



Übernahmekommission
Austrian Takeover Commission

Seilergasse 8/3
1010 Wien
Tel: +43 1 532 2830 – 613
Fax: + 43 1 532 2830 – 650
E-Mail: uebkom@wienerbourse.at
www.takeover.at

GZ 2009/2/7 - 12

Der 2. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher, im Beisein der Mitglieder Senatspräs. d. OGH Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Univ.-Prof. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gem. § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) zu Fragen in Zusammenhang mit der Änderung der Aktionärsvereinbarung zwischen Bajaj Auto International Holdings BV und Cross Industries AG betreffend ihre Beteiligungen an KTM Power Sports AG folgende

Stellungnahme

ab:

Die beabsichtigten Änderungen des Shareholder Agreements zwischen Bajaj Auto International Holdings BV, Bajaj Auto Ltd. und Cross Industries AG betreffend deren Anteile an KTM Power Sports AG begründen kein gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG zwischen Cross und Bajaj Auto International Holdings BV bzw Bajaj Auto Ltd.

1. Antragstellung, Parteinvorbringen und zugrunde gelegter Sachverhalt

1.1. Antragstellung

Mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2009 beantragten Bajaj International Holdings BV („Bajaj Holding“) und Cross Industries AG („Cross“), die Übernahmekommission („ÜbK“) möge gem § 29 ÜbG eine Stellungnahme dazu abgeben, ob durch den Abschluss und die Durchführung des abgeänderten Shareholder Agreement („SHA“) – in der Fassung des Entwurfs vom 20. Juli 2009 – ein gemeinsames Vorgehen der Antragsteller im Sinne von § 1 Z 6 Übernahmegesetz („ÜbG“) begründet werde.

1.2. Parteilvorbringen

Die Antragsteller bringen vor, dass die beabsichtigte Änderung des SHA kein gemeinsames Vorgehen der Bajaj Holding und der Cross im Sinne von § 1 Z 6 ÜbG begründe.

Soweit die Änderungen das gegenseitige Vorkaufsrecht betreffen, seien diese in keiner Weise kontrollrelevant, da durch die Erweiterung des Vorkaufsrechts allein kein Einfluss auf die operative Führung der KTM Power Sports AG („KTM“) erworben werde, was die ÜbK bereits in ihrer Stellungnahme vom 27. November 2007 bestätigt habe.

Bei jenen Angelegenheiten, in denen in Zukunft eine Entscheidung des Aufsichtsrats der KTM nicht gegen die Stimme des von Bajaj Holding nominierten Aufsichtsratsmitglieds getroffen werden könne, handle es sich ausschließlich um Kapitalmaßnahmen. Absprachen hierüber seien objektiv nicht dazu geeignet, Bajaj Holding Kontrolle zu verschaffen oder Kontrolle auszuüben.

Auch die Mitteilungspflichten in Bezug auf etwaige Verwertungsverfahren betreffend die verpfändeten Beteiligungen an der KTM Sportmotorcycle AG („KTM SMC“) seien als reine Informationspflichten objektiv nicht geeignet, Bajaj Holding Kontrolle über die KTM zu verschaffen oder Kontrolle auszuüben und daher auch nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 1 Z 6 ÜbG.

In Zusammenhang mit dem Zustimmungserfordernis des von Bajaj Holding benannten Aufsichtsratsmitglieds betreffend einen Käufer der verpfändeten Aktien der KTM SMC verweisen die Antragsteller wiederum auf die bereits ergangene Stellungnahme der ÜbK und bringen vor, dass auch diese Bestimmung ausschließlich zum Ziel habe, dem wirtschaftlichen Zweck der im SHA enthaltenen Vereinbarungen zum Durchbruch zu verhelfen und Umgehungsstrukturen zu vermeiden, weshalb auch dieser Punkt der Vereinbarung nicht als auf Kontrollerlangung oder Kontrollausübung gerichtet angesehen werden könne.

1.3. Sachverhalt

1.3.1. KTM Power Sports AG

KTM Power Sports AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Mattighofen, deren Aktien zum Handel im Geregeltten Freiverkehr der Wiener Börse im Marktsegment Mid Market zugelassen sind. Das Grundkapital der KTM beträgt EUR 7.580.000,- und ist in 7.580.000 Stück Aktien im Nennbetrag von EUR 1,- zerlegt.

Nahezu das gesamte operative Geschäft der KTM ist in einer 100%-Tochtergesellschaft der KTM, der **KTM Sportsmotorcycle AG** angesiedelt, sodass KTM selbst als bloße Holding fungiert. Die Beteiligung an KTM SMC stellt auch nahezu das gesamte Vermögen der KTM dar. Im Mai 2009 hat KTM diese Beteiligung an der KTM SMC an ein Bankenkonsortium verpfändet.

Dem **Aufsichtsrat** der KTM gehören derzeit die Kapitalvertreter Dr. Rudolf Knünz (Vorsitzender), Hans-Jörg Hofer, Dr. Ernst Chalupsky, Rajiv Bajaj und die vom Betriebsrat entsandten Arbeitnehmervertreter Friedrich Lackerbauer und Horst Resch an.

Der **Vorstand** der KTM setzt sich aus den Mitgliedern DI Stefan Pierer (Vorsitzender), DI Harald Plöckinger, Mag. Patrick F. Prügger und Mag. Hubert Trunkenpolz zusammen.

Punkt 20.3 der Satzung sieht vor, dass, sofern das Gesetz nicht zwingend eine andere Mehrheit vorschreibt, die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, und in jenen Fällen, in denen eine Kapitalmehrheit erforderlich ist, mit einfacher Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals beschließt. Diese Satzungsbestimmung soll im Zuge der kommenden Hauptversammlung abgeschafft werden.

1.3.2. Cross Industries AG

Cross Industries AG ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wels, deren Aktien mittelbar (über deren 100%-Beteiligungen an Pierer GmbH bzw Knünz GmbH) zu je 50% im Eigentum von Herrn DI Stefan Pierer und Herrn Dr. Rudolf Knünz stehen. Zwischen diesen beiden Aktionären besteht ein Syndikatsvertrag hinsichtlich ihrer Beteiligung an Cross. Am 30. Oktober 2009 hat Cross mit den drei Vorstandsmitgliedern der KTM, Mag. Patrick Prügger, Mag. Ing. Hubert Trunkenpolz und Dipl.-Ing. Harald Plöckinger, Stimmbindungsverträge über 127.500 KTM-Aktien (1,68%) abgeschlossen und verfügt unter Einrechnung dieser Aktien über 3.804.033 Aktien an KTM, was einem Anteil von 50,19% der Stimmrechte an der KTM entspricht.

1.3.3. Bajaj Auto International Holdings BV

Bajaj Auto International Holdings BV, eine Gesellschaft niederländischen Rechts, ist eine 100%-Tochtergesellschaft von **Bajaj Auto Limited („Bajaj“)**, der Muttergesellschaft eines börsennotierten indischen Automobilkonzerns.

Am 5. November 2007 gab KTM Pläne für eine weit reichende operative Kooperation mit Bajaj bekannt, die vor allem den Bereich der Motorenentwicklung und den Vertrieb von Produkten in Südostasien zum Gegenstand hatten.

Am 31. Oktober 2007 hatte Bajaj Holding von Raiffeisen Centrobank AG eine Beteiligung iHv rund 14,5% an KTM erworben und durch Aktienzukäufe in der Folge ihre Beteiligung an KTM auf 26,22% der Stimmrechte ausgebaut. Im Zuge der bis 27. Februar 2009 laufenden Kapitalerhöhung hat die Bajaj Holding ihre Beteiligung durch Aufgriff sämtlicher neuer Aktien, für die kein Bezugsrecht ausgeübt wurde, auf 31,72% der Stimmrechte erweitert, während Cross durch die unterproportionale Ausübung der ihr zustehenden Bezugsrechte auf 48,50% verwässert wurde.

Die **Beteiligungsstruktur** an der KTM stellt sich derzeit wie folgt dar:

Aktionär	Beteiligung
Cross & gemeinsam vorgehende Rechtsträger	50,19%
Bajaj Holding	31,72%
Hofer Privatstiftung	ca 5%
Streubesitz	< 15%

1.3.4. Stellungnahme GZ 2007/2/2 - 31

Am 27. November 2007 beantragten Bajaj Holding und Cross, die ÜbK möge zu der Frage Stellung nehmen (GZ 2007/2/2 - 31), ob die beiden antragstellenden Aktionäre durch den Abschluss von zwei Vereinbarungen („Shareholder Agreement“, „Board Election Agreement“) zwischen Bajaj, Bajaj Holding und Cross als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren seien.

Inhalt des Shareholder Agreements waren unter anderem die Einräumung eines wechselseitigen Vorkaufsrechts für den Fall der Veräußerung an einen Mitbewerber oder Private Equity Fonds sowie eine Behalteverpflichtung betreffend die Beteiligungen an KTM. Weiters verpflichteten sich Cross und Bajaj dazu, im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten Änderungen der Geschäftsordnung für Vorstand und Aufsichtsrat der KTM dahingehend herbeizuführen, dass es für den Fall der Übertragung von Anteilen der KTM SMC, für den Fall der Veräußerung des Gesellschaftsvermögens der KTM SMC und für den Fall von Kapitalmaßnahmen bei KTM SMC der Zustimmung aller Kapitalvertreter im Aufsichtsrat der KTM bedarf.

Kern des Board Election Agreements war die Verpflichtung von Cross, bei der nächsten Hauptversammlung der KTM einen Antrag der Bajaj auf Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds zu

unterstützen sowie auf die Wahl eines Bajaj-Vertreters in den Aufsichtsrat der KTM SMC hinzuwirken.

Der zuständige Senat erachtete im konkreten Fall die aufgrund der gemeinsamen Wahl von Aufsichtsräten begründete Kontrollvermutung gem § 1 Z 6 ÜbG als widerlegt und die Angebotspflicht als nicht gegeben. Dies gründete sich insbesondere auf die auch nach der Transaktion bestehende Mehrheitsposition der Cross sowohl im Aktionariat als auch im Aufsichtsrat der Gesellschaft. Sollte einem Minderheitsaktionär lediglich eine Überwachungsfunktion im Aufsichtsrat eingeräumt werden und ändere die Einräumung dieses Aufsichtsratsmandats nichts an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen und an der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisher kontrollierenden Aktionär, sei die in § 1 Z 6 ÜbG vorgesehene Vermutung widerlegt.

Auch die beschriebene wechselseitige Einräumung von Vorkaufsrechten zwischen Cross und Bajaj Holding, die vereinbarten Behalteverpflichtungen sowie die Vereinbarungen betreffend die Tochtergesellschaft KTM SMC sah der Senat, vor allem aufgrund des dargelegten wirtschaftlichen Zwecks (das von Bajaj der KTM zur Verfügung gestellte Know-How sollte nicht im Rahmen einer Übertragung der kontrollierenden Beteiligung der Cross in die Hände eines Mitbewerbers der Bajaj fallen), als nicht kontrollrelevant und somit nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 1 Z 6 ÜbG an.

1.3.5. Abgeänderte Fassung der Aktionärsvereinbarung

Cross, Bajaj Holding und Bajaj beabsichtigen das bestehende SHA abzuändern und zu ergänzen. Die nunmehr geplanten Änderungen des Agreements stellen sich im Wesentlichen wie folgt dar:

- a) Das wechselseitig eingeräumte **Vorkaufsrecht** wird erweitert und soll nun durch den Verkauf an jeden „Dritten“ ausgelöst werden.
- b) Die Vertragspartner verpflichten sich darauf hinzuwirken, dass **Mitteilungspflichten** des Vorstands an den Aufsichtsrat der KTM bzw zwischen Cross und Bajaj in Zusammenhang mit einer Pfandverwertung der verpfändeten Anteile an der KTM SMC wahrgenommen werden bzw eine derartige Verpflichtung in die Geschäftsordnung des Vorstands und des Aufsichtsrats aufgenommen wird.
- c) Die Anzahl der **Beschlussgegenstände**, die einer Zustimmung des von Bajaj Holding nominierten Aufsichtsratsmitglieds bedürfen, wird erweitert. Der **Zustimmungspflicht** soll nunmehr betreffend die KTM auch unterliegen:

- (aa) die Änderung der Satzung, soweit dies nur die Fassung betrifft (§ 145 Abs 1 AktG);
- (bb) die bedingte Kapitalerhöhung zur Einräumung von Aktienoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Mitglieder des Vorstands gem § 159 Abs 3 AktG;
- (cc) die Ausgabe neuer Aktien aufgrund von genehmigtem Kapital (§ 169 Abs 3 AktG);
- (dd) der Inhalt der Aktienrechte sowie die Bedingungen der Aktienaussgabe bei genehmigtem Kapital und die Entscheidung über den Ausschluss des Bezugsrechts (§ 171 Abs 1 AktG);
- (ee) die Bedingungen der Aktienaussgabe auf der Grundlage von genehmigtem Kapital bei Sacheinlagen (§ 172 Abs 2 AktG);
- (ff) die Ausübung der Ermächtigung zur Begebung von Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen (§ 174 AktG);
- (gg) die Nominierung eines Käufers für die verpfändeten Aktien an der KTM SMC durch den Vorstand der KTM.

2. Rechtliche Beurteilung

Die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots besteht nicht nur bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch einen Rechtsträger, sondern gem § 22a Z 1 ÜbG auch dann, wenn eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird; dies gilt, wenn durch die Bildung einer Gruppe diese insgesamt über mehr als 30% der Stimmrechte an der Zielgesellschaft verfügt, aber auch, wenn ein bereits allein kontrollierender Aktionär seine kontrollierende Position aufgibt und einem anderen (Mit-)Kontrolle einräumt. In jedem Fall sind bei der Berechnung der Anteilshöhe die Beteiligungen von Aktionären, die als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind, gem § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen.

Gehen daher Cross und Bajaj aufgrund der Änderung des SHA gemeinsam iSv § 1 Z 6 ÜbG vor, so könnte dies eine Änderung der Kontrollverhältnisse bei der KTM bedeuten und zur Pflicht beider Gesellschaften führen, ein Übernahmeangebot zu stellen. Für das Bestehen einer Angebotspflicht gem § 22a Z 1 ÜbG ist demnach zu prüfen, ob die beteiligten

Rechtsträger nach Änderung des SHA als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren sind.

In der Stellungnahme zu GZ 2007/2/2 - 31 gelangte der 2. Senat zur Ansicht, dass der Abschluss des ursprünglichen SHA, das insbesondere ein Nominierungsrecht eines Aufsichtsratsmitglieds durch Bajaj vorsah, noch kein gemeinsames Vorgehen begründete. Ein Stimmbindungsvertrag wurde nicht abgeschlossen. Die Parteien konnten die Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG dadurch widerlegen, dass Bajaj als Minderheitsaktionär lediglich eine Überwachungsmöglichkeit im Aufsichtsrat eingeräumt werden sollte. Die Einräumung eines Aufsichtsratsmandats änderte nichts an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat sowie an der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisher kontrollierenden Aktionär, weswegen mangels Kontrollrelevanz der Vereinbarung eine Widerlegung der Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG in Betracht kam.

Nunmehr sollen dem von Bajaj nominierten Aufsichtsratsmitglied Zustimmungsrechte für Kapitalmaßnahmen bei KTM und bei Nominierung eines Käufers für die verpfändeten Aktien an der KTM SMC eingeräumt werden.

Der 2. Senat ist der Ansicht, dass die Einräumung von Zustimmungsrechten an einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats grundsätzlich ein starkes Indiz für ein gemeinsames Vorgehen darstellt. Denn es muss grundsätzlich gleichgültig sein, ob Rechtsträger gemeinsam mehrere Mitglieder des Aufsichtsrats besetzen um so die bisherigen Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat sowie die alleinige Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisher kontrollierenden Aktionär zu ändern – wofür § 1 Z 6 ÜbG die widerlegliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens ausdrücklich festhält – oder ob wie im vorliegenden Fall bloß ein Aufsichtsratsmitglied gemeinsam gewählt wird und diesem Mitglied umfassende Sonderrechte, insbesondere Zustimmungsrechte, gewährt werden, um eben auf diese Weise eine Mitkontrolle zu erreichen.

Das Ergebnis ist in beiden Fällen gleich. Mit der Einräumung von Sonderrechten an ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats ist die Absprache über die Wahl von mehreren Aufsichtsratsmitgliedern zur Änderung der Mehrheitsverhältnisse im Organ gar nicht mehr nötig. Wird daher eine Vereinbarung über die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds getroffen, welchem in Zukunft Sonderrechte – wie beispielsweise Zustimmungsrechte bei einzelnen Beschlussgegenständen – zukommen, so kann die Widerlegung der Vermutung des gemeinsamen Vorgehens nicht gelingen. Gleiches muss aber auch gelten, wenn nachträglich Sonderrechte zugestanden werden.

Im konkreten Fall könnte dies grundsätzlich bedeuten, dass die Prämissen der 1. Stellungnahme (GZ 2007/2/2 – 31) nicht mehr vorliegen. War damals davon auszugehen,

dass Cross den aus vier von der Hauptversammlung zu wählenden Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat der KTM auch weiterhin derart besetzen kann, dass von Cross ausgewählte Mitglieder grundsätzlich über die Stimmenmehrheit in diesem Organ verfügen, so vermittelt diese Stimmenmehrheit nunmehr bei allen Beschlussgegenständen, die einer Zustimmung des von Bajaj nominierten Aufsichtsratsmitglieds bedürfen, keinen der Anzahl der Stimmen im Aufsichtsorgan entsprechenden Einfluss mehr. Auch das Dirimierungsrecht gem Punkt 12.1 der Satzung, das dem der Cross zuzurechnenden Vorsitzenden des Aufsichtsrates zukommt, würde daran nichts ändern. Einem solchen Aufsichtsratsmitglied kommt keine bloße Minderheitenposition zwecks Überwachung durch den Nominierungsberechtigten mehr zu.

Zusammengefasst: Die Einräumung von Zustimmungsrechten an einzelne Aufsichtsratsmitglieder ist grundsätzlich als kontrollrelevante Absprache zu werten.

Der 2. Senat vertritt jedoch die Auffassung, dass sich diese Rechtsansicht nicht von vornherein auf alle Arten von Beschlussgegenständen beziehen muss, weswegen in einem zweiten Schritt zu beurteilen ist, ob die im vorliegenden Fall vorgesehenen Zustimmungsrechte für solche Beschlussgegenstände gelten, mittels derer Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangt oder ausgeübt werden kann. Gleichfalls ist zu beurteilen, ob die Kontrolle eines vormals allein kontrollierenden Aktionärs in einer Weise beschränkt wird, dass diese Zustimmungsrechte nach allgemeiner Lebenserfahrung eine (Mit-)Kontrolle des Minderheitsaktionärs begründen, zu Gunsten dessen die Zustimmungsrechte vereinbart werden.

Das Zustimmungsrecht zur Nominierung eines Käufers für die verpfändeten Aktien an der KTM SMC durch den Vorstand der KTM ist nach Ansicht des 2. Senats nicht kontrollrelevant. Bereits im ursprünglichen SHA war vorgesehen, dass die Veräußerung von Aktien der KTM SMC bzw die Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens der KTM SMC der Zustimmung des von Bajaj nominierten Aufsichtsratsmitglieds bedarf. Diese Vereinbarung wurde vom 2. Senat als unproblematisch erachtet, denn ihre konkrete Ausgestaltung soll hier lediglich dem wirtschaftlichen Zweck der Vereinbarungen (Vorkaufsrecht, Behalteverpflichtung) zum Durchbruch verhelfen und Umgehungsstrukturen hintanhaltend; sie ist dementsprechend nicht auf Kontrollerlangung oder -ausübung gerichtet (vgl GZ 2007/2/2-31). Wenn jedoch schon für die Zustimmungspflicht bei Veräußerung von Aktien im konkreten Fall keine Kontrollrelevanz besteht, so ändert daran auch das Recht auf Ablehnung eines Käufers nichts.

Für die Frage, ob auch den Zustimmungsrechten bei Kapitalmaßnahmen eine Kontrollrelevanz zukommt, ist zu differenzieren.

Grundsätzlich ist der 2. Senat der Ansicht, dass die ein- oder mehrmalige gemeinsame Beschlussfassung über die Durchführung einer Kapitalerhöhung unter Wahrung der Bezugsrechte nicht jedenfalls zum gemeinsamen Vorgehen führt (vgl. *Huber/Alscher* in *Huber*, § 1 Rz 71). Auch die Materialien (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5) gehen davon aus, dass eine Abstimmung über eine Kapitalerhöhung oder über einen sonstigen Beschluss, der nicht auf die dauernde Beeinflussung der Geschäftsführung abzielt, nicht zum gemeinsamen Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG führt. Hintergrund dieser einschränkenden Auslegung von Absprachen über die Ausübung von Stimmrechten ist, dass reine Kapitalmaßnahmen grundsätzlich nicht objektiv zur Kontrollerlangung oder –ausübung geeignet sind. Eine gemeinsame Beschlussfassung in der Hauptversammlung würde diesfalls ein bloß gleichförmiges Verhalten – gerichtet auf ein einheitliches Unternehmensinteresse – darstellen. Wenn aber zu diesen Beschlusspunkten die Absprache betreffend das Stimmverhalten in der Hauptversammlung kein gemeinsames Vorgehen begründet, muss dies auch für die Einräumung eines diesbezüglichen Zustimmungsrechts auf Ebene des Aufsichtsrates gelten. Hinzu kommt, dass Bajaj mit einem Anteil von über 30% ohnehin über eine Sperrminorität in der Hauptversammlung verfügt. Da die Abschaffung der Satzungsbestimmung 20.3 geplant ist, welche für die Beschlussfassung in allen Fällen, in denen das Gesetz nicht zwingend eine andere Mehrheit vorschreibt, die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen vorsieht, werden schon auf Grund des Beteiligungsausmaßes der Bajaj in Zukunft alle Kapitalmaßnahmen die Zustimmung der Bajaj erfordern.

Freilich ist damit nicht gesagt, dass auch eine Abstimmung in einem konkreten Anlassfall jedenfalls nicht zum gemeinsamen Vorgehen führt. So kann zB eine Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss und mit Sacheinlagen durchaus kontrollrelevant sein, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse dadurch ändern. Dies kann nur anhand des konkreten Anlassfalls beurteilt werden. Der bloße Abschluss des vorliegenden SHA begründet nach Ansicht des 2. Senats in Bezug auf die Zustimmungsrechte des von Bajaj nominierten Aufsichtsratsmitglied aber kein gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG.

Auch die Erweiterung des bestehenden Vorkaufsrechts durch den Wegfall der Beschränkung auf die Übertragung an Wettbewerber oder Finanzinvestoren ist im konkreten Fall nicht kontrollrelevant. Die Vereinbarung räumt Bajaj trotz Erweiterung auf jeden Veräußerungsfall

keinerlei Mitspracherechte bzw Einfluss auf die Geschäftsführung der KTM ein; sie ist weder zur (Mit-)Kontrollerlangung noch -ausübung geeignet und begründet daher kein gemeinsames Vorgehen iSv § 1 Z 6 ÜbG (vgl. GZ 2007/2/2-31).

Zur gleichen Beurteilung gelangt der 2. Senat auch hinsichtlich bloßer Mitteilungspflichten des Vorstands der KTM an den Aufsichtsrat der KTM sowie in Bezug auf Mitteilungspflichten zwischen Cross und Bajaj betreffend ein allfälliges Verwertungsverfahren von Aktien der KTM SMC.

Aus den vorgenannten Gründen ist der 2. Senat der Auffassung, dass Cross einerseits und Bajaj bzw Bajaj Holding andererseits auf Basis der vorgelegten geänderten Vereinbarungen nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind. Sollten jedoch, wie bereits ausgeführt, bei der Beschlussfassung über eine Kapitalerhöhung besondere Umstände hinzutreten, so kann der 2. Senat zu einer anderen Beurteilung kommen. Daher ist **den Antragstellern dringend zu empfehlen, vor einer Kapitalmaßnahme der ÜbK den Sachverhalt zur Beurteilung vorzulegen.**

Abschließend weist der 2. Senat darauf hin, dass seine Stellungnahmen gemäß § 29 Abs 1 ÜbG keine rechtliche Bindungswirkung entfalten. Darüber hinaus verweist der Senat auf den Umstand, dass er bei der vorliegenden Stellungnahme von der Richtigkeit und Vollständigkeit der von der Antragstellerin vorgelegten Informationen ausgegangen ist.

Wien, am 13. November 2009

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Für den 2. Senat der Übernahmekommission