Vertragspartner (Bankengruppe bzw. Versicherungsgruppe) einander auf die Dauer von weiteren 3 Jahren folgende uno actu, d.h. Zug um Zug auszuübende wechselseitige Putoptionen ein, deren Inanspruchnahme automatisch die Auflösung der Kooperations- und Vertriebsvereinbarung zur Folge hat:*

*Die G\*\*\*\*\* AG hat das Rückverkaufsrecht für die von ihr erworbenen Aktien aus dem Bereich der Bankengruppe an diese oder von dieser namhaft gemachten Erwerber.*

*Die Bankengruppe hat das Rückverkaufsrecht für die erworbenen Geschäftsanteile der Immobiliengesellschaft.*

*Die Ausübung der Putoption beider Vertragspartner erfolgt zum Wert des am Beginn der Kooperation vereinbarten Erwerbspreises. Nach Ausübung der Putoption durch einen Vertragspartner sind die Rückkäufe innerhalb einer Frist von 3 Monaten durchzuführen.*

*Nach Ablauf der Optionsfrist ist jeder der beiden Vertragspartner in der Verfügung über die erworbenen Aktien bzw. in der Verfügung über die erworbenen Immobilien frei und hält diese Vermögensgegenstände auf eigenes Risiko.*

*Die Vertragspartner räumen einander unabhängig vorstehender Optionsregelung ein dauerndes Vorkaufsrecht auf die erwähnten Vermögensgegenstände ein.*

#### **4. Dauer der Kooperationsvereinbarung bzw. der Syndizierung der Aktien:**

*Unbeschadet der außerordentlichen Putoptionsrechte gemäß Punkt 3. wird als Dauer der Kooperationsvereinbarung bzw. des Syndikats ein Zeitraum bis 2010 vorerst vereinbart.*

#### **5. Kooperationsausschuß:**

*Zur dauerhaften Verwirklichung der Kooperations- und Vertriebsziele der Partner richten sie einen Kooperationsausschuß ein, der allfällige Konflikte vermeiden und einen reibungslosen Ablauf des Zusammenwirkens der Versicherungsgruppe und der unter Punkt 1.-5. genannten Mitglieder der Bankengruppe gewährleisten soll.“*

21. Am 26.03.1999 wurde dem Punkt 2. der Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997 folgender Absatz hinzugefügt (1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 26.03.1999, ON-115, ./27c):

*„Vorstehendes gilt auch für den Erwerb von Nominale ATS 14 Mio O\*\*\*\*\* AG-Stammaktien im Wege von Spezialfonds der Versicherungsgruppe [...], zum Preis*

von insgesamt ATS 107,8 Mio; sie unterliegen den gleichen Rechtsfolgeregelungen des Punktes 3. bei Auflösung gegenständlicher Grundsatzvereinbarung.“

22. Der 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003 beinhaltet auszugsweise folgende Punkte (Auszug aus dem 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-66, /12c; Hervorhebungen nicht im Original):

**„I. Vorbemerkungen**

*Die Bankengruppe [...] und die Versicherungsgruppe – G\*\*\*\*\* AG Holding Vienna AG vormals G\*\*\*\*\* AG Aktiengesellschaft sowie die von ihr wirtschaftlich und/oder rechtlich direkt oder indirekt beherrschten Unternehmen haben am 08. April 1997 eine Grundsatzvereinbarung, eine Kooperations- und Vertriebspartnerschaft sowie Maßnahmen zur Bekräftigung der Kooperations- und Vertriebspartnerschaft abgeschlossen. **Zur Festigung dieser Kooperation hat die Versicherungsgruppe gemäß der Grundsatzvereinbarung und dem Nachtrag Nr. 1 vom 26. März 1999 hierzu Stammaktien der T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG und O\*\*\*\*\* AG unter anderem auch mit dem Ziel der Wahrung einer Aktionärsstruktur der Bankengruppe, die die Beherrschung der Mitglieder der Bankengruppe durch Einzelaktionäre oder Aktionärsgruppen ausschließt, erworben. Im Gegenzug hat die Bankengruppe sämtliche Aktien an einer Immobilienbesitzgesellschaft, der I\*\*\*\*\* AG, von der Versicherungsgruppe erworben.***

*Für diese Aktienpakete haben die Vertragspartner einander wechselseitige Put-Optionen eingeräumt [...] und zwar für den Fall, daß die Kooperations- und Vertriebspartnerschaft aus der Sicht eines der beiden Kooperationspartner keine zufriedenstellende Entwicklung genommen hat. [...]*

*Nach mehreren Gesprächen über diese Entwicklung zwischen den Partnern hat die Bankengruppe in einer Erklärung vom 7.1.2003 festgestellt, dass die ursprünglichen Ziele der Vereinbarung nicht in der angestrebten Form verwirklicht werden konnten.*

*Zugleich haben die Vertragsparteien jedoch ihrer Überzeugung Ausdruck gegeben, dass sich auf neuer Grundlage und Struktur in Zukunft die wesentlichen Ziele der ursprünglichen Kooperations- und Vertriebspartnerschaft zwischen der Bankengruppe und der Versicherungsgruppe realisieren lassen und haben die hierfür notwendigen Schritte gemeinsam definiert, die vor allem auch zur Stabilisierung der bestehenden Syndikate dienen.*

*In den seither zwischen der Bankengruppe und der Versicherungsgruppe stattgefundenen Verhandlungen haben beide Parteien klargestellt, an den wesentlichen Grundsätzen der Vereinbarung vom 08. April 1997 zwar festzuhalten, diese jedoch – soweit als erforderlich – den neuen Gegebenheiten anzupassen und die Grundsatzvereinbarung von zwischenzeitig gegenstandslos gewordenen Bestimmungen zu bereinigen.*

## **II. Vereinbarungen**

1. Die Bankengruppe übt das ihr zustehende Rückverkaufsrecht betreffend 10.000 Aktien der I\*\*\*\*\* AG aus [...]. Uno actu, d. h. Zug um Zug, übt die Versicherungsgruppe ihr Rückverkaufsrecht für die von ihr erworbenen [...] 165.640 Stammaktien der O\*\*\*\*\* AG zum ursprünglichen Erwerbspreis aus. [...]

2. Die Versicherungsgruppe wird zur Bekräftigung der Kooperations- und Vertriebspartnerschaft, diese Aktien der 3Banken indirekt im Wege einer Beteiligungsbesitzgesellschaft halten.

Zur Bekräftigung der Kooperations- und Vertriebspartnerschaft haben die 3Banken jeweils ihre Bereitschaft erklärt, sich an dieser Beteiligungsbesitzgesellschaft in Form eines Minderheitsanteiles ebenfalls zu beteiligen.

Die Vertragsparteien kommen sohin überein, eine Aktiengesellschaft mit der Firma „3\*\*\*\*\* AG“ (in der Folge kurz 3\*\*\*\*\* AG) [...] zu gründen, an der die Versicherungsgruppe mit 49,3%, und die O\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG und B\*\*\*\*\* AG je mit 16,4% direkt oder indirekt beteiligt sein werden. Die Parteien geben dem Ansuchen der M\*\*\*\*\* GenmbH statt, sich ebenfalls mit 1,5% an der 3\*\*\*\*\* AG zu beteiligen.

[...]

23. Im April 1997 schlossen B\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH (später W\*\*\*\*\* GenmbH) einen Syndikatsvertrag ab, der durch einen Nachtrag im Jahr 2006 ergänzt wurde („O\*\*\*\*\* AG-Syndikat“; siehe Syndikatsvertrag samt Nachtrag 2006, ON-1, Blg 2, ./Q). Der Syndikatsvertrag lautet auszugsweise (Hervorhebungen nicht im Original):

24. „1. Zweck dieses Syndikates ist es, die **Eigenständigkeit der O\*\*\*\*\* AG** [...] zu erhalten, wobei es im Interesse der Syndikatspartner liegt, daß [...] die von den Syndikatspartnern in gesonderten Vereinbarungen dargelegten Kooperationsinteressen dauerhaft gefestigt werden. Zur Verwirklichung dieser Zielsetzung werden die Syndikatspartner ihre mit dem Aktienbesitz verbundenen **Gesellschaftsrechte** an der O\*\*\*\*\* AG nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages einheitlich ausüben und über ihre syndizierten Aktien nur nach den Bestimmungen dieses Vertrages verfügen.

[...]

6. Die Syndikatsversammlung ist **beschlußfähig**, wenn alle Partner anwesend oder vertreten sind.

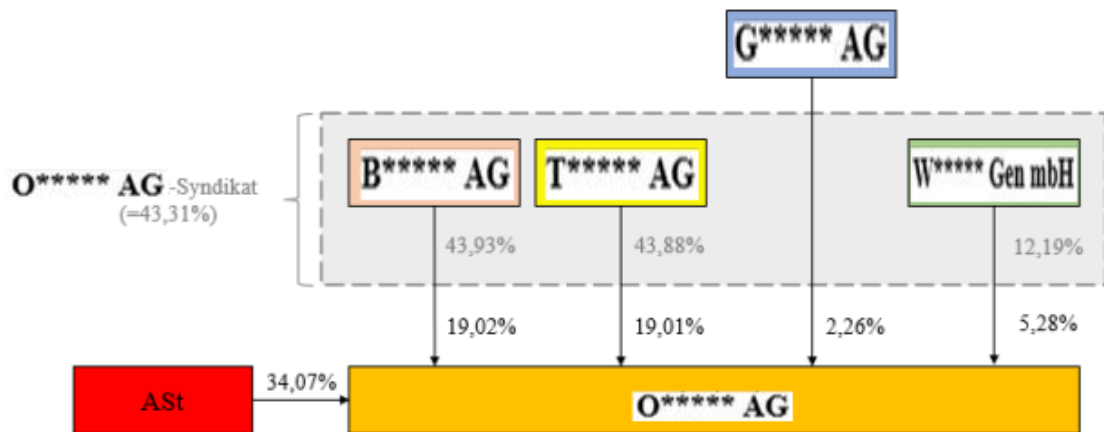
7. Die **Willensbildung des Syndikates soll möglichst einstimmig** sein. Ist Einstimmigkeit nicht zu erzielen, genügt für Beschlüsse des Syndikates die **einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen**, die sich nach dem Nominale an O\*\*\*\*\* AG-Aktien jedes Partners richtet; Beschlüsse, die in der Hauptversammlung eine **qualifizierte Mehrheit** erfordern, sind mit der gleichen Mehrheit im Syndikat zu fassen.

8. Alle Partner sind an die Beschlüsse des Syndikates gebunden, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit ihrer Stimme am Zustandekommen des Beschlusses mitgewirkt haben und haben ihre Vertreter in den Organen der O\*\*\*\*\* AG - soweit gesetzlich zulässig - anzuweisen, die Beschlüsse des Syndikates durchzuführen.“

25. G\*\*\*\*\* AG war ebenso wie 3\*\*\*\*\* AG kein Syndikatspartner im O\*\*\*\*\* AG-Syndikat.

## 2. Zur Zielgesellschaft im Jahr 2003

26. Das Grundkapital der Zielgesellschaft (O\*\*\*\*\* AG) betrug im Jahr 2003 EUR 70.000.000 und war in 7.320.000 Stamm-Stückaktien und 1.000.000 Vorzugs-Stückaktien unterteilt. Beide Aktiengattungen notierten im Amtlichen Handel der Wiener Börse (offenes Firmenbuch, Geschäftsbericht O\*\*\*\*\* AG 2002, ON-185 [7], Blg ./16, 67). Am stimmberechtigten Grundkapital waren T\*\*\*\*\* AG mit 19,01%, B\*\*\*\*\* AG mit 19,02%, W\*\*\*\*\* GenmbH mit 5,28% und G\*\*\*\*\* AG mit 2,26% (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 44; StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 9; StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-67, 12).
27. Die ASt hielten im Jahr 2003 2.493.845 Stamm-Stückaktien an der Zielgesellschaft (= 34,07% der Stamm-Stückaktien) (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 16).
28. Die Satzung der O\*\*\*\*\* AG sieht in § 22 Abs 1 vor, dass die HV-Mehrheiten, soweit zulässig, auf die einfache Mehrheit herabgesetzt werden: „*Sofern das Gesetz nicht zwingend eine andere Mehrheit vorschreibt, beschließt die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, und in Fällen, in denen eine Kapitalmehrheit erforderlich ist, mit einfacher Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals*“ (Satzung O\*\*\*\*\* AG idF 14.05.2019, ON-66, Blg 1, ./3c). Dies galt auch bereits im Jahr 2003 (Satzung O\*\*\*\*\* AG idF 22.04.2002, offenes Firmenbuch).
29. Die Beteiligungsverhältnisse an der Zielgesellschaft im Jahr 2003 lassen sich daher wie folgt grafisch darstellen:



30. Innerhalb des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats stellen sich die Beteiligungsverhältnisse im Jahr 2003 wie folgt dar:

Gesellschafter	Anteil Stimmrechte O***** AG	Stimmgewicht im Syndikat
B***** AG	19,02%	43,93%
T***** AG	19,01%	43,88%
W***** GenmbH	5,28%	12,19%
<b>Gesamt</b>	<b>43,31%</b>	<b>100,00%</b>

### 3. Gründung der 3\*\*\*\*\* AG

31. Am 07.01.2003 erklärten die 3-Banken gegenüber G\*\*\*\*\* AG, dass sie die von der Versicherungsgruppe erworbenen Aktien aus dem Bereich der Bankengruppe Zug um Zug gegen ihre erworbenen Gesellschafteranteile an der I\*\*\*\*\* AG („I\*\*\*\*\* AG“) zurückzukaufen gedenken. Weiters war die Bankengruppe der Überzeugung, dass „auch in Zukunft tragfähige, neue Ziele hinsichtlich einer Kooperations- und Vertriebspartnerschaft definiert werden können. Eine solche neue Kooperations- und Vertriebspartnerschaft sollte auch in Zukunft durch Aktienpositionen aus dem Bereich der 3 Bankengruppe durch die G\*\*\*\*\* AG-Gruppe gefestigt werden“ (Erklärung der 3-Banken vom 07.01.2003, ON-283, Blg 1).
32. Die Bankengruppe übte daher das ihr zustehende Rückverkaufsrecht betreffend die Anteile an der I\*\*\*\*\* AG aus. Zug um Zug übte die Versicherungsgruppe ihr Rückverkaufsrecht für die von ihr erworbenen 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG aus. Gleichzeitig wurde vereinbart, dass diese O\*\*\*\*\* AG-Aktien in eine Beteiligungsbesitzgesellschaft mit der Firma „G\*\*\*\*\* AG 3Banken-Holding AG“ eingebracht werden sollten. Die Partnerschaft der Bankengruppe mit der Versicherungsgruppe wurde durch die Errichtung der 3\*\*\*\*\* AG modifiziert (Auszug aus dem 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-66, Blg 1, ./12c).

33. Die 3\*\*\*\*\* AG wurde gegründet und am 24.04.2003 ins Firmenbuch eingetragen. Ihr Grundkapital betrug EUR 70.000,-- und war in 7.000 Stückaktien aufgeteilt. An der 3\*\*\*\*\* AG beteiligt waren im Jahr 2003: G\*\*\*\*\* AG Versicherung AG („G\*\*\*\*\* AG Versicherung“; mit 3.451 Stückaktien bzw 49,3%), O\*\*\*\*\* AG (mit 1.148 Stückaktien bzw 16,4%), B\*\*\*\*\* AG (mit 1.148 Stückaktien bzw 16,4%), T\*\*\*\*\* AG (mit 1.148 Stückaktien bzw 16,4%) und M\*\*\*\*\* GenmbH (mit 105 Stückaktien bzw 1,5%) (Protokoll der Versammlung der Gründer der 3\*\*\*\*\* AG vom 27.03.2003, ON-66, Blg 1, ./24c).
34. Unternehmensgegenstand der 3\*\*\*\*\* AG ist nach § 2 der Satzung unter anderem der:
- „a) Erwerb, Besitz, Verwaltung und Veräußerung von Beteiligungen an in und ausländischen Gesellschaften*  
*b) Abschluss von Kooperationsvereinbarungen*  
*c) Beteiligung und Übernahme der Geschäftsführung und der Vertretung bei anderen Unternehmen.“* (Satzung 3\*\*\*\*\* AG, ON-66, Blg 1, ./17c)
35. Die Aufsichtsräte der 3\*\*\*\*\* AG waren seit der Gründung bis Mitte 2023 unverändert ASi (Aufsichtsratsvorsitzender), Univ.-Prof. Dr. CNo (Stellvertreter) und Dr. PMe (offenes Firmenbuch).
36. Im Vorstand der 3\*\*\*\*\* AG ist seit der Gründung Dr. NMi; bis zum 24.06.2003 gemeinsam mit WKo, gefolgt von HA (bis Oktober 2021) und seither gemeinsam mit Mag. HT (offenes Firmenbuch).
37. Mit Kaufvertrag vom 15.05.2003 veräußerte G\*\*\*\*\* AG Versicherung in Ausführung des 2. Nachtrags zur Grundsatzvereinbarung unter anderem die 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG an die 3\*\*\*\*\* AG (Kaufvertrag vom 15.05.2003, ON-66, Blg 1, ./18c). Die Aktien wurden am 27.05.2003 übertragen und entsprachen im Jahr 2003 2,26% aller Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG (siehe Rz 26; StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 50; StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 11 ff).
38. Die gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen rund um die 3\*\*\*\*\* AG standen unter anderem unter der aufschiebenden Bedingung, dass *„[d]ie Übernahmekommission keine Bedenken gegen die Transaktion anmerkt, insbesondere keinen Fall für die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeanbotes sieht“* (Auszug aus dem 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-66, Blg 1, ./12c). Anders als bei B\*\*\*\*\* AG (ÜbK GZ 2003/1/2-50) und T\*\*\*\*\* AG (ÜbK GZ 2003/1/2-51) wurde betreffend O\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 kein Feststellungsbescheid in Zusammenhang mit der Umstrukturierung beantragt.

## B. Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020

39. Im Jahr 2020 wurde bezüglich des Aktienkaufvertrags vom 15.05.2003 zwischen 3\*\*\*\*\* AG und G\*\*\*\*\* AG Versicherung betreffend – unter anderem – in Summe 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG (siehe bereits oben Rz 37; Kaufvertrag vom 15.05.2003, ON-66, Blg 1, ./18c; NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 50; KPMG Austria GmbH, Jahresabschluss der 3\*\*\*\*\* AG zum 31.12.2003, ON-66, Blg 1, ./23c, 5) eine Nachgründungsprüfung durchgeführt.
40. Der Abschluss des Aktienkaufvertrags war – ebenso wie die Gründung der 3\*\*\*\*\* AG – in Ausführung des 2. Nachtrags zur Grundsatzvereinbarung erfolgt (Auszug aus dem 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-66, Blg 1, ./12c). In diesem war vereinbart worden, dass die Bankengruppe das ihr zustehende Rückverkaufsrecht betreffend die Aktien der I\*\*\*\*\* AG ausübt. Zug um Zug übte die Versicherungsgruppe ihr Rückverkaufsrecht für die von ihr erworbenen
  - 680.218 Stamm-Stückaktien der T\*\*\*\*\* AG,
  - 348.401 Stamm-Stückaktien der B\*\*\*\*\* AG und
  - 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG aus.
41. Die Übertragung der angeführten Aktien in das Depot der 3\*\*\*\*\* AG erfolgte mit Kassatag 27.05.2003 (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 158; Depotauszug 3\*\*\*\*\* AG (2003), ON-66, Blg 1, ./20c, 1 f).
42. PKF Centurion Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mbH erstattete am 31.01.2020 einen Bericht über die Nachgründungsprüfung gemäß § 45 Abs 3 AktG betreffend die 3\*\*\*\*\* AG, mit dem die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen des AktG bestätigt wurde (Bericht des Nachgründungsprüfers in ON-66, Blg 1, ./19c).
43. Am 31.01.2020 fasste die außerordentliche Hauptversammlung der 3\*\*\*\*\* AG den Beschluss, die *„Zustimmung zum Kaufvertrag zwischen der G\*\*\*\*\* AG Versicherung AG (...) als Verkäuferin und der Gesellschaft als Käuferin vom 15.05.2003“* zu erteilen. Die Hauptversammlung stimmte dem Kaufvertrag zwischen der G\*\*\*\*\* AG Versicherung als Verkäuferin und der 3\*\*\*\*\* AG als Käuferin vom 15.05.2003 auf der Grundlage des Nachgründungsprüfberichts der PKF Centurion Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mbH zu (Protokoll der außerordentlichen Hauptversammlung der 3\*\*\*\*\* AG vom 31.01.2020, ON-1, Blg 2, ./X; Bericht des Nachgründungsprüfers in ON-66, Blg 1, ./19c). Am 01.02.2020 wurden der Aktienkaufvertrag vom 15.05.2003 und der Hauptversammlungsbeschluss vom 31.01.2020 ins Firmenbuch eingetragen (offenes Firmenbuch 3\*\*\*\*\* AG; NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 209).
44. Das Grundkapital der Zielgesellschaft war im Zeitpunkt der Nachgründungsprüfung im Jahr 2020 in 32.307.300 auf den Inhaber lautende Stamm-Stückaktien und 3.000.000 auf den Inhaber lautende Vorzugs-Stückaktien unterteilt. O\*\*\*\*\* AG

hielt zum 31.12.2019 7.744 Stück eigene Stamm-Stückaktien und 17.973 Stück eigene Vorzugsaktien im Bestand (Geschäftsbericht 2019 O\*\*\*\*\* AG, ON-292, Blg 2, ./EEEE, 47, 61; offenes Firmenbuch). Das stimmberechtigte Grundkapital zum 31.12.2019 war in 32.299.556 Stamm-Stückaktien unterteilt.

45. 3\*\*\*\*\* AG hielt zum Zeitpunkt der Nachgründungsprüfung im Jahr 2020 572.743 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG. Diese Anzahl setzte sich aus den 165.640 Stamm-Stückaktien zusammen, die aufgrund des Aktienkaufvertrags vom 15.05.2003 zwischen 3\*\*\*\*\* AG und G\*\*\*\*\* AG Versicherung erworben worden waren. Die Anzahl der von 3\*\*\*\*\* AG erworbenen Stamm-Stückaktien verdreifachte sich aufgrund des 2008 durchgeführten Aktiensplits von 165.640 auf 496.920. 75.823 Stamm-Stückaktien erwarb 3\*\*\*\*\* AG insbesondere durch Kapitalerhöhungen als junge Aktien (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 166; StN 3-Banken vom 29.06.2020, ON-115 Rz 26; StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 151).
46. BB\*\*\*\*\* GenmbH erwarb am 08.10.2019 25.000 Stamm-Stückaktien und am 21.10.2019 20.000 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG (Liste der Eigengeschäfte von Führungskräften ("Managers' Transactions") 2019, Wiener Börse, ON-1, Blg 3, ./RR; NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 216; StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 165). Insgesamt erwarb BB\*\*\*\*\* GenmbH im fraglichen Zeitraum damit 45.000 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG.
47. O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung erwarb zwischen der Hauptversammlung 2019 und der Hauptversammlung 2020 48.400 Stamm-Stückaktien der Zielgesellschaft. Die O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung war in der Hauptversammlung 2019 mit in Summe 64.725 Stamm-Stückaktien und in der Hauptversammlung 2020 mit 113.125 Stamm-Stückaktien angemeldet (offenes Firmenbuch).

### **III. Parteivorbringen und Anträge**

#### **A. Zum vorgebrachten Creeping-In sowie der Gruppenänderung im Jahr 2003**

##### **1. Parteivorbringen**

###### **1.1. NPA U\*\*\*\*\* AG vom 25.02.2020 sowie StN vom 02.06.2020, 03.08.2020, 25.08.2020, 21.09.2020, 25.09.2020 und 29.09.2020**

48. Nach dem Vorbringen der ASt habe sich die Beteiligungsstruktur der Zielgesellschaft nach der Gründung der 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 wie folgt dargestellt (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 16 und 19):



Aktionär	Stamm-Stückaktien	% Gesamtanzahl Aktien (8 320 000)	% Stamm-Stückaktien (7 320 000)
ASt	2 493 845	29,97%	34,07%
T***** AG	1 384 887	16,65%	18,92%
B***** AG	1 386 026	16,66%	18,93%
3***** AG	165 641	1,99%	2,26%
W***** GenmbH	384 810	4,63%	5,26%

49. Mit NPA vom 25.02.2020 brachten die ASt vor, im Jahr 2003 sei es zu einem Creeping-In bei der O\*\*\*\*\* AG gekommen. Das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat habe im Zuge der Errichtung der 3\*\*\*\*\* AG innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten Aktien hinzuerworben, die dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam mit den durch das Arbeitersyndikat hinzuerworbenen Aktien zusätzlich mindestens 2,067% der Stimmrechte der O\*\*\*\*\* AG verschafft hätten. Die 2,067% bilden sich nach Vorbringen der ASt einerseits aus den im Zuge der Gründung der 3\*\*\*\*\* AG erworbenen 165.640 stimmberechtigten Stamm-Stückaktien (= 1,991%) und andererseits aus dem Erwerb von zumindest 6.337 Stamm-Stückaktien (= 0,076%) durch das Arbeitersyndikat (*Anm: Die ASt berücksichtigen bei der Berechnung der Prozentsätze wohl die gesamte Aktienanzahl der O\*\*\*\*\* AG (8.320.000 Aktien) und nicht lediglich die Anzahl der Stamm-Stückaktien (7.320.000 Stamm-Stückaktien) im Nenner, weshalb die 165.640 Stamm-Stückaktien anstatt 1,991% richtigerweise 2,26% (der Stamm-Stückaktien) darstellen*; NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 52 und 124 ff; später jedoch berichtigt – siehe StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 9).
50. Das von der M\*\*\*\*\* GenmbH vertretene Arbeitersyndikat habe „*die Erhaltung der Eigenständigkeit der O\*\*\*\*\* AG und deren Freiheit von Beherrschung durch Dritte*“ zum Ziel. Die Stimmen dieser Mitarbeiteraktien würden alleine im Interesse und zur Erreichung der Ziele der Syndikatspartner der O\*\*\*\*\* AG eingesetzt. Die vom Arbeitersyndikat 2003 und 2004 erworbenen Aktien seien dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat zuzurechnen, da das Arbeitersyndikat ein mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehender Rechtsträger sei und eine rechtliche, wirtschaftliche und faktische Einheit bilde (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 74 ff).
51. Bei den Erwerben durch 3\*\*\*\*\* AG und das Arbeitersyndikat handle es sich um Hinzuerwerbe im Sinne der damals in Geltung stehenden Creeping-In-Bestimmung, da 3\*\*\*\*\* AG und M\*\*\*\*\* GenmbH – anders als G\*\*\*\*\* AG – dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat zuzurechnen seien. Die veräußernde G\*\*\*\*\* AG sei zum Zeitpunkt des Anteilsverkaufs weder Mitglied des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats noch eine von den Mitgliedern des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats kontrollierte Gesellschaft gewesen (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 16). 3\*\*\*\*\* AG und M\*\*\*\*\* GenmbH seien hingegen zum Zeitpunkt der Erwerbe der Aktien an der O\*\*\*\*\* AG jeweils

vom O\*\*\*\*\* AG-Syndikat kontrollierte Gesellschaften und somit mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehende Rechtsträger gewesen (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 160 f). Die Zurechnung begründen die ASt insbesondere damit, dass O\*\*\*\*\* AG aufgrund der personellen Verflechtungen und des bestehenden Mitarbeitersyndikats Einfluss auf die Ausübung der Stimmrechte der M\*\*\*\*\* GenmbH in den Hauptversammlungen der 3\*\*\*\*\* AG nehme und diese kontrolliere (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 69 ff und 91). Dass die M\*\*\*\*\* GenmbH als Vehikel der O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiter von der O\*\*\*\*\* AG beherrscht und kontrolliert werde, ergebe sich weiters aus der abgestimmten Bevollmächtigung von Stimmrechtsvertretern für die Hauptversammlungen der 3\*\*\*\*\* AG und der O\*\*\*\*\* AG und dem akkordierten Abstimmen in den Hauptversammlungen der 3\*\*\*\*\* AG und der O\*\*\*\*\* AG (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 25 ff). Zudem kontrolliere O\*\*\*\*\* AG die Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG („**Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG**“), die Genossenschafterin der M\*\*\*\*\* GenmbH sei, und beherrsche damit mittelbar auf Grund der faktischen Dominanz der Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG in den Generalversammlungen der M\*\*\*\*\* GenmbH auch letztere. Die Ausübung der Stimmrechte bei der M\*\*\*\*\* GenmbH sei expliziter Stiftungszweck der Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG (StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 102; StN U\*\*\*\*\* AG vom 25.08.2020, ON-245, Blg 1 Rz 43 ff; StN U\*\*\*\*\* AG vom 25.08.2020, ON-245, Blg 1 Rz 43 ff).

52. Die ASt brachten weiters vor, dass die Vehikel rund um die Mitarbeiter der O\*\*\*\*\* AG und die 3-Banken derart starke gemeinsame Interessen hätten, dass die 3-Banken auch in Angelegenheiten betreffend die 3\*\*\*\*\* AG als Aktionäre der 3\*\*\*\*\* AG abgestimmt vorgehen würden und als gemeinsam vorgehende Rechtsträger anzusehen seien. Da die M\*\*\*\*\* GenmbH von der O\*\*\*\*\* AG kontrolliert werde, gehe auch diese gemeinsam mit den 3-Banken vor und kontrolliere die 3\*\*\*\*\* AG. Die 3-Banken und die M\*\*\*\*\* GenmbH würden somit über die Möglichkeit verfügen, einen beherrschenden Einfluss auf die 3\*\*\*\*\* AG im Sinne des § 22 Abs 2 und Abs 3 ÜbG idF BGBl I 98/2001 („**ÜbG 2001**“) auszuüben, weshalb für die 3\*\*\*\*\* AG die Vermutung gelte, dass diese mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehe (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 82 ff).
53. Im Gegensatz zur 3\*\*\*\*\* AG sei G\*\*\*\*\* AG kein mit den 3-Banken gemeinsam vorgehender Rechtsträger. Dies sei im Jahr 2003 auch gegenüber der ÜbK gerade nicht vorgebracht worden; weder von der 3\*\*\*\*\* AG noch von den 3-Banken (StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 24 ff; StN U\*\*\*\*\* AG vom 25.09.2020, ON-314, Blg 1 Rz 50 f). G\*\*\*\*\* AG sei entgegen der Grundsatzvereinbarung 1997 und deren 1. Nachtrag nie dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat beigetreten, obwohl diese Verpflichtung gemäß dem 1. Nachtrag vom 26.03.1999 bestanden habe. Ein gemeinsames Vorgehen der G\*\*\*\*\* AG mit B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG ergebe sich auch nicht aus der Syndikatspartnerschaft der G\*\*\*\*\* AG im B\*\*\*\*\* AG- sowie T\*\*\*\*\* AG-Syndikat. Ebenso wenig greife die

Vermutungsregel gem § 9 Z 1 der 1. Übernahmeverordnung vom 09.03.1999 („1. ÜbV“), weshalb im Ergebnis G\*\*\*\*\* AG in der Ausübung der Stimmrechte der O\*\*\*\*\* AG-Aktien gänzlich frei gewesen sei. Im Zuge der Errichtung der 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 seien Aktien, die Stimmrechte von zumindest 2% repräsentieren, von der G\*\*\*\*\* AG an die 3\*\*\*\*\* AG übertragen worden, womit – mangels Vorliegens einer gruppeninternen Transaktion – der Tatbestand des Creeping-In verwirklicht worden sei. Etwaige Ausnahmen von der Angebotspflicht, insbesondere § 2 oder § 3 der 2. Übernahmeverordnung vom 01.03.2000 („2. ÜbV“) iVm § 25 Abs 1 ÜbG 2001, seien nicht einschlägig (StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 32 ff).

54. Wenn die ÜbK zur vorläufigen Rechtsmeinung gelange, dass G\*\*\*\*\* AG hinsichtlich der O\*\*\*\*\* AG wegen der Grundsatzvereinbarung samt Nachträgen ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger sei, übersehe sie, dass ein strategischer Investor durch einen reinen Finanzinvestor ausgetauscht worden sei, was zu einer Gefährdung der Interessen der Beteiligungspapierinhaber geführt habe. Die ASt seien dadurch in ihren Stimmrechten beschnitten worden und es sei ihnen nun nicht mehr möglich, Mehrheitsbeschlüsse zu fassen. Auch die Möglichkeit, Kontrolle über die Vorstandsmitglieder auszuüben, sei reduziert worden, weil die dem Vorstand der Zielgesellschaft zurechenbare Aktionärsgruppe weiter gestärkt worden sei. Durch die Entflechtung (Rückabwicklung) der Kooperation im Jahr 2003 habe G\*\*\*\*\* AG keinerlei Einflussmöglichkeiten mehr, gemeinsam mit den 3-Banken auf Ebene der Zielgesellschaft vorzugehen (StN U\*\*\*\*\* AG vom 29.09.2020, ON-336, Rz 8 ff).

## 1.2. StN 3-Banken vom 02.06.2020, 29.06.2020, 06.08.2020, 29./30.09.2020

55. Mit StN vom 02.06.2020 brachten die 3-Banken vor, dass zwischen den drei Regionalbanken (B\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG und O\*\*\*\*\* AG) und G\*\*\*\*\* AG seit **1997 Kooperations- und Vertriebsvereinbarungen** bestünden. Die Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997 habe eine wechselseitige Beteiligung vorgesehen, wobei zunächst Stamm-Stückaktien der T\*\*\*\*\* AG und der B\*\*\*\*\* AG übernommen worden seien, mit Nachtrag vom 26.03.1999 – und somit vor erstmaligem Inkrafttreten des Creeping-In-Tatbestands – aber auch Aktien der O\*\*\*\*\* AG durch die G\*\*\*\*\* AG erworben und in diese Vereinbarung miteinbezogen worden seien. Eine Einbeziehung in das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat sei angesichts des geringen Stimmrechtsanteils, den das von G\*\*\*\*\* AG erworbene Aktienpaket vermittelt habe, unterblieben. Dies sei aus Sicht der 3-Banken auch nicht geboten gewesen, weil die Stimmkraft des Syndikats rund 10% höher als jene der ASt gewesen sei. Das Syndikat sei in einer komfortablen Position abgesicherter Kontrolle gewesen, sodass es einer Syndizierung nicht bedurft habe (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 42 ff).

56. Mit ergänzender StN vom 06.08.2020 führten die 3-Banken aus, dass G\*\*\*\*\* AG die **O\*\*\*\*\* AG-Aktien im Jahr 1999** – entsprechend dem 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung – durch die Spezialfonds „GL, GS, IUL und IUS“ erworben habe. Diese Fonds hätten sich im Eigentum der IV AG und der G\*\*\*\*\* AG Versicherung befunden, die jeweils 100%-Tochtergesellschaften der G\*\*\*\*\* AG gewesen seien. Letztere sei nach ihrer Verschmelzung auf die G\*\*\*\*\* AG Versicherung im Jahr 2019 im Firmenbuch gelöscht worden (StN 3-Banken vom 06.08.2020, ON-220 Rz 8).
57. Im Jahr 2003 sei die Partnerschaft zwischen G\*\*\*\*\* AG und den 3-Banken durch **Errichtung einer unabhängigen Beteiligungsholding (3\*\*\*\*\* AG)** modifiziert worden, was im 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung festgehalten worden sei. Wirtschaftlich habe G\*\*\*\*\* AG ihre Beteiligung an den 3-Banken unter Aufrechterhaltung der Vertriebs- und Kooperationspartnerschaft halbiert. G\*\*\*\*\* AG sei seither mittelbar (durch die 49,3%-ige Beteiligung an der 3\*\*\*\*\* AG) an der O\*\*\*\*\* AG beteiligt. Die 3-Banken seien insgesamt zu 49,2% am Grundkapital der 3\*\*\*\*\* AG beteiligt und hätten keine Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung der 3\*\*\*\*\* AG. M\*\*\*\*\* GenmbH halte 1,5% des Grundkapitals der 3\*\*\*\*\* AG (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 46 f).
58. Die **Bescheide der ÜbK zur B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG** (GZ 2003/1/2-50 sowie GZ 2003/1/2-51) seien auch für O\*\*\*\*\* AG wesentlich. In diesen habe die ÜbK festgehalten, dass keine der an der 3\*\*\*\*\* AG beteiligten Gesellschaften ihren Willen gegen den der übrigen Gesellschafter durchsetzen könne. Auch die M\*\*\*\*\* GenmbH sei keiner der beiden Gesellschaftergruppen zuzurechnen. Die Unabhängigkeit der M\*\*\*\*\* GenmbH sei – wenngleich dies übernahmerechtlich nicht entscheidend sei – somit Teil des damaligen Ermittlungsverfahrens der ÜbK gewesen. Folglich sei die 3\*\*\*\*\* AG ebenfalls nicht von den 3-Banken kontrolliert und von diesen unabhängig, weil nach den Beteiligungsverhältnissen kein Aktionär die anderen Aktionäre überstimmen könne. Es habe zu keiner Zeit ein Stimmbindungsvertrag zwischen den Aktionären der 3\*\*\*\*\* AG bestanden. Zwischen G\*\*\*\*\* AG und den 3-Banken habe es Einverständnis darüber gegeben, dass die Organe der 3\*\*\*\*\* AG mit Personen zu besetzen seien, die in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zu einer der 3-Banken stehen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 50 ff).
59. Dem von den ASt behaupteten Creeping-In im Jahr 2003 halten die 3-Banken entgegen, dass die **Voraussetzungen für einen Hinzuerwerb** im Sinne des § 1 der 2. ÜbV **nicht vorgelegen** seien. 3\*\*\*\*\* AG sei eine **unabhängige Beteiligungsholding**. Sie verfüge über keine kontrollierende Beteiligung, weshalb kein Creeping-In durch den Aktienerwerb im Jahr 2003 ausgelöst werden habe können. Dies hätte nämlich vorausgesetzt, dass die 3\*\*\*\*\* AG selbst kontrollierend an der Zielgesellschaft beteiligt sei, was aber nicht der Fall gewesen sei. Die 3\*\*\*\*\* AG habe seit

ihrer Gründung lediglich über eine Bagatellbeteiligung an der Zielgesellschaft verfügt, die keine kontrollierende Beteiligung vermittelt habe. 3\*\*\*\*\* AG sei eine kontrollfreie und entherrschte Beteiligungsholding. Der Beteiligungsbesitz ihrer Gesellschafter sei der 3\*\*\*\*\* AG nicht hinzuzurechnen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 99 ff). Anzumerken sei zudem, dass G\*\*\*\*\* AG ihre Beteiligung an der O\*\*\*\*\* AG nicht veräußern, sondern – wenngleich im reduzierten Ausmaß – „indirekt über eine Beteiligungsbesitzgesellschaft halten“ habe sollen. G\*\*\*\*\* AG sei zuvor Mitglied der die T\*\*\*\*\* AG und die B\*\*\*\*\* AG kontrollierenden Syndikate gewesen, die wiederum als Mitglieder des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats gemeinsam mit W\*\*\*\*\* GmbH die Zielgesellschaft kontrollieren, weshalb G\*\*\*\*\* AG im Verhältnis zur 3\*\*\*\*\* AG auch nicht als Dritter im Sinne der Vorschriften über das Creeping-In angesehen werden könne. G\*\*\*\*\* AG habe auch nach der Umgründung einen maßgeblichen Einfluss auf die 3\*\*\*\*\* AG und bestelle auf Organebene eines der beiden Vorstandsmitglieder sowie den Aufsichtsratsvorsitzenden (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 99 ff).

60. Aufgrund der starken faktischen und rechtlichen Stellung der G\*\*\*\*\* AG als Gründungsgesellschafterin der 3\*\*\*\*\* AG handle es sich beim Aktienerwerb der 3\*\*\*\*\* AG um **keinen Erwerb von einem fremden Dritten**. Es habe kein Erwerb „von außen“ vorgelegen, sondern die bestehenden Aktienpakete seien auf eine gemeinsame Holding übertragen worden. Wirtschaftlich habe G\*\*\*\*\* AG ihre Beteiligung an der O\*\*\*\*\* AG lediglich halbiert (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 101 ff).
61. Sollte – wie von den ASt vorgebracht – 3\*\*\*\*\* AG ein mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehender Rechtsträger sein, so treffe dies umso mehr auf G\*\*\*\*\* AG in den Jahren 1999-2003 zu, da diese – anders als 3\*\*\*\*\* AG – ein Aufsichtsratsmitglied in die O\*\*\*\*\* AG entsenden habe können und Vorkaufs- und Rückverkaufsregelungen sowie einer Verpflichtung zum dauerhaften Halten des O\*\*\*\*\* AG-Aktienpaketes unterlegen habe (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 118). In ihrer weiteren Stellungnahme vom 29.06.2020 führten die 3-Banken aus, dass G\*\*\*\*\* AG bis zur Übertragung der Aktien an die 3\*\*\*\*\* AG ein mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehender Rechtsträger gewesen sei, weshalb diese Übertragung einen gruppeninternen Erwerb dargestellt habe, was in Folge die Anwendung des Creeping-In-Tatbestands ausschließe (StN 3-Banken vom 29.06.2020, ON-115 Rz 8 ff).
62. Das gemeinsame Vorgehen der G\*\*\*\*\* AG ergebe sich ua aus der gesetzlichen Vermutung gem § 2 Abs 1 1.ÜbV. Demnach werde ein gemeinsames Vorgehen vermutet, wenn der Beteiligte allein oder gemeinsam mit anderen Rechtsträgern mindestens 30% der Stimmrechte der Zielgesellschaft halte. Aus der Stellung der G\*\*\*\*\* AG als Syndikatspartner im B\*\*\*\*\* AG- sowie T\*\*\*\*\* AG-Syndikat folge, dass G\*\*\*\*\* AG ein kontrollierender Aktionär der T\*\*\*\*\* AG sowie der B\*\*\*\*\* AG

gewesen sei. Gem § 9 Z 1 1. ÜbV werde vermutet, dass ein Rechtsträger, an welchem ein Beteiligter eine kontrollierende Beteiligung halte, mit diesem gemeinsam vorgehe. Da G\*\*\*\*\* AG sowohl an B\*\*\*\*\* AG als auch an T\*\*\*\*\* AG kontrollierend beteiligt gewesen sei, werde ein gemeinsames Vorgehen von G\*\*\*\*\* AG mit den letztgenannten Gesellschaften vermutet. Die ASt hätten nichts vorgebracht, was geeignet wäre, diese Vermutung zu entkräften (StN 3-Banken vom 29.06.2020, ON-115 Rz 8 ff).

63. Das **gemeinsame Vorgehen** sei nicht nur gesetzlich vermutet, sondern durch den 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 26.03.1999 bestätigt und weiter erhärtet worden. Die im Jahr 1999 durch G\*\*\*\*\* AG erworbenen O\*\*\*\*\* AG-Aktien seien durch den 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung ebenso in die Grundsatzvereinbarung miteinbezogen worden, wonach die Versicherungsgruppe der vertraglichen Verpflichtung unterlegen sei, eine Aktionärsstruktur aufrechtzuerhalten, die „eine Beherrschung der Mitglieder der Bankengruppe durch Einzelaktionäre“ ausschließe. Die Frage der Unabhängigkeit der 3\*\*\*\*\* AG sei somit nicht von Relevanz, wengleich auch diese vorliege (StN 3-Banken vom 29.06.2020, ON-115 Rz 16 ff; StN 3-Banken vom 06.08.2020, ON-220 Rz 9).
64. Im Zeitraum 2002-2004 sei lediglich M\*\*\*\*\* GenmbH mit Mitarbeiteraktien befasst gewesen. BB\*\*\*\*\* GenmbH sei erst seit 2016 in Mitarbeiteraktionen eingebunden und daher für den Sachverhalt im Jahr 2003 irrelevant. M\*\*\*\*\* GenmbH sei in keiner Weise durch O\*\*\*\*\* AG kontrolliert. Ihr seien auch die Mitarbeiteraktien nicht zuzurechnen, weil diese lediglich als Stimmrechtsvertreterin der Mitarbeiter agiere und kein eigenes Ermessen in der Stimmrechtsausübung habe. Syndiziert seien lediglich die Mitarbeiter untereinander, aber nicht mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat. Es habe weder im Jahr 2002 noch irgendwann danach eine Absprache zwischen „dem Mitarbeitersyndikat“ und den Mitgliedern des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats über die Ausübung der Stimmrechte in der Hauptversammlung der O\*\*\*\*\* AG gegeben. Dass das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat und die Mitarbeiter sowie Streubesitz-Aktionäre gleichförmig abgestimmt haben, sei für die Frage einer Zurechnung oder eines gemeinsamen Vorgehens nicht aussagekräftig. Das gleichförmige Stimmverhalten ergebe sich schlicht aufgrund gleichlaufender Interessen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 119 ff).
65. Zudem sei eine etwaige Zurechnung schon deshalb irrelevant, weil 3\*\*\*\*\* AG für sich alleine (durch die Übertragung der O\*\*\*\*\* AG-Aktien von der G\*\*\*\*\* AG auf 3\*\*\*\*\* AG) 2,26% an stimmberechtigten Stamm-Stückaktien erworben habe (StN 3-Banken vom 29.06.2020, ON-115 Rz 16 ff). Die durch die Mitarbeiter erworbenen (angeblichen) 0,076% der Stimmrechte seien daher nicht relevant (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 120).

66. Zwischen den Aktionären der 3\*\*\*\*\* AG bestehe nicht einmal ein auf die 3\*\*\*\*\* AG bezogener Stimmbindungsvertrag; ein solcher sei auch nach der Übertragung der Aktien an der Zielgesellschaft durch die G\*\*\*\*\* AG nicht abgeschlossen worden (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 55). Die Aktionäre der 3\*\*\*\*\* AG seien daher **in ihrer Stimmrechtsausübung in der 3\*\*\*\*\* AG völlig** frei. Daraus folge, dass im Einzelfall auch andere Allianzen in der Hauptversammlung der 3\*\*\*\*\* AG möglich wären, so könnten etwa G\*\*\*\*\* AG und M\*\*\*\*\* GenmbH oder G\*\*\*\*\* AG und eine der drei Regionalbanken Beschlüsse gegen den Willen der übrigen Gesellschafter fassen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 67).
67. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die 3\*\*\*\*\* AG tatsächlich den 3-Banken zuzurechnen sei – was die 3-Banken bestreiten, – sei der Ausnahmetatbestand gem § 2 Abs 2 2. ÜbV iVm § 25 Abs 1 Z 1 ÜbG 2001 erfüllt. Unter der Prämisse, dass die 3\*\*\*\*\* AG den 3-Banken zurechenbar wäre, hätten die 3-Banken (und nicht die G\*\*\*\*\* AG) im Sinne des § 25 Abs 1 Z 1 ÜbG 2001 eine mittelbare Beteiligung an der O\*\*\*\*\* AG erlangt und würde *„der Buchwert der unmittelbaren Beteiligung an der Zielgesellschaft (Anm: 2,26%) weniger als 25% des buchmäßigen Nettoaktivvermögens des Rechtsträgers gemäß § 22 Abs 3 [betragen]“*, sodass der Ausnahmetatbestand sowohl nach seinem Wortlaut als auch nach seinem Normzweck erfüllt wäre (StN 3-Banken vom 06.08.2020, ON-220 Rz 10 f mit Verweis auf StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 111 ff).
68. Darüber hinaus sei auch die Ausnahme gem § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 einschlägig. Die wirtschaftliche Reduktion des Beteiligungsbesitzes der G\*\*\*\*\* AG durch Übertragung an die 3\*\*\*\*\* AG habe nur eine geringfügige Änderung der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 116).
69. Mit Schreiben vom 29.09.2020, dem sich O\*\*\*\*\* AG und B\*\*\*\*\* AG anschlossen, brachte T\*\*\*\*\* AG vor, dass G\*\*\*\*\* AG jedenfalls ein strategischer Investor und 3\*\*\*\*\* AG eine Holding sei. Es sei fraglich, ob 3\*\*\*\*\* AG als „Finanzinvestor“ eingestuft werden könne, was jedoch keiner weiteren Erörterung bedürfe, weil der 3\*\*\*\*\* AG keine relevanten syndikatsvertraglichen Rechte (insbesondere kein Voterecht) zukämen (Schreiben der T\*\*\*\*\* AG vom 29.09.2020, ON-337; Anschlussschreiben O\*\*\*\*\* AG zum Schreiben der T\*\*\*\*\* AG vom 29.09.2020, ON-338; Anschlussschreiben B\*\*\*\*\* AG zum Schreiben der T\*\*\*\*\* AG vom 30.09.2020, ON-341).

### 1.3. StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, 29.06.2020

70. Mit Schreiben vom 02.06.2020 brachte 3\*\*\*\*\* AG vor, dass es im Jahr 2003 zu einer Restrukturierung der Beteiligung der G\*\*\*\*\* AG gekommen sei. Um die Zusammenarbeit der 3-Banken und G\*\*\*\*\* AG auf neue Beine zu stellen, sei 3\*\*\*\*\*

AG als unabhängige Holding gegründet worden, auf die G\*\*\*\*\* AG ihre Aktien an der B\*\*\*\*\* AG (348.401 Stück), der T\*\*\*\*\* AG (680.218 Stück) und der O\*\*\*\*\* AG (165.640 Stück) im Rahmen eines einheitlichen Vorgangs übertragen habe. G\*\*\*\*\* AG habe ihre Beteiligung an den 3-Banken jeweils wirtschaftlich halbiert. Ungeachtet dessen stünden G\*\*\*\*\* AG und die 3-Banken (seither weiterhin in einer Vertriebspartnerschaft (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 11 ff).

71. Bereits aufgrund der Beteiligungsstruktur sei 3\*\*\*\*\* AG eine unabhängige Holding, und zwar unter anderem deshalb, weil die M\*\*\*\*\* GenmbH als Gesellschafterin der 3\*\*\*\*\* AG ebenso ein unabhängiger Rechtsträger sei und nicht den 3-Banken zuzurechnen sei. Somit habe keine der Gesellschaftergruppen – weder G\*\*\*\*\* AG noch die 3-Banken oder die M\*\*\*\*\* GenmbH – die Mehrheit an der 3\*\*\*\*\* AG und könne sich gegen den Willen der anderen durchsetzen. Es habe auch stets Einigkeit zwischen den Gesellschaftern der 3\*\*\*\*\* AG bestanden, deren Organe gezielt durch unabhängige Experten zu besetzen. Ein einseitiger Einfluss der 3-Banken sollte gezielt hintangehalten werden, weshalb die Beteiligungsverhältnisse der 3\*\*\*\*\* AG so austariert worden seien, dass G\*\*\*\*\* AG über eine geringfügig höhere Beteiligungsquote als die 3-Banken verfüge (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 19 ff). Da die Beteiligung der G\*\*\*\*\* AG höher als jene der drei Regionalbanken gemeinsam sei und keiner der drei Regionalbanken die Beteiligung der M\*\*\*\*\* GenmbH zurechenbar sei, fehle es an einem übernahmerechtlichen Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung. Mangels Zurechnung könne es aber zu keinem der drei Regionalbanken zurechenbaren Hinzuerwerb stimmrechtstragender Aktien gekommen sein (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 38).
72. Letztlich bestätige auch die faktische Historie der letzten 17 Jahre die von Anfang an intendierte und stets gelebte Unabhängigkeit: im Wesentlichen, dass alle Entscheidungen würden vom Vorstand getroffen, insbesondere die Ausübung des Stimmrechts in den Syndikaten T\*\*\*\*\* AG und B\*\*\*\*\* AG sowie aus den Aktien der O\*\*\*\*\* AG. Einflussnahmen in diesen Bereichen durch die Aktionäre habe es seit 2003 zu keinem Zeitpunkt gegeben. (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 29).
73. Der Creeping-In-Tatbestand sei durch die Übertragung im Jahr 2003 auch deshalb nicht erfüllt, weil keine Aktien von einem fremden Dritten erworben worden seien. Zudem könne es wirtschaftlich lediglich zu einem Hinzuerwerb von unter 50% des übertragenen Aktienvolumens gekommen sein, weil G\*\*\*\*\* AG weiterhin 49,5% und M\*\*\*\*\* GenmbH 1,5% der Aktien mittelbar halten (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 38 ff).
74. Mit Schriftsatz vom 29.06.2020 führte 3\*\*\*\*\* AG weiters aus, dass es sich bei der Übertragung der O\*\*\*\*\* AG-Aktien an 3\*\*\*\*\* AG aufgrund des gemeinsamen Vorgehens der G\*\*\*\*\* AG im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG um eine gruppeninterne



Übertragung gehandelt habe; Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens von G\*\*\*\*\* AG und den Mitgliedern des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats ergebe sich aus § 9 Z 1 1. ÜbV. Es sei daher zu keinem Hinzuerwerb im Sinne der 2. ÜbV gekommen (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 29.06.2020, ON-114 Rz 5 ff).

75. Mit der Übertragung der Aktien an 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 habe G\*\*\*\*\* AG die Intention verfolgt, ihre direkte Beteiligung aufzugeben und nur mehr eine indirekte Beteiligung über eine kontrollfreie Gesellschaft – nämlich 3\*\*\*\*\* AG – zu halten. Wirtschaftlich gesehen habe G\*\*\*\*\* AG ihre Beteiligung an den drei Regionalbanken halbiert und sei dadurch *uno actu* auch aus der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger ausgeschieden (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 29.06.2020, ON-114 Rz 6).
76. Wenngleich G\*\*\*\*\* AG nicht aktiv Maßnahmen gegen den Willen der übrigen 3\*\*\*\*\* AG-Aktionäre durchsetzen könne, sei es ihr weiterhin möglich, Entscheidungen zu verhindern (weiterhin sei eine negative Kontrolle durch G\*\*\*\*\* AG gegeben). So habe G\*\*\*\*\* AG mit Dr. NMI seit der Gründung der 3\*\*\*\*\* AG eines der beiden gemeinsam vertretungsbefugten Vorstandmitglieder gestellt und verfüge über eine Sperrminorität in den Hauptversammlungen der 3\*\*\*\*\* AG. Die Mehrheitserfordernisse seien bei der 3\*\*\*\*\* AG nicht herabgesetzt worden (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 28 f).

#### **1.4. StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, 30.06.2020 und 23.09.2020**

77. In mehreren StN brachten M\*\*\*\*\* GenmbH und BB\*\*\*\*\* GenmbH zum Themenkomplex „Gründung der 3\*\*\*\*\* AG“ vor, die M\*\*\*\*\* GenmbH gehe mit keinem der von den ASt genannten Rechtsträger im Hinblick auf B\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG oder O\*\*\*\*\* AG im Sinne des § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vor und habe in Bezug auf keine der 3-Banken eine Angebotspflicht nach dem ÜbG verletzt (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-65 Rz 10).
78. Auch BB\*\*\*\*\* GenmbH gehe mit keinem der von den ASt genannten Rechtsträger im Hinblick auf die O\*\*\*\*\* AG im Sinne des § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vor und habe ebenso keine Angebotspflicht nach dem ÜbG in Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG verletzt (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-65 Rz 11).
79. Um das behauptete Creeping-In bei der O\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 zu argumentieren, müsse eine Kette von Zurechnungen (einerseits das gemeinsame Vorgehen der M\*\*\*\*\* GenmbH mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat und andererseits das gemeinsame Vorgehen der 3\*\*\*\*\* AG mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat) bejaht werden, was aber nicht zutreffend sei. **M\*\*\*\*\* GenmbH sei ein unabhängiger Rechtsträger**, der weder mit der O\*\*\*\*\* AG noch mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehe.

- Rund 2500 Arbeitnehmer und Pensionisten der O\*\*\*\*\* AG seien Mitglieder der M\*\*\*\*\* GenmbH. Gegenstand des Unternehmens der M\*\*\*\*\* GenmbH sei die Durchführung und Förderung von Maßnahmen zur beruflichen Aus- und Weiterbildung ihrer Mitglieder; der Betrieb von Sozialeinrichtungen; die Beratung und Informationserteilung sowie die Beteiligung an anderen Unternehmen und die Ausübung des Stimmrechts ihrer Mitglieder aus deren Beteiligungen (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-65 Rz 12 f, 20 ff).
80. Auch 3\*\*\*\*\* AG sei eine von der M\*\*\*\*\* GenmbH unabhängige Gesellschaft. Bei Übernahme der Beteiligung an der 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 sei dem M\*\*\*\*\* GenmbH-Vorstand bekannt gewesen, dass die 3\*\*\*\*\* AG als unabhängige Holding konzipiert gewesen sei, weshalb weder die 3-Banken noch G\*\*\*\*\* AG die Mehrheit in der Holding haben sollten. Die Rolle der M\*\*\*\*\* GenmbH sei als „Zünglein an der Waage“ nur dann einschlägig, wenn es zu einem Konflikt zwischen den 3-Banken und G\*\*\*\*\* AG käme. Zu so einem Konflikt sei es aber in den rund 17 Jahren nie gekommen. Im Gegenteil, es habe stets Einigkeit zwischen G\*\*\*\*\* AG und den 3-Banken bestanden (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-65 Rz 40 ff). Zudem habe sich der Einfluss der G\*\*\*\*\* AG auf die 3-Banken aufgrund der Übertragung der Aktienpakete auf die 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 nicht in einer übernahmerechtlich relevanten Weise geändert. G\*\*\*\*\* AG fungiere weiterhin als wesentliches Korrektiv in Bezug auf die Willensbildung bei den 3-Banken (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-65 Rz 47).
81. Eine übernahmerechtliche – direkte oder mittelbare – Kontrolle der M\*\*\*\*\* GenmbH durch die O\*\*\*\*\* AG liege ebenso wenig vor (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 23.09.2020, ON-310 Rz 4 ff; StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 30.06.2020, ON-117 Rz 13 ff). Auch eine Kontrolle der M\*\*\*\*\* GenmbH durch die O\*\*\*\*\* AG Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG liege nicht vor, zumal diese im Jahr 2003 mit weniger als 20% an der M\*\*\*\*\* GenmbH beteiligt gewesen sei. Sie habe im Jahr 2003 einen Anteil von lediglich 18,92% der Stimmrechte der M\*\*\*\*\* GenmbH gehalten (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 23.09.2020, ON-310 Rz 3 f, 8). Die O\*\*\*\*\* AG Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG sei zu keinem Zeitpunkt in der Lage gewesen, Beschlüsse in der Genossenschaftsversammlung der M\*\*\*\*\* GenmbH durchzusetzen (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 23.09.2020, ON-310 Rz 16).
82. Auch die von den Mitarbeitern der O\*\*\*\*\* AG erworbenen Aktien seien weder der M\*\*\*\*\* GenmbH noch der BB\*\*\*\*\* GenmbH zuzurechnen. Im Rahmen des Mitarbeitersyndikats finde vor einer Hauptversammlung der O\*\*\*\*\* AG eine Mitarbeiterversammlung statt, in der Beschlussvorschläge präsentiert werden und über einen Wahlvorschlag abgestimmt werde (qualifiziertes Mehrheitserfordernis 75%). Sollte kein Beschluss zustande kommen, so sei die M\*\*\*\*\* GenmbH berechtigt und verpflichtet, im Interesse der Mitarbeiter zu stimmen. Bei etwaigen Widersprüchen von

Mitarbeiter-Aktionären würden diese in der Hauptversammlung der O\*\*\*\*\* AG nicht von der M\*\*\*\*\* GenmbH vertreten. Das etwaige gleichförmige Abstimmen der M\*\*\*\*\* GenmbH und des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats vermöge kein gemeinsames Vorgehen zu begründen, sondern resultiere aus einer übernahmerechtlich nicht zu beanstandenden gleichlaufenden Interessenslage (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-65 Rz 49 ff; StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 30.06.2020, ON-117 Rz 7 ff).

#### **1.5. StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, 30.06.2020 sowie 29.09.2020**

83. Mit StN vom 02.06.2020 und 30.06.2020 erstattete W\*\*\*\*\* GenmbH im Wesentlichen ein wortgleiches Vorbringen wie die 3-Banken in den StN vom 02.06.2020 sowie vom 29.06.2020 betreffend das Nichtvorliegen eines Creeping-In im Zusammenhang mit der Gründung der 3\*\*\*\*\* AG. Sowohl 3\*\*\*\*\* AG als auch M\*\*\*\*\* GenmbH und die Mitarbeiter der O\*\*\*\*\* AG seien von den 3-Banken unabhängig. Es sei stets danach getrachtet worden, die Organe der 3\*\*\*\*\* AG gezielt durch unabhängige Personen zu besetzen und die 3\*\*\*\*\* AG zu entherrschen. Zudem handle es sich bei der Übertragung der von G\*\*\*\*\* AG gehaltenen O\*\*\*\*\* AG-Aktien an die 3\*\*\*\*\* AG um einen gruppeninternen Erwerb, weil G\*\*\*\*\* AG ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger gewesen sei, weshalb es auf die Unabhängigkeit der 3\*\*\*\*\* AG, die auch vorliege, gar nicht ankomme (StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-67, 10 ff; StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 30.06.2020, ON-116, 4 ff).
84. Sollte – entgegen der dargelegten Rechtsansicht – wider Erwarten eine Angebotspflicht bestehen, so erstrecke sich diese nicht auf W\*\*\*\*\* GenmbH. W\*\*\*\*\* GenmbH (i) spiele aufgrund der geringen Beteiligung nur eine untergeordnete Rolle im O\*\*\*\*\* AG-Syndikat, (ii) habe keinen wie immer gearteten Einfluss auf die Willensbildung des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats gehabt und (iii) habe auch nicht aktiv an einer (ohnedies nicht vorliegenden) Kontrollerrichtung mitgewirkt, weshalb jedenfalls die Ausnahmeregelung gemäß § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG anzuwenden sei (StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-67, 9).
85. Mit Eingabe vom 29.09.2020 erstattete W\*\*\*\*\* GenmbH das Vorbringen, dass weder die Tagesordnung noch der Inhalt der Protokollentwürfe der jeweiligen Syndikatsversammlung des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats vorab mit W\*\*\*\*\* GenmbH abgestimmt worden seien. Die Abstimmungen in den Syndikatsversammlungen seien stets einstimmig und ohne Diskussion betreffend die einzelnen Punkte erfolgt. Die Vertreter der W\*\*\*\*\* GenmbH seien nie Syndikatsleiter gewesen (StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 29.09.2020, ON-335, Blg 1, 3).

## 2. Anträge betreffend die Gründung der 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003

86. Die ASt beantragten in Zusammenhang mit der Gründung der 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 wie folgt:
- Die ÜbK möge feststellen,
    - dass T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH gemäß § 33 Abs 1 Z 2 und Z 3 iVm § 22 Abs 1 ÜbG 1999 ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt haben; oder
    - dass T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH gemäß § 33 Abs 1 Z 2 und Z 3 iVm § 22 Abs 4 ÜbG 1999 ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt haben
  - Die ÜbK möge T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH die Entrichtung der Gebühren gemäß Punkt 5.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren gemäß § 33 ÜbG vor der ÜbK auftragen.
  - Die ÜbK möge T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH den Ersatz der Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung der antragstellenden Parteien zuhanden des Klagevertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auftragen.
  - Die ÜbK möge gemäß § 30 Abs 2 ÜbG iVm § 24 Abs 1 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung zur weiteren Aufklärung und Erörterung der komplexen Sachlage durchführen.
  - Die ÜbK möge über Auskunftsersuchen im Sinne des § 30 Abs 4 ÜbG den für die Beurteilung einer Angebotspflicht zugrundeliegenden Sachverhalt ermitteln und sämtliche Unterlagen wie insbesondere Protokolle bzw Notizen über Besprechungen und die Korrespondenz mit der Zielgesellschaft sowie sämtliche Informationen der Zielgesellschaft in diesem Zusammenhang (insbesondere seit 26.06.2019) in den Akt vollständig aufnehmen.
87. Die ASt ergänzten ihre Anträge vom 25.02.2020 dahingehend, die ÜbK möge ihr bereits eingeleitetes Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 Abs 1 ÜbG dahin ausdehnen, dass sie das Nachprüfungsverfahren auch auf die in der StN vom 02.06.2020 angeführten Tatsachen und das dortige Vorbringen erstrecke; die ÜbK möge die in der StN ausgeführten Tatsachen und Vorbringen auch zum Gegenstand ihres ergänzten Nachprüfungsverfahrens machen und auch aufgrund dieser Tatsachen und Vorbringen feststellen, dass die Pflicht, ein öffentliches Übernahmeangebot an alle Inhaber von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft anzuzeigen, nicht erfüllt worden sei.
88. Die ASt beantragten weiters, die ÜbK möge zur Aufklärung des vollständigen Sachverhalts und zur Beantwortung der ungeklärten Fragen folgende Erhebungen durchführen:
- Auftrag zur Vorlage der Verträge und Dokumentationen (samt schriftlicher Korrespondenz) über die Immobilientransaktion, die zwischen den 3-Banken oder einzelnen Instituten der 3-Banken (samt Beteiligungsgesellschaften) und der

G\*\*\*\*\* AG (samt Beteiligungsgesellschaft, insbesondere der I\*\*\*\*\* AG) als Erwerbs- und Tauschgeschäft (Nebengeschäft) zum Erwerb der 3-Banken Aktien 1997 durch die G\*\*\*\*\* AG eingegangen wurden und Bedingungen für die (Rück-)Veräußerung der 3-Banken Aktien enthält, die sich 2003 auf den Verkauf der 3-Banken Aktien an die 3\*\*\*\*\* AG ausgewirkt haben.

- Einvernahme der Vorstandsmitglieder der G\*\*\*\*\* AG, der I\*\*\*\*\* AG, der 3\*\*\*\*\* AG und der 3-Banken oder informierter Vertreter, die (1) die Immobilientransaktion 1997 als Erwerbs- und Tauschgeschäft zur Transaktion der 3-Banken-Aktien (Kauf und Verkauf) vereinbart haben, (2) im Jahr 2003 die Gründung der 3\*\*\*\*\* AG, sowie (3) den Verkauf der 3-Banken-Aktien an die 3\*\*\*\*\* AG vorgenommen haben.
- Die Einvernahme dieser Personen sei insbesondere zu folgenden Themen und Fragen durchzuführen:
  - Welche Vereinbarungen (Preise, sonstige Konditionen, Vorkaufsrechte, Rückkaufsrechte, Wiederkaufsrechte etc) und Nebenabreden wurden hinsichtlich des Ankaufs und Verkaufs der 3-Banken-Aktien zwischen der G\*\*\*\*\* AG und den 3-Banken 1997 getroffen?
  - Welche Vereinbarungen (Preis, sonstige Konditionen, Vorkaufsrechte, Rückkaufsrechte, Wiederkaufsrechte etc) und Nebenabreden wurden hinsichtlich des Ankaufs und Verkaufs der 3-Banken-Aktien zwischen der G\*\*\*\*\* AG und der 3\*\*\*\*\* AG 2003 getroffen?
  - Warum ist G\*\*\*\*\* AG 2003 aus dem T\*\*\*\*\* AG- und B\*\*\*\*\* AG-Syndikat ausgeschieden? Warum war G\*\*\*\*\* AG und ist 3\*\*\*\*\* AG nicht Mitglied des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats?
  - Warum lag der Kaufpreis für die 3-Banken-Aktien, den 3\*\*\*\*\* AG gezahlt hat, weit unter dem Börsenkurs zum 15.05.2003 (teilweise mehr als 50% darunter)?
  - Wie wurde der Kaufpreis vom 15.05.2003 für den Verkauf der 3-Banken-Aktien an 3\*\*\*\*\* AG ermittelt und festgelegt?
  - Was ist mit den übrigen 50% des Werts der Aktien passiert? Welche Leistungen wurden von wem an wen erbracht?
  - Welche Gegenleistung wurde neben der Kaufpreiszahlung, die über Zuschüsse der Gesellschafter finanziert wurde, noch vereinbart?
  - Hat die M\*\*\*\*\* GenmbH vor 2003 Aktien der 3-Banken gehalten? Wenn ja wie viele, in welchem Zeitraum, an wen wurden diese verkauft?
  - Hat die M\*\*\*\*\* GenmbH seit 2003 direkt Aktien der 3-Banken gehalten, erworben, verkauft?
  - Woher hatte die als Mitarbeitergenossenschaft eingerichtete M\*\*\*\*\* GenmbH ein Kapital von rund EUR 1 Mio, das als Zuschuss an die 3\*\*\*\*\* AG zur Finanzierung der 3-Banken Aktien gezahlt wurden? Wie sah die Vermögenssituation der M\*\*\*\*\* GenmbH in 2003 aus? Wer und in welcher Form hat der M\*\*\*\*\* GenmbH die rund EUR 1 Mio zur Ver-

fügung gestellt? Bei welcher Bank wurde dafür ein Bankkredit aufgenommen? Welche Sicherheiten wurden dafür gegeben? Von wem und zu welchem Zweck hat die M\*\*\*\*\* GenmbH Zuschüsse dafür erhalten?

- Welche Rolle hat die M\*\*\*\*\* GenmbH bezüglich der Immobilientransaktion zwischen den 3-Banken und G\*\*\*\*\* AG eingenommen?
- Welche Vereinbarungen oder Nebenabreden gibt es zwischen der M\*\*\*\*\* GenmbH und (i) den 3-Banken (inkl Beteiligungsgesellschaften), (ii) der G\*\*\*\*\* AG, und / oder (iii) der 3\*\*\*\*\* AG in Zusammenhang mit dem Erwerb der 3-Banken Aktien durch die 3\*\*\*\*\* AG von der G\*\*\*\*\* AG 2003?
- Wie war es möglich, dass die M\*\*\*\*\* GenmbH zur Finanzierung des Aktienkaufs nur einen Zuschuss im Ausmaß ihrer Beteiligung gewähren musste? Welche (möglicherweise unausgesprochene) Gegenleistung hat die M\*\*\*\*\* GenmbH für den reduzierten Aktienkaufpreis (bis minus 50%) erbracht?
- Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Bereich der Rechnungslegung und Buchprüfung zur Darstellung der Gesamttransaktion der 3-Banken-Aktien an die G\*\*\*\*\* AG samt der Immobilientransaktion als Erwerbs- und Tauschgeschäft (Nebenvereinbarung) 1997 sowie der Auswirkungen auf den Verkauf 2003 der 3-Banken-Aktien an die 3\*\*\*\*\* AG.

89. Die ASt beantragten weiters, die ÜbK möge den Verfahrensgegenstand hinsichtlich der 3\*\*\*\*\* AG um die Fragen erweitern,

- (i) ob die 3\*\*\*\*\* AG ein unabhängiger Rechtsträger ist;
- (ii) ob die 3\*\*\*\*\* AG ein gemeinsam von den 3-Banken und der M\*\*\*\*\* GenmbH Genossenschaft kontrollierter Rechtsträger ist; und
- (iii) welche Rolle hierbei der G\*\*\*\*\* AG zukommt bzw zukam.

90. Die 3-Banken stellten hinsichtlich des Sachverhaltskomplexes Gründung der 3\*\*\*\*\* AG den Antrag, die ÜbK möge die Anträge der ASt wegen entschiedener Sache zurückweisen, hilfsweise feststellen, dass die T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH die Angebotspflicht nach dem ÜbG, insbesondere gemäß § 22a Z 3 oder § 22 Abs 4 ÜbG, in Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG, insbesondere im Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex Gründung der 3\*\*\*\*\* AG, nicht verletzt haben.

91. 3\*\*\*\*\* AG stellte im Zusammenhang mit dem Sachverhalt im Jahr 2003 den Antrag, die ÜbK möge feststellen, dass T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH durch Übertragung von 165.640 Stück Aktien der O\*\*\*\*\* AG von G\*\*\*\*\* AG an 3\*\*\*\*\* AG laut Vertrag vom 15.05.2003 die Angebotspflicht nach §§ 22 ff ÜbG 2001 bei der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG nicht verletzt haben.

92. M\*\*\*\*\* GenmbH und BB\*\*\*\*\* GenmbH beantragten, die ÜbK möge

- die Anträge der ASt zu GZ 2020/1/1c (O\*\*\*\*\* AG) hinsichtlich des Sachverhaltskomplexes „Gründung der 3\*\*\*\*\* AG“ wegen entschiedener Sache zurückweisen, hilfsweise feststellen, dass die in der Veröffentlichung der ÜbK vom 06.03.2020 zu GZ 2020/1/1c (O\*\*\*\*\* AG) genannten Rechtsträger die Angebotspflicht nach dem ÜbG, insbesondere gemäß § 22a Z 3 oder § 22 Abs 4 ÜbG, in Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG, insbesondere im Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex „Gründung der 3\*\*\*\*\* AG“, nicht verletzt haben.
- feststellen, dass die in der Veröffentlichung der ÜbK vom 06.03.2020 zu GZ 2020/1/1c (O\*\*\*\*\* AG) genannten Rechtsträger die Angebotspflicht nach dem ÜbG, insbesondere gemäß § 22a Z 3 oder § 22 Abs 4 ÜbG, in Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG, nicht verletzt haben.

*in eventu*

- feststellen, dass M\*\*\*\*\* GenmbH und BB\*\*\*\*\* GenmbH die Angebotspflicht nach dem ÜbG, insbesondere gemäß § 22a Z 3 oder § 22 Abs 4 ÜbG, in Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG, insbesondere im Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex „Gründung der 3\*\*\*\*\* AG“ nicht verletzt haben.

93. W\*\*\*\*\* GenmbH stellte den Antrag, die ÜbK möge feststellen, dass W\*\*\*\*\* GenmbH keine Verpflichtung zur Stellung eines Angebots sowie zu allen sonstigen Pflichten eines Bieters gemäß § 23 Abs 3 Satz 1 ÜbG wegen Vorliegen der Ausnahmebestimmung des § 23 Abs 2 Satz 2 trifft, weil

- W\*\*\*\*\* GenmbH an der Kontrollerlangung in der gemäß der Veröffentlichung der ÜbK vom 06.03.2020 zu GZ 2020/1/1b [*sic*] genannten Aktiengesellschaft (O\*\*\*\*\* AG) nicht mitgewirkt hat und sie ihr Stimmrecht bloß nach Weisung ausübt;

*in eventu*

- W\*\*\*\*\* GenmbH an der Kontrollerlangung in der gemäß der Veröffentlichung der ÜbK vom 06.03.2020 zu GZ 2020/1/1b [*sic*] genannten Aktiengesellschaft (O\*\*\*\*\* AG) nicht mitgewirkt hat;

*in eventu*

- W\*\*\*\*\* GenmbH ihr Stimmrecht in der gemäß der Veröffentlichung der ÜbK vom 06.03.2020 zu GZ 2020/1/1b [*sic*] genannten Aktiengesellschaft (O\*\*\*\*\* AG) bloß nach Weisung ausübt.

94. *In eventu* beantragte W\*\*\*\*\* GenmbH, die ÜbK möge

- feststellen, dass W\*\*\*\*\* GenmbH in Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex „Erwerb der O\*\*\*\*\* AG-Aktien 2003“ die Angebotspflicht nach §§ 22 ff ÜbG bei der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG nicht verletzt hat.

## **B. Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020**

### **1. Parteivorbringen**

#### **1.1. NPA U\*\*\*\*\* AG vom 25.02.2020 sowie StN vom 02.06.2020, 03.08.2020**

95. Mit NPA vom 25.02.2020 brachten die ASt vor, die Übertragung der Aktien ins Eigentum der 3\*\*\*\*\* AG nach deren Gründung im Jahr 2003 sei nicht formgültig und rechtmäßig erfolgt, weil keine (Nach-)Gründungsprüfung für den Aktienkaufvertrag stattgefunden habe (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 9). Für die Wirksamkeit dieses Vertrags sei gemäß § 45 Abs 1 1. Satz AktG die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich. Erst mit Eintragung der Nachgründungsprüfung ins Firmenbuch zum 01.02.2020 sei die 3\*\*\*\*\* AG (nachträglich) Eigentümerin der O\*\*\*\*\* AG-Aktien (gegenüber der O\*\*\*\*\* AG und weiteren Dritten) geworden und somit erst ab diesem Zeitpunkt befugt, Rechte aus diesen Aktien auszuüben. Durch den mittels Nachgründungsprüfung sanierten Aktienkaufvertrag habe sich das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam mit den durch weitere Rechtsträger hinzuerworbenen Aktien zusätzlich rund 2,31% der Stimmrechte der O\*\*\*\*\* AG verschafft. Dadurch sei ein Hinzuerwerb von mehr als 2% der stimmberechtigten Aktien der O\*\*\*\*\* AG durch die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger (O\*\*\*\*\* AG-Syndikat, 3\*\*\*\*\* AG sowie die Vehikel der O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiter, BB\*\*\*\*\* GenmbH und O\*\*\*\*\* AGO\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung) erfolgt. Es liege die Erfüllung des § 22 Abs 4 ÜbG (Creeping-In) vor. Ein Pflichtangebot sei nicht gelegt worden. Der Verstoß gegen diese übernahmerechtlichen Pflichten ziehe als *ex lege* eintretende Rechtsfolge das Ruhen der Stimmrechte nach sich. (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 14 ff, 214 ff; StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 96 ff; mit Verweis auf die letztgenannten StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 148 ff).

#### **1.2. StN 3-Banken vom 02.06.2020 sowie 29.06.2020**

96. Mit StN vom 02.06.2020 brachten die 3-Banken vor, dass die bloß vorsichtsweise durchgeführte Nachgründungsprüfung im Jahr 2020 zu keinem Kontrollwechsel geführt habe. Die Nachgründungsprüfung sei nicht erforderlich gewesen, weil der Kaufpreis für die erworbenen O\*\*\*\*\* AG-Aktien ausschließlich aus Gesellschafterzuschüssen bezahlt worden sei. 3\*\*\*\*\* AG habe die 165.640 Stück Aktien der O\*\*\*\*\* AG von G\*\*\*\*\* AG am 27.05.2003 durch Einbuchung auf ihrem Depot erworben. Seitdem übe die 3\*\*\*\*\* AG die Rechte aus diesen Aktien, insbesondere das Stimmrecht, aus. Die Nachgründungsprüfung habe nicht zu einer „neuerlichen“



bzw „erstmaligen“ Eigentumsübertragung an diesen Aktien geführt (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 145 ff).

97. Ergänzend bringen die 3-Banken vor, selbst wenn das Titelgeschäft unwirksam gewesen wäre, hätte 3\*\*\*\*\* AG, wenn nicht Eigentum, dann doch Besitz an den Aktien erworben. Zudem gelte gemäß § 10a AktG der am Wertpapierdepot Berechtigte als Aktionär, ohne dass es auf das Eigentum an den betreffenden Aktien ankäme. Übernahmerechtlich seien die Aktien daher stets der 3\*\*\*\*\* AG zurechenbar gewesen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 158).
98. Für den Fall, dass 3\*\*\*\*\* AG erst am 01.02.2020 Eigentümerin der 680.218 Stück T\*\*\*\*\* AG-Aktien geworden wäre, sei 3\*\*\*\*\* AG im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung des zweiten Nachtrags zur Grundsatzvereinbarung durchgehend und unbestritten das Recht zugekommen, die Stimmrechte aus diesen Aktien auszuüben, was auch tatsächlich passiert sei. Daher seien diese Stimmrechte der 3\*\*\*\*\* AG auch einseitig gemäß § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG bzw gemäß der Vorgängerbestimmung (§ 5 Abs 1 Z 4 1. ÜbV) zuzurechnen gewesen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 163).
99. Die nachträgliche Sanierung oder Schaffung eines Titels bei faktisch schon „übergebenen“ Aktien begründe keinen Hinzuerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 160 f).

### **1.3. StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020 sowie 29.06.2020**

100. 3\*\*\*\*\* AG brachte vor, dass durch das Nachgründungsverfahren 2020 kein Creeping-In gemäß § 22 Abs 4 ÜbG verwirklicht worden sei. Die ASt würden verkennen, dass ein Sachverhalt, der im Jahr 2003 schon kein Creeping-In gewesen sei, auch im Jahr 2020 kein Creeping-In darstellen könne. 3\*\*\*\*\* AG sei weiterhin unabhängig und diese Unabhängigkeit sei nun auch historisch dokumentiert. Ferner habe sich an dem im Jahr 2003 von der ÜbK als unbedenklich eingestuften Sacherhalt nichts geändert. 3\*\*\*\*\* AG habe seit 17 Jahren für alle Aktionäre der Zielgesellschaft erkennbar das Stimmrecht aus den Aktien der Zielgesellschaft ausgeübt, weswegen es auch an einem Anknüpfungspunkt für ein Creeping-In fehle, weil ein Hinzuerwerb im Sinne von § 22 Abs 4 ÜbG nicht stattgefunden habe (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68, Rz 54 ff). Im Übrigen scheitere die Anwendung von § 22 Abs 4 ÜbG bereits daran, dass die 2%-Schwelle nicht erreicht worden sei. Aktien, die 3\*\*\*\*\* AG insb im Rahmen von Kapitalerhöhungen erworben hätte, seien nicht Gegenstand des Nachgründungsverfahrens (StN 3\*\*\*\*\* AG vom 29.06.2020, ON-114, Rz 10).

#### **1.4. StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020 sowie 30.06.2020**

101. W\*\*\*\*\* GenmbH erstattete ebenfalls StN zum Themenkomplex „Nachgründung 2020“, die im Wesentlichen wortgleich den StN der AG vom 02.06.2020 bzw 29.06.2020 entsprechen (StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020, ON-67, 41 ff sowie StN W\*\*\*\*\* GenmbH vom 30.06.2020, ON-116, 8).

#### **1.5. StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 02.06.2020 sowie 30.06.2020**

102. M\*\*\*\*\* GenmbH und BB\*\*\*\*\* GenmbH führten aus, dass BB\*\*\*\*\* GenmbH nicht mit den Mitgliedern des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats gemeinsam vorgehe und die betreffenden Aktien ausschließlich zu dem Zweck erworben habe, sie im Rahmen der Mitarbeiteraktion in das rechtliche und wirtschaftliche Eigentum der Mitarbeiter zu übertragen. Es bestünden somit keine Anhaltspunkte für eine Zurechnung dieser Aktien zum O\*\*\*\*\* AG-Syndikat (StN M\*\*\*\*\* GenmbH/BB\*\*\*\*\* GenmbH vom 30.06.2020, ON-117 Rz 6, 18 f).

## **2. Anträge**

103. Die 3-Banken beantragten, die ÜbK möge feststellen, dass T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH die Angebotspflicht nach dem ÜbG, insbesondere gemäß § 22a Z 3 oder § 22 Abs 4 ÜbG, in Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG, insbesondere im Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex „Nachgründungsprüfung 2020“, nicht verletzt haben.
104. 3\*\*\*\*\* AG beantragte, die ÜbK möge feststellen, dass T\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG, 3\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH durch Durchführung und Eintragung der Nachgründungsprüfung hinsichtlich der Übertragung von 165.640 Stück Aktien der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG von der G\*\*\*\*\* AG an die 3\*\*\*\*\* AG laut Vertrag vom 15.05.2003 in das Firmenbuch am 01.02.2020 die Angebotspflicht nach § 22 ÜbG bei der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG nicht verletzt hat.
105. W\*\*\*\*\* GenmbH beantragte, die ÜbK möge feststellen, dass W\*\*\*\*\* GenmbH in Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex „Nachgründungsprüfung 2020“ die Angebotspflicht nach §§ 22 Abs 4 ff ÜbG bei der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG nicht verletzt hat.

## C. Weiteres Vorbringen ua betreffend „befreundete Aktionäre“

### 1. Parteivorbringen

106. Die ASt bringen weiters vor, dass die M\*\*\*\*\* GenmbH eines von mehreren Vehikeln der O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiter sei, in welchen Aktien von O\*\*\*\*\* AG Mitarbeitern syndiziert werden; dies mit dem einzigen Zweck, die Stimmrechte dieser Aktien bei Bedarf einzusetzen, um die „Unabhängigkeit“ der O\*\*\*\*\* AG zu erhalten und zu stärken. Zu den befreundeten Aktionären seien die BB\*\*\*\*\* GenmbH, die O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung sowie die B\*\*\*\*\* Privatstiftung und die O\*\*\*\*\* AG Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG zu zählen (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 11 sowie 128).
107. Zudem bestehe nach dem Vorbringen der ASt eine „versteckte“ Kontrolle, da die 3-Banken bestehende Verflechtungen und ihnen zuzurechnende „beherrschte“ Aktionäre bzw „nahestehende Investoren“ zu verschleiern versuchen. Ein Beispiel dafür sei die E\*\*\*\*\* GenmbH, die als Tochtergesellschaft der 3-Banken oder als Gesellschaft im Sinne des § 65 Abs 5 AktG zu qualifizieren sei und so keine Mitgliedschaftsrechte ausüben hätte können (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 119 ff). Alle diese Vehikel seien von der O\*\*\*\*\* AG abhängig und durch diese beherrscht.
108. Dr. HB habe in einem Interview mit Dr. KB angegeben, dass „[z]ur weiteren Absicherung der Unabhängigkeit, [...] auch Aktienpakete bei befreundeten Investoren mit Vorkaufsrechte [sic] platziert [wurden]“. Den ASt sei es nicht möglich, an Informationen zu gelangen, in welchem Umfang, wann und bei welchen Aktionären Aktien platziert worden seien. Die Beantwortung dieser Fragen sei von Relevanz bezüglich einer etwaigen Zurechnung weiterer Aktionäre zu dem Syndikat sowie zur Beurteilung der Verwirklichung eines Creeping-In in den letzten 20 Jahren (StN U\*\*\*\*\* AG vom 21.09.2020, ON-292 Rz 3 ff). Die 3-Banken seien stets bemüht, einen Teil des Streubesitzes bei befreundeten Investoren zu platzieren und diese durch Vorkaufsrechte abzusichern, um die Aktienmehrheit zu gewährleisten (StN U\*\*\*\*\* AG vom 25.09.2020, ON-314, Blg 1 Rz 53 f).
109. Verflechtungen zu nahestehenden Investoren würden durch wechselseitige Beteiligungen und Organbesetzungen verfestigt. Dies zeige sich in allen 3-Banken. Nach dem Vorbringen der ASt seien insofern etwa die R\*\*\*\*\* Privatstiftung, ST\*\*\*\*\* AG, X\*\*\*\*\* PS sowie weitere Rechtsträger als nahestehende Investoren zu nennen. Bei diesen Gesellschaften handle es sich jedoch nur um jene, die nach außen als befreundete Investoren leicht erkennbar seien, während weitere „Schläfer“ – wie die E\*\*\*\*\* GenmbH – im unbekanntem Aktionariat von den 3-Banken versteckt gehalten würden (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 132 f).

## 2. Anträge

110. In diesem Zusammenhang beantragten die ASt, die ÜbK möge
- (i) durch Einvernahme der Vorstände der 3-Banken, GBu, Dr. HSt und Dr. FGa, sowie der Vorstände der nahestehenden Investoren die folgenden Fragen klären:
    - (a) Wer sind die in der Festschrift 150-Jahre O\*\*\*\*\* AG angesprochenen „nahestehenden Investoren“, die die Mehrheit in den Hauptversammlungen der 3-Banken garantieren?
    - (b) Welche Absprachen bestehen mit diesen Aktionären (nahestehenden Investoren), die die Mehrheit in der Hauptversammlung absichern?
    - (c) Seit wann bestehen diese Absprachen?
    - (d) Welche Schritte werden im Vorfeld einer Hauptversammlung gesetzt, um die Mehrheit abzusichern?
    - (e) Ist die Mehrheit in der Hauptversammlung durch die 3-Banken-Syndikate garantiert?
  - (ii) durch Auskunftersuchen die Offenlegung der Aktiendepots der nahestehenden Investoren der O\*\*\*\*\* AG betreffend O\*\*\*\*\* AG-Aktien erwirken.
111. Die ASt beantragten weiters, die ÜbK möge O\*\*\*\*\* AG, B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG auftragen, offenzulegen:
- (i) wann;
  - (ii) durch wen;
  - (iii) in welchem Ausmaß;
  - (iv) bei welchen juristischen oder natürlichen Personen; sowie
  - (v) mit welchen Belastungen oder beispielsweise Vorkaufs- oder Rückkaufsrechten, Put-/Call-Optionen oder Vergleichbarem Aktien(pakete) jeweils der 3-Banken bei befreundeten Investoren oder sonstigen Aktionären „platziert“ wurden und ob Aktien(pakete) zu Gunsten der 3-Banken im weiteren Sinne oder eines von den 3-Banken (einzeln oder gemeinsam) namhaft zu machenden Dritten mit Vorkaufs- oder Rückkaufsrechten, Put-/Call-Optionen oder Vergleichbarem belastet sind, insbesondere zur Klärung der umfassenden Rechtsposition jener Aktionäre der T\*\*\*\*\* AG [*sic*], die nicht T\*\*\*\*\* AG-Syndikatsaktionäre oder U\*\*\*\*\* AG/C\*\*\*\*\* GenmbH -Aktionäre sind. Dabei ist den 3-Banken aufzutragen, dem Auskunftsantrag *bona fide* nachzukommen.
112. Die ASt ersuchen die ÜbK weiters, der O\*\*\*\*\* AG, der B\*\*\*\*\* AG und der T\*\*\*\*\* AG aufzutragen offenzulegen:
- (i) in welchem Zeitraum seit 2000 bis heute von der O\*\*\*\*\* AG, der B\*\*\*\*\* AG und/oder der T\*\*\*\*\* AG Patronatsertklärungen zu Gunsten der E\*\*\*\*\* GmbH abgegeben wurden und wann diese Patronatsertklärungen durch die jeweilige Bank wieder zurückgenommen oder

gekündigt wurden, ausgelaufen sind oder die E\*\*\*\*\* GenmbH auf diese verzichtet hat; und

- (ii) in welchem Zeitraum seit 2000 bis heute von der O\*\*\*\*\* AG, der B\*\*\*\*\* AG und/oder der T\*\*\*\*\* AG Patronatserklärungen zu Gunsten anderer Gesellschaften, insbesondere der ALGAR und der 3\*\*\*\*\* AG, abgegeben wurden und allenfalls wann diese Patronatserklärungen durch die jeweilige Bank wieder zurückgenommen oder gekündigt wurden, ausgelaufen sind oder die bzw. der jeweils Begünstigte auf diese verzichtet hat.

113. Zudem beantragen die ASt, die ÜbK möge das Verfahren GZ 2020/1/1c [O\*\*\*\*\* AG] an den dafür zuständigen 2. Senat überweisen.

#### **IV. Festgestellter Sachverhalt**

114. In Ergänzung des zu Punkt II. dargestellten unstrittigen Sachverhalts trifft der Senat nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens folgende Feststellungen:

##### **A. Zum Abschluss der Grundsatzvereinbarung und der Syndikatsverträge im Jahr 1997 sowie zur Gründung der 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003**

115. Der vormals staatlich kontrollierte C\*\*\*\*\*-Verein („C\*\*\*\*\* AG“, Rechtsvorgänger der U\*\*\*\*\* AG) hatte in den 1950er Jahre seine mehrheitlichen Beteiligungen an den 3-Banken auf jeweils unter 50% reduziert, um die Selbständigkeit der 3-Banken im Falle einer Beschlagnahme der C\*\*\*\*\* AG durch die sowjetische Besatzungsmacht zu sichern. Der damalige zwischen C\*\*\*\*\* AG und den 3-Banken abgeschlossene Syndikatsvertrag ermöglichte jedoch der C\*\*\*\*\* AG weiterhin die Beherrschung der 3-Banken (*Penker, Die 3 Banken Gruppe, in Frasl/Haiden/Taus, Österreichs Kreditwirtschaft in der Weltfinanzkrise, 2009, 209 ff; StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 11 ff*). Durch die dadurch entstandenen Ringbeteiligungen der 3-Banken reduzierte sich die Beteiligung der C\*\*\*\*\* AG auf circa jeweils ein Drittel (Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 18). Die 3-Banken waren aufgrund der restriktiven Beherrschungspolitik der C\*\*\*\*\* AG, die sich insbesondere auch in der Personalpolitik niederschlug, bemüht, den Einfluss der ehemaligen Mehrheitsaktionärin auszuschalten und kündigten den Syndikatsvertrag mit der C\*\*\*\*\* AG zum Stichtag 31.12.1984 (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 13). Zur Unabhängigkeit der 3-Banken von der C\*\*\*\*\* AG sollte auch der Börsegang der 3-Banken beitragen. In der Folge war beabsichtigt, eine Vertriebspartnerschaft mit einer Versicherung und einer Bausparkasse zu suchen (Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 18; Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 30).

116. Dies führte in weiterer Folge zum Abschluss der Grundsatzvereinbarung mit G\*\*\*\*\* AG am 08.04.1997. Mit dieser war von Seiten der 3-Banken beabsichtigt, die Ringbeteiligungen an den jeweiligen Schwesterbanken langfristig zu reduzieren (Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 17; Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 31), gleichzeitig aber die Eigenständigkeit der einzelnen regionalen Banken sicherzustellen und vor feindlichen Übernahmen zu schützen (Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 31; Aussage Dr. NMi, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 8 f; Aussage PG, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 13; Aussage Dr. HW, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2020, ON-398, 33). Es sollte gewährleistet sein, dass es in keiner der 3-Banken einen dominanten Aktionär gibt, weder innerhalb noch außerhalb des Syndikats (Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 17). Um diese Intentionen umsetzen zu können, war es erforderlich, einen – aus der Sicht der 3-Banken – verlässlichen Partner zu finden, wofür sich G\*\*\*\*\* AG anbot.
117. Nach der Übernahme der C\*\*\*\*\* AG durch die U\*\*\*\*\* AG im Jahr 1997 war die Zusammenarbeit mit G\*\*\*\*\* AG hinsichtlich des Vertriebes von Versicherungsdienstleistungen beendet worden, weil die WS\*\*\*\*\* Versicherungsgruppe alleiniger Versicherungskooperationspartner der U\*\*\*\*\* AG war. Dadurch hatte G\*\*\*\*\* AG für seine Versicherungsprodukte einen ganz wesentlichen Vertriebspartner verloren und war daran interessiert, einen unabhängigen Vertriebspartner zu finden. Die Unabhängigkeit der 3-Banken war für G\*\*\*\*\* AG – aufgrund der Umstände der Beendigung der Zusammenarbeit mit der C\*\*\*\*\* AG – wichtig, um für die Zukunft wieder eine stabile Geschäftsbeziehung (Vertriebspartnerschaft) aufbauen zu können, die nicht durch einen möglichen Kontrollwechsel bei den Vertriebspartnern (im konkreten Fall den 3-Banken) gefährdet sein sollte (Aussage Dr. NMi, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 6 f).
118. Damit hatten alle Partner der Grundsatzvereinbarung gleichgelagerte Interessen. G\*\*\*\*\* AG konnte eine neue Vertriebspartnerschaft für den Bankenvertrieb eingehen, die 3-Banken konnten aufgrund der Zusammenarbeit mit G\*\*\*\*\* AG ihren Kunden eine umfassende Palette an Versicherungsprodukten in Form einer „All-Finanzlösung“ anbieten (Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 31; Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 17). Die Unabhängigkeit der 3-Banken lag im evidenten Interesse aller Partner der Grundsatzvereinbarung. Die Umsetzung der Grundsatzvereinbarung erfolgte mit den jeweiligen Syndikatsverträgen.
119. Auf Grundlage der Grundsatzvereinbarung erfolgte der Erwerb der O\*\*\*\*\* AG-Aktien durch G\*\*\*\*\* AG. Die von Spezialfonds der G\*\*\*\*\* AG gehaltenen O\*\*\*\*\*

AG-Aktien wurden mit dem 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 26.03.1999 (ON-115, ./27c) explizit in die Grundsatzvereinbarung aufgenommen. Im Gegenzug für die Aktienerwerbe an den 3-Banken bekamen G\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH jeweils ein Mitglied in den Aufsichtsräten der 3-Banken (Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 32; StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 118). Dr. DKa, Vorstandsmitglied der G\*\*\*\*\* AG und Mitunterzeichner der Grundsatzvereinbarung von Seiten der G\*\*\*\*\* AG, war in den Jahren 1999 bis 2009 Aufsichtsratsmitglied der O\*\*\*\*\* AG (offenes Firmenbuch; Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 16; Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 31; Aussage Dr. ASc , Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2020, ON-398, 13).

120. G\*\*\*\*\* AG wurde – im Gegensatz zum B\*\*\*\*\* AG- und T\*\*\*\*\* AG-Syndikat – kein Mitglied des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats, hat aber auch hier die Idee einer regionalen und unabhängigen Bankengruppe stets mitgetragen. Da das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat über eine ausreichende Stimmkraft in der Hauptversammlung der O\*\*\*\*\* AG verfügte und dies für die Zusammenarbeit mit G\*\*\*\*\* AG nicht ausschlaggebend war (da auch das Vertrauensverhältnis zwischen O\*\*\*\*\* AG und G\*\*\*\*\* AG derart stark war, dass keine Zweifel an der Fortsetzung einer Zusammenarbeit bestanden), war eine formelle Aufnahme der G\*\*\*\*\* AG in das Syndikat nicht erforderlich. Die O\*\*\*\*\* AG-Aktien der G\*\*\*\*\* AG wurden allerdings in die Grundsatzvereinbarung eingebunden und G\*\*\*\*\* AG schloss sich mit Abschluss der Grundsatzvereinbarung enger an die 3-Banken als neuen Vertriebspartner. G\*\*\*\*\* AG hatte ein Interesse an einem unabhängigen Vertriebspartner. Diese weitreichende Vertriebspartnerschaft war der Beweggrund für die Kooperationsvereinbarung. Eine Abstimmung und ein Einvernehmen mit G\*\*\*\*\* AG erfolgten – aufgrund der gegenseitigen Beteiligungen der 3-Banken – auch hinsichtlich der O\*\*\*\*\* AG. Die Wahrung der Unabhängigkeit erforderte ein einvernehmliches Vorgehen hinsichtlich jeder der 3-Banken (Aussage Dr. HB, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 31 ff; Aussage Dr. NMi, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 7 f, 11 f; Aussage PG, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 18 und 24; Aussage Dr. HSt, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 54 f; Aussage Dr. ASc , Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2020, ON-398, 9 f).
121. Im Frühjahr 2003 erklärten G\*\*\*\*\* AG und die 3-Banken, ihre Kooperations- und Vertriebspartnerschaft weiterführen und auch an den wesentlichen Grundsätzen der Grundsatzvereinbarung festhalten zu wollen. Es sollten nur die Strukturen, soweit erforderlich, an die neuen Gegebenheiten angepasst werden. Die Umstrukturierung der gesamten Beteiligungsstruktur wurde **im 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung** zwischen G\*\*\*\*\* AG und den 3-Banken festgehalten (Aussage Dr. NMi, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 27 f; Auszug aus dem

2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-81, Blg 1, ./11b, 1 f) und hinsichtlich der O\*\*\*\*\* AG mit dem Verkauf von 165.640 Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG von G\*\*\*\*\* AG an die 3\*\*\*\*\* AG auch umgesetzt (siehe Rz 37 f).

## **B. Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020**

122. Im Jahr 2020 führten die Gesellschafter der 3\*\*\*\*\* AG eine Nachgründungsprüfung hinsichtlich des Aktienkaufvertrags vom 15.05.2003 zwischen G\*\*\*\*\* AG als Verkäuferin und 3\*\*\*\*\* AG als Käuferin durch und veranlassten deren Eintragung im Firmenbuch (Unterlagen zur Nachgründungsprüfung, ON-66, Blg 1, ./19c). Zu diesem Zweck fand am 31.01.2020 eine außerordentliche Hauptversammlung der 3\*\*\*\*\* AG statt, die die Zustimmung der Aktionäre zum genannten Kaufvertrag zum Gegenstand hatte. Die Zustimmung wurde ausweislich des Protokolls mit 100% der Stimmen (und des Grundkapitals) erteilt.
123. Die Nachgründungsprüfung sollte lediglich aus Gründen der Vorsicht durchgeführt werden. So wurde in der Hauptversammlung von Mag. MK, dem Vertreter der G\*\*\*\*\* AG, angemerkt, G\*\*\*\*\* AG sei der Ansicht, dass der Kaufvertrag aus 2003 rechtmäßig abgeschlossen worden und daher rechtswirksam sei. Lediglich aus Gründen der Vorsicht genehmige die G\*\*\*\*\* AG sämtliche Rechtshandlungen der 3\*\*\*\*\* AG im Zusammenhang mit den mit Kaufvertrag vom 15.05.2003 von der G\*\*\*\*\* AG verkauften Aktien (Protokoll der ao Hauptversammlung der 3\*\*\*\*\* AG, ON-66, Blg 1, ./19c). Auch der Aufsichtsrat der 3\*\*\*\*\* AG hielt in seinem Nachgründungsbericht gemäß § 45 Abs 2 AktG fest, dass *„die unter Punkt 2 dieses Berichts dargestellten Aktienkäufe keine Nachgründung(en) iSd §§ 45 f AktG“* seien. Um jedoch jeden Zweifel an der Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags vom 15.05.2003 auszuschließen, sollte die Nachgründung freiwillig nachgeholt werden (Nachgründungsbericht des Aufsichtsrats in ON-66, Blg 1, ./19c, Anlage 3). Diese Rechtseinschätzung des Aufsichtsrats entspreche nach Einschätzung des Nachgründungsprüfers dem aktuellen Stand der österreichischen und deutschen Lehre und Rechtsprechung (Bericht des Nachgründungsprüfers in ON-66, Blg 1, ./19c, Anlage 4).
124. Seit dem Abschluss des Kaufvertrags am 15.05.2003 war 3\*\*\*\*\* AG stets auf den Hauptversammlungen der O\*\*\*\*\* AG vertreten und nahm ihre Stimmrechte wahr (Konvolut an Teilnahmeverzeichnissen der O\*\*\*\*\* AG, ON-1, Blg 2, ./Z; Aussage Mag. GHP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2020, ON-398, 7; Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 24).



## V. Beweiswürdigung

[...]

## VI. Rechtliche Beurteilung

### A. Verfahrensrechtliches

#### 1. Mündliche Verhandlung und Wiedereröffnung des Ermittlungsverfahrens

125. Die mündliche Verhandlung zu den verbundenen Verfahren fand am 28.09.2020, 30.09.2020 sowie am 01.10.2020 statt. Am Ende des letzten Verhandlungstags wurden alle noch offenen Anträge wegen Entscheidungsreife abgewiesen. Der Vorsitzende erklärte das Ermittlungsverfahren für geschlossen und gab bekannt, dass den Parteienvertretern eine Protokollabschrift zugestellt und die Entscheidung schriftlich ergehen wird (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 01.10.2020, ON-398, 42).

126. Gemäß § 39 Abs 5 AVG gilt *„das Ermittlungsverfahren als nicht geschlossen, wenn der Bescheid nicht binnen acht Wochen ab jenem Zeitpunkt, zu dem erstmals einer Partei gegenüber das Ermittlungsverfahren für geschlossen erklärt worden ist, gegenüber einer Partei erlassen wird.“* Nach Ablauf dieser achtwöchigen Frist, galt das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs 5 AVG damit **nicht mehr als geschlossen**. Den Verfahrensparteien stand es offen, weitere Anträge im Zusammenhang mit dem Verfahrensgegenstand zu stellen. Eine Manuduktion im Sinne des § 13a AVG über die *ex lege* erfolgte Wiedereröffnung des Ermittlungsverfahrens konnte aufgrund der Beiziehung berufsmäßiger Parteienvertreter durch die Verfahrensparteien unterbleiben (*Hengstschläger/Leeb*, AVG [Stand 01.01.2014] § 13a Rz 1 aE).

127. Die Niederschriften der Protokolle der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, vom 30.09.2020, ON-397, und vom 01.10.2020, ON-398 wurden – nach teilweisen Berichtigungen über Antrag der Verfahrensparteien – gemäß § 14 Abs 7 AVG zum Akt genommen (AV betreffend Protokolländerungen vom 27.01.2021, ON-395).

#### 2. Akteneinsicht

128. Die ASt beehrten vollumfängliche Akteneinsicht zur GZ 2020/1/1c sowie GZ 2020/1/1c, ON-5, insbesondere in die vollständige Urkunde des 2. Nachtrags zur Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997 (StN U\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-64 Rz 275 ff; StN U\*\*\*\*\* AG vom 13.07.2020, ON-194 Rz 12; StN U\*\*\*\*\* AG vom 14.07.2020, ON-200 Rz 6; StN U\*\*\*\*\* AG vom 07.08.2020, ON-222 Rz 22).

129. Gemäß § 30 Abs 2 ÜbG sind Verfahren vor der ÜbK nach dem AVG zu führen. Für die Akteneinsicht finden sich im ÜbG keine von § 17 AVG abweichenden Bestimmungen, weshalb § 17 AVG in Verfahren vor der ÜbK anzuwenden ist. Gemäß § 17 Abs 3 AVG sind jene Aktenbestandteile von der Akteneinsicht ausgenommen, deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen herbeiführen würde.
130. Von der Akteneinsicht ausgenommen wurden Teile der Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997 (Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997, nicht geschwärzt, ON-212, Blg 4) und des 2. Nachtrags der Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003 (2. Nachtrag der Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, nicht geschwärzt, ON-212, Blg 5) im Umfang, wie sie am 02.06.2020 von den 3-Banken übermittelt wurden (Auszug aus der Grundsatzvereinbarung vom 08.04.1997, ON-66, Blg 1, ./10c; Auszug aus dem 2. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung vom 24.03.2003, ON-66, ./12c).
131. Nach der Rechtsprechung des VwGH sind als berechtigte Interessen im Sinne des § 17 Abs 3 AVG unter anderem Interessen am Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erfasst (VwGH 09.04.2013, 2011/04/0207). Im konkreten Fall betreffen sämtliche der geschwärzten Teile der angeführten Dokumente die Einzelheiten der zwischen den Vertragsparteien bestehenden Vertriebskooperation. Diese Einzelheiten bilden ein – auch durch Art 8 EMRK geschütztes (vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG [Stand 01.04.2021] § 40 Rz 24) – Geschäftsgeheimnis, weil diese Vertriebskooperation den Kern der Geschäftsbeziehungen zwischen den 3-Banken näher regelt, an deren Nichtzugänglichmachung die Vertragsparteien der Grundsatzvereinbarung ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse haben (siehe zum vergleichbaren Begriff des Geschäftsgeheimnisses aus kartellrechtlicher Sicht KOG 21.01.2015, 16 Ok 6/14i; siehe auch *Solé/Kodek/Vökl-Torggler*, Das Verfahren vor dem Kartellgericht<sup>2</sup> [2019] Rz 234 ff).
132. Auch § 40 Abs 2 AVG sieht die Wahrung von Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen vor. Als „*Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse*“ gelten unternehmensbezogene Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, an deren Nichtoffenbarung der Geschäfts- oder Betriebsinhaber ein wirtschaftliches Interesse hat (*Hengstschläger/Leeb*, AVG § 40 Rz 24 mwN aus der zivilverfahrensrechtlichen Literatur). Diese Auslegung deckt sich mit dem Begriff des „*Geschäftsgeheimnisses*“, wie dieser in § 26b Abs 1 UWG gesetzlich definiert ist; danach setzt ein Geschäftsgeheimnis drei kumulative Voraussetzungen voraus: es muss sich um Informationen handeln, die weder in ihrer Gesamtheit noch ihrer genauen Anordnung und Zusammensetzung allgemein bekannt sind, die einen kommerziellen Wert haben und Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sind (vgl auch *Ranftl/Harsdorf-Borsch* in *Egger/Harsdorf-Borsch*, Kartellrecht [2022], KartG § 39 Rz 7; zum Verweis auf die §§ 26a ff UWG auch VwGH 03.05.2021, Ra 2021/03/0002 RS 3).

133. Nach Abwägung des Interesses der ASt an der Akteneinsicht in die geschwärzten Teile der oben angeführten Dokumente mit den Interessen der Vertragsparteien am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse gemäß § 17 Abs 3 AVG überwiegt das Interesse der Vertragsparteien am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse. Die Tatsache, dass die Grundsatzvereinbarung aus dem Jahr 1997 datiert, führt aufgrund des aufrechten Vertragsverhältnisses zu keinem geringeren Schutzbedürfnis der Vertragsparteien der Grundsatzvereinbarung. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass die ASt im gleichen Geschäftsbereich wie die 3-Banken tätig sind und durch die Kenntnis der Geschäftsgeheimnisse Vorteile im bestehenden Wettbewerbsverhältnis erlangen könnten. Ergänzend sei angemerkt, dass die geschwärzten Textteile nicht entscheidungsrelevant sind und keinen Beitrag zur materiellen Wahrheitsfindung im vorliegenden Verwaltungsverfahren bieten.
134. Weiters blieb auch das Gesamt-Protokoll der AR-Sitzung der O\*\*\*\*\* AG vom 23.03.2000 (ON-289, Blg 2) von der Akteneinsicht ausgenommen. Eine Einsichtnahme in den Teil-Auszug dieses Protokolls und dessen Beilage ./4 (ON-289, Blg 1) war und ist den ASt möglich. Von der Akteneinsicht ausgenommen sind nur Punkt 3. des Protokolls der AR-Sitzung der O\*\*\*\*\* AG vom 23.03.2000 sowie alle Beilagen mit Ausnahme der Beilage ./4. Punkt 3. des Protokolls befasst sich mit Kreditangelegenheiten und enthält sensible Informationen über die Kreditkunden der O\*\*\*\*\* AG. Gleiches trifft auf die Kreditberichte in den Beilagen ./5, ./6, ./7 und ./8 zu. Diese Informationen stellen einerseits Geschäftsgeheimnisse der O\*\*\*\*\* AG dar, betreffen andererseits aber auch private und geschäftliche Interessen der Kreditkunden der O\*\*\*\*\* AG. Diese Interessen überwiegen klar das Interesse der ASt an einer vollständigen Akteneinsicht gemäß § 17 Abs 3 AVG, weshalb diese Textteile und Dokumente keiner Akteneinsicht durch die ASt zugänglich gemacht wurden. Durch die Kenntnis dieser Informationen könnten die ASt aufgrund ihrer Tätigkeit am selben relevanten Markt wie die 3-Banken Informationen erhalten, die Vorteile im Wettbewerbsverhältnis ermöglichen könnten. Ferner hindern die schutzwürdigen privaten Interessen der Kreditkunden eine Offenlegung dieser Informationen im Rahmen der Akteneinsicht. Auch diese Textteile und Dokumente sind nicht entscheidungsrelevant.
135. Außerdem blieben die Beilagen ./1, ./2, ./3, ./9, ./10, ./11 und ./12 des Gesamt-Protokolls der AR-Sitzung der O\*\*\*\*\* AG vom 23.03.2000 (ON-289, Blg 2) von der Akteneinsicht ausgenommen. Diese betreffen insbesondere den bisherigen Geschäftsverlauf, die Geschäftsentwicklung und -strategie sowie Investitionsvorhaben und sind somit Geschäftsgeheimnisse der O\*\*\*\*\* AG. Sämtliche in dieser Rz angeführten Beilagen sind nicht entscheidungsrelevant. Nach Abwägung der Interessen gemäß § 17 Abs 3 AVG zwischen dem Interesse auf Akteneinsicht und dem Geheimhaltungsinteresse der O\*\*\*\*\* AG überwiegt das Interesse der O\*\*\*\*\* AG, wobei wiederum zu berücksichtigen ist, dass die ASt im gleichen Geschäftsbereich tätig

sind und durch Kenntnis dieser Informationen Vorteile im Wettbewerbsverhältnis erlangen könnten.

## **B. Themenkomplex Kontrollwechsel im Jahr 2003**

136. Vorweg ist festzuhalten, dass hierfür die im Jahr 2003 geltende Rechtslage maßgeblich ist. In Kraft standen damals das ÜbG 2001 sowie die 1. ÜbV vom 09.03.1999 und die 2. ÜbV vom 01.03.2000.

### **1. Zum Einwand der *res iudicata* aufgrund der Bescheide der ÜbK zur GZ 2003/1/2 [T\*\*\*\*\* AG] sowie GZ 2003/1/3 [B\*\*\*\*\* AG]**

137. Die AG meinen, der Sachverhaltskomplex „Gründung der 3\*\*\*\*\* AG“ sei wegen entschiedener Sache zurückzuweisen. Dies deshalb, weil der Übertragung der 3-Banken-Aktien von G\*\*\*\*\* AG an 3\*\*\*\*\* AG jeweils ein Verfahren bei der ÜbK hinsichtlich der T\*\*\*\*\* AG und B\*\*\*\*\* AG vorausgegangen sei, in denen die ÜbK bescheidmäßig festgestellt habe, dass die Übertragung dieser Aktienpakete jeweils keine Angebotspflicht auslöse. Der Erwerb des O\*\*\*\*\* AG-Aktienpakets durch die 3\*\*\*\*\* AG sei der ÜbK als Teil der geplanten Transaktion mitgeteilt worden, wegen des geringen Umfangs der Beteiligung sei jedoch keine gesonderte bescheidmäßige Erledigung beantragt worden. Materiell seien die Bescheide der ÜbK zur B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG auch für die O\*\*\*\*\* AG wesentlich, weil in diesen Verfahren die Frage der Unabhängigkeit der 3\*\*\*\*\* AG sowie der M\*\*\*\*\* GmbH von den 3-Banken bereits Teil der Ermittlungsverfahren gewesen sei. Der zugrundeliegende Sachverhalt und die Begründung der Bescheide würden die von den ASt behaupteten Rechtsfolgen jedenfalls ausschließen (StN 3-Banken vom 02.06.2020, ON-66 Rz 50 f; StN 3\*\*\*\*\* AG vom 02.06.2020, ON-68 Rz 14 ff).

138. Festzuhalten ist, dass hinsichtlich der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 kein Feststellungsverfahren beantragt bzw durchgeführt wurde. Im Hinblick auf T\*\*\*\*\* AG und B\*\*\*\*\* AG fand hingegen jeweils ein Verfahren zur Feststellung der Angebotspflicht gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 statt (GZ 2003/1/2 [T\*\*\*\*\* AG] und GZ 2003/1/3 [B\*\*\*\*\* AG]). Die einzige Partei des Verfahrens war bei einem Verfahren gemäß § 25 ÜbG 2001 der potenzielle Bieter (*Huber/Löber*, Übernahmegesetz [1999] § 25 Rz 42), weshalb O\*\*\*\*\* AG weder im Verfahren zu GZ 2003/1/2 [T\*\*\*\*\* AG] noch zu GZ 2003/1/3 [B\*\*\*\*\* AG] Parteistellung zukam, sie nicht Bescheidadressat war und die vorgebrachte Rechtswirkung der Bescheide der ÜbK zur B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG auf O\*\*\*\*\* AG auch nicht erweitert werden kann. Auch der jeweilige Verfahrensgegenstand sowie die ergangenen Bescheide betrafen somit nur die jeweilige Partei bzw Zielgesellschaft. Ein Feststellungsverfahren, dessen Wirkungen sich auf O\*\*\*\*\* AG bezogen, lag damit nicht vor. Eine entschiedene Sache bezüglich O\*\*\*\*\* AG ist daher aus diesem Grund ausgeschlossen.

139. Zudem ist die Frage einer *erga-omnes*-Wirkung der Bescheide in den Verfahren zur GZ 2003/1/2 [T\*\*\*\*\* AG] und GZ 2003/1/3 [B\*\*\*\*\* AG] nach der damaligen Rechtslage zu beurteilen und zu verneinen. Eine *erga-omnes*-Wirkung kam dem „alten“ Feststellungsverfahren nach § 25 Abs 2 ÜbG 2001 nicht zu. Dieses diene dem **potenziellen Bieter** lediglich dazu, sich Klarheit über die Frage einer Angebotspflicht zu verschaffen – soweit dies im Antragszeitpunkt möglich war. Die erweiterte Rechtskraftwirkung eines Feststellungsbescheids nach § 25 ÜbG 2001 wurde in den Materialien ausdrücklich verneint, weil die anderen Parteien, die in einem Verfahren nach § 33 ÜbG einzubeziehen gewesen wären, keine Parteistellung im Verfahren nach § 25 Abs 2 ÜbG 2001 hatten. Dazu in den Materialien: *„Allerdings hat die Entscheidung in einem solchen Verfahren, an dem die übrigen Parteien (anders als im Verfahren nach § 33) nicht beteiligt sind, keine erweiterte Rechtskraftwirkung.“* (ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 46; siehe auch *Huber/Löber, Übernahmegesetz § 25 Rz 40*).

## 2. Zum Creeping-In im Jahr 2003

140. Die ASt bringen vor, es sei im Jahr 2003 zu einem Creeping-In bei der O\*\*\*\*\* AG gekommen. Das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat habe im Zuge der Errichtung der 3\*\*\*\*\* AG innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten Aktien hinzuerworben, die dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam mit den durch das Mitarbeitersyndikat hinzuerworbenen Aktien zusätzlich mehr als 2% der Stimmrechte der O\*\*\*\*\* AG verschafft hätten (siehe Rz 48 ff). Bei den Erwerben durch 3\*\*\*\*\* AG und das Mitarbeitersyndikat habe es sich um Hinzuerwerbe im Sinne der damals in Geltung stehenden Creeping-In-Bestimmung gehandelt, weil 3\*\*\*\*\* AG und M\*\*\*\*\* GmbH – anders als G\*\*\*\*\* AG – dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat zuzurechnen seien.

141. Die AG argumentieren hingegen, dass G\*\*\*\*\* AG – jedenfalls bis zur Übertragung der Aktien an 3\*\*\*\*\* AG – ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG sei, weshalb der Creeping-In-Tatbestand mangels Erwerbs von einem Dritten nicht erfüllt sein könne (siehe dazu Rz 60 ff). Nach dem Vorbringen der AG liege im Jahr 2003 aufgrund des gemeinsamen Vorgehens mit G\*\*\*\*\* AG ein gruppeninterner Erwerb vor.

142. Diesbezüglich ist vorweg klarzustellen, dass ein gemeinsames Vorgehen der G\*\*\*\*\* AG im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG nicht zwangsläufig einen gruppeninternen Erwerb bedeuten würde. Ein gruppeninterner Erwerb setzt nämlich voraus, dass eine Übertragung **von** einem Gruppenmitglied **auf** ein Gruppenmitglied stattfindet; somit auch die Gruppenzugehörigkeit des Erwerbers. In diesem Fall würde sich nämlich das Stimmgewicht der Gruppe insgesamt nicht erhöhen. Unabhängig davon läge aber bereits dann kein Creeping-In vor, wenn G\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 ein gemein-

sam vorgehender Rechtsträger gewesen wäre, weil diesfalls entweder eine gruppeninterne Transaktion oder ein Verkauf aus der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger vorläge, keinesfalls aber ein Hinzuwerb zur Gruppe.

## 2.1. Rechtslage im Jahr 2003

143. Der Tatbestand des Creeping-In war bereits in der Stammfassung des ÜbG als Verordnungsermächtigung enthalten. Die ÜbK war nach § 22 Abs 6 ÜbG 2001 ermächtigt, durch Verordnung vorzusehen, *„daß ein Angebot nach Abs. 1 auch zu stellen hat, wer zu einer kontrollierenden Beteiligung, ohne daß ihm die Mehrheit der Stimmrechte der Zielgesellschaft zusteht (§ 244 Abs. 2 Z 1 HGB), innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten Aktien hinzuwirbt, die ihm zusätzlich zwei vom Hundert oder einen höheren in der Verordnung festgelegten Hundertsatz der Stimmrechte der Gesellschaft verschaffen.“*
144. Aufgrund dieser Ermächtigung wurde die 2. ÜbV erlassen, die am 01.04.2000 in Kraft getreten ist. Den Creeping-In-Tatbestand gemäß § 1 der 2. ÜbV erfüllte, *„[w]er zu einer kontrollierenden Beteiligung, ohne daß ihm die Mehrheit der Stimmrechte der Zielgesellschaft zusteht (§ 244 Abs. 2 Z 1 HGB), innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten Aktien hinzuwirbt, die ihm zusätzlich zwei vom Hundert oder mehr der Stimmrechte der Gesellschaft verschaffen“*.
145. Durch die Angebotspflicht gemäß § 22 Abs 6 ÜbG 2001 iVm § 1 der 2. ÜbV sollte verhindert werden, dass ein Aktionär den Schwellenwert einer kontrollierenden Beteiligung knapp überschreitet und durch sukzessive Käufe die Beteiligung zu einer Stimmenmehrheit zu günstigen Konditionen ausbaut. Eine Umgehung der Preisvorschriften für die Pflichtangebote wäre denkbar, wenn sich ein Aktionär mit einem relativ günstigen Angebot eine knapp kontrollierende Beteiligung sichert und anderen (Paket-)Aktionären im Nachgang die Beteiligungspapiere zu höheren Preisen abnimmt (*Huber/Löber*, Übernahmegesetz § 22 Rz 55; siehe dazu die Erläuterungen zur 2. ÜbV). In Bezug auf Altfälle, also kontrollierende Beteiligungen, die bereits vor Inkrafttreten des ÜbG erworben wurden, sollte der Ausbau der Beteiligung im kritischen Beteiligungszeitraum unterbunden bzw einem geregelten Angebotsverfahren unter Berücksichtigung der Gleichbehandlung unterworfen werden (*Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht [2002] Rz 139).
146. Mit der Übernahmerechtsnovelle im Jahr 2006 wurde das Creeping-In durch eine abschließende Regelung unmittelbar im Gesetz verankert. Die Regelungsziele wurden dadurch allerdings nicht geändert (*Huber in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 70; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [660 FN 23] *„Nunmehr soll das Creeping-in unmittelbar im Gesetz geregelt werden“*, ErläutRV 1334 BIGNR 22. GP 13).

## 2.2. Vorfrage – G\*\*\*\*\* AG als gemeinsam vorgehender Rechtsträger

147. Der Creeping-In-Tatbestand gemäß § 22 Abs 6 ÜbG 2001 iVm § 1 der 2. ÜbV setzt einen **Hinzuerwerb von Aktien**, die zusätzlich mindestens **2% der Stimmrechte** verschaffen, voraus. Es ist folglich darauf abzustellen, ob zum einen ein **Hinzuerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG 2006** vorliegt und zum anderen die hinzuerworbenen Aktien **tatsächlich auch zusätzliche Stimmrechte verschaffen**.
148. Vorauszuschicken ist, dass eine Gruppe von Aktionären im Sinne des § 23 Abs 1 ÜbG 2001 nur dann Stimmrechte aus Aktien hinzugewirbt, wenn sich die Gesamtzahl ihrer Stimmrechte durch einen für das Creeping-In relevanten Erwerb, wie zB durch Eigentumserwerb stimmberechtigter Aktien **von einem Dritten**, erhöht hat. Erwirbt hingegen ein Gruppenmitglied von einem anderen Gruppenmitglied Aktien, ist dies – mangels Ausbaus der Stimmrechtsbeteiligung – für die Frage des Creeping-In grundsätzlich unbeachtlich (so nach dem ÜbRÄG 2006 ÜbK GZ 2014/1/10 [ERSTE]; vgl auch *Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 76*). Aktienübertragungen innerhalb einer Gruppe konnten jedoch eine Gruppenänderung darstellen, die die Angebotspflicht zur Folge haben könnte (siehe dazu Rz 168 ff).
149. Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob G\*\*\*\*\* AG – trotz mangelnder Mitgliedschaft im O\*\*\*\*\* AG-Syndikat – ein im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG **gemeinsam vorgehender Rechtsträger** war.
150. § 23 Abs 1 ÜbG 2001 enthielt Bestimmungen über das gemeinsame Vorgehen und die Erstreckung der Bieterpflichten auf alle Rechtsträger, die im Hinblick auf den Erwerb ständig stimmberechtigter Aktien oder auf die Ausübung der Stimmrechte gemeinsam vorgingen. Auf Basis der Ermächtigung gemäß § 23 Abs 2 ÜbG 2001 konkretisierte die ÜbK in § 9 der 1. ÜbV die Bestimmungen über das gemeinsame Vorgehen durch Vermutungstatbestände.
151. Der Tatbestand des gemeinsamen Vorgehens in der Fassung des ÜbG 2001 war – worauf bereits die Gesetzesmaterialien verwiesen – weit gefasst. Gemeinsames Vorgehen konnte auf Grund der Zugehörigkeit zu demselben Konzern anzunehmen sein, auf Grund eines Vertrags oder „*sonst auf Grund abgestimmten Verhaltens*“ (ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 43). Diese weite Auslegung basiert darauf, dass die Bestimmungen über das gemeinsame Vorgehen einen Umgehungsschutz bezwecken (*Kraus, Angebotspflicht 139 f mwN*). Nicht jede Absprache zwischen Aktionären führt zu einem gemeinsamen Vorgehen im Sinne des § 23 Abs 1 ÜbG 2001; gleichsinnig setzt ein gemeinsames Vorgehen allerdings auch keine Syndizierung voraus.

152. Die G\*\*\*\*\* AG zurechenbaren O\*\*\*\*\* AG-Aktien unterlagen vor Übertragung an die 3\*\*\*\*\* AG hinsichtlich der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG keiner Syndikatsvereinbarung. Das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat bestand aus B\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GmbH. Wie bereits ausgeführt setzt ein gemeinsames Vorgehen im Sinne des § 23 Abs 1 ÜbG 2001 aber keine Syndizierung voraus (siehe auch die Vermutungstatbestände in § 9 der im Jahr 2003 in Geltung stehenden 1. ÜbV). Der Gesetzeswortlaut stellt hinsichtlich des gemeinsamen Vorgehens auf die „Zugehörigkeit zu demselben Konzern“ oder „sonst auf Grund abgestimmten Verhaltens“ ab. Ein Rechtsgrund für das koordinierte Vorgehen muss nicht vorliegen; tatsächlich abgestimmtes Verhalten genügt. Unabhängig vom Vorliegen eines der Vermutungstatbestände gemäß § 9 der 1. ÜbV kann sich das gemeinsame Vorgehen direkt aus § 23 Abs 1 ÜbG ergeben (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht Rz 30 f).
153. Mit Abschluss der Grundsatzvereinbarung und der Syndikatsverträge betreffend die 3-Banken sollte der Einfluss der C\*\*\*\*\* AG als Rechtsvorgängerin der U\*\*\*\*\* AG zurückgedrängt werden. Diese Absicht setzte ein gemeinsames Vorgehen der beteiligten Rechtsträger hinsichtlich der Beherrschung **aller** drei Banken voraus, die über den Abschluss einer bloßen Vertriebskooperation zwischen Versicherungen und Banken hinausging.
154. Insbesondere auch G\*\*\*\*\* AG hatte aufgrund der Umstände der zuvor erfolgten Beendigung der Zusammenarbeit mit der C\*\*\*\*\* AG ein evidentes Interesse an einer langfristigen und abgesicherten Kooperation. Die Unabhängigkeit der 3-Banken war für G\*\*\*\*\* AG entscheidend. Die Absprache war auf eine Ausübung und den gemeinsamen Erhalt der Kontrolle gerichtet und sicherte eine nachhaltige, gemeinsame Einflussnahme auf alle Banken und damit auch auf die Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG. Der Wortlaut der Grundsatzvereinbarung ist insofern deutlich. Dieser differenziert nicht zwischen einzelnen der drei Banken, sondern die Versicherungsgruppe strebte gesamthaft „die Wahrung einer Aktionärsstruktur der Bankengruppe an, die die Beherrschung der Mitglieder der Bankengruppe durch Einzelaktionäre oder Aktionärsgruppen“ ausschloss. Dies bekräftigte der 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung samt den darin enthaltenen Rechtsfolgeregelungen, die ausdrücklich auch für die Aktien der O\*\*\*\*\* AG gelten. Für das gemeinsame Vorgehen spricht auch, dass G\*\*\*\*\* AG (mit dem Vorstandsmitglied Dr. DKa) im Aufsichtsrat der O\*\*\*\*\* AG vertreten war und Einfluss auf die Kontrollverhältnisse und die Beherrschung der Zielgesellschaft nehmen konnte (siehe bereits Rz 119).
155. Der Abschluss der Grundsatzvereinbarung führte zu einer erheblichen Änderung der Ausrichtung der Bankengruppe und betraf alle drei Banken. Aufgrund der gegenseitigen Abhängigkeit jeder der 3-Banken voneinander und dem damit verbundenen Interessengleichlauf war es unmaßgeblich, dass G\*\*\*\*\* AG nicht Mitglied des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats wurde. Der engen wirtschaftlichen Beteiligung und der gegenseitigen Abhängigkeit aufgrund der bestehenden Ringbeteiligungen lässt sich



eine Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme entnehmen. Die gegenseitige Interessenwahrung der 3-Banken sowie der G\*\*\*\*\* AG reichte deutlich über eine allgemeine Interessenwahrung bei Abschluss von Kooperationsvereinbarungen und das gemeinsame Mittragen von Zielen hinaus. Dies bestätigt im Hinblick auf die Ausübung der Stimmrechte ein gemeinsames Vorgehen der G\*\*\*\*\* AG mit den 3-Banken hinsichtlich aller drei Banken.

156. Die Sicherung der Kontrolle an den 3-Banken erforderte ein gemeinsames Zusammenwirken hinsichtlich jeder dieser Gesellschaften. Zur Sicherung der Kontrolle wurden in der Grundsatzvereinbarung und dem 1. Nachtrag zur Grundsatzvereinbarung auch nähere Regelungen zu Aktientransaktionen geregelt. Diese dienten einerseits als Instrument zur Absicherung der vertraglichen Regelungen der Grundsatzvereinbarung und andererseits wurde durch die Haltevorschriften die Sicherung der Kontrolle der 3-Banken sowie der G\*\*\*\*\* AG bezweckt.
157. Eine Absicht, lediglich hinsichtlich einzelner der drei Banken gemeinsam vorzugehen, würde dem grundsätzlichen Konstrukt einer Ringbeteiligung widersprechen und wäre auch aufgrund der Interessen an einer weitreichenden und stabilen Kooperation nicht nachvollziehbar. Es wäre wirtschaftlich betrachtet auch nicht glaubwürdig, wenn Gesellschaften, die ringförmig aneinander beteiligt sind, die in derselben Branche tätig sind bzw zusammen eine Produktpalette anbieten und auch (auf Basis einer Grundsatzvereinbarung) zusammenarbeiten, sich nur hinsichtlich einzelner aneinander beteiligter Gesellschaften absprechen. Bei einer derart formalen Betrachtungsweise könnten gemeinsam vorgehende Rechtsträger den Zurechnungsstatbestand gemäß § 23 Abs 1 ÜbG 2001 durch Etablierung eines erheblichen Interessengleichlaufs, der sich jedoch nicht in einem Syndikatsvertrag niederschlägt, einfach umgehen. All dies spricht in einer Gesamtschau für ein gemeinsames Vorgehen von G\*\*\*\*\* AG auch hinsichtlich der Zielgesellschaft O\*\*\*\*\* AG.
158. **Zwischenergebnis:** Das gemeinsame Vorgehen konnte bereits seit der Stammfassung des ÜbG nicht nur durch schriftlich festgehaltene Stimmbindungsverträgen, sondern auch durch sonstige Absprachen oder sonst abgestimmtes Verhalten begründet werden. Wenngleich G\*\*\*\*\* AG kein Mitglied des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats war, war G\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 ein im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG gemeinsam vorgehender Rechtsträger.

### 2.3. Kein Creeping-In im Jahr 2003

159. Die ASt argumentieren, dass durch den Erwerb der 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG durch die 3\*\*\*\*\* AG sowie unter Annahme der Berücksichtigung von zumindest 6.337 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG, die durch M\*\*\*\*\* GmbH

im für das Creeping-In relevanten Zeitraum erworben worden seien, der Schwellenwert für das Creeping-In überschritten und eine Angebotspflicht ausgelöst worden sei.

160. Die ASt gehen – abweichend von der Beurteilung der ÜbK – von keinem gemeinsamen Vorgehen der G\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 aus. Sie meinen aber, dass 3\*\*\*\*\* AG ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger im Hinblick auf die O\*\*\*\*\* AG sei, und zwar aufgrund der (behaupteten) Abhängigkeit der M\*\*\*\*\* GenmbH bzw der Kontrolle der O\*\*\*\*\* AG über die M\*\*\*\*\* GenmbH (siehe dazu Rz 52 f).
161. Eine Abhängigkeit der M\*\*\*\*\* GenmbH sowie der 3\*\*\*\*\* AG und auch ein gemeinsames Vorgehen der 3\*\*\*\*\* AG mit den 3-Banken wird hingegen von Seiten der 3-Banken (siehe Rz 58 f), W\*\*\*\*\* GenmbH (siehe Rz 83), M\*\*\*\*\* GenmbH (siehe Rz 77 ff) sowie von 3\*\*\*\*\* AG selbst in Abrede gestellt (siehe Rz 75 ff). Die AG bringen zusammengefasst vor, dass es sich bei der 3\*\*\*\*\* AG um eine unabhängige Holdinggesellschaft handle, dies unter anderem deshalb, weil M\*\*\*\*\* GenmbH ebenso wie 3\*\*\*\*\* AG unabhängige Rechtsträger und nicht den 3-Banken zuzurechnen seien. Auch bestehe auf Ebene der 3\*\*\*\*\* AG kein Stimmbindungsvertrag. Somit habe keine der Gesellschaftergruppen – weder G\*\*\*\*\* AG noch die 3-Banken oder die M\*\*\*\*\* GenmbH – die Mehrheit an der 3\*\*\*\*\* AG und könne sich gegen den Willen der anderen durchsetzen. 3\*\*\*\*\* AG sei eine kontrollfreie und entherrschte Beteiligungsholding. Der Beteiligungsbesitz ihrer Gesellschafter sei der 3\*\*\*\*\* AG nicht hinzuzurechnen. Da 3\*\*\*\*\* AG nicht kontrollierend an der Zielgesellschaft beteiligt sei, könne der Erwerb der O\*\*\*\*\* AG-Aktien durch 3\*\*\*\*\* AG kein Creeping-In auslösen (siehe Rz 59 ff).
162. Die AG brachten ferner vor, dass für die Aktionäre der 3\*\*\*\*\* AG auch keine Verpflichtung bestand, sich untereinander in Bezug auf die 3\*\*\*\*\* AG zu koordinieren. Die Aktionäre der 3\*\*\*\*\* AG seien in ihrer Stimmrechtsausübung in der 3\*\*\*\*\* AG völlig frei (Rz 66). Die Stimmrechtsausübung hinsichtlich der von der 3\*\*\*\*\* AG gehaltenen O\*\*\*\*\* AG-Aktien falle in die Zuständigkeit des Vorstands. Mit der Übertragung der Aktien an 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 habe G\*\*\*\*\* AG die Intention verfolgt, ihre direkte Beteiligung aufzugeben und nur mehr eine indirekte Beteiligung über eine kontrollfreie Gesellschaft – nämlich 3\*\*\*\*\* AG – zu halten. G\*\*\*\*\* AG sei dadurch *uno actu* aus der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger ausgeschieden (Rz 75).
163. Festzuhalten ist, dass 3\*\*\*\*\* AG kein Mitglied des O\*\*\*\*\* AG-Syndikats wurde (Rz 23 ff). Eine Einbeziehung der 3\*\*\*\*\* AG in die Grundsatzvereinbarung und ihre Nachträge ist in Bezug auf O\*\*\*\*\* AG ebenfalls nicht erfolgt. Ein gemeinsames Vorgehen der 3\*\*\*\*\* AG auf vertraglicher Grundlage scheidet damit aus, vielmehr könnte sich ein solches nur auf faktischer Basis ergeben. Eine nähere Beurtei-

lung des gemeinsamen Vorgehens der 3\*\*\*\*\* AG sowie einer etwaigen Abhängigkeit der 3\*\*\*\*\* AG kann im Folgenden aber dahinstehen, weil – wie sogleich dargelegt wird – ein Hinzuwerb im Sinne des Creeping-In-Tatbestands unabhängig davon zu verneinen ist.

164. Ein **Hinzuwerb** durch eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger setzt – auch unter Geltung der 2. ÜbV – voraus, dass sich die Gesamtzahl der Stimmrechte der Gruppe erhöht. Ein solcher Erwerb liegt etwa dann vor, wenn das Eigentum aus den stimmberechtigten Aktien von einem **Dritten** auf ein Gruppenmitglied übergeht (*Birkner/Zivny*, Pflichtangebot bei Änderungen im Syndikat, *ecolex* 2000, 582 [584]).
165. **G\*\*\*\*\* AG** war im Jahr 2003 ein im Hinblick auf **O\*\*\*\*\* AG** **gemeinsam vorgehender Rechtsträger** (siehe Rz 147 ff). Die von **G\*\*\*\*\* AG** gehaltenen 165.640 Stamm-Stückaktien der **O\*\*\*\*\* AG** waren damit bereits der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zuzurechnen. Ein Creeping-In ist somit von vornherein ausgeschlossen, weil kein Hinzuwerb zur Gesamtzahl der Stimmrechte der Gruppe vorliegt.
166. Dies gilt **unabhängig davon, ob 3\*\*\*\*\* AG ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger** im Hinblick auf **O\*\*\*\*\* AG** ist oder nicht. Für den Fall, dass **3\*\*\*\*\* AG** ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger wäre und sowohl der Erwerb der **3\*\*\*\*\* AG** als auch die Erwerbe der **M\*\*\*\*\* GenmbH** der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zuzurechnen wären, läge hinsichtlich der von **3\*\*\*\*\* AG** erworbenen 165.640 Stamm-Stückaktien der **O\*\*\*\*\* AG** kein Erwerb von einem Dritten vor. Wie ausgeführt waren die **O\*\*\*\*\* AG**-Aktien – aufgrund des gemeinsamen Vorgehens mit der **G\*\*\*\*\* AG** – bereits zuvor der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zuzurechnen. Der Erwerb von einem anderen Gruppenmitglied wäre als gruppeninterner Erwerb mangels Ausbaus der Stimmrechtsbeteiligung unbeachtlich (siehe nach dem ÜbRÄG 2006 ÜbK GZ 2014/1/10 [*ERSTE*]). Auch für den Fall, dass **3\*\*\*\*\* AG** im Hinblick auf **O\*\*\*\*\* AG** kein gemeinsam vorgehender Rechtsträger wäre und deren Erwerbe nicht der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zuzurechnen wären, ist das Vorliegen eines Hinzuwerbs im Sinne des Creeping-In-Tatbestands ausgeschlossen. Denn in diesem Fall läge eine Veräußerung von Stimmrechten durch ein Gruppenmitglied (**G\*\*\*\*\* AG**) vor, was eine Verkleinerung der Gruppe zur Folge hätte und keine Angebotspflicht aufgrund eines Creeping-In auslösen könnte (zu einer etwaigen angebotspflichtigen Gruppenänderung siehe unten Rz 168 ff).
167. **Zwischenergebnis:** **G\*\*\*\*\* AG** war zum Zeitpunkt der Übertragung der Aktien an die **3\*\*\*\*\* AG** ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger im Hinblick auf **O\*\*\*\*\* AG**. Die bis 2003 von **G\*\*\*\*\* AG** gehaltenen Aktien waren folglich der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zuzurechnen. Unabhängig davon, ob **3\*\*\*\*\***

AG ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger im Hinblick auf O\*\*\*\*\* AG ist oder nicht, erfüllte der Erwerb von 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG durch 3\*\*\*\*\* AG nicht den Tatbestand des Creeping-In, weil es sich nicht um einen Erwerb von einem Dritten gehandelt hat.

### 3. Zur Gruppenänderung gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001

168. Die ASt meinen wie bereits ausgeführt, dass 3\*\*\*\*\* AG – anders als G\*\*\*\*\* AG – nicht unabhängig sei. Selbst wenn G\*\*\*\*\* AG hinsichtlich der O\*\*\*\*\* AG wegen der Grundsatzvereinbarung samt Nachträgen ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger sei, sei mit der Übertragung der Aktien von G\*\*\*\*\* AG auf 3\*\*\*\*\* AG ein strategischer Investor durch einen reinen Finanzinvestor ausgetauscht worden, was zu einer Gefährdung der Interessen der Beteiligungspapierinhaber und einer Angebotspflicht aufgrund einer Gruppenänderung geführt habe.

#### 3.1. Allgemeines

169. Wenngleich die Übertragung der 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG von G\*\*\*\*\* AG an 3\*\*\*\*\* AG keine Angebotspflicht aufgrund des Creeping-In-Tatbestands auslöste (Rz 159 ff), könnte die Veräußerung von Aktien durch einen gemeinsam vorgehenden Rechtsträger eine Änderung der Zusammensetzung der Gruppe zur Folge haben.

170. § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 statuierte einen Ausnahmetatbestand für den Fall, dass sich die Zusammensetzung einer schon bestehenden Gruppe nur geringfügig geändert hat. Ausweislich der Materialien sollte die ÜbK bei Übertragungen innerhalb einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger (die keinen Konzern bilden müssen) und bei geringfügigen Änderungen der Zusammensetzung der Gruppe prüfen können, ob die Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber gefährdet sind (ErlRV 1276 BlgNR 20. GP 45). Bei Vorliegen einer der Tatbestände gemäß § 25 Abs 1 ÜbG 2001 genügte es, eine Mitteilung über den Sachverhalt an die ÜbK innerhalb von 20 Börsetagen zu erstatten. So war gemäß § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 lediglich eine Anzeigepflicht für den Fall vorgesehen, dass **Aktien innerhalb einer Gruppe** von Aktionären im Sinne des § 23 Abs 1 ÜbG 2001 (iVm § 9 der 1. ÜbV) übertragen werden **und sich die Zusammensetzung der Gruppe nur geringfügig ändert** (Hügel/Leitgeb, „Creeping-in“-Verordnung: Eine Falle für (sonst) pflichtangebotsfreie Altaktionäre, ÖBA 2000, 966 [970]). Nach § 25 Abs 2 ÜbG 2001 hatte die ÜbK ihre Entscheidung (hinsichtlich einer Angebotspflicht oder etwaigen Auflagen in solchen Fällen) insbesondere davon abhängig zu machen, ob nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls eine **Gefährdung von Vermögensinteressen der Inhaber von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft** zu besorgen war.

171. Nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 führte eine Änderung der Zusammensetzung einer kontrollierenden Gruppe von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern nicht jedenfalls zur Angebotspflicht nach § 22 Abs 1 ÜbG 2001, sondern nur dann, wenn diese **wesentlich** bzw **nicht geringfügig** war.
172. Für eine Gruppenänderung ist nach der Entscheidungspraxis der ÜbK maßgeblich, wie sich die Willensbildung im Syndikat (durch Ein- oder Austritt) verändert und welche neue Gefährdungslage sich dadurch für die außenstehenden Aktionäre ergibt. Da im Anwendungsbereich von § 25 ÜbG 2001 eine konkrete Prüfung der Gefährdungslage vorzunehmen ist, kann der Eintritt eines neuen – bisher nicht der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger angehörenden – Syndikatsmitglieds ein Unterfall des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 und somit unschädlich sein (so etwa ÜbK GZ 2000/1/1 [*Anonym*] sowie GZ 2001/1/2 [*Anonym*]; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht Rz 167). Zutreffend wurde daher in der Lehre der Eintritt sowie der Austritt von Gruppenmitgliedern als Unterfall der Gruppenänderung im Sinne des § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 angesehen (*Birkner/Zivny*, Pflichtangebot bei Änderungen im Syndikat, *ecolex* 2000, 582 [584]; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht Rz 169; *Gall*, Angebotspflicht 230; aA *Huber/Löber*, Übernahmegesetz § 25 Rz 13).
173. Ob eine **Angebotspflicht** nach § 22 Abs 1 ÜbG 2001 oder **lediglich eine Anzeigepflicht** nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 besteht, hängt gemäß § 25 Abs 2 ÜbG 2001 damit vorrangig von der durch die Änderung bewirkten Gefährdung der Vermögensinteressen der außenstehenden Aktionäre ab. Diese **Gefährdung der Interessen anderer Aktionäre im Sinne des § 25 Abs 2 ÜbG 2001** ist kraft der gesetzlichen Regelung nicht innerhalb der Gruppe der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger, sondern auf **Ebene der Zielgesellschaft** zu prüfen („*ob nach den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalls eine Gefährdung der Vermögensinteressen der Inhaber von Beteiligungspapieren der Zielgesellschaft zu besorgen ist*“ siehe § 25 Abs 2 ÜbG 2001).
174. Nach der gesetzlichen Anordnung gemäß § 25 Abs 2 ÜbG 2001 ist das Vermögensinteresse der Beteiligungspapierinhaber entscheidend (*Huber/Löber*, Übernahmegesetz § 25 Rz 37). Ändern sich aus Sicht der Aktionäre der Zielgesellschaft die Kontrollverhältnisse dahingehend, dass ein Kontrollwechsel und somit eine neue Gefährdungssituation vorliegen, soll diesen eine Austrittsmöglichkeit im Rahmen eines formalisierten Angebotsverfahrens zukommen (*Gall*, Angebotspflicht 231). Deswegen ist für die Gefährdung der Vermögensinteressen auf die Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft abzustellen.
175. In diesem Sinne ist auch das Erfordernis der „Geringfügigkeit“ zu verstehen (ÜbK GZ 2001/1/2 [*Anonym*]). Der damals explizit im Gesetz verankerte Geringfügigkeitsbegriff ist nicht als quantitatives Kriterium zu verstehen. Vielmehr ist bei der Beurteilung der Geringfügigkeit einer Änderung in einem qualitativen Sinne und im

Rahmen eines beweglichen Systems zu untersuchen, ob damit eine wesentliche Änderung der Einflussstrukturen einhergeht (*Kalss/Winner*, Umgründungs- und Übernahmengesetz § 25 Rz 14). Abgesehen vom **quantitativen Ausmaß der Veränderung** ist damit vor allem auf **qualitative Elemente** wie insbesondere die Person des Erwerbers und dessen Geschäftsinteressen, die Änderung des Einflusses auf die Willensbildung sowie den Verlust von Sperrminoritäten innerhalb eines Syndikats abzustellen (ÜbK GZ 2001/1/2 [*Anonym*]; ÜbK GZ 2002/1/2 [*Anonym*]). Als weitere Merkmale, die in die Gesamtbetrachtung einfließen, werden in der Lehre die Struktur der Willensbildung (kapitalistisch oder personalistisch) sowie die Zahl der zu nominierenden Verwaltungsorganmitglieder genannt. Als allgemeine Regel für den Ein- oder Austritt von Mitgliedern im Syndikat gilt, dass eine nicht bloß geringfügige Änderung umso eher anzunehmen ist, je personalistischer ein Syndikat ausgestaltet ist (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmengesetz Rz 168 ff mwN).

176. **Zusammenfassend** ist festzuhalten, dass die Beurteilung einer nicht **geringfügigen Änderung der Zusammensetzung** in einer Gruppe von Aktionären der Prüfung eines **materiellen Kontrollwechsels** gleichzuhalten ist. Diese Sichtweise spiegelt sich auch in der Entscheidungspraxis der ÜbK wider („*Würde nämlich durch die Änderungen in einer Gruppe von Aktionären ein Kontrollwechsel erfolgen, wäre ein Pflichtangebot nach § 22 ÜbG zu stellen. Erfolgt durch die Änderung in einer Gruppe von Aktionären kein Kontrollwechsel, ist lediglich eine Anzeige gem. § 25 Abs. 1 Z 2 ÜbG durchzuführen.*“ ÜbK GZ 2000/1/1 [*Anonym*]; zustimmend *Birkner/Zivny*, Pflichtangebot bei Änderungen im Syndikat, *ecolex* 2000, 582 ff).

### 3.2. Keine wesentliche Änderung der Gruppe im vorliegenden Fall

177. Wie bereits dargelegt handelte es sich bei G\*\*\*\*\* AG um einen gemeinsam vorgehenden Rechtsträger (siehe Rz 147 ff). Die Veräußerung der Stamm-Stückaktien durch G\*\*\*\*\* AG könnte damit – je nach Beurteilung, ob 3\*\*\*\*\* AG als ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger anzusehen ist oder nicht – entweder den **Austritt** eines Gruppenmitglieds (wenn 3\*\*\*\*\* AG nicht zur Gruppe gehören würde) oder den **Austausch** eines Gruppenmitglieds (wenn 3\*\*\*\*\* AG zur Gruppe gehören würde) darstellen.
178. Die Frage des gemeinsamen Vorgehens bzw der Zurechnung der 3\*\*\*\*\* AG zur Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger kann – wie nachfolgend zu zeigen ist – auch für die Beurteilung der Gruppenänderung im Jahr 2003 dahinstehen, weshalb etwaige Feststellungen zur Abhängigkeit bzw Unabhängigkeit der 3\*\*\*\*\* AG im durchgeführten Ermittlungsverfahren unterbleiben konnten.

179. Eine wesentliche Änderung der Einflussstrukturen, wie diese für eine Angebotspflicht gemäß § 22 iVm § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG 2001 maßgeblich ist, ist unabhängig von einem gemeinsamen Vorgehen der 3\*\*\*\*\* AG zu verneinen. Das quantitative Ausmaß der Veränderung durch ein gemeinsames Vorgehen der 3\*\*\*\*\* AG ist aufgrund ihrer niedrigen Beteiligung an der Zielgesellschaft iHv 2,26% äußerst gering. Auch eine nähere qualitative Betrachtung ändert nichts daran, dass aufgrund des Erwerbs der Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG durch die 3\*\*\*\*\* AG keine maßgebliche (und damit eine bloß geringfügige) Änderung des Einflusses auf die Willensbildung anzunehmen wäre. Einflussmöglichkeiten in Form eines Vetorechts oder einer Änderung der Struktur der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger sind jeweils zu verneinen.
180. Für die Einflussmöglichkeiten einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger bzw einzelner Gruppenmitglieder auf Ebene der O\*\*\*\*\* AG als Zielgesellschaft vor und nach dem Einstieg der 3\*\*\*\*\* AG als Aktionärin der O\*\*\*\*\* AG ergibt sich Folgendes: B\*\*\*\*\* AG, T\*\*\*\*\* AG und W\*\*\*\*\* GenmbH verfügten über 19,02%, 19,01% bzw 5,28% der Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG und hatten im von ihnen abgeschlossenen Syndikat entsprechend ihren Beteiligungen ein Stimmgewicht von 43,93% (B\*\*\*\*\* AG), 43,88% (T\*\*\*\*\* AG) und 12,19% (W\*\*\*\*\* GenmbH). B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG konnten daher seit jeher sämtliche Beschlüsse im Syndikat alleine fassen und 3\*\*\*\*\* AG in der Hauptversammlung der O\*\*\*\*\* AG stets überstimmen. Somit waren B\*\*\*\*\* AG und T\*\*\*\*\* AG die maßgeblichen Gruppenmitglieder im Syndikat bzw in der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger. Ob M\*\*\*\*\* GenmbH und in weiterer Folge 3\*\*\*\*\* AG den 3-Banken zuzurechnen bzw von diesen abhängig sind oder nicht, spielt damit auf Ebene der O\*\*\*\*\* AG als Zielgesellschaft keine Rolle. Das gilt auch für die Frage, ob 3\*\*\*\*\* AG ein reiner Finanzinvestor oder ein strategischer Investor ist.
181. Auf Ebene der Zielgesellschaft verfügten die ASt mit ihrer Beteiligung iHv 34,07% der Stamm-Stückaktien selbst über eine Sperrminorität bei sämtlichen Beschlussfassungen mit qualifiziertem Mehrheitserfordernis und hatten somit ein ausreichendes Gegengewicht, um sämtliche (kontrollrelevanten) Beschlüsse, die eine 75%-ige oder darüber hinausgehende Mehrheit erfordern, verhindern zu können. Selbst bei einer möglichen Abhängigkeit der M\*\*\*\*\* GenmbH bzw der 3\*\*\*\*\* AG wäre es damit auf Ebene der Zielgesellschaft zu keinem Kontrollwechsel gekommen, weil sich die Mehrheitsverhältnisse nicht derart verändert hätten, dass eine Gefährdung der Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber zu besorgen wäre. Eine Veränderung der Willensbildung und damit der faktischen (Kontroll-)Situation auf Ebene der O\*\*\*\*\* AG ist somit unabhängig von einer Zurechnung der 3\*\*\*\*\* AG zu den 3-Banken nicht erfolgt.
182. Es waren daher sämtliche von den ASt in diesem Zusammenhang gestellten Beweis-anträge, wie etwa die Prüfung der Vereinbarungen und Nebenabreden hinsichtlich

des Ankaufs und Verkaufs der 3-Banken-Aktien zwischen G\*\*\*\*\* AG und 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003, der Angemessenheit des Kaufpreises dieser Aktien, allfälliger Gegenleistungen, der Herkunft der Geldmittel bei der M\*\*\*\*\* GenmbH für die Finanzierung des Kaufpreises sowie der in diesem Zusammenhang durchgeführten Immobilientransaktionen zwischen den 3-Banken und G\*\*\*\*\* AG, rechtlich unerheblich, sodass die zu diesen Themenkreisen beantragten Beweisaufnahmen unterbleiben konnten.

183. **Zwischenergebnis:** Der Erwerb von 165.640 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG durch 3\*\*\*\*\* AG führte – unabhängig davon, ob 3\*\*\*\*\* AG als ein mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehender Rechtsträger qualifiziert wird oder nicht und – selbst unter der Annahme, dass M\*\*\*\*\* GenmbH und in weiterer Folge 3\*\*\*\*\* AG den 3-Banken zuzurechnen wäre – zu keiner wesentlichen Änderung der Zusammensetzung der Gruppe und somit zu keinem Kontrollwechsel. Eine Verletzung der Angebotspflicht liegt nicht vor.

## C. Zur Nachgründungsprüfung im Jahr 2020

### 1. Zur Abgrenzung der Zuständigkeit der ÜbK

184. Für die übernahmerechtliche Beurteilung der Nachgründungsprüfung ist ausschlaggebend, ob dadurch eine Änderung bei der Ausübung der Stimmrechte eintrat, nicht hingegen die Frage eines allfälligen Eigentumserwerbs an den Aktien. Ob die Eigentumsübertragung der Aktien von G\*\*\*\*\* AG auf 3\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 rechtswirksam erfolgte, ist ebenso wenig eine von der ÜbK zu beurteilende übernahmerechtliche (Vor-)Frage wie eine mögliche rückwirkende Sanierung des Aktienkaufvertrags durch die Nachgründungsprüfung im Jahr 2020. Die Aufgaben der ÜbK sind in § 29 ÜbG festgelegt und beschränken sich auf die dort genannten Angelegenheiten.
185. Gemäß § 29 ÜbG obliegt der ÜbK „[d]ie [ausschließliche] Zuständigkeit für alle in diesem Bundesgesetz geregelten Angelegenheiten. Sie überwacht die Anwendung dieses Bundesgesetzes und entscheidet über alle nach diesem Bundesgesetz zu beurteilenden Angelegenheiten.“ Die Zuständigkeit der ÜbK „zur Erstattung von Stellungnahmen, zur Beratung und zur gütlichen Beilegung von Meinungsverschiedenheiten“ bezieht sich ebenso lediglich auf die Anwendung des ÜbG (siehe zu diesem Auslegungsmonopol auch *Fidler*, Die Auslegungskompetenz der Übernahmekommission nach § 29 Abs 2 ÜbG, *ecolex* 2017, 865 [865 f]; *Gall in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 29 Rz 2; *Winner in Vogt/Fleischer/Kalss*, Protagonisten im Gesellschaftsrecht [2020] 147 [152]). Wenngleich sich im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ergeben können, sind zivilrechtliche



(darunter auch aktienrechtliche) Fragestellungen vom Zuständigkeitsbereich der ÜbK gemäß § 29 Abs 1 ÜbG nicht umfasst (*Gall in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 29 Rz 2*).

186. Die ausschließliche Zuständigkeit der ÜbK für die nach dem ÜbG zu beurteilenden Sachverhalte ist auch den Materialien zu § 29 ÜbG zu entnehmen (vgl ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 50 f). Demnach sind zivilgerichtliche Verfahren (etwa eine aktienrechtliche Klage auf Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses) zu unterbrechen, wenn eine Vorfragenentscheidung der ÜbK erforderlich ist. Die ÜbK hat mögliche übernahmerechtliche Vorfragen zu beurteilen, die aktienrechtliche Anfechtungsklage ist jedoch von den Zivilgerichten selbst zu entscheiden. Eine abweichende Beurteilung würde nicht nur gegen die Zuständigkeitsregelung des § 29 Abs 1 ÜbG verstoßen, sondern auch das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf den gesetzlichen Richter verletzen.
187. Gemäß § 29 Abs 1 ÜbG überwacht die ÜbK die Anwendung des ÜbG und entscheidet über alle nach dem ÜbG zu beurteilenden Angelegenheiten. Eine – demonstrative – Aufzählung der Angelegenheiten, in denen die ÜbK entscheidungsbefugt ist, ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen (siehe weiterführend ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 50). Gemäß § 29 Abs 1 ÜbG kommt der ÜbK das Auslegungsmonopol hinsichtlich der Bestimmungen des ÜbG zu. Alle das ÜbG betreffenden Rechtsfragen sollen von der ÜbK geklärt werden (vgl ÜbK GZ 2014/1/8 [*conwert*]). Die zwischen den ASt und AG aufgeworfenen aktienrechtlichen Fragestellungen betreffend die Wirkungen der strittigen Nachgründung unterliegen nicht der Beurteilung durch die ÜbK. Dass es sich bei der ÜbK um eine „*gesellschaftsrechtsnahe Aufsichtsbehörde*“ (so *Winner, Der öffentlich-rechtliche Vollzug von Gesellschaftsrecht, ZöR 2010, 553 [556]*) handelt, bedeutet nicht, dass auch die Zuständigkeit für aktienrechtliche Fragestellungen bei dieser liegt. In diesem Sinne weist auch *Gall (Gall in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 29 Rz 2)* darauf hin, dass „*[ü]ber zivilrechtliche Ansprüche [...] grundsätzlich die ordentlichen Gerichte zu entscheiden*“ haben. Die Gestaltung privater Verhältnisse (wozu etwa aktienrechtliche Fragestellungen zählen) gehört nicht vorrangig in die Zuständigkeit von Aufsichtsbehörden, sondern die Anspruchsdurchsetzung obliegt dem Einzelnen (näher zur Rechtsverfolgung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht *Drobnik/Nutz in Fink/Otti/Sommer, Zukunft der zivilrechtlichen Streitbeilegung [2022] 189 [206]*). Ferner ist die sachliche Zuständigkeit im Verwaltungsverfahren der Disposition der Parteien entzogen und kann gemäß § 6 Abs 2 AVG – der aufgrund des Verweises in § 30 Abs 2 ÜbG für das Verfahren vor der ÜbK anzuwenden ist – auch nicht durch den übereinstimmenden Willen der Verfahrensparteien begründet oder geändert werden (*Hengstschläger/Leeb, AVG § 6 Rz 6*; siehe zur sachlichen Zuständigkeit der ÜbK bereits OGH 6 Ob 97/15f).
188. Die Berechnung der Stimmrechtsquote richtet sich bei Kapitalmaßnahmen nach dem anwendbaren Gesellschaftsrecht (*Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 12*). Daher sind bei

aktienrechtlichen Fragestellungen die Gerichte für die Entscheidung darüber zuständig, ob ein Aktienkaufvertrag wirksam abgeschlossen wurde, die Übertragung von Aktien rechtswirksam erfolgte, gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wurde und welche Konsequenzen sich aus behaupteten gesellschaftsrechtlichen Verstößen ableiten.

189. Aus den vorliegend im Zusammenhang mit der Nachgründungsprüfung von den ASt aufgeworfenen Fragen lässt sich keine Zuständigkeit der ÜbK begründen. Die Prüfung der Frage, ob die Übertragung der Aktien ins Eigentum der 3\*\*\*\*\* AG formgültig und rechtmäßig erfolgte, weil im Jahr 2003 keine Nachgründungsprüfung zum Aktienkaufvertrag durchgeführt wurde (so etwa NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 9 ff, 208 ff), fällt ebenso wenig in die Zuständigkeit der ÜbK wie das Vorbringen der ASt, dass „3\*\*\*\*\* AG erst mit Eintragung der Nachgründungsprüfung ins Firmenbuch zum 1.2.2020 Eigentümerin der O\*\*\*\*\* AG-Aktien“ geworden sei (NPA vom 25.02.2020, ON-1 Rz 214).
190. Diese aktienrechtlichen Fragen sind auch nicht als aktienrechtliche Vorfragen von der ÜbK zu beurteilen, da sie – wie im Folgenden näher ausgeführt wird – für die übernahmerechtliche Beurteilung nicht entscheidend sind.
191. Das österreichische Übernahmerecht stellt maßgeblich auf eine Änderung der Einflussmöglichkeiten der unterschiedlichen Aktionäre auf die Zielgesellschaft ab. Die Rechtsfolgen der Kontrollerlangung und die grundsätzliche Höhe der Kontrollschwelle werden in § 22 ÜbG normiert. Es ist unerheblich, wie oder unter welchen Umständen die Kontrolle erlangt wird. Der Begriff des „Erlangens“ ist nicht näher definiert (vgl *Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 26*). Nach hA ist von einem weiten Begriffsverständnis auszugehen (ÜbK GZ 2019/1/1 [*T\*\*\*\*\* AG*]; ÜbK GZ 2009/3/1 [*S&T*]; *Diregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 192*; *Gall, Angebotspflicht 217*). Vor diesem Hintergrund gibt es auch keinen *numerus clausus* der Erwerbstechniken (*Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 27*). Unter gewissen Umständen kann eine Kontrollerlangung nur zu einer Anzeigepflicht führen oder unter einen Ausnahmetatbestand fallen. Kontrolle und ein beherrschender Einfluss können auch ohne einen rechtlichen Erwerbsvorgang erlangt werden. Irrelevant ist regelmäßig, wie die kontrollierende Beteiligung zustande gekommen ist (ErläutRV 1276 BlgNR 20. GP 41). Eine Person kann etwa auch durch Absprachen, eine faktische Einflussnahme oder sonstige Verfügungsmöglichkeiten – und somit ohne eine einzige Aktie zu besitzen – Kontrolle erlangen (vgl dazu ÜbK GZ 2009/3/1 [*S&T*]). Abzustellen ist auf eine Änderung der Einflussmöglichkeiten (ÜbK GZ 2019/1/1 [*T\*\*\*\*\* AG*]).
192. Dies entspricht auch dem Regelungsanliegen des Übernahmerechts, bei dem die Stetigkeit der Kontrollverhältnisse bei der Zielgesellschaft und die bisherige faktische Ausübung der Kontrolle berücksichtigt werden müssen. In Bezug auf die O\*\*\*\*\* AG ist festzuhalten, dass sich die Anleger stets in einer kontrollierten Gesellschaft

wiederfanden. Eine Rechtsmeinung, die aus aktienrechtlicher Sicht zu einem Ruhen oder Nichtbestehen der Stimmrechte führen könnte, ändert nichts an dieser übernahmerechtlichen Beurteilung (ÜbK GZ 2019/1/1 [T\*\*\*\*\* AG]).

193. Die ASt bringen – verkürzt dargestellt – vor, dass durch die nachträglich durchgeführte Nachgründungsprüfung im Jahr 2020 ein übernahmerechtlich relevanter Tatbestand verwirklicht worden sei, der ein Pflichtangebot ausgelöst habe. Denn innerhalb eines Zeitraums von 12 Monaten (2019/2020) seien durch mit dem O\*\*\*\*\* AG-Syndikat gemeinsam vorgehende Rechtsträger (3\*\*\*\*\* AG, BB\*\*\*\*\* GenmbH und O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterprivatstiftung) Aktien im Ausmaß von mehr als 2% hinzuerworben worden, die genau in diesem Ausmaß auch zusätzliche Stimmrechte verschafften. Der Tatbestand des Creeping-In gemäß § 22 Abs 4 ÜbG sei erfüllt, weil die mit der Nachgründungsprüfung verbundene Erlangung von Eigentum an den Aktien als Aktienerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG zu qualifizieren sei (StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 148 ff).
194. Im Folgenden wird diese Fragestellung auf ihr übernahmerechtliches Substrat hin untersucht.
195. Wie bereits den Vorbemerkungen zur Zuständigkeit der ÜbK zu entnehmen ist (siehe dazu Rz 187), leiten sich aus diesem Vorbringen und den dazu getroffenen Feststellungen – im Gegensatz zur Ansicht der ASt – keine übernahmerechtlichen Implikationen ab. Das ÜbG rekurriert – im Einklang mit dem zugrundeliegenden Regelungsanliegen des Übernahmerechts (statt vieler zu diesem auch *Drobnik/Nutz* in *Fink/Otti/Sommer*, Zukunft der zivilrechtlichen Streitbeilegung, 196 mwN) – auf die Stetigkeit der Kontrollverhältnisse (ÜbK GZ 2019/1/1 [T\*\*\*\*\* AG]). Insofern ist der tatsächliche Eigentumserwerb für die übernahmerechtliche Beurteilung nicht jedenfalls maßgeblich, sondern es kommt auf die Änderung der Verfügungsmöglichkeit über bzw die Ausübung der Stimmrechte an, die Kontrolle vermitteln; dies unabhängig davon, wodurch diese Änderung entsteht (vgl dazu ÜbK GZ 2009/3/1 [S&T]).
196. Die ASt verkennen hinsichtlich der behaupteten sachenrechtlichen Unwirksamkeit des Aktienerwerbs durch 3\*\*\*\*\* AG die grundsätzliche Stoßrichtung des zentralen übernahmerechtlichen Begriffs der **Kontrollrelevanz**. Ob 3\*\*\*\*\* AG erst mit der Firmenbucheintragung am 01.02.2020 Eigentümerin der Aktien geworden ist, ist für die faktische Stimmrechtsausübung, auf die das ÜbG (unter anderem aus Gründen des Konzerneingangsschutzes) abstellt, nicht maßgeblich. Aus übernahmerechtlicher Sicht ist – bezogen auf die Eintragung der Nachgründungsprüfung am 01.02.2020 – allein maßgeblich, dass die Stimmrechte in den Hauptversammlungen der O\*\*\*\*\* AG durch die 3\*\*\*\*\* AG stets ausgeübt wurden.

197. Wie bereits aufgezeigt (Rz 191 f) ist aus übernahmerechtlicher Sicht nicht maßgeblich, ob Stimmrechte im konkreten Fall aus aktienrechtlicher Sicht entstanden sind. Die Beurteilung aktienrechtlicher Fragestellungen ist nicht Aufgabe der ÜbK und kann von dieser auch nicht vorgenommen werden, weil das Übernahmerecht nicht auf das „Entstehen von Stimmrechten“, sondern auf das Erlangen der **Kontrolle** an den auf die Aktien entfallenden Stimmrechten abstellt (vgl bereits ÜbK GZ 2019/1/1 [T\*\*\*\*\* AG]). Der Beginn und das Entstehen des Stimmrechts, welches grundsätzlich erst mit Leistung der Einlageverpflichtung erfolgt (vgl § 123 Abs 1 AktG) sowie der Grundsatz, dass jede Aktie in der Regel ein Stimmrecht gewährt (vgl § 12 Abs 1 AktG), betreffen aktienrechtliche Fragen, die im vorliegenden Fall vom Senat nicht zu würdigen sind.
198. So stellte der 1. Senat auch in der Stellungnahme ÜbK GZ 2016/1/5 [ERSTE] für die Übertragung von Aktien durch die Sparkassen an die ERSTE PS oder die Sparkassen KG maßgeblich darauf ab, ob die zu übertragenden Aktien ursprünglich von einem Gruppenmitglied, in dessen Besitz die Aktien Stimmrechte vermittelt hatten, erworben wurden. Die Betrachtung der konkreten Eigentümerstellung hat aus übernahmerechtlicher Sicht der Vermittlung von Stimmrechten zu weichen.
199. Der Fokus auf die tatsächliche Möglichkeit der Stimmrechtsausübung und damit die faktischen Kontrollverhältnisse zeigt sich auch in § 23 ÜbG. Diese Bestimmung sieht für gewisse Konstellationen, in denen ein (kontrollierender) Rechtsträger auf die **Ausübung von Stimmrechten** Dritter direkt oder indirekt Einfluss ausüben kann (etwa im Zusammenhang mit Optionen), eine Zurechnung auch ohne Aktionärsenschaft vor. Zweck dieser Zurechnungsvorschriften ist es, Umgehungen zu vermeiden. Andernfalls könnte die Angebotspflicht leicht durch Aufspaltung eines Kontrolle vermittelnden Aktienpakets umgangen werden (ÜbK GZ 2019/1/5 [Andritz] mwN). In diesem Sinne trägt die einseitige Zurechnung gemäß § 23 Abs 2 ÜbG dem Umstand Rechnung, dass die Möglichkeit zur **Ausübung von Stimmrechten** nicht untrennbar mit der Aktionärsenschaft verbunden sein muss, sondern in der wirtschaftlichen Realität durch bestimmte rechtliche Konstruktionen auch faktisch vermittelt werden kann (OGH 6 Ob 97/15f).
200. Auch ohne Eigentümerstellung werden einem Rechtsträger nach § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG Stimmrechte aus fremden Aktien zugerechnet, wenn er diese (faktisch) ausüben kann (siehe hingegen zur Zurechnung aufgrund vermögensrechtlicher Beteiligung von Genussrechten ÜbK GZ 2014/1/7 [Andritz]). Relevant ist insofern, ob bzw dass der Beteiligte fremde Stimmrechte nach eigenem Ermessen ausüben kann (Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> [2015] § 24 Rz 180; Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 23 Rz 32 mwN). Die durch § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG vorgenommene übernahmerechtliche Korrektur beim Auseinanderfallen von wirtschaftlicher und formalrechtlicher Zuordnung (so Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 23 Rz 32 aE) kann auch für den vorliegenden Sachverhalt wertungsmäßig herangezogen werden. Selbst wenn die

formal-rechtliche Eigentümerstellung aktienrechtlich strittig wäre, ist für die übernahmerechtliche Beurteilung die erfolgte Stimmrechtsausübung maßgeblich.

201. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den Regelungszielen des ÜbG. Unabhängig von der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten ist übernahmerechtlich das Entstehen einer neuen Kontrollposition entscheidend (*Diregger/Kalss/Winner* in *Goette/Habersack*, MüKo AktG Bd VI<sup>5</sup> [2021] ÜbG Rz 25). Nur beim erstmaligen Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung oder eines Kontrollwechsels ist ein formelles **Angebotsverfahren** mit **Austrittsrecht** zum Schutz der Beteiligungspapierinhaber erforderlich. Anders gewendet: Ein Vollangebot auf Erwerb sämtlicher Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft ist nach § 22 Abs 1 ÜbG nur zu erstatten, wenn dies aufgrund eines Kontrollwechsels und des damit verbundenen Konzerneingangsschutzes erforderlich wird. Im Vorbringen der ASt und der darin aufgezeigten aktienrechtlichen Fragestellung sind keine weitergehenden übernahmerechtlichen Gefahren zu erkennen, denen mittels einer Angebotspflicht zu begegnen wäre.

## 2. Zum behaupteten Creeping-In

### 2.1. Abgrenzung der Gruppenänderung zum Creeping-In

202. Die ASt meinen, aufgrund der Eigentumsübertragung durch die Nachgründungsprüfung von G\*\*\*\*\* AG auf die 3\*\*\*\*\* AG liege ein Hinzuerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG idF des ÜBRÄG 2006, BGBl I 75/2006, („**ÜbG 2006**“) vor. Dem Grunde nach ist dies insofern nachvollziehbar, als auch das Creeping-In an den Ausbau einer formell kontrollierenden Beteiligung anknüpft und damit der Einflussvergrößerung durch einen bereits kontrollierenden Aktionär Schranken auferlegt (vgl *Kraus*, Angebotspflicht 431). Durch die Creeping-In-Bestimmungen werden unter anderem dem Ausbau einer lediglich schwach beherrschenden Kontrollposition zu einer stärker ausgebauten Kontrollposition Grenzen gesetzt. Wird die prozentuelle Schwelle gemäß § 22 Abs 4 ÜbG erreicht, ist ein Angebot für alle Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft anzuzeigen.
203. Allerdings erfasst § 22 Abs 4 ÜbG nicht jeglichen Ausbau des Einflusses eines bereits kontrollierenden Aktionärs, sondern nur die aus einem **Aktienerwerb** resultierende **Einflussvergrößerung**. Das Regelungsziel der Creeping-In-Bestimmung ist nicht pauschal der Schutz vor Vergrößerung des Einflusses eines bereits kontrollierenden Aktionärs bzw der umfassende Schutz vor dem Ausbau von Einfluss eines kontrollierend Beteiligten (*Zollner*, Creeping-in und Angebotspflicht, GES 2021, 279 [280]). Vielmehr will die Creeping-In-Bestimmung den Ausbau eines beherrschenden Einflusses nur bei Erreichen oder Überschreiten des Schwellenwerts gemäß § 22 Abs 4 ÜbG mit bestimmten Rechtsfolgen verknüpfen.

204. Im Gegensatz zu § 22 Abs 1 ÜbG als Grundtatbestand der übernahmerechtlichen Angebotspflicht stellt § 22 Abs 4 ÜbG **nicht auf das Erlangen**, sondern auf den engeren Begriff des **Hinzuerwerbs** ab. Nach herrschender Lehre und Entscheidungspraxis der ÜbK setzt dieser nicht näher definierte Begriff grundsätzlich einen Erwerb in Form von Kauf, Tausch oder Schenkung voraus, wenngleich die Aufzählung keinesfalls als abschließend verstanden wird (*Terlitzka/Zollner*, Zum Anwendungsbereich der 2. Übernahmeverordnung, ÖBA 2000, 671 [673]; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 221; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 249). Ausschlaggebend ist im Ergebnis, **ob eine Eigentumsübertragung von Aktien** stattgefunden hat, nicht aber **wie** diese erfolgt ist (*Terlitzka/Zollner*, ÖBA 2000, 673). Ein **Erwerbsvorgang wird somit als notwendiges Kriterium** für die Verwirklichung des Creeping-In-Tatbestands gesehen, weshalb das „*bloße Eingehen von Stimmbindungsvereinbarungen ohne weiteren Aktienerwerb*“ nicht die Angebotspflicht nach § 22 Abs 4 ÜbG zur Folge hat (so zur alten Rechtslage vor Schaffung des § 22a ÜbG bereits *Gall*, Angebotspflicht 290). Anderes soll hingegen nach jüngeren Stimmen in der Literatur für Umgehungen gelten (*Zollner*, GES 2021, 281 f). Im Umgehungsfall ist die umgangene Norm anzuwenden, wenn sonst ihr Normzweck vereitelt würde. Subjektive Umgehungsabsicht ist nicht erforderlich, die objektive Umgehungsseignung genügt (siehe zum Übernahmerecht *Kalss/Winner*, ÖBA 2000, 57).
205. Das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat war im Zeitpunkt der Nachgründungsprüfung **kontrollierend** im Sinne des § 22 Abs 2 ÜbG an der O\*\*\*\*\* AG beteiligt, ohne dass ihm die Mehrheit (= 50% plus eine Aktie; siehe dazu *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 218) der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte zustand. Diese grundsätzliche Voraussetzung für den Anwendungsbereich des § 22 Abs 4 ÜbG war damit gegeben.
206. Zu prüfen ist folglich, ob ein **Hinzuerwerb von Aktien**, die zusätzlich mindestens **2% der Stimmrechte** verschaffen, erfolgt ist. Der mit der ÜbG-Novelle 2022 eingeführte Schwellenwert von 3% gilt gemäß § 37 Abs 9 ÜbG erst für Sachverhalte nach dem 30.06.2022, weshalb auf den vorliegenden Sachverhalt noch der Schwellenwert von 2% anzuwenden ist. Für ein Creeping-In ist somit darauf abzustellen, ob zum einen ein **Hinzuerwerb** im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG vorliegt und zum anderen die hinzuerworbenen Aktien **auch zusätzliche Stimmrechte** verschaffen (ÜbK GZ 2016/1/4 [*Flughafen Wien*]). So hielt der 1. Senat in der Stellungnahme ÜbK GZ 2014/1/10 [*ERSTE*] fest, dass eine Gruppe, deren Stimmrechte gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG zusammenzuzählen sind, nur dann Stimmrechte aus Aktien hinzuerwirbt, wenn sich die Gesamtzahl ihrer Stimmrechte durch einen für das Creeping-In relevanten Erwerb erhöht hat. **Gruppeninterne Transaktionen** sind nach herrschender Lehre und Entscheidungspraxis der ÜbK nicht tatbestandsmäßig gemäß § 22 Abs 4 ÜbG, sondern unterliegen einer Beurteilung nach § 22a ÜbG (ÜbK GZ 2014/1/10 [*ERSTE*]; ÜbK GZ 2016/1/5 [*ERSTE*]; *Gall*, Angebotspflicht 294;

*Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 76; Kalss in Kämmerer/Veil, Kapitalmarktrecht in der Reformdiskussion 158; krit für Umgehungssituationen hingegen Zollner, GES 2021, 282).*

## 2.2. Schwellenwert von 2%

207. Das Vorbringen der ASt hat bereits insoweit keine Aussicht auf Erfolg, als die 2%-Schwelle gemäß § 22 Abs 4 ÜbG 2006 nicht erreicht wurde. Selbst unter der Annahme, dass man die Erwerbe von BB\*\*\*\*\* GenmbH (45.000 Stamm-Stückaktien) und O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung (48.400 Stamm-Stückaktien) zur Anzahl der aufgrund des Aktienkaufvertrags vom 15.05.2003 zwischen 3\*\*\*\*\* AG und G\*\*\*\*\* AG Versicherung erworbenen Aktien – nach Berücksichtigung des Aktiensplits 2008 – iHv 496.920 Stamm-Stückaktien addiert, führte dies lediglich zu Aktienerwerben iHv **590.320 Stamm-Stückaktien**. Bei einem stimmberechtigten Grundkapital zum 31.12.2019 iHv 32.299.556 Stamm-Stückaktien repräsentierten diese Aktien lediglich ein Stimmgewicht iHv 1,83%. Die 2%-Schwelle gemäß § 22 Abs 4 ÜbG 2006 wurde damit nicht erreicht. Ob es sich bei den genannten Rechtsträgern (3\*\*\*\*\* AG, BB\*\*\*\*\* GenmbH sowie O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung) um gemeinsam vorgehende Rechtsträger im Sinne des § 1 Z 6 ÜbG handelt, kann damit offen gelassen bleiben. Im Ermittlungsverfahren ergaben sich für den Senat auch keine Anhaltspunkte für andere Erwerbe von etwaigen gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern, die zu einem Erreichen der 2%-Schwelle § 22 Abs 4 ÜbG 2006 geführt hätten.
208. Die 2%-Schwelle gemäß § 22 Abs 4 ÜbG 2006 würde lediglich überschritten, wenn – zusätzlich zu den Erwerben von BB\*\*\*\*\* GenmbH und O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung – jene 75.823 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG addiert würden, die von 3\*\*\*\*\* AG seit dem Aktienkaufvertrag vom 15.05.2003 bis zum Zeitpunkt der Nachgründungsprüfung derivativ oder originär erworben wurden, etwa durch Bezugsrechtsausübung bei Kapitalerhöhungen. Unter dieser Annahme hätte 3\*\*\*\*\* AG **666.143 Stamm-Stückaktien** der O\*\*\*\*\* AG und damit 2,06% des stimmberechtigten Grundkapitals von 32.299.556 Stamm-Stückaktien (siehe Rz 44) durch die Nachgründungsprüfung hinzuerworben (so auch die Berechnung bei StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 153).
209. Die ASt begründen die Berücksichtigung der 75.823 Stamm-Stückaktien der O\*\*\*\*\* AG für das Creeping-In damit, dass 3\*\*\*\*\* AG sowohl an den vermittelten Aktiensplit ausgegebenen Aktien als auch an später erworbenen Aktien aufgrund des unwirksamen Erwerbs von G\*\*\*\*\* AG im Jahr 2003 „keine Bezugsrechte hätte ausüben dürfen“ und „auch an diesen Aktien kein Eigentum erworben [hat.] Deshalb sind auch die Folgerwerbe nicht wirksam ins Eigentum der 3\*\*\*\*\* AG gelangt. Erst mit Eintragung der Nachgründungsprüfung ins Firmenbuch konnte die 3\*\*\*\*\*

AG Eigentum an sämtlichen dieser Aktien erlangen“ (StN U\*\*\*\*\* AG vom 03.08.2020, ON-216, Blg 1 Rz 151).

210. Dieser rechtlichen Beurteilung ist nicht zuzustimmen. Durch die Nachgründungsprüfung 2020 erfolgte kein übernahmerechtlich relevanter Hinzuerwerb dieser 75.823 Stamm-Stückaktien. Die früheren Aktienerwerbe in Bezugsrechtsangeboten außerhalb des zwölfmonatigen Zeitraums gemäß § 22 Abs 4 ÜbG 2006 sind nicht im Zeitpunkt der Nachgründungsprüfung zu berücksichtigen (dazu gleich Rz 211 ff).

### 2.3. Zum Begriff des Hinzuerwerbs

211. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass selbst unter der Annahme, dass die oben genannten Rechtsträger als gemeinsam vorgehend im Hinblick auf die O\*\*\*\*\* AG anzusehen sind, ein Hinzuerwerb nicht gegeben wäre.
212. Nicht jegliche Handlung – bei Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung, die jedoch nicht die Mehrheit der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt – ist als Hinzuerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG anzusehen. So bestätigte der 1. Senat in seiner Stellungnahme zu ÜbK GZ 2019/1/1 [T\*\*\*\*\* AG], dass auch die **Einzahlung der Einlage im Zuge von Kapitalerhöhungen** nicht als „Hinzuerwerb“ im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG zu qualifizieren ist. Eine „Volleinzahlung“ noch ausstehender Einlagen stelle kein Creeping-In im übernahmerechtlichen Sinne dar, weil es sich dabei um keinen Hinzuerwerb im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG handle: *„Die Aktien sind mit der Durchführung und Eintragung der Kapitalerhöhungen nicht nur bereits entstanden, sondern die Aktionäre konnten über sie schon verfügen und selbst bei (noch) nicht entstandenen Stimmrechten ihre sonstigen Aktionärsrechte bereits ausüben.“*
213. Vergleichbar stellt auch § 23 Abs 2 Z 3 ÜbG für die **Sicherungsübereignung** und die Zurechnung von Beteiligungen insbesondere darauf ab, ob ein (potenziell angebotspflichtiger) Rechtsträger – trotz erfolgter **Eigentumsübertragung** – die Ausübung der Stimmrechte durch den Sicherungsnehmer beeinflussen kann.
214. Auch der (Eigentums-) **Erwerb von stimmrechtslosen Aktien** – wie **Vorzugs-Stückaktien** ohne Stimmrecht oder auch Stamm-Stückaktien, deren Stimmrechte aufgrund eines **Höchststimmrechts** nicht ausgeübt werden können – erfüllt nach herrschender Lehre den Tatbestand des Hinzuerwerbs grundsätzlich nicht (*Terlitz/Zollner*, ÖBA 2000, 673; *Gall*, Angebotspflicht 290; *Barth/Durstberger*, Stimmrechtslose Vorzugsaktien im Übernahmerecht, ÖBA 2016, 409 [413 ff]). Lediglich für den Fall, dass die Vorzugs-Stückaktien zu einem Zeitpunkt erworben wurden, in dem absehbar war, dass diese im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG *„Stimmrechte*



[...] *verschaffen*“ werden, könnte auch der Erwerb von Vorzugs-Stückaktien als *Hinzuerwerb* zu qualifizieren sein (ÜbK GZ 2021/1/4 [T\*\*\*\*\* AG]). Ebenso wird in der Literatur das vorübergehende Aufleben des Stimmrechts von Vorzugs-Stückaktien gemäß § 12a Abs 2 Satz 2 AktG nicht als *Hinzuerwerb* angesehen, handle es sich beim Aufleben der Stimmrechte doch um zwingende aktienrechtliche Bestimmungen. Ein Aktionär könne auch nicht auf das in § 12a Abs 2 Satz 2 AktG ausdrücklich vorgesehene Aufleben des Stimmrechts bei stimmrechtslosen Vorzugs-Stückaktien verzichten (*Terlitz/Zollner*, ÖBA 2000, 673; *Schopper* in *Armann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> [2018] § 12a Rz 27).

215. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob eine (etwaige) Eigentumsübertragung an den Aktien erst im Zuge der Nachgründungsprüfung als „**Hinzuerwerb**“ im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG angesehen werden könnte, wie dies die ASt behaupten. In der Lehre wird für das *Creeping-In* nicht auf den **Stimmrechtserwerb**, sondern auf den **Eigentumserwerb** abgestellt (*Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 249; *Huber* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 75). Sonstige Formen des Erlangens sollen den Tatbestand des *Creeping-In* hingegen nicht erfüllen (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 221). Das grundsätzliche Abstellen auf den Eigentumserwerb ist damit zu erklären, als mit diesem in der Regel eine gesicherte Einflussmöglichkeit auf die Stimmrechtsausübung einhergeht. Zu untersuchen ist im konkreten Fall somit, ob ein allfälliger Eigentumserwerb durch die Nachgründungsprüfung auch einen solchen *Hinzuerwerb* darstellt, mit dem eine abgesicherte Einflussmöglichkeit auf die Stimmrechte einhergeht.
216. Dies ist zu verneinen. Selbst wenn eine Eigentumsübertragung (wie von den ASt vorgebracht) erst durch die Eintragung der Nachgründungsprüfung ins Firmenbuch zum 01.02.2020 vorläge, würde dies am faktischen Einfluss, der auf die Stimmrechte ausgeübt wurde, nichts ändern (siehe ÜbK GZ 2021/1/4 [T\*\*\*\*\* AG]). Die Stimmrechte in den Hauptversammlungen der O\*\*\*\*\* AG wurden bereits seit Abschluss des Aktienkaufvertrags im Jahr 2003 stets durch die 3\*\*\*\*\* AG ausgeübt. Es mangelt damit an einem „*Hinzuerwerb*“ von Aktien im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG, weil selbst mit der (behaupteten) Eigentumserlangung mit Eintragung der Nachgründungsprüfung kein Ausbau der bisherigen Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Stimmrechte verbunden gewesen wäre. Der Tatbestand des *Creeping-In* gemäß § 22 Abs 4 ÜbG ist daher nicht erfüllt.
217. Ergänzend ist festzuhalten, dass im konkreten Fall auch keine teleologischen Überlegungen für eine Anwendung des § 22 Abs 4 ÜbG sprechen. Für die übernahmerechtliche Beurteilung sind die auf die stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte und daran anknüpfend die Einflussmöglichkeiten und die Kontrollausübung ausschlaggebend. Die übernahmerechtliche Beurteilung stellt somit nicht zwingend auf die Eigentumsübertragung ab, maßgeblich ist vielmehr die Änderung

des Einflusses und damit die Kontrollausübung über Aktien und sonstige Beteiligungspapiere (vgl auch ÜbK GZ 2020/1/4 [Andritz]). Ein Hinzuerwerb von Stimmrechten und ein damit in Zusammenhang stehender Ausbau der kontrollierenden Beteiligung erfolgten im hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht. Ein Creeping-In im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG durch das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat ist daher – selbst im Falle eines möglichen nachträglichen Eigentumserwerbs durch die Nachgründungsprüfung – zu verneinen.

218. **Zwischenergebnis:** Ein Creeping-In im Sinne des § 22 Abs 4 ÜbG 2006 durch die Nachgründungsprüfung und deren Eintragung in das Firmenbuch ist bereits mangels Erreichens der 2%-Schwelle innerhalb des 12-monatigen Durchrechnungszeitraums zu verneinen. Ferner ist auch ein Hinzuerwerb stimmberechtigter Aktien durch die Eintragung der Nachgründungsprüfung zu verneinen.

#### **D. Zum Thema „befreundete Aktionäre“**

219. Von den ASt wurde mehrfach vorgebracht, dass das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat und/oder die O\*\*\*\*\* AG die Kontrolle über weitere, bisher dem Streubesitz zugerechnete Aktionäre oder Rechtsträger habe (sog „befreundete Aktionäre“). Diese Aktionäre und Rechtsträger seien der Gruppe gemeinsamer vorgehender Rechtsträger rund um die 3-Banken und/oder die O\*\*\*\*\* AG zuzurechnen.
220. Erwähnt wurden seitens der ASt als „nahestehende Investoren“ etwa BB\*\*\*\*\* GenmbH, M\*\*\*\*\* GenmbH, O\*\*\*\*\* AG Mitarbeiterbeteiligungsprivatstiftung, B\*\*\*\*\* Privatstiftung sowie O\*\*\*\*\* AG Privatstiftung der O\*\*\*\*\* AG; darüber hinaus auch R\*\*\*\*\* Privatstiftung, ST\*\*\*\*\* AG, Y\*\*\*\*\* Privatstiftung sowie L\*\*\*\*\* AG. Weshalb diese Investoren als „befreundet“ oder „nahestehend“ gelten sollen und in welcher Hinsicht dies übernahmerechtlich relevant sein könnte, konnten die ASt hingegen nicht darlegen. Ebenso wenig zeigten sie Anhaltspunkte für mögliche Absprachen bzw deren Kontrollrelevanz auf.
221. Das Ermittlungsverfahren ergab keinerlei Hinweise für allfällige **kontrollrelevante Absprachen** mit „nahestehenden“ oder „befreundeten“ Aktionären. Unklar blieb auch, welche Aktionäre überhaupt als solche bezeichnet werden könnten. Das unsubstantiierte Vorbringen der ASt zeigte diesbezüglich keine übernahmerechtlich relevanten Anknüpfungspunkte auf. Festzuhalten ist ferner, dass die Höhe der Beteiligungen der von den ASt genannten Rechtsträger – schon von vornherein – eine übernahmerechtliche Relevanz in Frage stellt.
222. Auch die Dissertation „Die Entwicklung der O\*\*\*\*\* AG seit 1970“ vom Februar 2006 von Dr. KB, auf die die ASt in diesem Zusammenhang mehrfach verwiesen, bietet keine Anhaltspunkte für eine Kontrollrelevanz möglicher „Absprachen“. Ge-

meinsames Vorgehen im übernahmerechtlichen Sinne liegt typischerweise bei Absprachen im Hinblick auf die Stimmrechtsausübung vor, wenn diese in eine geschäftspolitische Richtung gehen, um „die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben“; so der Wortlaut des § 1 Z 6 ÜbG. Absprachen bedürfen ferner auch einer Zusammenarbeit (*Huber/Alscher* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 58 wM). Vorkaufsrechte oder sonstige Behaltspflichten allein sind nach ständiger Entscheidungspraxis der ÜbK und herrschender Lehre nicht kontrollrelevant. Ähnliches gilt für Patronatserklärungen oder den Erwerb stimmrechtsloser Vorzugsaktien. Wie bereits in der Beweiswürdigung dargelegt (Rz **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** ff) wurde der Begriff der „befreundeten Aktionäre“ uneinheitlich und in der Regel umgangssprachlich verwendet. So wurden einerseits die Syndikatspartner (Aussage Dr. HP, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2020, ON-396, 20) als solche bezeichnet, andererseits aber auch Teile des Streubesitzes (Dr. FGa, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30.09.2020, ON-397, 42), etwa wenn diese Aktionäre an einem langfristigen Investment und an den Zielen bzw dem Geschäftsmodell der Zielgesellschaft interessiert sind. Dass Aktionäre einer Gesellschaft gleichläufige Interessen haben, ist nicht ungewöhnlich. Dies allein bietet jedoch noch keinerlei übernahmerechtliche Anknüpfungspunkte, insbesondere mit Blick auf das gemeinsame Vorgehen gemäß § 1 Z 6 ÜbG. Anhaltspunkte für kontrollrelevante Absprachen bzw für die erforderliche Gravität einer Zusammenarbeit zwischen den Syndikatsmitgliedern einerseits und den anderen Aktionären bzw Investoren andererseits ergaben sich im Zuge des Ermittlungsverfahrens nicht, so dass auch dieses Vorbringen der ASt sich als unbegründet erwies.

## **E. Gebühren**

### **1. Verfahrenskosten**

223. Für ein Verfahren gemäß § 33 ÜbG vor der ÜbK ist gemäß Punkt 5.1. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission („**GebO**“) eine Gebühr iHv EUR 21.400 zu entrichten.
224. Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. GebO trägt grundsätzlich der (potenzielle) **Bieter** die Kosten des Verfahrens einschließlich der Gebühren des Sachverständigen. Der Bieterbegriff gemäß § 33 ÜbG unterscheidet sich insofern von der Legaldefinition in § 1 Z 3 ÜbG, als auch jene Rechtsträger, die in der Vergangenheit ein Angebot gestellt haben, und nicht nur Rechtsträger, die ein Angebot stellen, dies beabsichtigen oder zur Angebotsstellung verpflichtet sind, als Bieter gelten (siehe bereits ÜbK GZ 2007/3/3 [*RHI*]).
225. Weiters sind auch jene Rechtsträger Bieter im Sinne von § 33 ÜbG, deren potenzielle Verpflichtung, ein Angebot zu stellen, Gegenstand des Verfahrens ist. Dies folgt bereits aus dem Verfahrensgegenstand gemäß § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG, da in diesem

Fall die Verpflichtung zur Angebotsstellung bei Einleitung des Verfahrens nicht feststehen kann, gemäß § 33 Abs 2 Z 1 ÜbG jedoch die Parteistellung von der Qualifikation als Bieter abhängt. Folglich sind all jene Rechtsträger Bieter im Sinne von § 33 ÜbG, deren Verpflichtung zur Angebotsstellung Gegenstand des Verfahrens ist. Hierfür spricht auch § 33 Abs 1 Satz 1 ÜbG, der die Rechtskraft der Entscheidung auf den Bieter erstreckt; dies muss alle Rechtsträger einschließen, für die die Angebotspflicht verneint wurde, also eine Verletzung der Angebotspflicht nicht festgestellt werden konnte (ÜbK GZ 2007/3/3 [RHI]).

226. Die Unterscheidung zwischen dem Bieter und den **gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern** (§ 1 Z 6 ÜbG) in § 33 Abs 2 Z 1 und 2 ÜbG betrifft vor allem jenen Fall, in dem ein am Verfahren beteiligter Rechtsträger bereits als Bieter feststeht, etwa weil er bei einem bereits durchgeführten Übernahmeverfahren als solcher aufgetreten ist. Ist – wie im gegenständlichen Fall – die Angebotspflicht mehrerer Rechtsträger, die lediglich gemeinsam über eine kontrollierende Beteiligung verfügen können, Gegenstand des Verfahrens, sind hingegen all diese Rechtsträger als Bieter anzusehen (ÜbK GZ 2007/3/3 [RHI]).
227. Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. GebO haben das O\*\*\*\*\* AG-Syndikat als potenzieller Bieter und die solidarisch haftenden gemeinsam vorgehenden Rechtsträger die Kosten des Verfahrens einschließlich der Gebühren des Sachverständigen zu tragen. Eine davon abweichende Tragung der Verfahrenskosten ist gemäß § 33 Abs 5 ÜbG nur möglich, wenn überhaupt oder ab einem bestimmten Zeitpunkt voraussehbar war, dass Anträge einen nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand verursachen. Dies war im vorliegenden Verfahren nicht gegeben, weshalb kein Grund für die Kostentragung durch die Zielgesellschaft oder die antragstellenden Beteiligungspapierinhaber ersichtlich ist.
228. Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1a ÜbG, die Saalmiete für die mündliche Verhandlung samt dazugehöriger Tontechnik und die Kosten für die Sicherstellung einer Durchführung der Verhandlung unter dem Ausschluss einer Gesundheitsgefährdung sind **Barauslagen** in der Höhe von EUR 5.129,89 angefallen. Diese sind gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. und 8.4. GebO ebenfalls vom O\*\*\*\*\* AG-Syndikat als potenziellem Bieter und den solidarisch haftenden gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern zu tragen. Insgesamt betragen die von den genannten Parteien zu ersetzenden Kosten des Verfahrens damit EUR 26.529,89.
229. Gemäß Pkt 8.3. GebO sind sämtliche Gebühren und Zahlungen zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die ÜbK zur Zahlung fällig. Die Zahlung hat gemäß Pkt 8.6. der GebO auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der Oesterreichischen Sparkassen AG (IBAN: AT602011100001220993, BIC: GIBAATWW) zu erfolgen.

## **2. Kosten rechtsfreundlicher Vertretung**

230. Die **Kosten rechtsfreundlicher Vertretung** der Zielgesellschaft und der Beteiligungspapierinhaber sind grundsätzlich nach Billigkeit ganz oder zum Teil dem Bieter aufzuerlegen, insbesondere wenn ihren Anträgen stattgegeben wird (§ 33 Abs 5 Satz 3 ÜbG).
231. Den Anträgen der ASt war nicht stattzugeben, weswegen die Kosten rechtsfreundlicher Vertretung der ASt nicht den Bietern aufzuerlegen waren, sondern von den ASt selbst zu tragen sind. Im Einklang mit § 74 AVG sind die Kosten rechtsfreundlicher Vertretung von jeder Partei selbst zu tragen. Eine davon abweichende Kostenentscheidung nach Billigkeit gemäß § 33 Abs 5 Satz 3 ÜbG war nicht angezeigt.

## **VII. Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann gemäß § 30a Abs 1 ÜbG Rekurs an das Oberlandesgericht Wien erhoben werden. Dieser ist binnen einer Frist von vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheids bei der Übernahmekommission einzubringen. Der elektronische Rechtsverkehr (webERV) kann mittels Teilnehmerdirektzustellung (Z984421) genutzt werden.

Wien, am 03.11.2023

Dr. Winfried Braumann  
(stellvertretender Vorsitzender des 1. Senats)