

Bescheid

Der 2. Senat der Übernahmekommission hat am 26. November 2001 unter dem Vorsitz von o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher im Beisein der Mitglieder Hofrat des OGH Dr. Peter Baumann (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Univ.-Doz. Dr. Hanspeter Hanreich (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gem. § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über den Antrag der B Privatstiftung (im Folgenden: B oder die Privatstiftung) wie folgt entschieden:

Spruch

1. Die Übertragung der von der C AG an der Z AG mittelbar gehaltenen qualifiziert mehrheitlichen Beteiligung am Grundkapital der Z AG auf die B ist nicht nach § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG, sondern nach § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG von der Angebotspflicht nach § 22 ÜbG befreit. Von der Anordnung eines Pflichtangebotes nach § 25 Abs 2 ÜbG wird abgesehen.
2. Gemäß 2.1. iVm 2.3. und 7.3. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission hat die B als Antragstellerin eine Gebühr von EUR 15.120,- (ATS 208.055,74) zu entrichten. Die restliche Gebühr von EUR 6.480,- (ATS 89.166,74) ist innerhalb von zehn Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer 012-20993, BLZ 20111, zu entrichten.

Begründung

1. Sachverhalt

Mit Schreiben vom ##### 2001 beantragte die B die Feststellung, dass die Übertragung der qualifiziert mehrheitlichen Beteiligung an der Z AG von der C AG auf eine Tochtergesellschaft der B gemäß § 24 ÜbG von der Stellung eines Pflichtangebotes befreit ist.

Mit ergänzendem Schreiben vom ##### 2001 beantragte die B in eventu gemäß § 25 Abs. 2 ÜbG, die Übernahmekommission möge feststellen, dass aufgrund der Übertragung der qualifiziert mehrheitlichen Beteiligung an der Z AG von der C AG auf eine Tochtergesellschaft der B kein Pflichtangebot gestellt werden muss.

Ein Gebührenvorschuss in Höhe von EUR 8.640,- wurde am ##### 2001 erlegt. Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom ##### 2001 auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Auf Grundlage der Angaben der Antragstellerin hat der 2. Senat folgenden

Sachverhalt

ermittelt:

Die Z AG ist eine in Wien börsennotierte Gesellschaft. Ihr Grundkapital von EUR ##### ist in ##### Stück Stammaktien zerlegt.

Als Folge der wirtschaftlichen Übernahme der C AG durch die D AG, die derzeit als Konzernmutter 99,9 % vom Grundkapital der C AG hält, sind nun mehrere Umstrukturierungen bzw. Beteiligungsveräußerungen im Teilkonzern der C AG geplant. Da die Verkaufsbemühungen betreffend die Beteiligung an der Z AG wegen wettbewerbsrechtlicher Bedenken der Europäischen Kommission gescheitert sind, soll die Beteiligung an der Z AG nun in eine Industrieförderung ausgliedert werden.

Zu diesem Zweck hat die C AG mit der B am ##### 2001 eine Grundsatzvereinbarung über die Einbringung einer qualifiziert mehrheitlichen Beteiligung an der Z AG gegen Gewährung von sozietären Genussrechten abgeschlossen. Danach sollen die mittelbar - über zwei 100 %-ige Tochtergesellschaften - von der C AG gehaltenen Anteile an der Z AG auf eine ebenfalls 100 %-ige Tochtergesellschaft (im Folgenden „E GmbH“) der B übertragen werden.

Als Gegenleistung für die Übertragung der Anteile an der Z AG erhält die C AG sozietäre Genussrechte iSv § 174 AktG. Die Genussrechte verbriefen im Wesentlichen sowohl eine Gewinn- als auch Substanzbeteiligung an der E GmbH. Die Inhaber der Genussrechte sind unabhängig vom Gesamtnominal mit 95 % am laufenden Gewinn und Verlust sowie am Vermögen und am Liquidationsüberschuss der E GmbH beteiligt.

Die B wurde von der C AG und die F AG errichtet, die selbst wiederum 100 %-ige Tochtergesellschaft der C AG ist. In der Stiftungserklärung sind ausdrücklich das Änderungsrecht bzw. sonstige Mitwirkungsrechte der Stifter ausgeschlossen. Eine Stiftungszusatzurkunde wurde nicht errichtet.

Der Zweck der Stiftung ist die sorgfältige Verwahrung des Vermögens der Privatstiftung, die Sicherung des wirtschaftlichen Fortbestandes und des Wachstums jener Unternehmen, an denen die Privatstiftung unmittelbar und mittelbar Beteiligungen hält oder erwirbt, sowie die Förderung des österreichischen Unternehmertums.

Organe der B sind der Stiftungsvorstand und der Stiftungsprüfer. Der erste Stiftungsvorstand wurde durch die Stifter bestellt und besteht aus dem Generaldirektor der C AG, Herrn H, und zwei weiteren Personen. In Zukunft wird sich der Stiftungsvorstand durch Kooption selbst ergänzen bzw. hilfsweise durch das Gericht bestellt werden. Die Willensbildung im Stiftungsvorstand erfolgt mit einfacher Mehrheit. Der Stiftungsvorstand hat auch über die jeweiligen Tochter- und Beteiligungsgesellschaften der Privatstiftung Aufsicht auszuüben und die wirtschaftlichen Interessen der Genussscheininhaber zu wahren.

Begünstigte der B sind die Aktionäre der D AG nach Massgabe ihrer Beteiligung.

Der C AG als Genussscheininhaber kommen umfangreiche Kontroll- und Aufsichtsrechte, jedoch keine Weisungsbefugnisse oder sonstigen Rechte zu, die einen Einfluss auf die Geschäftsführung der E GmbH rechtlich sicherstellen. Laut Genussscheinbedingungen kann die C AG ein Mitglied in den insgesamt höchstens fünfköpfigen Beirat der E GmbH entsenden. Diesem kommt in allen wichtigen Geschäftsführungsentscheidungen der E GmbH ein Zustimmungsvorbehalt zu. Die Willensbildung im Beirat erfolgt nach dem Mehrheitsprinzip.

Die Übertragung der Genussrechte an Dritte ist seitens der C AG jedenfalls innerhalb der nächsten 24 Monate nicht beabsichtigt. Außerdem befinden sich im Portefeuille der Antragstellerin keine weiteren Beteiligungen an branchengleichen Unternehmen. Zudem ist der Erwerb von weiteren Beteiligungen mit einem ähnlichen Unternehmensgegenstand wie jenem der Z AG für die nächsten zwölf Monate nicht geplant.

2. Rechtliche Beurteilung

a) Zum 1. Spruchpunkt

Die C AG hält mit qualifiziert mehrheitlicher Beteiligung am stimmberechtigten Grundkapital der Z AG eine kontrollierende Beteiligung, was nach § 22 Abs 4 ÜbG iVm § 1 der 1. ÜbV unwiderleglich zu vermuten ist. Bei Übertragung dieser kontrollierenden Beteiligung auf einen anderen Rechtsträger wäre daher grundsätzlich ein Angebot an sämtliche Beteiligungspapierinhaber der Z AG zu stellen.

Im Feststellungsantrag führt die Antragstellerin aus, dass im Falle der Einbringung der Beteiligung an der Z AG keine Angebotspflicht wegen § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG bestehe. Die C AG als bisherige Hauptaktionärin der Z AG sei aufgrund ihrer Rechtsstellung als Genussrechtsinhaberin weiterhin materiell Begünstigte der kontrollierenden Beteiligung an der Z AG. Ferner seien die Aktionäre der Konzernobergesellschaft (Aktionäre der D AG) Begünstigte der Privatstiftung. Auch im Falle einer restriktiven Auslegung von § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG bestehe eine Ausnahme von der Angebotspflicht. Diesfalls wäre zumindest eine analoge Anwendung von § 25 ÜbG geboten. Die Übertragung der kontrollierenden Beteiligung auf die B sei aus der Sicht der außenstehenden Beteiligungspapierinhaber der Z AG als nur geringfügig anzusehen.

Nach Auffassung des in der Sache erkennenden 2. Senats ist die Einbringung der Beteiligung an der Z AG in die B nicht nach § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG, sondern analog § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG von der Angebotspflicht befreit. Der 2. Senat schließt sich damit der Entscheidung GZ 2001/1/2 - 26 des 1. Senat im Ergebnis an. Folgende Gründe waren dafür ausschlaggebend:

aa) Die Ausnahmetatbestände des § 24 Abs 1 ÜbG bezwecken im Wesentlichen, den weiten Kontrollbegriff in § 22 Abs 1 ÜbG („Erlangen der kontrollierenden Beteiligung“) einzuschränken. Insbesondere sollen Sachverhalte von der Angebotspflicht ausgenommen werden, die einen Kontrollerwerb nur in formaler Hinsicht erfüllen. Demgemäß sieht § 24 Abs 1 Z 2 ÜbG in der Sache vor, dass eine kontrollierende Beteiligung beispielsweise innerhalb eines Konzerns verschoben werden kann, solange sich an den materiellen Kontrollverhältnissen wegen der fortbestehenden (unmittelbar bzw mittelbar) Beteiligungsidentität nichts ändert.

Da die Privatstiftung keine Gesellschaft iSv § 24 Abs 1 Z 2 ÜbG ist, an der eine Beteiligung iSd Kapitalgesellschaftsrechts gehalten werden kann, hat der Gesetzgeber offensichtlich mit § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG eine analoge Ausnahmebestimmung für Privatstiftungen geschaffen. Diese Ausnahmebestimmung ist sowohl auf Familien- als auch auf so genannte Industristiftungen anzuwenden (so im Ergebnis bereits GZ 2001/1/2- 26).

Somit ist nach § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG die Einbringung einer kontrollierenden Beteiligung in eine Privatstiftung von der Angebotspflicht befreit, wenn die Begünstigten ausschließlich die bisherigen Gesellschafter oder deren Angehörige sind. Der Gesetzgeber ist hier offensichtlich davon ausgegangen, dass die Stellung der Begünstigten auch die Kontinuität der Beherrschungsverhältnisse im bisherigen Umfang sicherstellt.

Der zu beurteilende Fall zeigt aber deutlich, dass die weite Gestaltungsfreiheit im Privatstiftungsrecht von der Kautelarjurisprudenz genutzt wird und in der Praxis auch häufig andere Stiftungstypen anzutreffen sind. Insbesondere steht es dem Stifter bei Errichtung der Privatstiftung frei, den Begünstigten Herrschaftsrechte (kontrollierte Stiftung; vgl dazu GZ 2001/1/3 - 27) oder auch nur Vermögensrechte einzuräumen (kontrollfreie Stiftung bzw

entmündigende Stiftung). Die vom Gesetzgeber in § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG vorgestellte und in § 24 Abs 1 Z 2 ÜbG für Gesellschaften niedergelegte Kontinuität der Beherrschungsverhältnisse kann daher wohl nur dort angenommen werden, wo die bisherigen Gesellschafter oder deren Angehörige die Privatstiftung als Begünstigte (der Privatstiftung) im bisherigen Umfang (gesellschaftergleich) kontrollieren. Nur dort ist eine Ausnahme von der Angebots- und der Anzeigepflicht zu rechtfertigen. Ob dies zutrifft, muss materiell geprüft werden (vgl auch die EB zu § 22 Abs 3 ÜbG).

Aus alledem wird deutlich, dass die Anwendung von § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG daher im gegenständlichen Fall nicht in Betracht kommt:

Erstens soll die bisherige Kontrollaktionärin der Z AG nicht Begünstigte der Privatstiftung sein, sondern übt lediglich einen – wenn auch bedeutsamen – wirtschaftlichen und rechtlichen Einfluss auf die Privatstiftung in ihrer Funktion als Genussrechtsinhaberin aus. Zweitens sind die Begünstigten der Privatstiftung nicht ausschließlich bisherige Gesellschafter oder Angehörige der Zielgesellschaft. Zwar schadet es nicht, wenn im Falle von juristischen Personen sämtliche Gesellschafter der bisherigen Gesellschafter der Zielgesellschaft als Begünstigte eingesetzt werden, allerdings muss dann strikte Beteiligungsidentität iSv § 24 Abs 1 Z 2 ÜbG bestehen. Dies liegt aber nicht vor, da die D AG-Aktionäre nur zu 99,9 % an der C AG beteiligt sind.

Durch die geplante Einbringung wird somit kein Sachverhalt verwirklicht, der nach § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG begünstigt ist.

bb) Soweit die Antragstellerin aber ausführt, dass die Einbringung der kontrollierenden Beteiligung an der Z AG aus der Sicht der Beteiligungspapierinhaber als geringfügig analog § 25 ÜbG anzusehen ist, schließt sich der 2. Senat der Rechtsansicht der Antragstellerin an.

Die Willensbildung der Privatstiftung wird betreffend die kontrollierende Beteiligung an der Z AG durch die Genussrechtsinhaberin C AG wesentlich wirtschaftlich und rechtlich beeinflusst. Dies zeigt sich schon daran, dass die B von der C AG-Gruppe errichtet wurde und daher die ersten Organe der Privatstiftung von ihr gestellt wurden. Bedeutsam ist auch, dass der Stiftungsvorstand maßgeblich die Interessen der Genussscheininhaber bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens zu berücksichtigen hat. Dazu kommen noch umfangreiche Aufsichts- und Kontrollrechte der C AG sowie das Recht zur Entsendung eines Mitgliedes in den Beirat der E GmbH.

Im Ergebnis wird der wirtschaftliche und rechtliche Einfluss der C AG auf die Privatstiftung ein gemeinsames Vorgehen von Privatstiftung und C AG begründen. Die Einbringung der kontrollierenden Beteiligung an der Z AG ist daher wertungsmäßig mit einer Aktienübertragung iSv § 25 Abs 1 Z 2 ÜbG vergleichbar; die Angebotspflicht nach § 22 Abs 1 ÜbG wäre hingegen überschießend. Insofern ist die Einbringung der kontrollierenden Beteiligung an der Z AG in die von der Privatstiftung gehaltene E GmbH nur nach § 25 Abs. 1 Z 2 ÜbG anzeigepflichtig. Die dadurch bewirkte Änderung in der Zusammensetzung innerhalb der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger ist geringfügig iSv § 25 Abs. 1 Z 2 ÜbG (dazu bereits GZ 2001/1/2- 26).

Eine Gefährdung von Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber ist nicht erkennbar. Insbesondere halten die B bzw die von ihr kontrollierten Beteiligungsgesellschaften keine Beteiligungen an anderen Gesellschaften mit vergleichbarem Unternehmensgegenstand, noch ist der Hinzuerwerb solcher Beteiligungen geplant. Die Anordnung eines Pflichtangebotes oder die Anordnung von Bedingungen oder Auflagen ist daher nicht geboten.

b) Zum 2. Spruchpunkt

Gemäß 2.1. der Gebührenordnung der Wiener Börse AG für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 5. April 2000, Nr. 146) ist für das Verfahren zur Prüfung einer Mitteilung nach § 25 ÜbG vom Bieter eine Gebühr in der Höhe von EUR 6.480,-- zu entrichten.

Nach 2.3. der Gebührenordnung hat der Bieter zusätzlich eine Gebühr in der Höhe von EUR 8.640,-- zu entrichten, wenn ein Antrag nach § 25 Abs. 2 dritter Satz gestellt wird. Ein solcher wurde mit Schreiben vom ##### 2001 gestellt.

Der Bieter hat daher insgesamt eine Gebühr in der Höhe von EUR 15.120,-- zu entrichten.

Bieter im Sinne dieser Bestimmung ist die B.

Am ##### 2001 wurde ein Gebührevorschuss in der Höhe von EUR 8.640,-- überwiesen. Dieser Betrag ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen. Der ausständige Restbetrag beträgt daher EUR 6.480,--.

Die Angabe des Endbetrages in Schilling dient gemäß § 29 Abs. 2 Euro-Währungsangabengesetz, BGBl. I Nr. 110/1999, ausschliesslich der Information der Bescheidadressaten.

Darüber hinaus hält 2.6. letzter Satz der Gebührenordnung fest, dass die Gebühr zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die Übernahmekommission zur Zahlung fällig ist. 7.3. der Gebührenordnung normiert, dass Zahlungen auf das Konto der Wiener Börse AG zu erfolgen haben.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zulässig, wobei diese Beschwerde innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erhoben werden muss und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen ist. Spätestens bei Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr von S 2.500,-- zu entrichten.

Wien, den 26. November 2001

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