



## **Übernahmekommission** Austrian Takeover Commission

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

**GZ 2010/3/4 - 10**

An die  
Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft  
zH Frau Dr. Evelyn Haas-Lassnigg  
Dresdner Straße 87  
1201 Wien

Der 3. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von Dr. Winfried Braumann, im Beisein der Mitglieder Hofrätin Dr. Elfriede Solé (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), RA Univ.-Prof. Dr. Stefan Weber (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und RA Dr. Georg Legat (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag von Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft betreffend Fragen in Zusammenhang mit einem möglichen Aktienrückkauf bei Telekom Austria AG folgende

### **Stellungnahme**

ab:

- 1. Ein Überschreiten der Kontrollschwelle gemäß § 22 Abs 1 und 2 ÜbG durch Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft in Folge eines Aktienrückkaufs durch Telekom Austria AG ist nicht als passive Kontrollerlangung iSv § 22b ÜbG zu qualifizieren und zieht die Pflicht zur Legung eines Angebots gemäß § 22 Abs 1 ÜbG nach sich, sofern keine Ausnahme gemäß §§ 24, 25 ÜbG zum Tragen kommt.**
- 2. Eine Erhöhung der Beteiligung von Österreichische Industrieholding Aktiengesellschaft an Telekom Austria AG bis zu 30% - unter Berücksichtigung des Bestands eigener Aktien - als Folge eines Aktienrückkaufs durch Telekom Austria AG löst kein Ruhen der Stimmrechte gemäß § 26a Abs 2 ÜbG aus.**

## I. Zugrunde gelegter Sachverhalt und Vorbringen

Telekom Austria AG („TKA“) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien, eingetragen unter FN 144477t, deren Aktien im Amtlichen Handel an der Wiener Börse notiert werden. Bis zum 29. März 2007 war das Grundkapital in 500.000.000 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt. Durch Einziehung von insgesamt 57.000.000 Stück Aktien am 19. März 2007 und 24. August 2009 reduzierte sich das Grundkapital der Gesellschaft auf EUR 966.183.000. Derzeit ist das Grundkapital in 443.000.000 Stück auf Inhaber lautende Aktien geteilt, wobei TKA eigene Aktien im Ausmaß von rund 436.000 Stück hält.

Österreichische Industrieholding AG („ÖIAG“ oder „Antragstellerin“) ist stimmenstärkste Einzelaktionärin bei TKA. Bei Inkrafttreten des Übernahmerechts-Änderungsgesetzes 2006, BGBl I 2006/75 („ÜbRÄG 2006“), am 20. Mai 2006 hielt ÖIAG eine Beteiligung im Ausmaß von 143.390.821 Stück Aktien, was einem Anteil von rund 28,86% am Grundkapital entsprach. Unter Berücksichtigung der damals von der Gesellschaft gehaltenen eigenen Aktien kam diese Beteiligung einem Anteil von rund 30,17% an TKA gleich. In der Folge reduzierte sich der Anteil der von ÖIAG gehaltenen Aktien auf rund 25,18% des Grundkapitals oder 125.917.735 Stück. Unter Beachtung der von TKA jeweils gehaltenen eigenen Aktien erreichte der Stimmrechtsanteil der ÖIAG im Juli 2006 mit rund 26,82% den niedrigsten Stand. Durch den fortgesetzten Aktienrückenwerb und die Einziehung von eigenen Aktien durch TKA stieg der ÖIAG Anteil wieder auf derzeit rund 28,42%.

Die Änderung der Beteiligungshöhe von ÖIAG an TKA stellt sich wie folgt dar:

	Datum	Notierte Stück	Anzahl eigener Aktien	eigene Aktien in % des GK	Anzahl Aktien ÖIAG (in HV)	Anteil der ÖIAG in % des GK	Anteil ÖIAG gem § 22 Abs 6 ÜbG	Stimmgewicht ÖIAG in HV in %
<b>HV</b>	<b>03.06.2004</b>	<b>500.000.000</b>	<b>3.237.133</b>	<b>0,65%</b>	<b>235.868.988</b>	<b>47,17%</b>	<b>47,48%</b>	<b>86,20%</b>
<b>HV</b>	<b>25.05.2005</b>	<b>500.000.000</b>	<b>8.890.793</b>	<b>1,78%</b>	<b>150.917.735</b>	<b>30,18%</b>	<b>30,73%</b>	<b>61,30%</b>
<b>ÜbRÄG</b>	<b>20.05.2006</b>	<b>500.000.000</b>	<b>24.784.210</b>	<b>4,96%</b>	<b>143.390.821</b>	<b>28,68%</b>	<b>30,17%</b>	
<b>HV</b>	<b>23.05.2006</b>	<b>500.000.000</b>	<b>25.089.960</b>	<b>5,02%</b>	<b>125.917.735</b>	<b>25,18%</b>	<b>26,51%</b>	<b>62,20%</b>
	02.06.2006	500.000.000	27.086.196	5,42%	143.390.821	28,68%	30,32%	
insgesamt niedrigste %	06.07.2006	500.000.000	26.805.446	5,36%	126.929.274	25,39%	26,82%	
	<b>Ende Sep 2006</b>	500.000.000	32.416.556	6,48%	125.917.735	25,18%	26,93%	
vor Einziehung	18.03.2007	500.000.000	40.000.000	8,00%	125.917.735	25,18%	27,37%	
<b>HV</b>	<b>30.05.2007</b>	<b>460.000.000</b>	<b>2.555.000</b>	<b>0,56%</b>	<b>125.917.735</b>	<b>27,37%</b>	<b>27,53%</b>	<b>71,70%</b>
<b>HV</b>	<b>20.05.2008</b>	<b>460.000.000</b>	<b>17.788.258</b>	<b>3,87%</b>	<b>125.917.735</b>	<b>27,37%</b>	<b>28,47%</b>	<b>68,92%</b>
<b>HV</b>	<b>20.05.2009</b>	<b>460.000.000</b>	<b>17.601.778</b>	<b>3,83%</b>	<b>125.917.735</b>	<b>27,37%</b>	<b>28,46%</b>	<b>52,68%</b>
<b>HV</b>	<b>27.05.2010</b>	<b>443.000.000</b>	<b>436.031</b>	<b>0,10%</b>	<b>125.917.735</b>	<b>28,42%</b>	<b>28,45%</b>	<b>44,00%</b>

Die ordentliche Hauptversammlung vom 20. Mai 2009 hat den Vorstand der TKA ermächtigt, Aktien im Ausmaß von bis zu 46.000.000 Stück Aktien in den der Beschlussfassung folgenden 30 Monaten zu erwerben. Derzeit erwägt der Vorstand, von dieser Ermächtigung Gebrauch zu machen. Sollte die Ermächtigung zum Aktienrückkauf voll ausgeübt werden und ÖIAG selbst keine Aktien abgeben, würde sich der Anteil der ÖIAG an TKA auf über 30% erhöhen.

Aktuell wurde ÖIAG kein Privatisierungsauftrag der Bundesregierung gem § 7 Abs 1 ÖIAG-Gesetz erteilt. Die Frage, ob ÖIAG ohne Privatisierungsauftrag Aktien im Rahmen eines Aktienrückkaufprogramms veräußern darf, konnte von der Antragstellerin noch nicht endgültig geklärt werden.

In diesem Zusammenhang stellte ÖIAG nach einer Vorbesprechung am 12. November 2010 schriftlich den Antrag, die Übernahmekommission („ÜbK“) möge eine Stellungnahme gem § 29 ÜbG abgeben zu den Fragen, ob

- (1) ein allfälliges Überschreiten einer 30%-Beteiligung bzw eines Stimmrechtsanteils der ÖIAG durch Aktienrückkauf bzw Aktieneinziehung durch die TKA im vollen, von der Hauptversammlung 2009 eingeräumten, Volumen ein Pflichtangebot gem § 22 ÜbG der ÖIAG auslöse oder gem § 22b ÜbG privilegiert sei, und ob
- (2) durch Aktienrückkauf/Aktieneinziehung durch die Gesellschaft erhöhte, prozentuelle Stimmrechte in der Hauptversammlung der Gesellschaft angemeldet und mit ihnen abgestimmt werden dürften oder ob eine Erhöhung der Stimmrechte durch Aktienrückkauf/Aktieneinziehung ein Ruhen dieser Stimmrechte bewirke.

## **II. Rechtliche Beurteilung**

### **a. Zur passiven Kontrollerlangung gem § 22b ÜbG**

Gem § 22 Abs 1 ÜbG muss, wer eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt, dies der ÜbK unverzüglich mitteilen und innerhalb von 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung ein Pflichtangebot für alle Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft anzeigen. Eine unmittelbare kontrollierende Beteiligung ist gem § 22 Abs 2 ÜbG eine unmittelbare Beteiligung an einer Zielgesellschaft, die mehr als 30 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt. Bei der Berechnung der Hundertsätze bleiben Stimmrechte, welche nach den Grundsätzen des Erwerbs eigener Aktien ruhen, außer Betracht (§ 22 Abs 6 ÜbG). Sollte der Vorstand von TKA von der aktuellen Rückkaufsermächtigung Gebrauch machen und Aktien bis zu einem Bestand von 46.000.000 Stück erwerben, könnte sich daher bei voller Ausnützung dieser Ermächtigung die Beteiligung von ÖIAG an TKA von derzeit 28,42% vom Grundkapital auf über 30%

erhöhen. Damit würde die Kontrollschwelle gem § 22 Abs 1 ÜbG überschritten, was grundsätzlich eine Angebotspflicht auslöst.

Keine solche Verpflichtung besteht bei Vorliegen einer Ausnahme gem §§ 24, 25 ÜbG oder bei passiver Kontrollerlangung iSd § 22b ÜbG. Passivität liegt dann vor, wenn der Beteiligte die Erlangung der kontrollierenden Beteiligung weder durch zeitnahe, aktive Handlungen bewirkt hat noch beim Erwerb der Anteile mit der Kontrollerlangung rechnen musste.

Im vorliegenden Fall liegt bei Überschreiten der Kontrollschwelle als Folge des Aktienrückkaufs durch TKA nach Ansicht des 3. Senats keine passive Kontrollerlangung durch ÖIAG vor. Mit einer Änderung der Stimmrechtsverhältnisse wegen des Erwerbs eigener Aktien durch die Zielgesellschaft im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten muss immer gerechnet werden, sodass eine Anwendung von § 22b ÜbG bei Überschreiten der Kontrollschwelle aus diesem Grunde nicht in Betracht kommt (GZ 2007/3/1-35).

Nach Ansicht des 3. Senats stellt ein Aktienrückkauf durch die Zielgesellschaft zwar keinen unmittelbaren Hinzuerwerb von Aktien dar, allerdings ist bereits die Zustimmung zur Ermächtigung des Aktienrückkaufs als aktive Handlung iSd § 22b Abs 1 ÜbG zu qualifizieren. ÖIAG hat in der Hauptversammlung vom 20. Mai 2009, die die Ermächtigung erteilt hat, rund 51,96% des anwesenden Grundkapitals repräsentiert und für die genannte Ermächtigung gestimmt. Da eine solche Ermächtigung gem § 65 Abs 1 Z 8 AktG der einfachen Mehrheit, über die ÖIAG in der genannten Hauptversammlung verfügte, bedarf, stellt die Zustimmung zum Antrag auf Erteilung der Ermächtigung bereits eine aktive Handlung, die das Überschreiten der Kontrollschwelle erst ermöglicht, dar.

Als zeitnahe Handlung iSv § 22b Abs 1 ÜbG ist ferner zu qualifizieren, wenn der Aufsichtsrat (und damit vom Kernaktionär nominierte Mitglieder) bei der Planung und der Genehmigung des Budgets des nächsten Geschäftsjahres, welches auch die Finanzierung des Rückerwerbs eigener Aktien beinhaltet, mitwirkt und damit mittelbar auf die Durchführung eines Aktienrückerwerbs Einfluss nimmt.

Im Ergebnis ist daher ein Überschreiten der Kontrollschwelle gem § 22 Abs 1 und 2 ÜbG in Folge eines Aktienrückkaufs durch die Zielgesellschaft nicht als passive Kontrollerlangung iSv § 22b ÜbG zu qualifizieren (so im Ergebnis auch *Zollner*, Kontrollwechsel und Kontrollerlangung im Übernahmegesetz (2002) 130f; *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz (2003) 270). Ein Überschreiten der 30%-Schwelle zieht im vorliegenden Fall daher die Pflicht zur Legung eines Angebots gem § 22 Abs 1 ÜbG nach sich, sofern keine Ausnahme gem §§ 24, 25 ÜbG zum Tragen kommt. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob im Zusammenhang mit dem Aktienrückkaufprogramm eine Veräußerung von TKA-Aktien durch ÖIAG einen Privatisierungsauftrag der Bundesregierung erfordert bzw ob ein solcher im Einzelfall erteilt wird.

## **b. Zum Ruhen der Stimmrechte gem § 26a ÜbG**

Gem § 26a Abs 1 ÜbG hat ein Aktionär, der eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt, die mehr als 26, aber nicht mehr als 30 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vermittelt, dies unverzüglich der ÜbK mitzuteilen. In diesem Fall können gem § 26a Abs 2 ÜbG nicht mehr als 26 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte ausgeübt werden.

Zweck der Bestimmung ist es, auch unter dem Schwellenwert für ein Pflichtangebot Schutzmechanismen für die Aktionäre der Zielgesellschaft vorzusehen. Dies soll durch eine partielle, gesetzliche Stimmrechtsbeschränkung erreicht werden (ErlRV 1334 BlgNR 22. GP 18). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist für das teilweise Ruhen von Stimmrechten das „Erlangen“ einer Beteiligung zwischen 26% und 30% ausschlaggebend. § 26a ÜbG erfasst - teleologisch ausgelegt - aber nur jene Fälle, in denen sich ein Aktionär „von unten“ der Kontrollschwelle nähert. Beteiligungen von mehr als 26%, die schon bei Inkrafttreten des ÜbRÄG 2006 bestanden haben und die in Folge innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen von 26% und 30% reduziert bzw erhöht wurden, sind grundsätzlich nicht erfasst (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht<sup>2</sup> (2007) Rz 289; *Huber/Alscher*, Das Übernahmerechtsänderungsgesetz - ein Überblick, *ecolex* 2006, 575).

Die ÜbK hat sich bereits im Jahr 2007 mit dem Ruhen von Stimmrechten gem § 26a Abs 2 ÜbG betreffend die Beteiligung von ÖIAG an TKA auseinandergesetzt (GZ 2007/3/2-17). Dabei führte der 3. Senat aus, dass bei Ermittlung der relevanten Beteiligungshöhe Stimmrechte, die nach den Grundsätzen des Erwerbs eigener Aktien ruhen, gem §§ 26a Abs 1 iVm 22 Abs 6 ÜbG außer Betracht bleiben. Übernahmerechtlich ist bereits der Rückerwerb eigener Aktien relevant, auf die spätere Einziehung der Aktien kommt es gem § 22 Abs 6 ÜbG nicht an. Im Ergebnis kam der 3. Senat zu der Auffassung, dass die Rechtsfolgen gem § 26a Abs 2 ÜbG mangels erstmaligen Überschreitens der 26%-Schwelle nicht unmittelbar eintreten. Ausschlaggebend für diese Auffassung war, dass ÖIAG zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ÜbRÄG 2006 - unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt gehaltenen eigenen Aktien der TKA – eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 2 ÜbG hielt. Es handelte sich daher bei der Beteiligung von ÖIAG an TKA um eine „Altbeteiligung“, auf welche die Regeln des § 26a ÜbG keine Anwendung finden. Zwar sank die Beteiligung zu einem späteren Zeitpunkt unter die Kontrollschwelle. Allerdings wurde die 26%-Schwelle zu keinem Zeitpunkt unterschritten.

Nach Ansicht des 3. Senats ist an der in GZ 2007/3/2-17 vertretenen Auffassung festzuhalten. ÖIAG hat bis dato zu keinem Zeitpunkt die 26%-Schwelle unterschritten. Eine Erhöhung der Beteiligung der ÖIAG bis zu 30% - unter Berücksichtigung des Bestands eigener Aktien - als Folge des Aktienrückkaufs durch TKA löst somit nach Ansicht des 3. Senats kein Ruhen der Stimmrechte gem § 26a Abs 2 ÜbG aus.

Abschließend weist der 3. Senat darauf hin, dass seine Stellungnahme gem § 29 Abs 1 ÜbG keine rechtliche Bindungswirkung entfaltet. 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 30. November 2010

Dr. Winfried Braumann  
für den 3. Senat der Übernahmekommission