



*[geringfügig redaktionell verändert]*

**GZ 2018/1/6-25**  
**(ERSTE)**

Der 1. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner im Beisein der Mitglieder Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und RA Dr. Georg Legat (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag gemäß § 29 Abs 1 ÜbG der DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung vom 9.7.2018 unter Berücksichtigung der anschließenden Ergänzungen des Antrags die folgende

## **S T E L L U N G N A H M E**

ab:

**Die Beteiligung der Erste Mitarbeiterbeteiligung Privatstiftung an der Erste Bank Group AG ist für die Beurteilung eines groben Missverhältnisses der Stimmrechtsmacht innerhalb des Syndikats der ERSTE Privatstiftung zuzurechnen, solange die der Übernahmekommission dargestellte Struktur der Stiftungsorgane beibehalten wird.**

## **B E G R Ü N D U N G**

### **A. SACHVERHALT**

1. DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung („**Antragstellerin**“ oder „**ERSTE PS**“) brachte am 9.7.2018 einen Antrag auf Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG bei der Übernahmekommission („**ÜbK**“) ein. Gleichzeitig ersuchte sie um Erstreckung der vierwöchigen Frist für die Stellungnahme zwecks Möglichkeit einer Beratung mit der ÜbK. Der Antrag wurde mit Schriftsätzen vom 22.8.2018, vom 7.9.2018 und vom 13.9.2018 ergänzt, mit Schriftsatz vom 7.9.2018 wurde der

Wortlaut des Antrags eingeschränkt und mit Schriftsatz vom 28.9.2018 wurde Punkt 2 des Antrags zurückgezogen.

Nachfolgend wird der Sachverhalt des Antrags zusammengefasst wiedergegeben:

## I. Allgemeines

2. Erste Group Bank AG („**ERSTE Group**“) ist eine österreichische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift Am Belvedere 1, 1100 Wien. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt derzeit EUR 859.600.000 und ist in 429.800.000 Stückaktien zerlegt, die zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *Prime Market* notieren. Die ERSTE Group unterliegt daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollenwendungsbereich des ÜbG.
3. Der **Vorstand** der ERSTE Group besteht derzeit aus Mag. Andreas Treichl (Vorsitzender), Dr. Peter Bosek, Dipl. Ing. Petr Brávek, Willibald Cernko, Mag. Gernot Mittendorfer und DI. Jozef Síkela.
4. Der **Aufsichtsrat** der Erste Group besteht aus siebzehn Mitgliedern, wobei davon elf Kapitalvertreter und sechs Arbeitnehmervertreter sind:
  - **Kapitalvertreter:** Dipl. Ing. Mag. Friedrich Rödler (Vorsitzender), Mag. Jan Homan (1. stv. Vorsitzender), Dipl. Ing. Maximilian Hardegg (2. stv. Vorsitzender), Dr. Elisabeth Bleyleben-Koren, Dr. Gunter Griss, Dr. Jordi Gual, Mag. Marion Khüny, CFA, Dr. Elisabeth Krainer Senger-Weiss, Brian Deveraux O'Neill, Mag. Dr. Wilhelm Rasinger und John James Stack.
  - **Arbeitnehmervertreter:** Barbara Pichler, Mag. Andreas Lachs, MBA, Karin Zeisel, Mag. (FH) Markus Haag, Mag. (FH) Regina Haberhauer und Ing. Jozef Pinter.
5. Die Satzung der Erste Group sieht gemäß § 22 Abs 2 iVm § 27 Abs 1 Z 1 ÜbG eine Herabsetzung der formellen Kontrollschwelle zur Erlangung einer kontrollierenden Beteiligung von 30% auf 20% vor.
6. Aus nachfolgender Tabelle ist die derzeitige der ÜbK bekannt gegebene Beteiligungshöhe der ERSTE PS und der anderen im Syndikat mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträger an der ERSTE Group ersichtlich:

Rechtsträger	Aktienanzahl	% am Grundkapital	% Stimmen
ERSTE PS	27.911.956	6,49%	6,51%
Sparkassen Beteiligungs GmbH & Co KG („ <b>Sparkassen KG</b> “)	39.199.356	9,12%	9,14%
Sparkasseninstitute („ <b>Sparkassen</b> “)	1.137.582	0,26%	Stimmrechte ruhen
Sparkassenstiftungen und Anteilsverwaltungssparkassen („ <b>SpkSt/AVS</b> “)	3.169.505	0,73%	0,74%
Wiener Städtische Wechselseitiger Versicherungsverein („ <b>WSW</b> “)	13.234.884	3,08%	3,09%
Caixabank S.A. („ <b>Caixabank</b> “)	42.634.348	9,92%	9,95%
<b>Alle Syndikatspartner insgesamt</b>	<b>127.287.631</b>	<b>29,60%</b>	<b>29,43%</b>

Stand 9. Juli 2018 (gem Antrag der ERSTE PS auf Stellungnahme)

7. Laut Unternehmenswebsite der ERSTE Group verfügen auch noch BlackRock Inc. mit 4,2% und T. Rowe Price Group Inc. mit 4,0% über eine meldepflichtige Beteiligung an der ERSTE Group (Stand 17.9.2018); dazu liegen gemäß OAM Issuer Info der OeKB auch entsprechende Beteiligungsmeldungen vor.

## II. Mitarbeiterprivatstiftung

### II.1. Vorbringen der Antragstellerin zur Mitarbeiterprivatstiftung

8. Mit Schriftsatz vom 9.7.2018 teilte die Antragstellerin mit, dass die ERSTE Group die Errichtung einer Privatstiftung für Mitarbeiter („**Mitarbeiter PS**“) plane. Am 26.8.2018 fand zwischen der Antragstellerin und der Übernahmekommission eine Besprechung statt, in der die Antragstellerin unter Vorlage der Stiftungsurkunde die bereits erfolgte Errichtung der Mitarbeiter PS unter dem Namen „Erste Mitarbeiterbeteiligung Privatstiftung“ mitteilte. Ziel dieser Stiftung sei der Erwerb von Aktien an der ERSTE Group zwecks (vergünstigter) Ausgabe an Mitarbeiter. Dabei sollen Mitarbeiter der ERSTE Group und verbundener Unternehmen das Eigentum an Aktien der ERSTE Group erhalten, wobei die Verwahrung, Verwaltung und Ausübung der Stimmrechte der Aktien treuhändig durch die Mitarbeiter PS erfolgen soll. Mittelfristig sei geplant, dass die Mitarbeiter PS einen Anteil von bis zu zwei Prozent der Stimmrechte an der ERSTE Group aufbauen soll.

## II.2. Stiftungszweck der Mitarbeiter PS

9. Laut Stiftungsurkunde dient der Stiftungszweck der Mitarbeiter PS ausschließlich und unmittelbar dem Zweck,
- der unentgeltlichen oder verbilligten Abgabe von Aktien an Arbeitgebergesellschaften gemäß § 4d Abs. 5 Z1 EStG an die Begünstigten;
  - der treuhändigen Verwahrung und Verwaltung von Aktien der Begünstigten;
  - der einheitlichen Ausübung der von den Begünstigten übertragenen, mit den treuhändig verwahrten und verwalteten Aktien verbundenen Stimmrechte;
  - dem Erwerb und dem vorübergehenden Halten von Aktien an den Arbeitgebergesellschaften gemäß § 4d Abs. 5 Z 1 EStG über einen mehrjährigen Zeitraum bis zu einem Anteil von 10% der Stimmrechte zum Zweck der unentgeltlichen oder verbilligten Abgabe an die Begünstigten, wobei die Abgabe planmäßig erfolgen muss.

## II.3. Organisationsstruktur der Mitarbeiter PS

10. Der Stiftungsurkunde ist zu entnehmen, dass die Willensbildung der Mitarbeiter PS durch zwei Organe – nämlich den **Stiftungsvorstand** und den **Stiftungsbeirat** – erfolgen soll.

### II.3.1. Stiftungsvorstand

11. Insgesamt umfasst der Stiftungsvorstand drei Mitglieder. Ein Mitglied des Stiftungsvorstands wird für die Dauer von bis zu zwei Jahren durch die ERSTE Group entsandt. Ein zweites – ähnlich ausgestaltetes – Entsendungsrecht besteht für die innerbetrieblich bestehenden Arbeitnehmervertretung der ERSTE Group und der Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG („EböS“) gemeinsam. Das dritte Mitglied des Stiftungsvorstands wird vom Stiftungsbeirat bestellt. Das vom Stiftungsbeirat entsandte Mitglied muss entweder ein ehemaliges Vorstandsmitglied oder ein ehemaliger Arbeitnehmer einer Arbeitnehmergeellschaft gemäß § 4d Abs 5 Z 1 EstG der ERSTE Group oder eines verbundenen Unternehmens sein.

### II.3.2. Vorbringen der Antragstellerin zum Stiftungsvorstand

12. Die oben genannten Bestell- oder Entsendungsmodalitäten würden laut Antragstellerin dazu führen, dass insgesamt zwei der drei Mitglieder des **Stiftungsvorstands** der ERSTE PS mittelbar zuzurechnen wären: das von der ERSTE Group entsandte Mitglied aufgrund der Kontrolle der ERSTE PS über die ERSTE Group und das vom Stiftungsbeirat bestellte Mitglied, da der Stiftungsbeirat von der ERSTE PS kontrolliert werde. Laut der Stiftungsurkunde der Mitarbeiter PS werden Beschlüs-

se mit einfacher Mehrheit gefasst. Zudem habe die ERSTE PS mittelbar über die ERSTE Group die Möglichkeit, die Stiftungserklärung der Mitarbeiter PS jederzeit zu ändern.

### **II.3.3. Stiftungsbeirat**

13. Neben dem Stiftungsvorstand ist als zweites willensbildendes Organ der Mitarbeiter PS der Stiftungsbeirat – bestehend aus insgesamt fünf Mitgliedern – eingerichtet, die jeweils für die Dauer von bis zu zwei Jahren entsandt werden. Jeweils eines der fünf Beiratsmitglieder wird von der ERSTE PS bzw von der ERSTE Group entsandt. Ein weiteres Mitglied wird vom Verantwortlichen der Internen Revision der ERSTE Group entsandt, wobei er sich auch selbst entsenden kann. Ein viertes Beiratsmitglied wird von der innerbetrieblich bestehenden Arbeitnehmervertretung der ERSTE Group entsandt. Das fünfte Mitglied des Stiftungsvorstands wird von der innerbetrieblichen Arbeitnehmervertretungen der EböS entsandt.
14. Die Beschlussfähigkeit des Stiftungsbeirates liegt vor, wenn zumindest vier Mitglieder – darunter der von der ERSTE Group entsandte Vorsitzende oder dessen Stellvertreter – anwesend oder vertreten sind. Die Beschlussfassung erfolgt mit einfacher Stimmenmehrheit, wobei der Vorsitzende des Stiftungsbeirates ein Dirimirungsrecht hat.

### **II.3.4. Vorbringen der Antragstellerin zum Stiftungsbeirat**

15. Im Ergebnis würden die Entsendungsregelungen der Stiftungsbeiräte nach Ansicht der Antragstellerin dazu führen, dass der **Stiftungsbeirat** von der ERSTE PS **beherrscht** werde, da drei der fünf Beiratsmitglieder der ERSTE PS – mittelbar oder unmittelbar – zuzurechnen seien. Die der ERSTE PS zuzurechnenden Beiratsmitglieder seien jene, die direkt von der ERSTE PS, der ERSTE Group und dem Verantwortlichen der Internen Revision der ERSTE Group entsandt werden. Zudem behalte sich die ERSTE Group laut Stiftungsurkunde der Mitarbeiter PS das Recht vor, die Stiftungserklärung einseitig abzuändern, was als ein wesentliches Kontrollelement zu werten sei.

## **B. ANTRAG**

16. Die ERSTE PS beantragte mit Schriftsatz vom 9.7.2018 die Erstattung einer Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG zur Bestätigung ihrer Rechtsansicht, dass der ERSTE PS für die Beurteilung des groben Missverhältnisses der Stimmrechtsmacht innerhalb des Syndikats die Kapitalbeteiligungen und Stimmrechte der Mitarbeiter PS zuzurechnen sind, da diese von der ERSTE PS auch ohne Syndikatsvertrag beherrscht wird, solange die dargestellte Grundstruktur der Stiftungsorgane beibehalten wird. Antragspunkt 2 wurde zurückgezogen.

## C. RECHTLICHE BEURTEILUNG

### I. Vorbemerkungen

17. Die von der Antragstellerin beehrte Beantwortung der Frage der Beherrschung hängt eng mit der Klärung der Zuordnung der Syndikatspartner zum inneren bzw äußeren Kreis der von der ERSTE PS beherrschten Rechtsträger zusammen. Durch die Gegenüberstellung der Syndikatspartner ist zu beurteilen, ob im Syndikat ein grobes Missverhältnis zwischen der Höhe der Beteiligung des vermeintlich kontrollierenden Aktionärs einerseits und dessen Stimmrechtsmacht andererseits vorliegt. Um diese Fragen beantworten zu können, ist es notwendig, den Zweck und die Grundlage der Zurechenbarkeit sowie der Beherrschung zu durchleuchten.

### II. Grobes Missverhältnis als Änderung einer Gruppe gemäß § 22 iVm § 22a Z 3 ÜbG

18. Die ERSTE PS kontrolliert die ERSTE Group (ÜbK GZ 2014/1/10 [ERSTE]; GZ 2016/1/5 [ERSTE]). Im Jahr 2001 betrug der Anteil am Grundkapital der ERSTE Group noch über 40%, aus wirtschaftlichen Gründen hat die ERSTE PS jedoch in den Vorjahren einen Großteil ihrer Aktien veräußert. Ihr Anteil reduzierte sich zuletzt bis auf 6,49%.
19. Die ERSTE PS war bestrebt, ihre Stellung als Kernaktionärin der ERSTE Group zu stärken. Zu diesem Zwecke hat sie mehrere sternförmige Syndikatsverträge abgeschlossen (siehe ÜbK GZ 2014/1/10 [ERSTE]; GZ 2016/1/5 [ERSTE]). Nach Abschluss der Syndikatsverträge stellte der 1. Senat im Rahmen einer Stellungnahme (ÜbK GZ 2014/1/10 [ERSTE]) fest, dass
- die Anteilsverwaltungssparkassen und Sparkassenstiftungen,
  - die Sparkassen KG,
  - die Sparkassen Beteiligungs GmbH,
  - die Sparkassen als Mitglieder des Haftungsverbunds III,
  - die CaixaBank und
  - der WSW

eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründen. Eine Angebotspflicht wurde dadurch jedoch nicht ausgelöst, da der 1. Senat zum Ergebnis gelangte, dass die ERSTE PS auch nach Abschluss dieser sternförmig vereinbarten Syndikatsverträge weiterhin die kontrollierende Aktionärin innerhalb der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger ist.

20. Der Senat betonte allerdings, dass diese Einschätzung bloß eine Momentaufnahme darstellt. Die ERSTE PS hat im Syndikat deutlich an Stimmgewicht verloren und eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse innerhalb einer Gruppe kann gemäß §

22 Z 3 ÜbG insbesondere auch dann eine Angebotspflicht auslösen, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen der Höhe der Beteiligung des vermeintlich kontrollierenden Aktionärs einerseits und dessen Stimmrechtsmacht andererseits, die durch den Abschluss von Syndikatsverträgen gesichert wird, vorliegt (ÜbK GZ 2003/1/4). Dadurch könnte ein mit einer Angebotspflicht verbundener Kontrollwechsel verschleiert werden, zumal es nicht den Erfahrungen des Wirtschaftslebens entspricht, dass ein Gesellschafter, dessen Beteiligung sich im Verhältnis zu seinen Syndikatsvertragspartnern wesentlich erhöht, die Kontrolle über die Gesellschaft dem anderen Vertragspartner (weiterhin) überlässt.

21. Um diese Frage beurteilen zu können, ist somit zu hinterfragen, ob ein grobes Missverhältnis zwischen der Höhe der Beteiligung des vermeintlich kontrollierenden Aktionärs einerseits und dessen Stimmrechtsmacht andererseits vorliegt. Im Bescheid zu GZ 2016/1/5 stellte die ÜbK dafür auf die Stimmrechte ab, die von der ERSTE PS auch *ohne Syndikatsvertrag* beherrscht werden (innerer Kreis). Die so ermittelte Stimmrechtsmacht wurden sodann jenen Stimmrechten gegenübergestellt, die durch die Aktien jener Syndikatspartner vermittelt werden, die nicht von der ERSTE PS unabhängig von einem Syndikatsvertrag beherrscht werden (äußerer Kreis). Der Senat hielt damals fest, dass die Frage, wann ein grobes Missverhältnis vorliegt, grundsätzlich auf Basis dieser Gegenüberstellung nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist.

### **III. Mitarbeiter PS**

22. Die Antragstellerin begehrt für die Beurteilung des groben Missverhältnisses die Stellungnahme der ÜbK, dass die Stimmrechte der Mitarbeiter PS von der ERSTE PS auch ohne Syndikatsvertrag beherrscht werden.

#### **III.1. Beherrschung von Privatstiftungen**

23. Wenngleich Privatstiftungen stiftungsrechtlich eigentümerlos sind (*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 7/25), ist die Beherrschung einer Privatstiftung durch einen oder mehrere Rechtsträger nicht ausgeschlossen. Dies anerkennt auch das ÜbG, das gemäß § 24 Abs 3 Z 3 und § 25 Abs 1 Z 5 ÜbG eine Ausnahme von der Angebotspflicht für einzelne Fälle vorsieht, in denen Aktien auf eine Privatstiftung übertragen werden. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass Privatstiftungen trotz Eigentümerlosigkeit in ähnlicher Weise beherrscht werden können wie sonstige Gesellschaften (*Gall* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 36; *Arnold/Schuster*, Übernahmerechtliche Folgen einer Änderung der Stiftungserklärung und von Verschiebungen bei Stifterrechten, GesRZ 2007, 303); dies ist zwar nicht über eine direkte Beteiligung, jedoch über Einflussnahme auf die Stiftungstätigkeit möglich.

24. Maßgeblich für die Kontrolle über eine Privatstiftung ist der Einfluss auf die Geschäftsführung und damit auf die Willensbildung der Privatstiftung. Dieser Einfluss lässt sich idR über die Stiftungsurkunde bzw -zusatzurkunde sicherstellen (siehe dazu auch *Gall* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 36). Weitere Möglichkeiten der Einflussnahme können zB in Kontroll- oder Aufsichtsrechten und im Recht auf Bestellung oder Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands (oder anderer Willensbildungsorgane) liegen (*Arnold/Schuster*, Übernahmerechtliche Folgen einer Änderung der Stiftungserklärung und von Verschiebungen bei Stifterrechten, GesRZ 2007, 306; *Hofmann*, Der mittelbare Beteiligungserwerb durch eine beherrschte Privatstiftung im Übernahmegesetz (ÜbG) nach dem Übernahmerechtsänderungsgesetz 2006 (ÜbRÄG), GesRZ 2007, 186), aber auch oder im Vorbehalt der Änderung der Stiftungsurkunde oder des Widerrufs der Stiftung (GZ 2001/1/3). Dabei sind die Umstände des Einzelfalls in einer Gesamtbetrachtung zu würdigen (GZ 2001/1/3; *Arnold/Schuster*, Übernahmerechtliche Folgen einer Änderung der Stiftungserklärung und von Verschiebungen bei Stifterrechten, GesRZ 2007, 304).

### **III.2. Beherrschung der Mitarbeiter PS**

25. Zu prüfen ist, ob die beiden willensbildenden Organe der Mitarbeiter PS – der Stiftungsvorstand und der Stiftungsbeirat – derart ausgestaltet sind, dass von einer Abhängigkeit der Stiftung von der ERSTE PS auszugehen ist.

#### **III.2.1. Stiftungsvorstand**

26. Zum Stiftungsvorstand bringt die Antragstellerin vor, dass dieser von der ERSTE PS beherrscht werde. Der Stiftungsurkunde ist zu entnehmen, dass der Stiftungsvorstand aus drei Mitgliedern besteht. Die ERSTE Group, welche von der ERSTE PS kontrolliert wird (GZ 2014/1/10 [*ERSTE*]), ist berechtigt, jederzeit eine Person ihrer Wahl in den Stiftungsvorstand zu entsenden. Dabei handelt es sich um ein echtes Entsendungsrecht und kein bloßes Nominierungsrecht. Ein weiteres Mitglied des Stiftungsvorstands wird vom Stiftungsbeirat bestellt, wobei dieses Mitglied mittelbar der ERSTE PS zuzurechnen ist (siehe dazu gleich unten), und ein Mitglied wird von der Arbeitnehmervertretung der ERSTE Group und der EbÖS gemeinsam entsandt.
27. Vor diesem Hintergrund trifft es zu, dass die ERSTE PS derzeit einen kontrollierenden Einfluss auf den Stiftungsvorstand ausüben kann. Die Mehrheit der Stiftungsvorstandsmitglieder wird von der ERSTE PS kontrolliert. Ein Mitglied wird direkt von der ERSTE Group entsandt und ist somit der ERSTE PS zuzurechnen; ein weiteres wird durch die ERSTE PS mittelbar über die Wahl des von ihr aus derzeitiger Sicht kontrollierten Stiftungsbeirats kontrolliert.

### III.2.2. Stiftungsbeirat

28. Für den Stiftungsbeirat sieht die Stiftungsurkunde vor, dass dieser aus bis zu fünf Mitgliedern besteht. Alle fünf Mitglieder werden entsandt. Der Stiftungsurkunde ist zu entnehmen, dass es sich dabei um echte Entsendungsrechte und nicht bloß um Nominierungsrechte handelt.
- i. Ein Mitglied wird direkt von der ERSTE PS entsandt.
  - ii. Ein Mitglied wird von der ERSTE Group entsandt.
  - iii. Ein Mitglied wird vom Verantwortlichen der Internen Revision der ERSTE Group gemäß § 73 Abs 1 Z 11 iVm § 42 BWG entsandt.
  - iv. Ein Mitglied wird von der innerbetrieblich bestehenden gesetzlichen ArbeitnehmerInnenvertretung der ERSTE Group entsandt.
  - v. Ein Mitglied wird von der innerbetrieblich bestehenden gesetzlichen ArbeitnehmerInnenvertretung der EböS entsandt.

Die von der ERSTE PS und der ERSTE Group entsandten Mitglieder sind nach Beurteilung der ÜbK jedenfalls der ERSTE PS zuzurechnen. Gleiches gilt für das vom Verantwortlichen der Internen Revision der ERSTE Group entsandte Mitglied. Trotz der grundsätzlich in gewissem Ausmaß weisungsfreien (dazu *Schmidbauer/Ziebermayr* in *Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka*, BWG § 42 Rz 38 ff) internen Revision ist dieses Mitglied ebenso mittelbar über die ERSTE Group der ERSTE PS zuzurechnen. Dies gilt zumindest so lange, als es sich dabei um einen Arbeitnehmer der ERSTE Group handelt.

Im Übrigen führt das von der ERSTE Group entsandte Mitglied führt den Vorsitz im Stiftungsbeirat; bei Stimmgleichheit kommt ihm ein Dirimierungsrecht zu.

29. Im Ergebnis kann die ERSTE PS einen kontrollierenden Einfluss auf den Stiftungsbeirat der Mitarbeiter PS ausüben, da zumindest die Mehrheit von der ERSTE PS (mittelbar) kontrolliert wird.

### III.2.3. Änderung der Stiftungsurkunde

30. Neben den Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung einer Privatstiftung kann auch der Vorbehalt der Änderung der Stiftungsurkunde oder des Widerrufs der Stiftung ein Indiz für die Beherrschung durch einen oder mehrere Rechtsträger sein (GZ 2001/1/3; *Arnold/Schuster*, Übernahmerechtliche Folgen einer Änderung der Stiftungserklärung und von Verschiebungen der Stifterrechte, GesRZ 2007, 303 ff).

Die Stiftungsurkunde der Mitarbeiter PS sieht vor, dass sich die ERSTE Group als Stifterin ohne nähere Einschränkungen das Recht vorbehält, die Stiftungserklärung

zu ändern. Dies spricht schon per se für die Kontrolle der Zielgesellschaft und somit der ERSTE PS.

31. **Ergebnis:** Bei einer Gesamtbetrachtung der vorliegenden Umstände ist davon auszugehen, dass die Mitarbeiter PS auch ohne Syndikatsvertrag der ERSTE PS und somit dem inneren Kreis zuzurechnen ist. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass die ERSTE PS und die von ihr kontrollierte ERSTE Group derzeit maßgeblichen Einfluss auf die willensbildenden Stiftungsorgane (Stiftungsvorstand und Stiftungsbeirat) ausüben können, andererseits aber auch aus dem uneingeschränkten Recht, die Stiftungserklärung und in diesem Zusammenhang die Zusammensetzung der Organe der Stiftung jederzeit abändern zu können. Damit kommt ihr die maßgebliche Kontrolle über die Ausgestaltung und Willensbildung der Mitarbeiter PS zu.

Wien, am 08.10.2018

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner  
(Vorsitzender des 1. Senats)

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Dr. Clemens Billek  
(Leiter der Geschäftsstelle)