



[geringfügig redaktionell verändert]

[...]

GZ 2015/1/5-12
(AMAG)

Der 1. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Senatspräsident des OGH i. R. Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag gemäß § 29 Abs 1 ÜbG der B & C Industrieholding GmbH sowie der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft vom 12.3.2015 die folgende

STELLUNGNAHME

ab:

Der Abschluss der angezeigten Beteiligungsvereinbarung zwischen B & C Industrieholding GmbH einerseits und Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft andererseits führt nicht zur Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG.

BEGRÜNDUNG

1 Parteienvorbringen und Antragstellung

1.1 Parteienvorbringen

Mit Schriftsatz vom 12.3.2015 brachten B & C Industrieholding GmbH („B & C“) und Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft („RLB OÖ“; gemeinsam „Antragsteller“) vor, dass B & C mit Aktionären der AMAG Austria Metall AG („AMAG“; „Zielgesellschaft“) sternförmige Syndikatsverträge abgeschlossen habe. Es bestehe ein Subordinationssyndikat zwischen B & C und Oberbank AG („Oberbank“) sowie ein Syndikat zwischen B & C und der AMAG Arbeitnehmer Privatstiftung („AMAG AN-PS“).

Die Antragsteller haben nun ebenfalls eine Beteiligungsvereinbarung [...] abgeschlossen. Mit der Beteiligungsvereinbarung sei in Bezug auf AMAG ein Subordinationssyndikat zwischen B & C und RLB OÖ angestrebt.

[...]

Sofern die Begründung des Subordinationssyndikats kein Pflichtangebot auslöst, würde der Aufsichtsrat nach der ordentlichen Hauptversammlung der AMAG am 16.4.2015 aus neun Kapitalvertretern und den Arbeitnehmervertretern bestehen. Von diesen neun Kapitalvertretern seien sechs Per-

sonen von der B & C nominiert. Hinzu kommen das Aufsichtsratsmitglied der Oberbank, jenes der AMAG AN-PS sowie das Mitglied der RLB OÖ. Das Aufsichtsratsmitglied der Oberbank und der Vertreter der RLB OÖ seien vertraglich gebunden, ihr Stimmrecht entsprechend den Vorgaben der B & C auszuüben. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats komme aus der Gruppe der von B & C nominierten Aufsichtsratsmitglieder.

In **rechtlicher Hinsicht** bringen die Antragsteller vor, dass nach der Entscheidungspraxis der Übernahmekommission die Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG als widerlegt gelte, wenn der Zweck der Absprache lediglich in der Begründung einer Minderheitsposition im Aufsichtsrat liegt und sich durch die Einräumung der Minderheitsposition an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat nichts ändert.

Nach der Entscheidungspraxis der Übernahmekommission sei dies vor allem in jenen Konstellationen relevant, in denen ein beherrschender Aktionär einem Minderheitsaktionär die Möglichkeit einräumt, Einblicke in die Geschäftsführung zu gewinnen, dort aber nicht entscheidend mitzuwirken. Da die Begründung des Subordinationssyndikats zwischen B & C und RLB OÖ nur dazu führe, dass RLB OÖ Einblicke in die Geschäftsführung gewinne, der RLB OÖ-Vertreter aber bei der Beschlussfassung im Aufsichtsrat und in den Ausschüssen der AMAG keine entscheidende Stimme habe, werde durch die Begründung des Subordinationssyndikats keine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet. Aus diesem Grund werde kein Pflichtangebot gemäß den §§ 22 ff ÜbG ausgelöst.

Selbst wenn B & C und RLB OÖ als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren wären, sei die Ausnahme nach § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG anwendbar. Im konkreten Fall wechsele der Einfluss jenes Rechtsträgers, der den beherrschenden Einfluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf die AMAG letztlich ausüben könne, nicht. Auch aus diesem Grund löse der Abschluss der Beteiligungsvereinbarung zwischen der B & C und RLB OÖ kein Pflichtangebot gemäß den §§ 22 ff ÜbG aus. B & C verfüge derzeit über die einfache Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung und könne damit jedenfalls alle Hauptversammlungsbeschlüsse fassen, bei denen keine qualifizierte Mehrheit zwingend notwendig sei. Die Begründung des Subordinationssyndikats ändere nichts daran, dass B & C alleinige Kontrolle iSd ÜbG über die Hauptversammlung der AMAG habe.

B & C könne auch die Willensbildung im Aufsichtsrat der AMAG und in den Ausschüssen des Aufsichtsrats der AMAG alleine beherrschen. Da vertraglich sichergestellt sei, dass das Aufsichtsratsmitglied der Oberbank und der Vertreter der RLB OÖ ihr Stimmrecht immer entsprechend dem Willen der B & C ausüben, ändere die Begründung des Subordinationssyndikats nichts daran, dass B & C alleinige Kontrolle iSd ÜbG über den Aufsichtsrat und die Ausschüsse der AMAG habe.

1.2 Antrag der Parteien

Mit Schriftsatz vom 12.3.2015 beantragten B & C und RLB OÖ, die Übernahmekommission möge zur Frage, ob der Abschluss der Beteiligungsvereinbarung zwischen B & C und RLB OÖ ein Pflichtangebot auslöst, eine Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG abgeben.

2 Sachverhalt

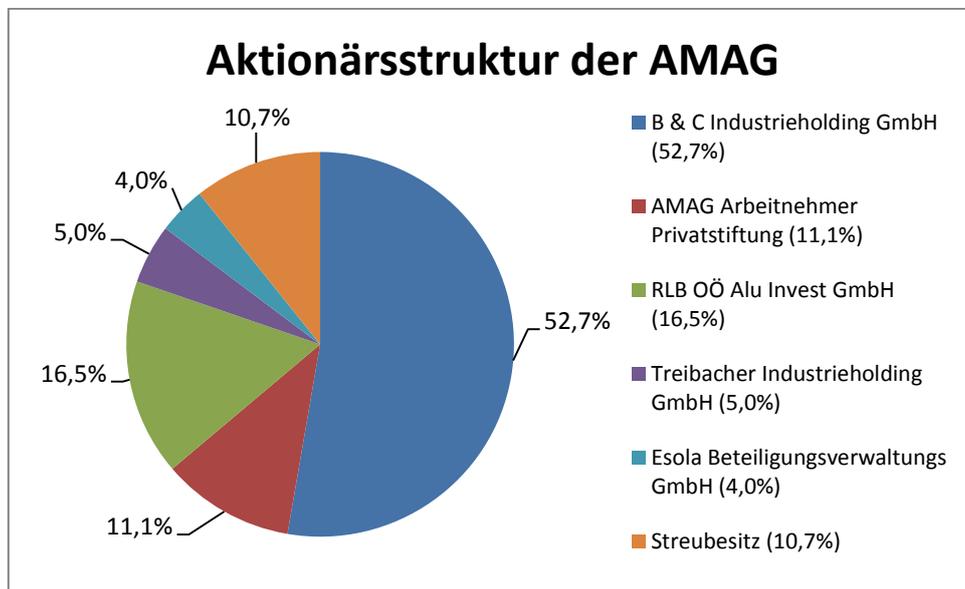
Auf Grundlage des Parteilvorbbringens geht der 1. Senat der ÜbK von folgendem Sachverhalt aus:

2.1 Zielgesellschaft

Zielgesellschaft ist die **AMAG Austria Metall AG** („AMAG“ oder „Zielgesellschaft“), eine Aktiengesellschaft mit Sitz Ranshofen, eingetragen im Firmenbuch zu FN 310593f. Das Grundkapital der Gesellschaft liegt bei EUR 35.264.000 und ist in 35.264.000 Stückaktien unterteilt. Die Aktien der AMAG (ISIN AT00000AMAG3) sind zum Amtlichen Handel zugelassen und notieren im *Prime Market* der Wiener Börse.

Der aktuelle Börsenkurs der AMAG liegt bei EUR 32,4 (Stand: 27.3.2015). Darauf basierend liegt die Marktkapitalisierung der AMAG bei rund EUR 1,143 Mrd.

Die **Aktionärsstruktur** der AMAG stellt sich wie folgt dar:



Nach der Satzung der AMAG bedürfen Beschlüsse der Hauptversammlung nur der einfachen Mehrheit der Stimmen, soweit nicht das Gesetz zwingend eine größere Mehrheit vorschreibt. In Fällen, in denen eine Kapitalmehrheit erforderlich ist, beschließt sie mit einfacher Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 16 Abs 2 Satzung der AMAG; Beilage ./1).

Der **Vorstand** der Zielgesellschaft besteht aus folgenden Personen:

- DI Helmut Wieser (Vorsitzender)
- Mag. Gerald Mayer
- Priv.-Doz. DI Dr. Helmut Kaufmann

Nach der derzeit gültigen Satzung der AMAG besteht der **Aufsichtsrat** aus *bis zu zehn* von der Hauptversammlung gewählten Kapitalvertretern und den gemäß § 110 Abs 1 ArbVG entsandten Mitgliedern. Der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft besteht derzeit aus folgenden neun Personen:

Kapitalvertreter

- Dr. Josef Krenner (Vorsitzender)
- Dr. Hanno Bästlein (erster Stellvertreter)
- DI Gerhard Falch (Stellvertreter)

Zurechenbarkeit

- B & C
- B & C
- B & C

- | | |
|-------------------------------------|------------|
| - Mag. Patrick Prügger | B & C |
| - Univ.-Prof. DI Dr. Sabine Seidler | B & C |
| - Prof. Dr. Peter Uggowitzer | B & C |
| - Dr. Franz Gasselsberger | Oberbank |
| - Otto Höfl | AMAG AN-PS |
| - Dr. Heinrich Schaller | RLB OÖ |

Nach dem Vorbringen der Antragsteller sind die ersten sechs der genannten Aufsichtsratsmitglieder der B & C zuzurechnen; Dr. Franz Gasselsberger ist Generaldirektor der Oberbank und daher dieser zuzurechnen; Otto Höfl ist der AMAG AN-PS zuzurechnen. Weiters ist Herr Dr. Heinrich Schaller als Vorstand der RLB OÖ dieser zuzurechnen. Von der Richtigkeit der Angaben der Antragsteller zur Zurechenbarkeit der Personen wird für die weiteren Ausführungen in dieser Stellungnahme ausgegangen, ohne dass diese im Detail geprüft wurden.

Zudem wurden vom Betriebsrat vier Arbeitnehmervertreter gemäß § 110 ArbVG in den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft entsandt. Gesetzlich wäre die Entsendung eines weiteren, fünften Arbeitnehmervertreters möglich, was der Stellungnahme in weiterer Folge auch zugrunde gelegt wird.

Beschlüsse des Aufsichtsrats werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei jedem Mitglied eine Stimme zukommt. Dem Leiter der Aufsichtsratssitzung kommt ein Dirimierungsrecht zu (§ 6 Abs 2 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der AMAG; Beilage ./2). Beschlüsse der Ausschüsse des Aufsichtsrats kommen unter denselben Voraussetzungen zustande (§ 9 Abs 2 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der AMAG).

Der Aufsichtsrat der AMAG hat derzeit folgende Ausschüsse gebildet:

- Nominierungsausschuss
- Vergütungsausschuss
- Prüfungsausschuss
- Ausschuss für dringende Angelegenheiten

In allen Ausschüssen stammen mindestens die Hälfte der Kapitalvertreter sowie der Ausschussvorsitzende aus der Gruppe der B&C-Aufsichtsratsmitglieder. Im Nominierungs- und Vergütungsausschuss sowie im Ausschuss für dringende Angelegenheiten stellen die B&C-Aufsichtsratsmitglieder darüber hinaus die Mehrheit aller Ausschussmitglieder (inklusive Arbeitnehmervertreter).

2.2 B & C Industrieholding GmbH

B & C Industrieholding GmbH („B & C“) ist eine GmbH mit Sitz in 1010 Wien, Universitätsring 14, eingetragen im Firmenbuch zu FN 215332s. B & C ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der B & C Privatstiftung (FN 203482p).

Über ihre 100%ige Tochtergesellschaft B & C Alpha Holding GmbH (FN 320526m) hält B & C 16.858.894 Stückaktien an der Zielgesellschaft. Über die weitere 100%ige Tochtergesellschaft B & C Pontos Holding GmbH hält B & C weitere 1.729.737 Stückaktien an der Zielgesellschaft; somit insgesamt 18.588.631 Stückaktien. Das entspricht einem Anteil des Grundkapitals von rund 52,70%.

2.3 Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft

Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft („RLB OÖ“) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in 4020 Linz, Europaplatz 1a, eingetragen im Firmenbuch zu FN 247579m, die über ihre Tochter-

gesellschaft RLB OÖ Alu Invest GmbH (FN 318908h) 5.818.560 Stückaktien an der AMAG hält. Das entspricht einem Anteil am Grundkapital von rund 16,50%.

2.4 Oberbank AG

Oberbank AG („Oberbank“) ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in 4020 Linz, Donaulände 28, eingetragen im Firmenbuch zu FN 79063w. Oberbank hält 35.264 Stückaktien an AMAG; das entspricht einem Anteil am Grundkapital von rund 0,1%.

2.5 Bestehende Syndikate im Aktionariat der AMAG

Die B & C hat mit zwei Aktionären bilaterale *Syndikatsverträge* betreffend AMAG abgeschlossen:

2.5.1 Syndikat B & C und Oberbank

Zwischen B & C und Oberbank besteht in Bezug auf die AMAG eine „Beteiligungsvereinbarung“ vom 1.2.2013 (Beilage ./3), die am 7.10.2014 mit der „Ersten Abänderungsvereinbarung“ modifiziert wurde (Beilage ./4). Dadurch wurde ein *Subordinationssyndikat* zwischen B & C und Oberbank begründet. Der Stellungnahme wird im Folgenden die Beteiligungsvereinbarung idF 7.10.2014 zugrunde gelegt.

Die Beteiligungsverhältnisse der B & C und Oberbank am gesamten Grundkapital der AMAG stellen sich wie folgt dar:

Aktionär	Stück	Anteil am GK der AMAG
B & C-Gruppe	18.588.631	52,70%
Oberbank-Gruppe	35.264	0,10%

Folgende Zahl an Aktien ist dem Syndikat unterworfen:

Aktionär	Stück	Anteil am GK der AMAG	Anteil an syndizierten Aktien
B & C-Gruppe	10.543.936	29,90%	99,70%
Oberbank-Gruppe	35.264	0,10%	0,30%
Gruppe	10.579.200	30,00%	100,00%

Bei diesem Syndikat handelt es sich um ein *Subordinationssyndikat*. Aufgrund der Beteiligungsvereinbarung ist Oberbank berechtigt, ein Mitglied des Aufsichtsrats der AMAG zu nominieren (Pkt 9.1. Beteiligungsvereinbarung). Das Nominierungsrecht für die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats steht B & C zu.

Vor jeder Hauptversammlung, Aufsichtsrats- und Aufsichtsrats-Ausschusssitzung der AMAG findet eine Sitzung der Syndikatpartner statt (Pkt 6.2. Beteiligungsvereinbarung), in der beschlossen wird, wie im Aufsichtsrat und in den Ausschüssen das Stimmrecht ausgeübt werden soll (Pkt 7.2. Beteiligungsvereinbarung). Bei der Fassung dieses Beschlusses richten sich die Anzahl der Stimmen von

B & C und Oberbank nach der Zahl der jeweils von den Syndikatspartnern gehaltenen und der Beteiligungsvereinbarung unterliegenden Aktien (Pkt 6.11. Beteiligungsvereinbarung).

Oberbank ist verpflichtet, ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung wie in der Syndikatsitzung vereinbart auszuüben. Überdies werden die Syndikatspartner darauf hinwirken, dass die jeweils von ihnen nominierten Mitglieder des Aufsichtsrats ihr Stimmrecht im Aufsichtsrat und in den Ausschüssen, soweit rechtlich zulässig, entsprechend dem Beschluss in der Syndikatsitzung ausüben (Pkt 8.2. Beteiligungsvereinbarung).

B & C könnte die Beteiligungsvereinbarung mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende eines Kalendermonats aufkündigen, frühestens jedoch mit Wirkung zum 31.3.2015 (Pkt. 16.2. Beteiligungsvereinbarung). Oberbank kann dieses Kündigungsrecht frühestens dann ausüben, wenn Dr. Gasselsberger aus dem Aufsichtsrat der AMAG ausgeschieden ist und nicht in der unmittelbar auf sein Ausscheiden folgenden Hauptversammlung der AMAG nochmals in den Aufsichtsrat gewählt wurde.

Es gibt zudem ein nachvertragliches Nominierungsrecht der Oberbank-Gruppe. Sollte die Beteiligungsvereinbarung zum Zeitpunkt der diesjährigen Hauptversammlung der AMAG nicht mehr bestehen, beabsichtigt B & C dennoch, Dr. Gasselsberger in den Aufsichtsrat der AMAG zu wählen (Pkt 17. Beteiligungsvereinbarung).

2.5.2 Syndikat B & C und AMAG Arbeitnehmer Privatstiftung

Zwischen B & C und der AMAG Arbeitnehmer Privatstiftung („AMAG AN-PS“) besteht ebenfalls eine „Aktionärsvereinbarung“ (Beilage ./5). Der Aktionärsvereinbarung unterliegen sämtliche derzeit gehaltenen sowie zukünftig von den Vertragspartnern erworbenen Aktien an der AMAG. Die AMAG AN-PS hält derzeit 3.922.106 Stückaktien; das entspricht einem Anteil am Grundkapital der AMAG von rund 11,1%.

Aufgrund der Aktionärsvereinbarung ist die AMAG AN-PS berechtigt, ein Mitglied des Aufsichtsrats der AMAG zu nominieren (Pkt 2. Aktionärsvereinbarung). Das Nominierungsrecht für die übrigen Aufsichtsratsmitglieder steht der B & C zu. Bei sonstigen Beschlussgegenständen ist die AMAG AN-PS in der Ausübung ihres Stimmrechts keinen Beschränkungen unterworfen.

[...]

Da Beschlüsse im Aufsichtsrat und in den Ausschüssen des Aufsichtsrats der AMAG mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden (§ 6 Abs 2 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der AMAG), hat das Aufsichtsratsmitglied der AMAG AN-PS kein Vetorecht. Im Gegensatz zur Vereinbarung zwischen B & C und Oberbank einerseits und B & C und RLB OÖ andererseits unterliegt AMAG AN-PS bzw das ihr zurechenbare Mitglied keiner Stimmbindung im Aufsichtsrat oder in den Ausschüssen.

2.6 Beabsichtigtes Syndikat B & C und RLB OÖ

Am 12.3.2015 haben B & C und die RLB OÖ eine Beteiligungsvereinbarung (Beilage ./6) [...] abgeschlossen. Diese Vereinbarung stand unter der aufschiebenden Bedingung, dass die ÜbK in einer Stellungnahme bestätigt, dass ihr Abschluss die Angebotspflicht gemäß §§ 22 f ÜbG nicht zur Folge hat.

[...]

Die Eckpunkte der **Beteiligungsvereinbarung** sehen wie folgt aus:

[...]

Die Beteiligungsverhältnisse der B & C und der RLB OÖ am gesamten Grundkapital der AMAG stellen sich wie folgt dar:

Aktionär	Stück	Anteil am GK der AMAG
B & C	18.588.631	52,70%
RLB OÖ	5.818.560	16,50%

Davon sind der Vereinbarung unterworfen (Pkt 2.3. Beteiligungsvereinbarung):

Aktionär	Stück	Anteil am GK der AMAG	Anteil an syndizierten Aktien
B & C	17.632.001	50% + 1 Aktie	81,14%
RLB OÖ	4.098.600	11,50%	18,86%
Gruppe	21.730.601	61,50% + 1 Aktie	100,00%

Hinsichtlich der **Hauptversammlungen** der AMAG sieht die Beteiligungsvereinbarung Folgendes vor:

Vor jeder Beschlussfassung in der Hauptversammlung der AMAG findet eine „BV-Sitzung“ statt (Pkt 6. und 7. Beteiligungsvereinbarung). Dort werden von den Syndikatspartnern die „BV-Beschlüsse“ gefasst (Pkt 5. Beteiligungsvereinbarung). Dabei ist auch eine Beschlussfassung im Umlaufweg oder telefonisch möglich, wenn die Syndikatspartner dies einvernehmlich festlegen.

- Alle BV-Beschlüsse kommen mit einfacher Mehrheit der Stimmen zustande (Pkt 6.9. Beteiligungsvereinbarung).
- Die Zahl der Stimmen jedes Vertragspartners richtet sich nach der Zahl der vom jeweiligen Vertragspartner gehaltenen und der Beteiligungsvereinbarung unterworfenen Aktien (Pkt 6.10. Beteiligungsvereinbarung).
- Beide Syndikatspartner müssen ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung der AMAG entsprechend den BV-Beschlüssen ausüben (Pkt 7.2. Beteiligungsvereinbarung). In Pkt 7.5. Beteiligungsvereinbarung sind Beschlussgegenstände aufgelistet, die nicht Gegenstand des Syndikats sind. Darunter finden sich vor allem Umgründungs- und finanzielle Maßnahmen, etwa die Änderung des Unternehmensgegenstands der AMAG, Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss, bedingte Kapitalerhöhungen, die Ausgabe von Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen und die Gewährung von Genussrechten, die Auflösung der AMAG, Gesellschafterausschlüsse etc.

Dabei handelt es sich nicht um Vetorechte der RLB OÖ; vielmehr sind diese Beschlussgegenstände nicht von der Syndikatsvereinbarung umfasst, womit die RLB OÖ in ihrer Stimmrechtsausübung frei ist.

Hinsichtlich der Nominierung eines Aufsichtsratsmitglieds durch RLB OÖ und dessen Stimmausübung im **Aufsichtsrat** und in den **Ausschüssen** der AMAG ist Folgendes vorgesehen:

- RLB OÖ hat das Nominierungsrecht für ein Mitglied des Aufsichtsrats der AMAG (Pkt 8.2. Beteiligungsvereinbarung). B & C hat das Nominierungsrecht für die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats, den Vorsitzenden des Aufsichtsrats und alle Ausschussvorsitzenden (Pkt 8.2., 10.1., 10.2. Beteiligungsvereinbarung). RLB OÖ hat das Recht, einen „weiteren Stellvertreter“ des Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu nominieren; das Nominierungsrecht für sonstige „weitere Stellvertreter“ sowie den ersten Stellvertreter des Vorsitzenden des Aufsichtsrats steht der B & C zu.
- RLB OÖ kann verlangen, dass das von RLB OÖ nominierte Aufsichtsratsmitglied Mitglied in jedem Ausschuss des Aufsichtsrats mit Ausnahme des Vergütungsausschusses wird (Pkt 11.1. Beteiligungsvereinbarung).
- Vor jeder Beschlussfassung im Aufsichtsrat der AMAG findet eine Beschlussfassung der Syndikatspartner statt (Pkt 9.1. Beteiligungsvereinbarung). Dasselbe gilt für Ausschusssitzungen, falls ein Vertreter der RLB OÖ Mitglied in einem Ausschuss ist (Pkt 11.1. Beteiligungsvereinbarung).
- Beide Syndikatspartner müssen im Rahmen des rechtlich Zulässigen darauf hinwirken, dass die von ihnen nominierten Mitglieder des Aufsichtsrats ihr Stimmrecht entsprechend den vor jeder Sitzung des Aufsichtsrats und jeder Ausschusssitzung zu fassenden BV-Beschlüssen ausüben (Pkt 9.2. und 11.1. Beteiligungsvereinbarung).

Die Einhaltung dieser Bestimmungen wird vertraglich abgesichert (Pkt 12. Beteiligungsvereinbarung). Übt der Vertreter der RLB OÖ sein Stimmrecht nicht entsprechend einem gefassten BV-Beschluss aus oder stimmt er für einen Beschlussantrag, obwohl kein entsprechender BV-Beschluss vorliegt, gilt Folgendes:

- RLB OÖ ist verpflichtet, über schriftliches Verlangen der B & C binnen sieben Kalendertagen eine Konventionalstrafe gemäß § 1336 ABGB [...] an B & C zu bezahlen.
- RLB OÖ ist außerdem verpflichtet, über schriftliches Verlangen der B & C längstens binnen sieben Tagen ab Aufforderung, die vom Vertreter der RLB OÖ bereits unterzeichnete Rücktrittserklärung an B & C und AMAG zu übermitteln.

Auch in jedem Fall der Beendigung der Beteiligungsvereinbarung, gleichgültig aus welchem Grund und durch welchen Vertragspartner, könnte B & C von RLB OÖ verlangen, das Rücktrittsschreiben des RLB OÖ Vertreters an B & C und AMAG zu übermitteln (Pkt 16.4. iVm Pkt 12, Pkt 17. Beteiligungsvereinbarung). Auch die Einhaltung dieser Pflicht ist durch eine Konventionalstrafe [...] abgesichert.

[...]

3 Rechtliche Beurteilung

3.1 **Gemeinsames Vorgehen zwischen B & C und RLB OÖ iSd § 1 Z 6 ÜbG**

Die Pflicht, ein öffentliches Übernahmeangebot an alle Inhaber von Beteiligungspapieren einer Zielgesellschaft zu stellen, besteht nicht nur bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch *einen* Rechtsträger. Vielmehr kann gemäß § 22a Z 1 bis 3 ÜbG auch die Begründung, Auflösung oder Änderung einer Gruppe gemeinsamer vorgehender Rechtsträger (vgl § 1 Z 6 ÜbG) die Angebotspflicht auslösen, sofern die Gruppe insgesamt eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 ÜbG an der Zielgesellschaft hält und kein Ausnahmetatbestand nach den §§ 24 f ÜbG vorliegt.

Das ÜbG sieht damit beim Abschluss von Syndikatsverträgen einen **zweistufigen Prüfungsprozess** vor. Zunächst ist zu prüfen, ob zwei oder mehrere Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vorgehen. Danach ist zu untersuchen, ob mit diesem gemeinsamen Vorgehen ein Tatbestand verwirklicht wird, der nach § 22a Z 1 bis 3 die Angebotspflicht auslöst.

Unter gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern sind gemäß § 1 Z 6 ÜbG natürliche oder juristische Personen zu verstehen, die mit dem Bieter auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben, insbesondere durch Koordination der Stimmrechte. Der Begriff der Absprache umfasst alle Formen von Absprachen zwischen Aktionären unabhängig von ihrer Form oder ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit (vgl *Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz* § 1 Rz 54 f). § 22a ÜbG sorgt daher für ein System der „Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangskontrolle“ (*Diregger/Kalss/Winner, Das österreichische Übernahmerecht*² [2007] Rz 198 ff). Liegt eine Absprache über die Ausübung der Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats vor, wird bereits gesetzlich vermutet, dass die beteiligten Rechtsträger gemeinsam vorgehen (§ 1 Z 6 letzter Satz ÜbG). Das gilt nicht nur für die Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, sondern auch für die Vereinbarung von *Nominierungsrechten* (GZ 2013/3/3-27; 2011/3/2-15).

Damit erfüllt die Beteiligungsvereinbarung zwischen B & C und der RLB OÖ die gesetzliche Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG. Die Vermutung kann jedoch widerlegt werden. Nach der Entscheidungspraxis der Übernahmekommission gilt die Vermutung insbesondere dann als widerlegt, wenn der Zweck der Absprache lediglich in der Begründung einer Minderheitsposition im Aufsichtsrat liegt. Demnach ist die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens widerlegt, wenn Minderheitsaktionären lediglich eine Überwachungsmöglichkeit im Aufsichtsrat eingeräumt werden soll und sich dadurch nichts an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat sowie an der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisher kontrollierenden Aktionär ändert (GZ 2014/1/8-74; GZ 2011/3/2-15; GZ 2009/1/3-31).

Die Antragsteller bringen vor, dass diese Entscheidungspraxis auf den vorliegenden Fall anwendbar sei. Durch den Abschluss der Beteiligungsvereinbarung zwischen B & C und RLB OÖ werde daher keine Gruppe gemeinsamer vorgehender Rechtsträger begründet und löse schon deshalb kein Pflichtangebot gemäß den §§ 22 ff ÜbG aus. Der 1. Senat teilt diese Auffassung nicht. Zwar könnte eine isolierte Betrachtung der Beteiligungsvereinbarung von B & C und RLB OÖ diesen Schluss nahelegen; dabei würde jedoch außer Acht gelassen, dass bereits eine sternförmige Syndikatsstruktur in Hinblick auf AMAG besteht. Diese wurde von B & C begründet, indem mit zwei weiteren Aktionären jeweils ein eigenständiger Syndikatsvertrag abgeschlossen wurde. RLB OÖ, Oberbank und AMAG AN-PS sind zwar nicht formell in einem gemeinsamen Syndikatsvertrag, jedoch aufgrund der sternförmigen Syn-

dikatsstruktur mittelbar miteinander verbunden. Diese Rechtsträger bilden daher eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG. Das entspricht auch der bisherigen Entscheidungspraxis der Übernahmekommission (vgl GZ 2014/1/10-28). Sähe man dies anders, könnte die Qualifikation als gemeinsam vorgehende Rechtsträger durch sternförmige Syndikatskonstruktionen relativ unproblematisch umgangen werden: Man würde einfach nicht mehr einen gemeinsamen Syndikatsvertrag abschließen, sondern der kontrollierende Aktionär trifft mit jedem Rechtsträger gesonderte Vereinbarungen.

Zwischenergebnis: B & C, Oberbank, AMAG AN-PS und RLB OÖ sind nach Abschluss des Syndikatsvertrags zwischen B & C und RLB OÖ als Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren.

3.2 Änderung der Willensbildung nach § 22a Z 3 ÜbG

Damit ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es durch den Abschluss des Syndikatsvertrags zwischen B & C und RLB OÖ und dem damit einhergehenden Eintritt der RLB OÖ in die Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger rund um B & C zu einer Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG kommt, weil die Willensbildung nun von einem anderen Rechtsträger beherrscht werden kann. Hierbei handelt es sich um einen Fall der *Durchgangskontrolle*. Dabei ist die Änderung der Kontrollverhältnisse innerhalb der Gruppe bereits auf Tatbestandsebene und nicht erst auf Ebene der Legalausnahmen in § 24 ÜbG *materiell* zu prüfen ist (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 196 und 203). Die Ausnahme des § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG ist daher nicht einschlägig, da sich diese nur auf die *Bildung* und *Auflösung* einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger bezieht (§ 22a Z 1 und 2 ÜbG). Dessen ungeachtet ist der 1. Senat der Ansicht, dass **die Angebotspflicht nicht besteht**:

Bei der Beurteilung, ob ein Kontrollwechsel vorliegt, spielen **qualitative und quantitative Änderungen** eines bestehenden Syndikatsvertrags eine wesentliche Rolle (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 13; *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz [2003] 225 ff; *ders*, Neues zum gemeinsamen Vorgehen [Acting in Concert] nach dem Übernahmegesetz, in FS-Aicher 175 [177]). Einfluss können etwa die Änderung der personellen Zusammensetzung, Anteilsverschiebungen, die Einräumung von Veto- oder Nominierungsrechten (vgl dazu GZ 2013/3/3-27) sowie die Änderung von Beschlussfassungsmechanismen haben. Es kommt somit darauf an, ob und inwieweit die Willensbildung der Gruppe Gegenstand der Änderung ist (vgl GZ 2002/3/4-18) und ob sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Machtverhältnisse in der Gruppe ändern (vgl GZ 2000/1/1-19). Anteilsverschiebungen spielen in personalistisch geprägten Syndikaten grundsätzlich eine geringere Rolle, können aber bei kapitalistisch ausgerichteten Stimmbindungsverträgen relativ leicht zu einer qualitativ wesentlichen Änderung führen (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 203 mwN).

Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen, nach denen die Änderung des Syndikats zu einem Kontrollwechsel führt, nicht erfüllt: Nach der Präambel der Beteiligungsvereinbarung (Pkt 2.8.) von B & C und RLB OÖ ist beabsichtigt, dass der RLB OÖ über ihren Vertreter ermöglicht wird, ihre Meinung zu den im Aufsichtsrat sowie in den Ausschüssen des Aufsichtsrats der AMAG diskutierten Maßnahmen zu äußern. Vor der Entscheidung in den jeweiligen Gremien soll mit der RLB OÖ über diese Maßnahmen beraten und abgestimmt werden. Der Syndikatsvertrag soll der RLB OÖ also ein reines Informationsmandat im Aufsichtsrat der AMAG verschaffen. Dieses Ziel deckt sich mit dem Inhalt der Beteiligungsvereinbarung. RLB OÖ kommen im Syndikat keine Veto- oder Zustimmungsrechte zu bestimmten Beschlussgegenständen in der Hauptversammlung, im Aufsichtsrat oder in den

Ausschüssen der AMAG zu. Vielmehr handelt es sich um ein kapitalistisch ausgestaltetes Syndikat, in dem B & C mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit der mit Abstand dominierende Syndikatspartner ist.

Nach der Judikatur der ÜbK liegt **keine Änderung der Willensbildung** vor, wenn dem kontrollierenden Aktionär – hier: B & C – weiterhin das Nominierungsrecht für die **Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats** zusteht (GZ 2014/1/10-25; GZ 2011/3/2-15). Auch das ist im vorliegenden Fall erfüllt: Nach der Satzung der AMAG besteht der Aufsichtsrat aus bis zu zehn Kapitalvertretern. Dieses Kontingent ist derzeit nicht ausgeschöpft: Es gibt neun Kapitalvertreter, von denen sechs der B & C zuzurechnen sind. Berücksichtigt man die Anzahl der Stimmen der möglichen Arbeitnehmervertreter bei der hier gewählten Anzahl der Kapitalvertreter, könnten freilich zusammen mit den übrigen Kapitalvertretern auch Beschlüsse gegen den Willen der B & C gefasst werden. Wird der RLB OÖ wie vorgesehen ein Vertreter im Aufsichtsrat und in den Ausschüssen der AMAG eingeräumt, bleiben die bestehenden Kontrollverhältnisse im Aufsichtsrat dennoch *unverändert*. Denn B & C kann aufgrund der Ausgestaltung der Syndikatsverträge durchsetzen, dass sowohl das Stimmrecht des von Oberbank als auch jenes des von RLB OÖ nominierten Mitglieds nach ihrem Wunsch ausgeübt wird, was durch die Mehrheit in der zwingend vor Aufsichtsrats- und Ausschusssitzungen durchzuführenden Syndikatsversammlung sichergestellt wird. Überdies werden diese Maßnahmen durch Konventionalstrafen und die Rücktrittspflicht des jeweiligen Mitglieds der RLB OÖ und der Oberbank abgesichert, sofern abweichend von der Vereinbarung abgestimmt wird.

Somit stehen nach Abschluss des Syndikatsvertrags sechs Mitglieder des Aufsichtsrats, nämlich fünf Arbeitnehmervertreter und der Kapitalvertreter der AMAG AN-PS, acht Kapitalvertretern gegenüber, die hinsichtlich ihres Stimmverhaltens der Sphäre der B & C zuzurechnen sind.

Ergebnis: Es kommt zu keiner Änderung der Willensbildung, sodass die Gruppe der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger nicht von einem anderen Rechtsträger sondern weiterhin von B & C beherrscht werden kann. Es besteht daher keine Angebotspflicht nach § 22a Z 3 ÜbG.

4 Unverbindlichkeit der Stellungnahme

Abschließend weist der 1. 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 – soweit nicht im Einzelnen anders dargelegt – von der Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Antragstellern vorgelegten Informationen ausgegangen ist.

Wien, am 1.4.2015

Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
(Vorsitzender des 1. Senats)