



[geringfügig redaktionell verändert]

GZ 2014/1/10-28
(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 Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag gemäß § 29 Abs 1 ÜbG der DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung, der Caixa-bank S.A. sowie des Wiener Städtische Wechselseitiger Versicherungsverein – Vermögensverwaltung – Vienna Insurance Group vom 6.10.2014 und 4.11.2014 die folgende

STELLUNGNAHME

ab:

- 1. Der Abschluss der angezeigten Syndikatsverträge zwischen DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung einerseits und a) den Sparkassenstiftungen und den Anteilsverwaltungssparkassen, b) den Sparkassen, die Mitglied des Haftungsverbands III sind, c) Caixa-bank S.A. und d) Wiener Städtische Wechselseitiger Versicherungsverein – Vermögensverwaltung – Vienna Insurance Group andererseits führt nicht zur gemeinsamen Kontrolle der oben genannten Syndikatspartner über die Erste Group Bank AG und löst daher die Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG nicht aus, sofern den Sparkassen ein syndikatsvertragliches Vetorecht nur gegen solche Kapitalerhöhungen zukommt, bei denen das Bezugsrecht zu ihren Lasten ausgeschlossen ist.**
- 2. Sollten die in Punkt 1 genannten Syndikatspartner die Angebotspflicht gemäß § 22 Abs 4 ÜbG (*creeping in*) auslösen, so haften nur jene Rechtsträger, die im relevanten zwölfmonatigen Durchrechnungszeitraum Aktien erworben haben, unabhängig von allfälligen vertraglichen Vereinbarungen über Erwerbsbeschränkungen.**
- 3. Werden wie geplant kurz nach Abschluss der Syndikatsverträge 2,5% der Aktien der Erste Group Bank AG von DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung an Caixa-bank S.A. und an Sparkassen veräußert, welche die Aktien unmittelbar darauf an die Sparkassen Beteiligungs GmbH & Co KG verleihen werden, so löst dies die Angebotspflicht nicht aus.**

INHALTSVERZEICHNIS

1	Parteienvorbringen und Antragstellung	2
1.1	Parteienvorbringen.....	2
1.1.1	Schriftsatz vom 6.10.2014	2
1.1.2	Ergänzender Schriftsatz vom 4.11.2014	5
1.1.3	Ergänzender Schriftsatz vom 6.11.2014	6
1.1.4	Ergänzender Schriftsatz vom 13.11.2014	6
1.2	Anträge der Parteien	6
2	Sachverhalt	7
2.1	Involvierte Personen	7
2.1.1	Zielgesellschaft	7
2.1.2	DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung	8
2.1.3	Sparkassen Beteiligungs GmbH & Co KG	9
2.1.4	Sparkassen & Haftungsverbund	9
2.1.5	Wiener Städtische Wechselseitiger Versicherungsverein – Vermögensverwaltung – Vienna Insurance Group	10
2.1.6	Caixabank S.A.	11
2.1.7	Sparkassenstiftungen / Anteilsverwaltungssparkassen	12
2.1.8	Grafische Übersicht der involvierten Rechtsträger	12
2.2	Beabsichtigte Transaktion	13
2.2.1	<i>Restated Preferred Partnership Agreement</i> mit Caixabank	13
2.2.2	Syndikatsvertrag mit WSW	14
2.2.3	Syndikatsvertrag mit AVS/SpkS	15
2.2.4	Syndikatsvertrag mit Sparkassen.....	15
2.3	Beabsichtigte gruppeninterne Übertragungen	16
3	Rechtliche Beurteilung	16
3.1	Allgemeine Ausführungen zum gemeinsamen Vorgehen	16
3.2	Verhältnis der Sparkassen zur DIE ERSTE Privatstiftung	17
3.3	Sparkassen KG	18
3.4	Syndikatsvertrag mit Sparkassen.....	19
3.5	<i>Restated Preferred Partnership Agreement</i> mit Caixabank	20
3.6	Syndikatsvertrag mit WSW.....	21
3.7	Syndikatsvertrag mit AVS/SpkS	22
3.8	Zusammenfassende Würdigung der geplanten Syndikatsverträge	23
3.9	Erstreckung der Bieterpflichten auf gemeinsam vorgehende Rechtsträger (§ 23 Abs 3 ÜbG) beim <i>creeping in</i>	24
3.10	Gruppeninterne Übertragungen	26
4	Unverbindlichkeit der Stellungnahme	27

BEGRÜNDUNG

1 Parteienvorbringen und Antragstellung

1.1 Parteienvorbringen

1.1.1 Schriftsatz vom 6.10.2014

Mit Schriftsatz vom 6.10.2014 brachten DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung („DIE ERSTE Privatstiftung“), Caixabank S.A. („Caixabank“) und Wiener Städtische Wechselseitiger Versi-

cherungsverein – Vermögensverwaltung – Insurance Group („WSW“; alle drei gemeinsam „Antragsteller“) vor, dass DIE ERSTE Privatstiftung beabsichtige, ihre Stellung als Kernaktionärin der Erste Group Bank AG („Erste Bank“ oder „Zielgesellschaft“) zu stärken. Zu diesem Zweck beabsichtige sie, Syndikatsverträge mit weiteren Aktionären der Erste Bank abzuschließen. Ebenso sollen bestehende Syndikatsverträge geändert werden, insbesondere, indem sich bestehende Syndikatspartner dazu verpflichten, im Rahmen der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern so zu stimmen, wie es DIE ERSTE Privatstiftung verlangt.

Da sich der Kreis der mit DIE ERSTE Privatstiftung gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern deutlich erweitern werde, beabsichtige DIE ERSTE Privatstiftung mit den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern *creeping in*-Vereinbarungen abzuschließen, um zu verhindern, dass durch Zukäufe von Aktien an der Erste Bank die Angebotspflicht unbeabsichtigt ausgelöst werde. Zu diesem Zweck sollten den einzelnen Syndikatspartnern individuelle Zukaufsquoten gemäß ihrem relativen Beteiligungsausmaß zugeteilt werden, die nicht überschritten werden dürften. Wesentlicher Inhalt dieser Vereinbarungen sei, dass jeder Syndikatspartner auf Basis von § 23 Abs 3 ÜbG für ein durch *creeping in* ausgelöstes Pflichtangebot nur haften solle, wenn die Schwelle durch seinen Aktienerwerb überschritten werde.

Die Antragsteller brachten weiters vor, dass DIE ERSTE Privatstiftung einen Teil ihrer Aktien auf Grundlage von Wertpapierleihverträgen halte, die sie mit einzelnen Sparkassen und Sparkassenstiftungen abgeschlossen habe. Daraus resultiere aber kein *creeping in*, müssten doch Übertragungen innerhalb einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger außer Betracht bleiben, weil sich die Gesamtbeteiligung der Gruppe durch solche Übertragungen nicht ändere. Dies wäre nur dann anders, wenn die verleihenden Sparkassen Tochtergesellschaften der Erste Bank iSv § 228 Abs 3 iVm § 244 Abs 1 oder 2 UGB seien und das Stimmrecht aus den Aktien daher bereits gemäß § 65 Abs 5 AktG geruht hätte.

In Bezug auf die Konzernierung der **Sparkassen** brachten die Antragsteller vor, dass der Haftungsverbund II konzernrechtlich eine einheitliche Leitung der Erste Bank über die Sparkassen vermittele. Es sei unzweifelhaft, dass auf Grund der Zusatzvereinbarung eine einheitliche Leitung der Sparkassen durch Erste Bank vorliege. Es würden alle wesentlichen Elemente eines Unterordnungskonzerns vorliegen. Für das Übernahmerecht folge daraus, dass DIE ERSTE Privatstiftung und die Sparkassen gemeinsam vorgehende Rechtsträger seien, da über den Haftungsverbund ein beherrschender Einfluss auf die Sparkassen ausgeübt werden könne. Der Haftungsverbund II habe materiell Kontrolle über die Sparkassen vermittelt.

Am 1.1.2014 sei der Haftungsverbund III in Kraft getreten. Auf dessen Grundlage übe DIE ERSTE Privatstiftung einen beherrschenden wirtschaftlichen Einfluss auf die Sparkassen aus. Dazu kommen weitere Beherrschungsmöglichkeiten. Der Haftungsverbund III begründe einen Vertragskonzern; es handle sich bei den vertraglichen Grundlagen um Beherrschungsverträge. Rechtlich folge daraus, dass sämtliche Sparkassen im Haftungsverbund III als Tochtergesellschaften iSd § 228 Abs 3 iVm § 244 Abs 2 Z 3 UGB anzusehen seien, deren Stimmrechte aus Aktien an der Erste Bank gemäß § 65 Abs 5 AktG ruhen. Dennoch beabsichtige DIE ERSTE Privatstiftung, mit den Sparkassen Syndikatsverträge abzuschließen. Übernahmerechtlich wesentlich sei dabei Pkt 3.1, wonach die Sparkassen das Recht erhielten, ein Aufsichtsratsmitglied für die Erste Bank zu nominieren, sofern die Sparkassen direkt oder indirekt mehr als 4% der Stimmrechte an der Erste Bank hielten. Wenn sich die den Sparkassen zuzurechnenden Aktien auf 8% erhöhen würden, erhielten sie das Recht, zwei Aufsichtsratsmitglieder zu nominieren. Wegen der Beherrschung der Sparkassen durch Erste Bank im Wege des

Haftungsverbands III seien diese Aufsichtsratsmitglieder jedoch DIE ERSTE Privatstiftung zuzurechnen.

In Bezug auf die **Sparkassen Beteiligungs GmbH & Co KG („Sparkassen KG“)** brachten die Antragsteller vor, dass sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebe, dass die Sparkassen KG von DIE ERSTE Privatstiftung alleine beherrscht werde. DIE ERSTE Privatstiftung halte eine Stimmenmehrheit von 50,2% und könne als Alleineigentümerin der Komplementär GmbH, der Sparkassen Beteiligungs GmbH („Sparkassen GmbH“), auch Weisungen an deren Geschäftsführer erteilen.

Die Antragsteller brachten auch vor, dass mit bestimmten **Anteilsverwaltungssparkassen und Sparkassenstiftungen („AVS/SpKS“)** Syndikatsverträge abgeschlossen werden sollen, in denen sich die AVS/SpKS verpflichten, das Stimmrecht aus ihren Aktien an der Erste Bank bei Wahlen in den Aufsichtsrat wie DIE ERSTE Privatstiftung auszuüben. Damit werde ein Subordinationssyndikat begründet. Weiters solle zwischen den Parteien ein Überwachungssystem vereinbart werden, welches darauf abziele, ein durch unkontrollierte Zukäufe unbeabsichtigtes *creeping in* zu vermeiden. Zu diesem Zweck würden den AVS/SpKS Zukaufsquoten zugeteilt.

Die Antragsteller gaben bekannt, dass DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank beabsichtigen, eine **Neufassung des Preferred Partnership Agreement („RPPA“)** vom 3./4.6.2009 zu unterzeichnen. Caixabank solle bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Erste Bank so stimmen, wie dies DIE ERSTE Privatstiftung verlange. Es liege daher ein Subordinationssyndikat vor. Ferner sei ein Überwachungssystem vereinbart, das darauf abziele, durch unkontrollierte Zukäufe ein unbeabsichtigtes *creeping in* zu vermeiden; die vertraglich vereinbarte Zukaufsquote der Caixabank liege hier bei 0,6% innerhalb eines revolvingen Zeitraums von zwölf Monaten. Die Parteien hätten die Bedingungen erleichtert, unter denen Caixabank ihre Beteiligung an Erste Bank übertragen könne. Caixabank erhalte auch einen zweiten Vertreter im Aufsichtsrat, sofern ihre Beteiligung nicht unter 8,5% absinke.

Im Verhältnis von **DIE ERSTE Privatstiftung zu WSW** sei vorgesehen, den bestehenden Syndikatsvertrag vom 26./28.6.2013 neu zu fassen. WSW verpflichte sich darin, das Stimmrecht an ihren Aktien an der Erste Bank wie DIE ERSTE Privatstiftung auszuüben, sofern die Wahl von Mitgliedern des Aufsichtsrates bei der Erste Bank betroffen sei. Darüber hinaus bleibe WSW in der Ausübung des Stimmrechts frei. Damit werde ein Subordinationssyndikat begründet. Es werde ein Überwachungssystem vereinbart, welches darauf abziele, ein durch unkontrollierte Zukäufe unbeabsichtigtes *creeping in* zu vermeiden. Zu diesem Zweck sei den Parteien des Syndikatsvertrags eine Zukaufsquote zugewiesen worden. Es werde ein System von Andienungspflichten und Verkaufsbeschränkungen in Bezug auf die Aktien an der Erste Bank vereinbart.

In **rechtlicher Hinsicht** bringen die Antragsteller vor, dass durch den Abschluss des RPPA und der damit einhergehenden Qualifizierung der Caixabank als mit der DIE ERSTE Privatstiftung gemeinsam vorgehender Rechtsträger, kein Erwerb von gemeinsamer Kontrolle durch DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank erfolge, da DIE ERSTE Privatstiftung und die mit ihr bereits vor Abschluss des RPPA gemeinsam vorgehenden Rechtsträger bereits vor Abschluss des RPPA sowohl die formelle als auch die materielle Kontrolle über die Erste Bank innegehabt hätten. DIE ERSTE Privatstiftung sei zusammen mit den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern immer über der formellen Kontrollschwelle von 20% beteiligt gewesen. § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG dürfe als Ausnahmebestimmung nicht zur Begründung eines (zusätzlichen, im Gesetz nicht vorgesehenen) Übernahmetatbestands herangezogen werden. DIE ERSTE Privatstiftung habe sowohl durch das Auswahlverfahren für Aufsichtsratsmitglieder als auch durch das latent vorhandene Entsendungsrecht von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder den Aufsichtsrat weiterhin kontrolliert und diese Kontrolle bislang nie aufgegeben. Es sei

auch faktisch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen, dass der bestehende Aktionärsblock durch den Streubesitz majorisiert werde.

DIE ERSTE Privatstiftung gehe nach dem RPPA mit Caixabank sowie nach den gesonderten Subordinationsverträgen mit WSW, den Sparkassen und den Sparkassenstiftungen aufgrund der abgeschlossenen, bzw der abzuschließenden Syndikatsverträge, die sich allesamt auf die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern beziehen würden, gemeinsam vor. In Bezug auf die **Sparkassen** gelte bereits bisher gemäß § 1 Z 6 ÜbG die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens, da DIE ERSTE Privatstiftung die Erste Bank kontrolliere, deren beherrschte Tochtergesellschaften die Sparkassen seien. Dasselbe gelte für die **Sparkassen KG**, da diese von DIE ERSTE Privatstiftung alleine beherrscht werde. Da in sämtlichen Fällen die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder so zu erfolgen habe, wie dies von DIE ERSTE Privatstiftung verlangt werde (mit Ausnahme der beiden Minderheitenvertreter der Caixabank), würden Subordinationssyndikate vorliegen, die dazu führten, dass DIE ERSTE Privatstiftung die alleinige Kontrolle über die Erste Bank behalte. Es finde somit kein Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle statt.

In Bezug auf Caixabank, WSW, die Sparkassen und die AVS/SpKS gelange § 23 Abs 3 ÜbG zur Anwendung, wonach die Bieterpflichten auf die Syndikatspartner nur insofern erstreckt werden, als sie an der Kontrollerlangung mitwirken und das Stimmrecht nicht bloß nach Weisung des Beteiligten ausüben. Die Bieterpflichten würden sich daher im Falle eines *creeping in* ausschließlich auf DIE ERSTE Privatstiftung als dominierenden Syndikatspartner und das jeweils die Angebotspflicht durch Aktien-erwerbe auslösende Syndikatsmitglied von DIE ERSTE Privatstiftung erstrecken, nicht aber auf die anderen Vertragspartner.

Das RPPA sehe die Wahl eines zweiten, von der Caixabank zu nominierenden Aufsichtsratsmitglieds vor. Dies sei übernahmerechtlich unproblematisch, da die Caixabank durch das RPPA gegenüber der DIE ERSTE Privatstiftung dauerhaft subordiniert sei und der Rechtsträger, der den beherrschenden Einfluss über die Zielgesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben könne, nicht wechsele. Selbst bei der Bestellung eines zweiten Minderheitenvertreters für den größten Minderheitsaktionär behalte DIE ERSTE Privatstiftung die Kontrolle über den Aufsichtsrat, da noch immer neun von zwölf Aufsichtsratsmitgliedern, darunter der Vorsitzende und die beiden stellvertretenden Vorsitzenden, DIE ERSTE Privatstiftung zuzurechnen seien. Auch die Wahl des Kleinaktionärsvertreters durch die Kleinaktionäre beruhe nicht auf einer satzungsmäßigen Verpflichtung und könne von DIE ERSTE Privatstiftung jederzeit beendet werden, sodass dann für DIE ERSTE Privatstiftung insgesamt zehn Mandate zur Verfügung stünden. Die Willensbildung bei der Erste Bank werde daher auch nach Abschluss des RPPA von DIE ERSTE Privatstiftung beherrscht, weshalb die Ausnahme des § 24 Abs 1 ÜbG greife. Weder Caixabank noch die beiden Aufsichtsratsmitglieder hätten Zustimmungs- oder Vetorechte bei Satzungsänderungen, aber auch keine Vetorechte bei einem *Delisting*. Insgesamt sei daher von einer bloß geringfügigen Änderung der Willensbildung der Zielgesellschaft auszugehen. Überdies sei ein zweiter Minderheitsvertreter für Caixabank angemessen und aus praktischen Erwägungen erforderlich.

[...]

1.1.2 Ergänzender Schriftsatz vom 4.11.2014

Mit ergänzendem Schriftsatz vom 4.11.2014 brachte DIE ERSTE Privatstiftung zusätzlich vor, dass DIE ERSTE Privatstiftung Ende November 2014 ein weiteres Aktienpaket von rund 1,75% verkaufen werde, das von den Sparkassen übernommen werden solle. Insgesamt würden zirka 2,5% Aktien ver-

kauft. Die Differenz iHv 0,75% werde nach den Ausführungen der Antragsteller in einer Besprechung vom 5.11.2014 an Caixabank verkauft werden. Die Sparkassen, die diese Aktien kaufen, würden sie noch am selben Tag mittels Wertpapierleihvertrags an die Sparkassen KG verleihen.

Die Antragsteller führen aus, dass dies übernahmerechtlich irrelevant sei, weil es sich lediglich um eine Verschiebung innerhalb einer Gruppe von Aktionären handle. Bei wirtschaftlicher Betrachtung würden die Aktien von DIE ERSTE Privatstiftung an die Sparkassen KG übertragen. Bei der geplanten Transaktion komme es zu keinem einseitigen Auskauf eines Aktionärs, weshalb eine Gefahr der Ungleichbehandlung der Aktionäre ausgeschlossen werden könne. Die Transaktion diene auch keinem Beteiligungsabbau, da die Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger um DIE ERSTE Privatstiftung vor und nach der Transaktion dieselbe sei. Für den Fall, dass die Übernahmekommission dieser Auffassung nicht folgen könne, schließe eine direkte Lieferung der Aktien an die Sparkassen KG im Zuge des Verfügungsgeschäfts jedenfalls *creeping in* Probleme aus, weil die Stimmrechte diesfalls direkt von DIE ERSTE Privatstiftung auf die Sparkassen KG übergehen.

1.1.3 Ergänzender Schriftsatz vom 6.11.2014

Mit ergänzendem Schriftsatz vom 6.11.2014 brachte DIE ERSTE Privatstiftung zusätzlich vor, dass § 22b ÜbG formell zu sehen sei und bei Fehlen einer materiellen Kontrolle wiederum die Ausnahmebestimmung des § 24 Abs 1 ÜbG Platz greife. Im vorliegenden Fall liege daher keine Kontrollerrlangung vor, da diese voraussetze, dass zumindest vor dem passiven Kontrollerrwerb die formelle Kontrollschwelle von 20% überschritten werde. Diese Schwelle sei jedoch zu keinem Zeitpunkt unterschritten worden.

Es bestehe auch kein Grund für die Erstreckung der Bieterpflichten auf Syndikatsmitglieder, die das *creeping in* nicht selbst ausgelöst hätten, da „Mitwirkung an der Kontrollerrlangung“ iSd § 23 Abs 3 ÜbG einen aktiven und kausalen Beitrag voraussetze. Bestehe ein Weisungsrecht nur für bestimmte Teilbereiche, sei eine Befreiung von den Bieterverpflichtungen gerechtfertigt. Die Bestellung von Aufsichtsräten sei das zentrale Instrument für die Kontrollausübung durch Aktionäre und sollte daher ausreichen.

1.1.4 Ergänzender Schriftsatz vom 13.11.2014

Mit ergänzendem Schriftsatz vom 13.11.2014 ersuchten die Antragsteller die Übernahmekommission, sie möge in ihrer Stellungnahme bestätigen, dass für die Erstreckung der Bieterpflichten bei einer Angebotspflicht infolge eines *creeping in* der Hinzuerwerb von Stimmrechten innerhalb der Syndikatsgruppe irrelevant sei, weil sich daraus keine Erhöhung der Stimmrechte der Gruppe ergebe.

Die Übernahmekommission möge in der Stellungnahme auch aussprechen, dass das Verkaufen von Aktien nicht zu einer Haftung für ein Pflichtangebot führen könne.

1.2 Anträge der Parteien

Mit Schriftsatz vom 6.10.2014 beantragte DIE ERSTE Privatstiftung, die Übernahmekommission möge eine Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG abgeben, dass

- a) der Abschluss des RPPA mit Caixabank sowie der Syndikatsverträge mit WSW, Sparkassen und AVS/SpkS keine Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots auslöst;

- b) der Abschluss des RPPA mit Caixabank sowie der Syndikatsverträge mit WSW, Sparkassen und AVS/SpkS keinen Wechsel von alleiniger Kontrolle der Stiftung auf gemeinsame Kontrolle mit den jeweiligen Vertragspartnern auslöst; und
- c) § 23 Abs 3 ÜbG letzter Satz im Falle eines *creeping in* auf diejenigen mit der Stiftung gemeinsam vorgehenden Rechtsträger, die das *creeping in* nicht selbst durch Aktienerwerbe in Überschreitung der ihnen jeweils zugeteilten individuellen Zukaufrisquote ausgelöst haben, zur Anwendung gelangt, solange die jeweiligen Subordinationssyndikate aufrecht bleiben.

Mit Schriftsatz vom 4.11.2014 stellten die Antragsteller die folgenden ergänzenden Anträge:

- a) Die Übernahmekommission möge eine Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG abgeben, dass Aktienübertragungen innerhalb der Gruppe DIE ERSTE Privatstiftung – Sparkassen KG – Sparkassen übernahmerechtlich irrelevant sind;
- b) für den Fall einer negativen Stellungnahme zu litera a) in eventu, dass ein Verkauf von Aktien durch DIE ERSTE Privatstiftung an Sparkassen und unmittelbar anschließende Verleihung dieser Aktien im Rahmen von Wertpapierleihverträgen an die Sparkassen KG für die Zwecke der Berechnung der *creeping in* Schwelle gemäß § 22 Abs 4 ÜbG irrelevant ist;
- c) für den Fall einer negativen Stellungnahme zu litera a) und b), dass ein Verkauf von Aktien durch DIE ERSTE Privatstiftung an Sparkassen mit vereinbarter Lieferung der Aktien im Erfüllungsgeschäft direkt an die Sparkassen KG sowie bei Abschluss von Wertpapierleihverträgen zwischen Sparkassen und der Sparkassen KG für die Zwecke der Berechnung der *creeping in* Schwelle gemäß § 22 Abs 4 ÜbG irrelevant sind.

2 Sachverhalt

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

2.1 **Involvierte Personen**

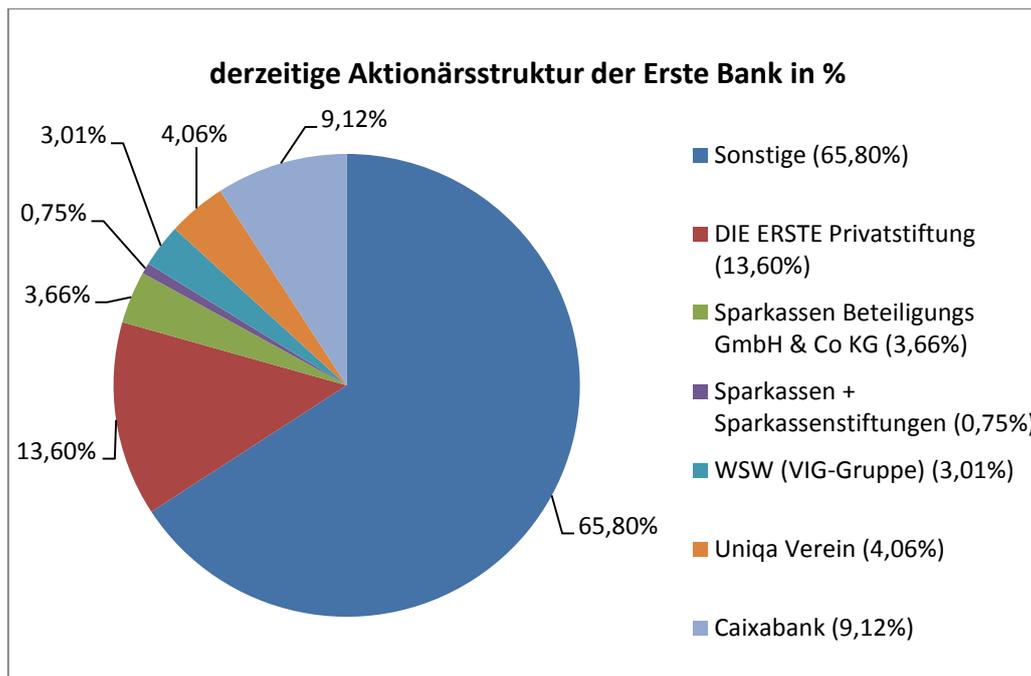
2.1.1 **Zielgesellschaft**

Erste Group Bank AG („Erste Bank“ oder „Zielgesellschaft“, FN 33209 m) ist eine österreichische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift 1010 Wien, Graben 21. 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 Bank unterliegt daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollarwendungsbereich des ÜbG. Der derzeitige Börsenkurs liegt bei EUR 20,8 (Stand: 19.11.2014). Auf dieser Basis beträgt die Marktkapitalisierung EUR 8.939.840.000.

Der **Vorstand** der Erste Bank wird derzeit von Mag. Andreas Treichl (Vorsitzender), Mag. Dr. Franz Hochstrasser, Mag. Gernot Mittendorfer, Dr. Andreas Gottschling und Herbert Juraneek gebildet.

Der **Aufsichtsrat** der Erste Bank setzt sich aus folgenden Personen zusammen: Dipl. Ing. Mag. Friedrich Rödler (Vorsitzender), Univ.-Prof. Dr. Georg Winckler (1. stv. Vorsitzender), Mag. Jan Homan (2. stv. Vorsitzender), Dr. Elisabeth Bleyleben-Koren, Mag. Bettina Breiteneder, Dr. Gunter Griss, Dr. Elisabeth Krainer Senger-Weiss, Juan María Nin Genova, Brian Deveraux O’Neill, Mag. Dr. Wilhelm Rasinger, John James Stack sowie vom Betriebsrat entsandt Friedrich Lackner, Mag. Andreas Lachs, Bertram Mach, Barbara Pichler, Karin Zeisel und Mag. Markus Haag.

Die Aktionärsstruktur bei Erste Bank stellt sich laut den Antragstellern wie folgt dar:



Die Satzung der Zielgesellschaft idF 21.5.2014 sieht in Pkt 15.1 vor, dass der Aufsichtsrat aus mindestens drei und höchstens zwölf Kapitalvertretern besteht. Laut § 6 Abs 6 der Geschäftsordnung idF 19.12.2013 des Aufsichtsrats kommt dem Vorsitzenden bei Stimmgleichheit ein Dirimierungsrecht zu, in dessen Abwesenheit der Stimme seines ersten Stellvertreters, in dessen Abwesenheit der Stimme des zweiten Stellvertreters.

Bei Erste Bank ist zudem auf eine übernahmerechtliche Besonderheit hinzuweisen: Die formelle Kontrollschwelle liegt gemäß § 22 Abs 2 ÜbG bei 30% der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte. Gemäß § 27 Abs 1 Z 1 ÜbG kann die Zielgesellschaft aber „in ihrer Satzung vorsehen, dass der Schwellenwert in § 22 Abs 2 für sie als Zielgesellschaft herabgesetzt wird“. Dies ist im vorliegenden Fall geschehen. Die Zielgesellschaft hat den Schwellenwert für das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung iSd § 22 Abs 2 iVm § 27 Abs 1 Z 1 ÜbG auf 20% herabgesetzt (vgl Pkt 10 der Satzung der Erste Bank idF 21.5.2014). Somit liegt die **Kontrollschwelle** im gegenständlichen Fall nicht wie üblich bei 30%, sondern bei **20%**.

2.1.2 DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung

DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung („DIE ERSTE Privatstiftung“; FN 72984 f) ist eine Privatstiftung, die aus einer formwechselnden Umwandlung der **österreichische Spar-Casse Anteilsverwaltungssparkasse** nach § 27a Sparkassengesetz (SpG idGF) entstanden ist. Diese Möglichkeit besteht nur für Sparkassen, die ihren operativen Betrieb zuvor in eine Sparkassen-AG eingebracht haben. Ihren Sitz hat die DIE ERSTE Privatstiftung in 1010 Wien, Friedrichstraße 10. Als Stifter gilt die österreichische Spar-Casse Anteilsverwaltungssparkasse. Da diese aufgrund der formwechselnden Umwandlung erloschen ist, werden die Stifterrechte nun durch die Vereinsversammlung des **Verein – DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Privatstiftung** („DIE ERSTE Verein“) wahrgenommen.

Mitglieder des **Stiftungsvorstandes** von DIE ERSTE Privatstiftung sind Theodora Eberle (Vorsitzende), Dr. Richard Wolf (stv. Vorsitzender), Mag. Bernhard Spalt und Franz Karl Prüller.

Die Mitglieder des **Aufsichtsrats** sind Dipl.-Ing. Peter Mitterbauer; o. Univ.-Prof. Dr. Georg Winckler (Vorsitzender); Dipl. Ing. Maximilian Hardegg; Dr. Johanna Rachinger (stv. Vorsitzende); Friedrich Lackner; Bernhard Kainz; Dr. Peter Pichler und Dr. Markus Trauttmansdorff.

DIE ERSTE Privatstiftung hält derzeit Aktien der Zielgesellschaft im Ausmaß von 13,60% (13,63% der Stimmrechte); darin sind bereits jene Aktien enthalten, die DIE ERSTE Privatstiftung als Darlehensnehmerin der Sparkassen hält (siehe unten 2.1.4).

2.1.3 Sparkassen Beteiligungs GmbH & Co KG

Die **Sparkassen Beteiligungs GmbH & Co KG** (Sparkassen KG; FN 366870 s) ist eine Kommanditgesellschaft nach österreichischem Recht mit dem Sitz in 1010 Wien, Friedrichstraße 10.

Die Sparkassen KG hält derzeit 15.735.741 Aktien der Erste Bank; das entspricht 3,66% des Grundkapitals und 3,67% der Stimmrechte. Die Tätigkeit der Gesellschaft ist laut Pkt 3 des Gesellschaftsvertrages (Beilage ./7 zum Antrag) auf den Erwerb, das Halten, das Verwalten und die Veräußerung von Wertpapieren und Beteiligungen jeglicher Art beschränkt, insbesondere Aktien von Erste Bank.

Komplementärin ist die **Sparkassen Beteiligungs GmbH** („Sparkassen GmbH“, FN 364092 f), deren Stammkapital zu 100% von DIE ERSTE Privatstiftung gehalten wird.

Kommanditisten der Sparkassen KG sind:

- DIE ERSTE Privatstiftung (Haftsumme EUR 7.900.000);
- Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft (Haftsumme EUR 2.300.000);
- Steiermärkische Bank und Sparkassen Aktiengesellschaft (Haftsumme EUR 2.830.152);
- SPK - Immobilien- und Vermögensverwaltungs GmbH (Haftsumme EUR 671.280) sowie
- „Die Kärntner“ Trust-Vermögensverwaltungsgesellschaft m.b.H (Haftsumme EUR 2.034.309).

Pkt 10.4 des Gesellschaftsvertrages der Sparkassen KG sieht vor, dass je EUR 1 des festen Kapitalkontos eine Stimme gewährt. Auf dem festen Kapitalkonto ist der Kapitalanteil gutzuschreiben, der iW dem Haftsummenbetrag entspricht (Pkt 7.1). Beschlüsse werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Damit hat DIE ERSTE Privatstiftung eine Stimmmehrheit von 50,2% bei einfachen Beschlussgegenständen. Beschlüsse sind für die Komplementärin unverbindlich und haben keinen Weisungscharakter, wenn es um die Ausübung des Stimmrechts in Hauptversammlungen der Erste Bank oder die Zeichnung neuer Aktien geht (Pkt 10.1).

Nach Pkt 8 des Gesellschaftsvertrages ist zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausschließlich die Komplementärin berechtigt. Nach Pkt 8.3 muss die Komplementärin sechs Geschäftsführer bestellen, von denen drei von DIE ERSTE Privatstiftung und drei von den anderen Kommanditisten namhaft gemacht werden. Jedoch darf die Sparkassen KG in Hauptversammlungen der Erste Bank nur von Geschäftsführern vertreten werden, die von DIE ERSTE Privatstiftung nominiert wurden.

2.1.4 Sparkassen & Haftungsverbund

Sparkassen-Institute existieren in ganz Österreich. Eine Vielzahl dieser Sparkassen hält Aktien an Erste Bank, die zusammen 1.130.832 Stück ausmachen; das entspricht 0,26% des Grundkapitals (Beilage ./1, Spalte 2 zum Antrag). Umgekehrt ist Erste Bank an manchen dieser Sparkassen im Umfang zwischen 5%-75% beteiligt (Beilage ./1, Spalte 4 zum Antrag).

Durch vertragliche Vereinbarungen wurde auch ein „Haftungsverbund“ zwischen Erste Bank und den einzelnen Sparkassen geschaffen. Grundlage dieses Haftungsverbunds sind vor allem drei Vertragswerke, und zwar die „Grundsatzvereinbarung“ (Beilage ./8 zum Antrag), die „Zusatzvereinbarung“ (Beilage ./3 zum Antrag) sowie die „Zweite Zusatzvereinbarung“ (Beilage ./12 zum Antrag). Vertragspartner der Grundsatz- und Zusatzvereinbarungen sind:

1. **Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG** (FN 286283 f), eine 100%-ige Tochter von Erste Bank;
2. einzelne **Sparkasseninstitute**;
3. **s Haftungs- und Kundenabsicherungs GmbH** (FN 216804 f). Die zweite Zusatzvereinbarung wurde zusätzlich auch von **Erste Bank** abgeschlossen; anstelle der s Haftungs- und Kundenabsicherungs GmbH trat ihre Rechtsnachfolgerin, die **Haftungsverbund GmbH** (FN 315373 i), auf.

Der Haftungsverbund bildet nach § 30 BWG eine Kreditinstitutsgruppe mit Erste Bank als übergeordnetem Kreditinstitut (vgl Präambel der Zusatzvereinbarung). Das bestätigt auch das Schreiben der FMA vom 25.5.2009 (Beilage ./5 zum Antrag). Laut § 3 der Grundsatzvereinbarung soll der Haftungsverbund allfällige wirtschaftliche Probleme seiner Mitglieder möglichst früh erkennbar machen („Frühwarnsystem“) und ihnen bei der Bewältigung wirtschaftlicher Probleme effiziente Hilfe zukommen lassen. Ferner soll eine über die gesetzliche Einlagensicherung hinausgehende Absicherung bestimmter Kundenforderungen durch die Begründung einer entsprechend ausgestalteten Einstandspflicht der Sparkassen und Erste Bank erreicht werden.

[...]

Vorläufiger Endpunkt der vertraglichen Konsolidierung der Konzernsteuerung ist die **Zweite Zusatzvereinbarung**, wodurch mit 1.1.2014 der „**Haftungsverbund III**“ in Kraft trat. Anlass waren laut Punkt I der Präambel unionsrechtliche Vorgaben, die umgesetzt werden mussten. Gegenstand der Zweiten Zusatzvereinbarung sind laut Punkt II. der Präambel folgende Punkte:

1. das Risikomanagement;
2. die Liquiditätssteuerung;
3. die Konzerninnenrevision;
4. die konzernalen Kapitalanforderungen samt Ausschüttungsbeschränkungen;
5. die Möglichkeit der Teilnahme der Haftungsverbund GmbH an Sparkassen- und Aufsichtsratssitzungen.

Diese Punkte sind detailliert in sogenannten „*Rule Books*“ geregelt, die integraler Bestandteil der Zweiten Zusatzvereinbarung sind.

Die Antragsteller bringen vor, dass aus konzernrechtlicher Sicht eine Beherrschung (iSv § 244 Abs 2 UGB) der Sparkassen durch Erste Bank anzunehmen ist. Diese Annahme kann den weiteren übernahmerechtlichen Erwägungen in dieser Stellungnahme ohne nähere Prüfung zugrunde gelegt werden, da sie für die rechtliche Beurteilung der Anträge nicht relevant sind.

2.1.5 Wiener Städtische Wechselseitiger Versicherungsverein – Vermögensverwaltung – Vienna Insurance Group

Der **Wiener Städtische Wechselseitiger Versicherungsverein – Vermögensverwaltung – Vienna Insurance Group** („WSW“) ist ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit mit Sitz in 1010 Wien, Schot-

tenring 30, registriert beim Handelsgericht Wien unter FN 101530 i. WSW hält 12.934.884 Aktien an Erste Bank; das entspricht einem Anteil des Grundkapitals von 3,01% (Anteil der Stimmrechte 3,02%).

Der **Vorstand** besteht aus Dr. Günter Geyer (Vorsitzender), Dr. Rudolf Ertl, Dkfm. Karl Fink und Dkfm. Hans Raumau.

Der **Aufsichtsrat** besteht aus Klaus Stadler (Vorsitzender), DI Dr. Heinz Kaupa (1. stv. Vorsitzender), Hermann Gugler (2. stv. Vorsitzender), Eduard Aschenbrenner, DI Dr. Helmut Draxler, Dr. Edeltraud Fichtenbauer, Karl Javurek, Ing. Peter Mihok, Dr. Ingrid Nowotny, Dr. Günther Ofner, Mag. Norbert Vanas, Jan Wiesner, Peter Grimm, Franz Urban und Gerd Wiehart.

DIE ERSTE Privatstiftung schloss mit WSW am 28.6.2013 einen Syndikatsvertrag. Die Eckpunkte dieses Syndikatsvertrages waren:

- „WSW verpflichtet sich, in allen zukünftig stattfindenden Hauptversammlungen der Erste Group Bank AG (die „Gesellschaft“) anwesend oder vertreten zu sein und für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Gesellschaft zu stimmen, so wie dies von der Stiftung verlangt wird. In allen übrigen Punkten bleibt WSW in der Ausübung des Stimmrechts als Aktionärin der Gesellschaft ausdrücklich frei.“ (Pkt 1.1)
- [...]

2.1.6 Caixabank S.A.

Caixabank S.A. („Caixabank“) ist ein Kreditinstitut mit Sitz in Avingudo Diagonal 621, 08028 Barcelona. Caixabank ist die Rechtsnachfolgerin der Criteria Caixa Corp S.A. („Criteria“). Caixabank ist in Spanien an der Börse gelistet und Mitglied des IBEX35. Wie schon ihre Rechtsvorgängerin wird auch Caixabank von der „Fundación Bancaria Caixa d’Estalvis i Pensions“ de Barcelona kontrolliert. Die Geschäftsstrategie ist unter anderem auf das breit aufgefächerte Halten von Beteiligungen an internationalen Banken und sonstigen Dienstleistungsunternehmen ausgerichtet. Caixabank hält derzeit 39.195.464 Aktien an Erste Bank; das entspricht rund 9,12% der Anteile und rund 9,15% der Stimmrechte.

Bereits im Jahr 2009 haben sich DIE ERSTE Privatstiftung und Criteria als Rechtsvorgängerin von Caixabank an die ÜbK gewandt und eine Stellungnahme betreffend ihre Beteiligung an Erste Bank beantragt (GZ 2009/1/3-29). Hintergrund des Antrags war der beabsichtigte Abschluss eines **Preferred Partnership Agreement („PPA“)** zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und Criteria. DIE ERSTE Privatstiftung hielt zum damaligen Zeitpunkt ohne Hinzurechnung der Sparkassen 31,12% der Anteile an Erste Bank, Criteria hingegen lediglich 4,9%. Die Eckpunkte des PPA waren:

1. Criteria gilt als langfristiger, strategischer und freundlicher Investor;
2. Criteria respektiert die Interessen von DIE ERSTE Privatstiftung;
3. eine gemeinsame Kontrolle über Erste Bank ist nicht beabsichtigt;
4. DIE ERSTE Privatstiftung und Criteria können ihre Stimmrechte frei ausüben;
5. Criteria wird weder ein feindliches Übernahmeangebot stellen noch sich an einem solchen beteiligen;
6. Criteria ist berechtigt, ihren Anteil auf maximal 20% auszubauen, um eine Teilkonsolidierung ihrer Beteiligung an Erste Bank zu ermöglichen; ein darüber hinausgehender Beteiligungsausbau ist nur mit Zustimmung von DIE ERSTE Privatstiftung zulässig;

7. Criteria ist berechtigt, ein Aufsichtsratsmitglied für den Aufsichtsrat der Erste Bank zu benennen, solange sie mehr als 5,01% an Erste Bank hält; DIE ERSTE Privatstiftung ist verpflichtet, die Wahl dieser Person zu unterstützen;
8. DIE ERSTE Privatstiftung erhält ein Vorkaufsrecht hinsichtlich des Aktienpakets der Criteria. Ferner erhält DIE ERSTE Privatstiftung eine Call Option auf das von Criteria gehaltene Aktienpaket für den Fall eines Kontrollwechsels über Criteria, deren Liquidation oder für den Fall eines Verstoßes gegen bestimmte Pflichten aus dem PPA.

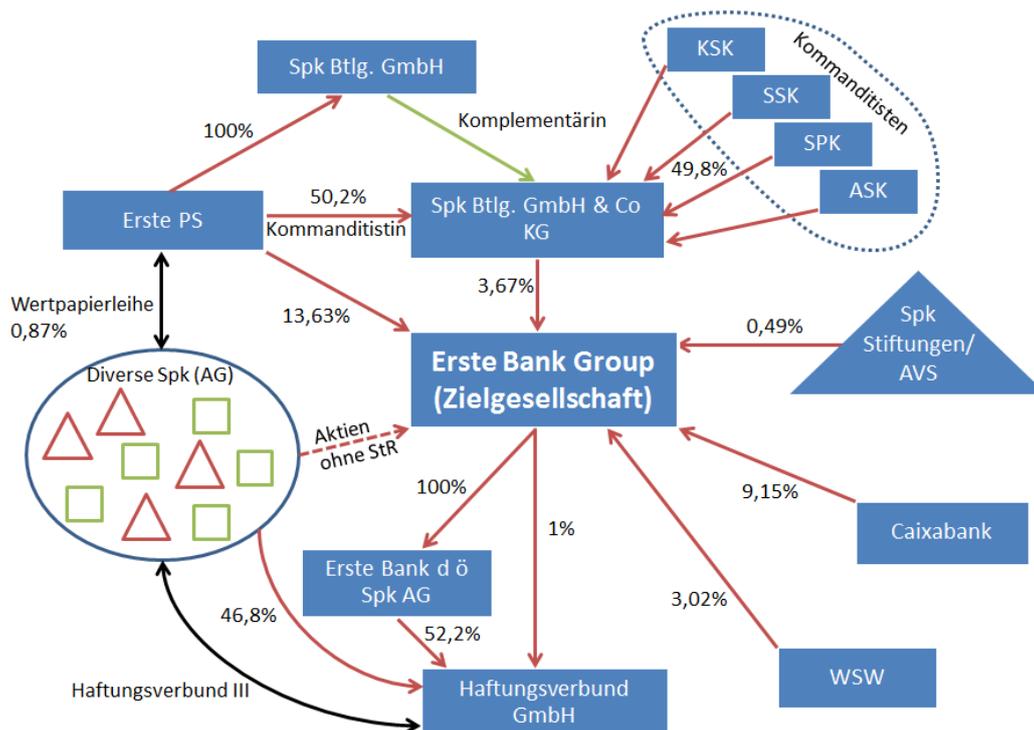
Der 1. Senat gelangte im Jahr 2009 nach Adaptierung der ursprünglichen Fassung des PPA durch die Antragsteller zum Ergebnis, dass DIE ERSTE Privatstiftung und Criteria auf Basis der vorgelegten Vereinbarungen nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren waren. Der Senat erachtete vor allem die Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG, wonach die Vereinbarung über die Wahl eines Mitglieds des Aufsichtsrats die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens begründet, widerlegt. Denn Criteria werde dadurch lediglich eine Minderheitsposition im Aufsichtsrat gewährt, die ihr eine ihrer Beteiligung angemessene Vertretung zur Verwaltung ihrer Beteiligung im Aufsichtsrat ermögliche.

2.1.7 Sparkassenstiftungen / Anteilsverwaltungsparkassen

Beteiligungen an den einzelnen Sparkassen (Beilage ./1 zum Antrag) werden in der überwiegenden Zahl der Fälle von Sparkassenstiftungen und Anteilsverwaltungsparkassen (zusammen „AVS/SpkS“) gehalten. Die AVS/SpkS halten wiederum auch selbst Anteile an Erste Bank, und zwar derzeit 2.094.563 Aktien; das entspricht rund 0,49% des Grundkapitals und rund 0,49% der Stimmrechte. Sie sind nicht Mitglieder des in Pkt 2.1.4 beschriebenen Haftungsverbands III.

2.1.8 Grafische Übersicht der involvierten Rechtsträger

In der folgenden Grafik werden die involvierten Rechtsträger wie folgt dargelegt, wobei sich die Beteiligungsquoten an der Zielgesellschaft auf den Anteil an den Stimmrechten beziehen.



2.2 Beabsichtigte Transaktion

DIE ERSTE Privatstiftung beabsichtigt, die folgenden Syndikatsverträge abzuschließen:

2.2.1 *Restated Preferred Partnership Agreement* mit Caixabank

DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank beabsichtigen, das *Preferred Partnership Agreement („PPA“)* aus Juni 2009 (vgl oben Pkt 2.1.6) als *Restated Preferred Partnership Agreement („RPPA“)* neu zu fassen. Grundlage der folgenden Feststellungen ist die am 6.10.2014 zum Antrag als Beilage ./9 eingereichte Version des Vertrags.

Der Entwurf des RPPA sieht iW die folgenden Klauseln vor (vgl auch Pkt 2.1 RPPA):

- Caixabank verpflichtet sich gemäß Pkt 2.3.2 RPPA, bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Erste Bank so zu stimmen, wie DIE ERSTE Privatstiftung es verlangt. Ansonsten bleibt Caixabank in der Ausübung ihres Stimmrechts frei.
- Die Parteien des RPPA haben ein Überwachungssystem vereinbart, das darauf abzielt, ein durch unkontrollierte Zukäufe unbeabsichtigtes *creeping in* zu vermeiden. Zu diesem Zweck wurde den Parteien des RPPA eine individuelle Zukaufsquote gemäß ihrem Beteiligungsausmaß zugewiesen. Caixabank wird eine Zukaufsquote iHv 0,6% innerhalb eines revolvingenden Zeitraums von zwölf Monaten zugeteilt; DIE ERSTE Privatstiftung, die einzelnen Sparkassen, WSW und alle sonstigen gemeinsam vorgehenden Rechtsträger dürfen höchstens die restlichen 1,4% innerhalb eines revolvingenden Zeitraums von zwölf Monaten hinzukaufen.
- Die Parteien des RPPA haben die Bedingungen erleichtert, unter denen Caixabank ihre Beteiligung an der Erste Bank am Markt handeln kann.
- Caixabank erhält einen zweiten Vertreter im Aufsichtsrat, sofern ihre Beteiligung nicht unter 8,5 % absinkt.

Dazu im Detail:

Im RPPA wird in der Präambel (Pkt E RPPA) festgehalten, dass Caixabank beabsichtigt, sich mit ihrem Anteil an Erste Bank in einem Korridor zwischen 5,01% und 20% zu bewegen (vgl auch Pkt 3.1 RPPA). Caixabank darf ihren Anteil an Erste Bank jedoch nur dann ohne Zustimmung von DIE ERSTE Privatstiftung über die Schwelle von 10,10% ausbauen, wenn ein neuer strategischer Partner Aktionär der Erste Bank wird und dessen Anteil jenen von Caixabank übersteigt (Pkt 3.1 iVm 6.3 iVm 4.2). Caixabank wird sich weder selbst noch als gemeinsam vorgehender Rechtsträger an einem feindlichen Übernahmeangebot beteiligen oder ein solches selbst stellen (Pkt 9.2 RPPA).

An mehreren Punkten (ua Pkte 2.2 und 2.3.1 RPPA) wird zudem klargestellt, dass Caixabank lediglich bei Wahlen von Aufsichtsratsmitgliedern in der Ausübung ihres Stimmrechts eingeschränkt ist; dabei unterliegt sie den Weisungen von DIE ERSTE Privatstiftung. Sonstige Beschlussgegenstände sind vom RPPA ausdrücklich **nicht erfasst**. Daraus schließen die Parteien, dass durch das RPPA **keine gemeinsame Kontrolle**, sondern ein punktuelles **Subordinationssyndikat** begründet werde (Pkt 2.3.1 und 2.3.2 RPPA). Desgleichen soll nach Ansicht der Parteien die **Privilegierung gemäß § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG** zur Anwendung kommen (Pkt 2.3.3 RPPA), wonach die Bieterpflichten – insbesondere die Haftung für ein allfälliges Pflichtangebot – Caixabank nur eingeschränkt treffen.

In Pkt 3.4 RPPA ist das *creeping in-Regime* geregelt. Es sieht zunächst eine individuelle Zukaufsquote für Caixabank (und ihre Konzernunternehmen, vgl Pkt 3.4.a RPPA) vor; sie darf höchstens 0,6% der Stimmrechte an Erste Bank pro Jahr hinzuerwerben. DIE ERSTE Privatstiftung sowie die übrigen Syndikatspartner sind berechtigt, die restlichen 1,4% zu akquirieren. Wird die Zukaufsquote überschrit-

ten, folgt aus Pkt 3.4.2 RPPA eine sofortige Verkaufspflicht bzw Rückgängigmachung des Anteilserwerbs, außer die anderen Syndikatspartner stellen den nicht ausgeübten Teil ihrer eigenen Zukaufsquote zur Verfügung. Sollte dennoch eine Angebotspflicht infolge eines *creeping in* ausgelöst werden, sind wechselseitige Schad- und Klagloshaltungen vereinbart (Pkt 3.4.3 RPPA). Ein besonderes *Monitoring*-System soll zudem verhindern, dass es überhaupt zu einem Erwerb von über 2% der Stimmen innerhalb des Syndikats kommt (Pkt 3.4.4 RPPA).

Caixabank erhält im Gegenzug für die Stimmbindung gegenüber DIE ERSTE Privatstiftung bei Wahlen in den Aufsichtsrat das Nominierungsrecht für ein **Aufsichtsratsmitglied** bei einer Beteiligung an der Zielgesellschaft von zumindest 5,01% sowie ein zweites Mandat bei einer Beteiligung von zumindest 8,5%. Zudem verpflichtete sich DIE ERSTE Privatstiftung, alle möglichen Schritte zu unternehmen, damit ein von Caixabank zu benennendes Mitglied in einen der folgenden drei Ausschüsse im Aufsichtsrat gewählt wird: Strategieausschuss, Risikoausschuss oder Prüfungsausschuss (Pkt 5.4 RPPA). Caixabank hält derzeit 9,12% der Anteile an Erste Bank; das entspricht 9,15% der Stimmrechte (siehe oben Pkt 2.1.6).

Möchte Caixabank ihre **Aktien** an Erste Bank **veräußern**, muss sie die in Pkt 8 RPPA geregelten Verfahrensschritte einhalten (vgl vor allem Pkt 8.3 RPPA). Im Vergleich zum PPA wurden diese Verfahrensschritte gelockert. [...]

[...] Schließlich kann Caixabank den Syndikatsvertrag kündigen, wenn die Beteiligung von DIE ERSTE Privatstiftung an der Zielgesellschaft unter Hinzurechnung der Sparkassen KG und der Sparkassen unter jene der Caixabank fällt.

2.2.2 Syndikatsvertrag mit WSW

Der am 28.6.2013 zwischen WSW und DIE ERSTE Privatstiftung abgeschlossene Syndikatsvertrag soll nunmehr abgeändert werden. Grundlage der folgenden Feststellungen ist die am 6.10.2014 zum Antrag als Beilage ./11 eingereichte Version des Vertrags.

§ 3 des Syndikatsvertrags normiert dessen Ziele wie folgt:

- *„Die Ausübung des Stimmrechts der Aktionäre in Bezug auf die Gesellschaft, welches ihnen durch die Aktien, welche sie direkt oder indirekt an der Gesellschaft halten vermittelt wird, zu regeln – diese Regelung der Stimmrechtsausübung bezieht sich jedoch ausschließlich auf Beschlüsse im Zusammenhang mit Wahlen in den Aufsichtsrat der Gesellschaft;*
- *ein Creeping-In Monitoring System einzurichten, mit welchem verhindert werden soll, dass durch Zukäufe von Aktien an der Gesellschaft unbeabsichtigt ein Creeping-In ausgelöst wird;*
- *den Aktionären ein wechselseitiges Andienungsrecht von Aktien an der Gesellschaft einzuräumen.“*

Durch den neuen Vertrag soll somit ein umfangreiches Überwachungssystem hinsichtlich allfälliger Zukäufe eingeführt werden, um die Gefahr eines *creeping in* zu minimieren. Zusätzlich sollen Verkaufsbeschränkungen sowie ein wechselseitiges „Andienungsrecht“ in den Vertrag aufgenommen werden. Hinsichtlich der **Verkaufsbeschränkungen** bestimmt Pkt 6.1 des Vertragsentwurfes:

[...]

2.2.3 Syndikatsvertrag mit AVS/SpkS

Dieser Syndikatsvertrag soll zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und der Sparkassen KG einerseits und den AVS/SpkS andererseits abgeschlossen werden. Grundlage der folgenden Feststellungen ist die am 23.10.2014 als Beilage ./15A eingereichte Version des Vertrags.

Kernstück des Syndikatsvertrags ist die Verpflichtung der AVS/SpkS, in Hauptversammlungen der Erste Bank bei Beschlüssen zu den Wahlen in den Aufsichtsrat so zu stimmen, wie es von DIE ERSTE Privatstiftung verlangt wird (Pkt C Präambel und Pkt 3).

Der Syndikatsvertrag sieht zudem ein *creeping in Monitoring*-System vor, das die AVS/SpkS verpflichtet, keine Zukäufe über ihrer Quote vorzunehmen (Pkt 4). Dadurch soll verhindert werden, dass unbeabsichtigt ein *creeping in* und somit die Angebotspflicht ausgelöst wird. Eine Abwicklungsstelle soll die Zukäufe von Aktien durch die Syndikatspartner überwachen (Pkt 4.2).

Der Syndikatsvertrag sieht überdies gewisse Übertragungsbeschränkungen für die AVS/SpkS [...] vor (Pkt 5); [...]

Die AVS/SpkS sind auch verpflichtet, ihre Aktien nicht zu verleihen, mit Ausnahme an DIE ERSTE Privatstiftung oder die Sparkassen KG (Pkt 5.4). Ferner dürfen sie für die Dauer des Vertrags kein feindliches Übernahmeangebot machen, nicht an einem feindlichen Übernahmeangebot teilnehmen, oder in einer sonstigen Weise mit einem feindlichen Bieter gemeinsam vorgehen (Pkt 6.2).

2.2.4 Syndikatsvertrag mit Sparkassen

Weiters soll ein Syndikatsvertrag zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und den Sparkassen abgeschlossen werden (Beilage ./14 und ./14A zum Antrag). Grundlage der folgenden Feststellungen ist die am 23.10.2014 als Beilage ./14A eingereichte Version des Vertrags.

Die Vertragsteile verfolgen laut Pkt C der Präambel mit dem Syndikatsvertrag den Zweck, möglichst sicher zu stellen, dass DIE ERSTE Privatstiftung, die AVS/SpkS und die zum Haftungsverbund III (dazu oben 2.1.4) gehörenden Sparkassen an der Erste Bank nach einer Übergangs- und Aufbauphase dauerhaft eine Beteiligung von zumindest 20% halten. Die Sparkassen-Gruppe soll deshalb bis Ende 2014 ein Gesamtbeteiligungsausmaß von 4% an Erste Bank erreichen, das dann bis längstens 2020-2022 auf 7% erhöht werden soll.

Ein weiteres Ziel des Syndikatsvertrags ist laut Pkt D der Präambel, die Nominierung von Sparkassenvertretern in den Aufsichtsrat der Erste Bank sowie gewisse Verfügungsbeschränkungen der Sparkassen zu regeln.

Dazu im Detail:

Der Syndikatsvertrag erfasst laut Pkt 2.4 uneingeschränkt alle Aktien der Sparkassen und deren jeweiliger Beteiligungsgesellschaften sowie Bezugsrechte auf Aktien.

Zur Besprechung des Stimmverhaltens der Syndikatspartner können Syndikatsversammlungen abgehalten werden (Pkt 2.6.1). Die Einberufung von Syndikatsversammlungen erfolgt durch den Vorstand von DIE ERSTE Privatstiftung (Pkt 2.6.2). Eine Syndikatsversammlung ist zwingend einzuberufen, wenn bei der Erste Bank eine Kapitalerhöhung stattfinden soll. Beschlüsse der Syndikatspartner werden grundsätzlich mit einfacher Mehrheit der in der Syndikatsversammlung anwesenden oder vertretenen Syndikatspartner gefasst (Pkt 2.6.5). Das Stimmrecht richtet sich nach der Höhe der Beteiligung an Erste Bank. Es kann grundsätzlich kein Beschluss gefasst werden, wenn DIE ERSTE Privatstiftung in der jeweiligen Syndikatsversammlung nicht anwesend oder vertreten ist.

Sofern die Sparkassen zusammen mehr als 4% der Stimmrechte an Erste Bank halten, sind diese berechtigt, gemeinsam ein Aufsichtsratsmitglied bei der Erste Bank zu nominieren (Pkt 3.1). Sobald die Stimmrechte der Sparkassen an Erste Bank zusammen 8% überschreiten, erhöht sich die Zahl der durch die Sparkassen zu nominierenden Aufsichtsratsmitglieder auf zwei. DIE ERSTE Privatstiftung und die Sparkassen KG verpflichten sich, bei der jeweils nächstfolgenden ordentlichen Hauptversammlung der Erste Bank für die Bestellung der von den Sparkassen nominierten Mitglieder des Aufsichtsrats zu stimmen, sofern bei dieser Hauptversammlung die jeweiligen Schwellen immer noch überschritten sind. Der Nominierung der Aufsichtsratsmitglieder hat ein Beschluss der Sparkassen über die zu nominierende Person voranzugehen, der einer einfachen Stimmenmehrheit bedarf (Pkt 3.3). Dieser Beschluss ist der DIE ERSTE Privatstiftung und der Sparkassen KG schriftlich nachzuweisen; ohne Vorlage des Beschlusses sind DIE ERSTE Privatstiftung und die Sparkassen KG nicht verpflichtet, für die Wahl des nominierten Aufsichtsratsmitglieds zu stimmen. Sofern bei einer ordentlichen Hauptversammlung der Erste Bank die Schwellen nicht mehr überschritten sind, müssen die Sparkassen auf Verlangen von DIE ERSTE Privatstiftung für den Rücktritt des von ihnen nominierten Aufsichtsratsmitglieds stimmen (Pkt 3.4).

Der Syndikatsvertrag sieht ferner gewisse Übertragungsbeschränkungen für Aktien der Sparkassen an Erste Bank vor (Pkt 4).

[...]

2.3 Beabsichtigte gruppeninterne Übertragungen

Schließlich beabsichtigt DIE ERSTE Privatstiftung, per Ende November 2014 eine Beteiligung an der Zielgesellschaft iHv 2,5% zu veräußern. Davon sollen rund 1,75% an die Sparkassen veräußert werden; rund 0,75% sollen von Caixabank übernommen werden.

Die von den Sparkassen erworbenen Aktien (rund 1,75%) sollen noch am selben Tag mittels Wertpapierleihvertrags an die Sparkassen KG verliehen werden. Die Leihe dient dem vorrangigen Zweck, dass die Stimmrechte aus diesen Aktien nicht gemäß § 65 Abs 5 AktG iVm § 228 Abs 3, § 244 Abs 2 UGB ruhen.

3 Rechtliche Beurteilung

3.1 Allgemeine Ausführungen zum gemeinsamen Vorgehen

Die Pflicht, ein Übernahmeangebot 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 gemeinsam 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. 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-, Aus-

gangs- und Durchgangskontrolle“ (*Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht² [2007] Rz 198 ff).

Das ÜbG sieht damit 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 die Angebotspflicht auslöst. Insbesondere ist zu prüfen, ob durch das Verhalten der Rechtsträger eine die Zielgesellschaft kontrollierende Gruppe gebildet, maßgeblich geändert oder aufgelöst wird und dadurch ein Kontrollwechsel bewirkt wird (vgl dazu *Gall*, Neues zum gemeinsamen Vorgehen [Acting in Concert] nach dem Übernahmegesetz, in FS-Aicher 175 [177]).

Bei der Beurteilung, ob ein Kontrollwechsel vorliegt, spielen qualitative Änderungen eines bestehenden Syndikatsvertrags eine wesentliche Rolle (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 13; *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz [2003] 225 ff). Einfluss können etwa die Änderung der personellen Zusammensetzung, Anteilsverschiebungen, die Einräumung von Veto- oder Nominierungsrechten 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 und bedürfen einer genauen Untersuchung (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 203 mwN).

Wird daher bei Abschluss des geänderten Syndikatsvertrags und unter Beitritt neuer Aktionäre derart in den bestehenden Willensbildungsprozess eingegriffen, dass es in der bisher durch DIE ERSTE Privatstiftung beherrschten Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu einer qualitativen Änderung der Beherrschung und somit zu einem Kontrollwechsel kommt, führt dies grundsätzlich zur Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG. Ein Wechsel in der Beherrschung kann vorliegen, wenn einzelnen Syndikatspartnern ein bisher nicht bestehendes, kontrollrelevantes Vetorecht eingeräumt wird und sich dadurch deren faktische Einflussmöglichkeit maßgeblich erhöht oder sich durch Anteilsverschiebungen die bisherige Willensbildung maßgeblich ändert. Freilich können auch Änderungen im Zusammenhang mit Nominierungsrechten von Aufsichtsratsmitgliedern relevant sein. So ist die Maßgeblichkeit der Besetzung von Aufsichtsratsmitgliedern für die Frage der Kontrollrelevanz einer Absprache schon aus dem Vermutungstatbestand des § 1 Z 6 ÜbG abzuleiten.

Im vorliegenden Fall sind DIE ERSTE Privatstiftung einerseits und a) AVS/SpkS, b) die Sparkassen, die Mitglieder des Haftungsverbands III sind, c) Caixabank und d) WSW andererseits durch den Abschluss der Syndikatsverträge als Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren. Die Absprachen beziehen sich auf die Bestellung von Mitgliedern des Aufsichtsrats, womit die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 Satz 2 Halbsatz 2 ÜbG besteht. Eine Widerlegung dieser Vermutung wurde weder von den Antragstellern behauptet, noch war eine solche für den erkennenden 1. Senat ersichtlich. Die Anteile dieser Rechtsträger sind diesen daher gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG wechselseitig zuzurechnen.

3.2 Verhältnis der Sparkassen zur DIE ERSTE Privatstiftung

Vor der Prüfung der angezeigten Syndikatsverträge ist vorab das Verhältnis von DIE ERSTE Privatstiftung zu den Sparkassen, die Mitglieder des Haftungsverbands III sind, zu beurteilen. Nach Ansicht des

1. Senats kontrolliert DIE ERSTE Privatstiftung diese Sparkassen mittelbar. Die Zurechnungskette der Sparkassen an DIE ERSTE Privatstiftung stellt sich wie folgt dar:

Nach den Unterlagen, die der ÜbK im Rahmen dieser Stellungnahme vorgelegt wurden, halten DIE ERSTE Privatstiftung sowie die mit ihr im Zeitpunkt der Antragstellung gemeinsam vorgehenden Rechtsträger über 20% der Aktien der Erste Bank. Dadurch kontrolliert DIE ERSTE Privatstiftung die Zielgesellschaft gemäß § 22 Abs 2 iVm § 27 Abs 1 Z 1 ÜbG. Weiters kontrolliert die Zielgesellschaft aufgrund der umfangreichen Kontrollbefugnisse, die ihr über den Haftungsverbund III zukommen und die in Punkt 2.1.4 dieser Stellungnahme im Detail dargelegt wurden, die Sparkassen. Diese Kontrollrechte beziehen sich einerseits auf die Organe der Sparkassen und andererseits auf die Notwendigkeit der Zustimmung durch die Haftungsverbund GmbH, die wiederum von der Zielgesellschaft kontrolliert wird, zu einer Reihe von strategisch wichtigen Aspekten.

Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 Satz 2 ÜbG ist daher erfüllt, und zwar unabhängig vom Abschluss eines Syndikatsvertrags zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und den Sparkassen, die Mitglieder des Haftungsverbunds III sind (siehe unten Punkt 3.4). Vor allem werden diese Sparkassen von DIE ERSTE Privatstiftung mittelbar kontrolliert. Gründe, die diese Vermutung widerlegen, sind nicht erkennbar und wurden von den Antragstellern auch nicht vorgebracht. Ihre Beteiligungen sind ihnen daher gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG wechselseitig zuzurechnen.

IdZ ist anzumerken, dass die Aktien der Zielgesellschaft, die von den Sparkassen gehalten werden, als eigene Aktien zu qualifizieren sind und das Stimmrecht aus diesen daher gemäß § 65 Abs 5 AktG iVm § 228 Abs 3 UGB, § 244 Abs 2 UGB ruht. Dies betrifft aber nicht jene Aktien, die von den Sparkassen an die Sparkassen KG oder an DIE ERSTE Privatstiftung verliehen wurden. Bei der Übertragung solcher Aktien können die Stimmrechte jedoch aufleben und somit ein das *creeping in* auslösender Tatbestand verwirklicht werden.

Ergebnis: DIE ERSTE Privatstiftung und die Sparkassen, die Mitglieder des Haftungsverbunds III sind, sind als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren, sodass ihre Beteiligungen an der Zielgesellschaft übernahmerechtlich wechselseitig zuzurechnen sind (§ 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG).

3.3 Sparkassen KG

DIE ERSTE Privatstiftung kontrolliert die Sparkassen KG gemäß § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG, wie in der Folge dargelegt wird: Einerseits ist sie 100%-Eigentümerin der Komplementärin Sparkassen GmbH und als solche ausschließlich zur Vertretung und Geschäftsführung der Sparkassen KG berechtigt, was auch im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgehalten wird (Pkt 8.1). Zudem ist DIE ERSTE Privatstiftung Kommanditistin der Sparkassen KG. Zwar können die übrigen Kommanditisten in der Hauptversammlung der Sparkassen GmbH drei Geschäftsführer namhaft machen; allerdings ist dazu auch DIE ERSTE Privatstiftung befugt, wobei den von ihr namhaft gemachten Geschäftsführern in Hauptversammlungen der Erste Bank eine **ausschließliche Vertretungsbefugnis** zukommt. Abgesehen davon kann DIE ERSTE Privatstiftung als Alleingesellschafterin der Sparkassen GmbH jederzeit Weisungen auch an die Geschäftsführer erteilen, die von den übrigen Kommanditisten namhaft gemacht werden dürfen. Schließlich kommt der DIE ERSTE Privatstiftung auch in der Gesellschafterversammlung der Sparkassen KG die Mehrheit zu, weil sie 50,2% der Stimmrechte hält (vgl dazu Pkt 10.4 iVm 7.1 des Gesellschaftsvertrags der Sparkassen KG).

Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 Satz 2 ÜbG ist daher erfüllt, zumal DIE ERSTE Privatstiftung die Sparkassen KG iSd § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG kontrolliert. Gründe, die eine Widerle-

gung dieser Vermutung rechtfertigen, sind nicht ersichtlich und wurden von den Antragstellern auch nicht behauptet.

Ergebnis: DIE ERSTE Privatstiftung und Sparkassen KG sind als gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren, sodass ihnen ihre Beteiligungen an der Zielgesellschaft wechselseitig zuzurechnen sind (§ 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG).

3.4 Syndikatsvertrag mit Sparkassen

Weiters beabsichtigt DIE ERSTE Privatstiftung, auch mit den Sparkassen, die Mitglieder im Haftungsverbund III sind, einen Syndikatsvertrag abzuschließen. Diese Sparkassen werden über den Haftungsverbund III von Erste Bank und daher mittelbar von DIE ERSTE Privatstiftung beherrscht, sodass deren Stimmrechte ruhen. DIE ERSTE Privatstiftung und die Sparkassen sind daher als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren (siehe dazu bereits oben Punkt 3.2).

Nach Ansicht des 1. Senats handelt es sich bei dem beabsichtigten Syndikatsvertrag um ein Subordinationssyndikat, bei dem die Sparkassen untergeordnete Partner sind. DIE ERSTE Privatstiftung bleibt alleinkontrollierende Aktionärin der Zielgesellschaft, sofern die unten iZm dem Vetorecht bei Kapitalerhöhungen angeführte Adaptierung des Syndikatsvertrags vorgenommen wird. Den Sparkassen kommen bloß Minderheitenrechte zu, wie im Folgenden ausgeführt wird:

Übernahmerechtlich unbedenklich sind grundsätzlich die zwischen den Syndikatspartnern vereinbarten **Übertragungsbeschränkungen** sowie das Verbot, an feindlichen Übernahmen teilzunehmen. Wie bereits in früheren Stellungnahmen (GZ 2007/2/2-31, GZ 2009/1/3-31, GZ 2009/2/7-12, GZ 2011/3/2-15, 2013/3/3-27) ausgeführt wurde, ist das wechselseitige Einräumen von Veräußerungs- oder Verpfändungsbeschränkungen zwischen Syndikatspartnern grundsätzlich nicht kontrollrelevant. Auch im konkret vorliegenden Sachverhalt führt die gegenseitige Einräumung derartiger Beschränkungen zu keinem Kontrollwechsel und gewähren dem untergeordneten Syndikatspartner keine Rechte, die ihm als solchem nicht zukommen dürfen. Mit den Übertragungsbeschränkungen soll daher in erster Linie eine stabile Eigentümerstruktur geschaffen werden.

Weiters ist zu hinterfragen, ob das Recht der Sparkassen, bei einer wirtschaftlichen Beteiligung von mindestens 4% ein Aufsichtsratsmitglied und bei mindestens 8% zwei **Aufsichtsratsmitglieder** zu nominieren, zu einer qualitativen Änderung der Kontrollverhältnisse führt. Dabei ist zu betonen, dass bei der Berechnung dieser Schwellen auch Aktien zu berücksichtigen sind, die an DIE ERSTE Privatstiftung oder die Sparkassen KG verliehen wurden. Denn die Kontrolle von DIE ERSTE Privatstiftung wird ua dadurch abgesichert, dass die Sparkassen Aktien der Zielgesellschaft von DIE ERSTE Privatstiftung oder Dritten erwerben und die Anteile anschließend an die Sparkassen KG verleihen. Schließlich war DIE ERSTE Privatstiftung aus wirtschaftlichen Gründen seit 2009 gezwungen, wesentliche Teile ihrer Beteiligung an der Zielgesellschaft zu verkaufen. Nach Ansicht des 1. Senats sind die von den Sparkassen nominierten Mitglieder des Aufsichtsrats der Zielgesellschaft DIE ERSTE Privatstiftung zuzurechnen, zumal DIE ERSTE Privatstiftung die Sparkassen auch mittelbar kontrolliert. Diese Aufsichtsratsmitglieder werden daher im Interesse von DIE ERSTE Privatstiftung handeln.

Schließlich ist das Erfordernis der **doppelten Mehrheit** bei **Erhöhung des Grundkapitals der Zielgesellschaft** zu untersuchen. Im Ergebnis führt dieses Recht dazu, dass den Sparkassen – je nach Höhe ihrer Beteiligung an der Zielgesellschaft – ein Vetorecht gegen alle Kapitalerhöhungen zukommt. Bei der Beurteilung von qualitativen Änderungen der Kontrollverhältnisse im Syndikat ist gemäß den Materialien zum ÜBRÄG 2006 in Bezug auf § 22a ÜbG zu prüfen, ob nunmehr andere Rechtsträger

die Zielgesellschaft beherrschen können. Dabei ist zB zu berücksichtigen, *ob eine Sperrminorität im Syndikat verloren geht oder entsteht* (EB RV 1334 BlgNR 22. GP, 13; idS GZ 2013/3/3-27 [UIAG] mwN). Eine solche Sperrminorität entstünde insbesondere dann, wenn die Sparkassen gegen jede Erhöhung des Grundkapitals der Zielgesellschaft ein Veto einlegen könnten, obwohl sie nicht die dafür gesetzlich notwendige Beteiligung an der Zielgesellschaft halten. Die Vereinbarung eines Vetorechts gegen Kapitalerhöhungen im Allgemeinen führt nach Ansicht des 1. Senats und der Spruchpraxis der ÜBK (vgl dazu GZ 2013/3/3-27 [UIAG]) zu einer qualitativen Änderung der Kontrollverhältnisse. Denn die Kontrolle der Finanzverfassung einer Zielgesellschaft und die damit einhergehende Möglichkeit, Kapitalerhöhungen zur Durchführung von Investitionen oder Akquisitionen herbeizuführen, sind ein wesentlicher Aspekt der Kontrolle einer Zielgesellschaft. Vereinbarten die Aktionäre somit ein allgemeines Vetorecht der Sparkassen gegen alle Kapitalerhöhung, käme es nicht zu einer bloßen Abbildung der gesetzlichen Lage durch das Syndikat (vgl GZ 2011/3/2-15); vielmehr führte dies zu einer Verschiebung der Kontrollverhältnisse, sodass die Sparkassen Mitkontrolle erwürben und DIE ERSTE Privatstiftung ihre alleinige Kontrolle über die Zielgesellschaft verlöre. Dies führte zur Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG.

Ändern die Syndikatspartner jedoch den Vertrag dergestalt ab, dass das Erfordernis der doppelten Mehrheit bei Kapitalerhöhungen nur bei jenen Kapitalerhöhungen besteht, bei denen das **Bezugsrecht zu Lasten der Sparkassen ausgeschlossen** werden soll, tritt nach Ansicht des 1. Senats keine qualitative Änderung der Kontrollverhältnisse in der Gruppe ein. Im hier vorliegenden konkreten Einzelfall ist dieses eingeschränkte Vetorecht der Sparkassen gerechtfertigt: Wie bereits dargelegt (siehe Punkt 3.2) werden die Sparkassen von DIE ERSTE Privatstiftung kontrolliert. Damit kann DIE ERSTE Privatstiftung rechtlich und faktisch darauf hinwirken, dass die Sparkassen Aktien der Erste Bank von DIE ERSTE Privatstiftung erwerben und an sie oder die Sparkassen KG im Wege eines Wertpapierdarlehens rückübertragen (vgl dazu unten Punkt 3.10). Dadurch tragen die Sparkassen das Risiko aus den Aktien. DIE ERSTE Privatstiftung profitiert hingegen daraus zweifach: Einerseits wird aufgrund der wechselseitigen Zurechnung der Stimmrechte der Syndikatspartner gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG verhindert, dass DIE ERSTE Privatstiftung die Kontrollschwelle von 20% (vgl dazu § 27 Abs 1 Z 1 iVm § 22 Abs 2 ÜbG sowie Punkt 10 der Satzung der Zielgesellschaft idF 21.5.2014) unterschreitet; andererseits kann DIE ERSTE Privatstiftung so ihre starke Position in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft beibehalten. Den Sparkassen ist daher das genannte Vetorecht zuzugestehen, um nicht von DIE ERSTE Privatstiftung verwässert zu werden. Schließlich ist dieses Vetorecht auch vor jenem Hintergrund zu sehen, dass die Sparkassen über den Haftungsverbund III von DIE ERSTE Privatstiftung mittelbar kontrolliert werden.

Ergebnis: Sofern der angezeigte Syndikatsvertrag vor dessen Abschluss dahingehend geändert wird, dass den Sparkassen ein syndikatsvertragliches Vetorecht nur gegen solche Kapitalerhöhungen zukommt, bei denen das Bezugsrecht zu ihren Lasten ausgeschlossen ist, besteht nach Ansicht des 1. Senats der ÜBK keine Angebotspflicht.

3.5 Restated Preferred Partnership Agreement mit Caixabank

Der Kern dieses *Restated Preferred Partnership Agreement* („RPPA“) mit Caixabank liegt in der Vereinbarung einer Stimmbindung bei **Wahlen in den Aufsichtsrat** bei der Zielgesellschaft. Caixabank verpflichtet sich dabei, in Hauptversammlungen der Zielgesellschaft hinsichtlich dieses Tagesordnungspunktes so zu stimmen, wie es DIE ERSTE Privatstiftung von Caixabank verlangt. Im Gegenzug erhält Caixabank das Recht, ein zweites Mitglied für die Wahlen in den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft zu nominieren.

Wie bereits in Punkt 3.1 dargelegt sind DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank gemeinsam vorgehende Rechtsträger. Die entsprechende Vermutung (§ 1 Z 6 Satz 2 ÜbG), die aus der Stimmbindung bei Wahlen in den Aufsichtsrat und der gleichzeitigen Gewährung eines zweiten Vertreters für Caixabank resultiert, ist nicht widerlegt. Sollte DIE ERSTE Privatstiftung durch die Vereinbarungen im RPPA ihre alleinige Kontrolle der Zielgesellschaft aufgeben und Caixabank Mitkontrolle einräumen, so änderte sich die Willensbildung und die Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG würde ausgelöst.

Nach Ansicht des 1. Senats ist dies jedoch nicht der Fall. Dafür ist ausschlaggebend, ob die Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat so erhalten bleiben, dass DIE ERSTE Privatstiftung als bisher kontrollierende Aktionärin weiterhin die Kontrolle im Gremium innehat. Grundlage dafür sind etwa Nominierungsregeln, die dem kontrollierenden Aktionär das Recht einräumen, weiterhin jene Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern alleine zu nominieren, die die absolute Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat sicherstellt (vgl dazu GZ 2011/3/2-15). Der Aufsichtsrat der Zielgesellschaft setzt sich nach deren Satzung aus höchstens zwölf Kapitalvertretern zusammen, sodass sechs Arbeitnehmervertreter gemäß § 110 ArbVG entsandt werden können. Neun Kapitalvertreter sind DIE ERSTE Privatstiftung zurechenbar; ein Mitglied, namentlich Herr Dr. Wilhelm Rasinger, ist als Kleinaktionärsvertreter unabhängig. Die beiden weiteren Mitglieder sind Caixabank zuzurechnen, darunter Herr Nin sowie ein weiteres Mitglied, das von Caixabank noch nominiert werden kann und in der ordentlichen Hauptversammlung 2015 gewählt werden soll. Selbst wenn sich die Arbeitnehmervertreter, die Vertreter der Caixabank sowie Dr. Rasinger gegen die Interessen von DIE ERSTE Privatstiftung stellen sollten, hätte Letztere aufgrund des Dirimierungsrechts des ihr zurechenbaren Vorsitzenden des Aufsichtsrats die einfache Mehrheit im Gremium. Sie könnte daher alle Beschlüsse auch gegen den Willen der Minderheit fassen, zu der auch Caixabank zählt. Es kommt somit zu keiner qualitativen Änderung der Willensbildung der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, sodass DIE ERSTE Privatstiftung auch nach dem Abschluss des RPPA die Alleinkontrolle über Erste Bank behält. Dies setzt freilich voraus, dass den der Caixabank zurechenbaren Aufsichtsratsmitgliedern im Gremium keine Sonderrechte zukommen.

Weiters soll ein von der Caixabank nominiertes Mitglied des Aufsichtsrats in den Strategiausschuss, den Risikoausschuss oder den Prüfungsausschuss der Zielgesellschaft gewählt werden. Damit DIE ERSTE Privatstiftung die Alleinkontrolle behält, dürfen dem von Caixabank nominierten Mitglied im jeweiligen **Ausschuss** keine Vetorechte zukommen. Im Ergebnis darf daher weder über den Aufsichtsrat noch über Ausschüsse im Aufsichtsrat gemeinsame Kontrolle durch DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank ausgeübt werden.

Überdies vermögen auch die weiteren Vereinbarungen in diesem RPPA, insbesondere die **Übertragungsbeschränkungen** sowie das Verbot, nicht an einem **feindlichen Übernahmeangebot teilzunehmen**, keine qualitative Änderung der Willensbildung in der Gruppe herbeizuführen.

Hinsichtlich des *creeping in*-Regimes wird auf Punkt 3.9 dieser Stellungnahme verwiesen.

Ergebnis: Der Abschluss des RPPA zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank hat unter den genannten Voraussetzungen keine Änderung der Kontrollverhältnisse und somit keine Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG zur Folge.

3.6 Syndikatsvertrag mit WSW

Hinsichtlich folgender Punkte ändert sich der geplante Syndikatsvertrag zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und WSW im Vergleich zum Syndikatsvertrag vom 28.6.2013 nicht substantiell:

1. „Abstimmungsverhalten in Bezug auf Wahlen in den Aufsichtsrat“, 2. „Verbot der Beteiligung an feindlichen Übernahmeangeboten“ und 3. „Regelungen zum *creeping in*“. Die Regelungen zum *creeping in* werden lediglich durch die Implementierung von Vorgaben über ein *Monitoring*-System ausgebaut. Dieses soll eine bessere Überwachung hinsichtlich allfälliger Zukäufe an Aktien der Zielgesellschaft ermöglichen, um die Gefahr des *creeping in* hintanzuhalten. Neu sind jedoch die in Pkt 6.1 des Entwurfs des Syndikatsvertrags enthaltenen wechselseitigen Verkaufsbeschränkungen. Sowohl DIE ERSTE Privatstiftung als auch WSW können einem beabsichtigten Beteiligungsverkauf des jeweils anderen Syndikatspartners unter bestimmten Bedingungen widersprechen.

Seit dem Abschluss des Subordinationssyndikats im Jahr 2013 sind WSW und DIE ERSTE Privatstiftung gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG, wobei WSW gegenüber DIE ERSTE Privatstiftung untergeordnet ist. Auch nach dem geplanten Abschluss des neuen Syndikatsvertrags sind die beiden Vertragspartner als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren. Zu prüfen ist daher, ob durch den neuen Syndikatsvertrag zwischen WSW und der DIE ERSTE Privatstiftung ein Wechsel der Kontrollverhältnisse in der Zielgesellschaft gemäß § 22a Z 3 ÜbG eintritt. Erfasst sind durch § 22a Z 3 ÜbG nämlich nicht nur Änderungen der Kontrollverhältnisse aufgrund der Änderung der Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, sondern auch solche durch Änderung der Absprache unter den Gruppenmitgliedern, welche zu einer Änderung der Willensbildung in der Gruppe führen (vgl. *Huber in Huber, Übernahmegesetz § 22a Rz 40 f*).

Im nun zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und WSW geplanten Vertrag sind **wechselseitige Verkaufsbeschränkungen** vorgesehen. Damit erhalte auch WSW als „Juniorpartner“ im Syndikat ein Vetorecht bei allfällig geplanten Verkäufen von Erste Bank-Aktien durch DIE ERSTE Privatstiftung. Nach Ansicht des 1. Senats führt dieses Recht der WSW nicht dazu, dass DIE ERSTE Privatstiftung ihre Alleinkontrolle an der Zielgesellschaft aufgibt und die Zielgesellschaft fortan von DIE ERSTE Privatstiftung und WSW gemeinsam kontrolliert wird.

Zwar erhält WSW durch die wechselseitige Ausgestaltung der Verkaufsbeschränkungen ein Widerspruchsrecht bei Verkaufsabsichten der DIE ERSTE Privatstiftung; dieser Widerspruch muss jedoch gegen den Verkauf durch konkrete, sachliche Gründe gerechtfertigt sein. So kommt im Ergebnis ein Veto nur dann in Betracht, wenn es sich bei dem potentiellen Käufer um einen feindlichen strategischen Investor oder um einen Erwerber handelt, der bereits eine Beteiligung von zumindest 10% an der Zielgesellschaft hält. Auch die Gefährdung der Eigenständigkeit der Sparkassengruppe sowie die Gefährdung der Einheit des Sparkassensektors sind als sachliche Gründe angeführt. Aufgrund der Bedingung, dass das Vetorecht an das Vorliegen sachlicher Gründe gekoppelt ist, die im Wesentlichen im Interesse der Zielgesellschaft liegen, führt der geplante Abschluss des Syndikatsvertrags zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und WSW nicht zu einer Änderung der Willensbildung in der Gruppe und daher zu keiner Änderung der Kontrollverhältnisse bei der Zielgesellschaft.

Ergebnis: Der Abschluss des Syndikatsvertrags zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und WSW hat keine Änderung der Kontrollverhältnisse und somit keine Angebotspflicht gemäß § 22a Z 3 ÜbG zur Folge.

3.7 Syndikatsvertrag mit AVS/SpKS

Schließlich ist zu prüfen, ob der Abschluss des Syndikatsvertrags zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und AVS/SpKS zu einer qualitativen Änderung der Beherrschung der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger führt. Dies ist nach Ansicht des 1. Senats nicht der Fall. DIE ERSTE Privatstiftung bleibt der alleine beherrschende Aktionär in der Gruppe, während AVS/SpKS nur die Stellung eines untergeordneten Syndikatspartners einnehmen werden.

AVS/SpkS verpflichten sich, ihr Stimmrecht aus den Aktien der Zielgesellschaft bei **Wahlen in den Aufsichtsrat** in den Hauptversammlungen der Zielgesellschaft so auszuüben, wie DIE ERSTE Privatstiftung dies von ihnen verlangt. Wie bereits in Pkt 3.1 dieser Stellungnahme dargelegt wurde, ist damit die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 Satz 2 Halbsatz 2 ÜbG erfüllt. Gründe für die Widerlegung dieser Vermutung wurden nicht vorgebracht und auch vom 1. Senat nicht angenommen. AVS/SpkS wird im Gegenzug kein Nominierungsrecht für die Bestellung eines Mitglieds im Aufsichtsrat der Zielgesellschaft eingeräumt. Eine qualitative Änderung der Willensbildung bei der Zielgesellschaft tritt daher jedenfalls nicht ein.

Überdies vermögen auch die weiteren Verpflichtungen der AVS/SpkS, insbesondere die **Übertragungsbeschränkungen**, das Verbot, nicht an einem **feindlichen Übernahmeangebot teilzunehmen**, sowie die Verpflichtung, ihre **Aktien nicht** an andere Personen als DIE ERSTE Privatstiftung zu **verleihen**, keine qualitative Änderung der Willensbildung in der Gruppe herbeizuführen.

Hinsichtlich der „Vereinbarung“ über den Ausschluss der Außenhaftung gemäß § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG im Falle der Verwirklichung des *creeping in* Tatbestands durch ein Mitglied der Gruppe wird auf Punkt 3.9 dieser Stellungnahme verwiesen.

Ergebnis: Nach Abschluss des Syndikatsvertrags zwischen DIE ERSTE Privatstiftung und AVS/SpkS sind diese als Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG anzusehen. Eine Änderung der Willensbildung innerhalb der Gruppe tritt jedoch nicht ein.

3.8 Zusammenfassende Würdigung der geplanten Syndikatsverträge

Wie dargelegt musste DIE ERSTE Privatstiftung in den letzten Jahren aus wirtschaftlichen Gründen einen Großteil ihrer Aktien der Erste Bank veräußern. Hielt sie bzw ihre Rechtsvorgängerin DIE ERSTE österreichische Spar-Casse Anteilsverwaltungssparkasse im Jahr 2001 noch über 40%, so reduzierte sich dieser Anteil im Laufe der Jahre auf 31,12% bis zum Jahr 2009 (vgl GZ 2009/1/3-30) und weiter auf den nunmehrigen Beteiligungsstand von 13,60% des Grundkapitals bzw 13,63% der Stimmrechte der Zielgesellschaft. Unter Hinzurechnung der von DIE ERSTE Privatstiftung kontrollierten Sparkassen (siehe oben 3.2), der Sparkassen KG (siehe oben 3.3) und WSW (siehe oben 3.6) gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG waren ihr nach dem Vorbringen der Antragsteller dennoch stets mehr als 20% der Aktien der Zielgesellschaft zurechenbar; somit **kontrolliert DIE ERSTE Privatstiftung** die Zielgesellschaft iSd ÜbG (§ 22 Abs 2 iVm § 27 Abs 1 Z 1 ÜbG).

Es ist bei der Beurteilung des Sachverhalts darauf Bedacht zu nehmen, dass hier kein neuer Aktionär seinen Einfluss ausbauen, sondern ein **bereits bisher kontrollierender Aktionär** seinen **kontrollierenden Einfluss auf die Zielgesellschaft absichern möchte**. DIE ERSTE Privatstiftung bleibt trotz des Verlustes ihres ursprünglichen Stimmgewichts weiterhin die größte Einzelaktionärin innerhalb der Gruppe. Zudem kann ihr derzeit die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder der Zielgesellschaft zugerechnet werden; diesen kontrollierenden Einfluss auf den Aufsichtsrat möchte DIE ERSTE Privatstiftung auch für die Zukunft durch die geplanten syndikatsvertraglichen Regelungen absichern.

DIE ERSTE Privatstiftung bleibt daher auch nach Abschluss der sternförmig vereinbarten Syndikatsverträge die **kontrollierende Aktionärin** innerhalb der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger. Freilich handelt es sich hierbei um eine **Momentaufnahme**. Ändern sich die Beteiligungsverhältnisse innerhalb der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger im Laufe der Zeit nicht unwesentlich, kann eine andere übernahmerechtliche Beurteilung des Sachverhalts geboten sein. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn innerhalb eines Syndikats ein grobes Missverhältnis zwischen der

Höhe der Beteiligung des vermeintlich kontrollierenden Aktionärs einerseits und dessen Stimmrechtsmacht andererseits vorliegt, die durch den Abschluss von Syndikatsverträgen gesichert wird (vgl dazu GZ 2003/1/4-63).

3.9 Erstreckung der Bieterpflichten auf gemeinsam vorgehende Rechtsträger (§ 23 Abs 3 ÜbG) beim *creeping in*

Gemäß § 23 Abs 3 ÜbG gelten die Pflicht zur Stellung eines Angebots sowie alle sonstigen Pflichten eines Bieters für alle gemeinsam vorgehenden Rechtsträger (§ 1 Z 6 ÜbG). Für Parteien einer Absprache über die Ausübung von Stimmrechten (§ 1 Z 6 Satz 2 ÜbG) gilt dies nur insofern, als sie an der Kontrollerlangung mitwirken und das Stimmrecht nicht bloß nach Weisung des Beteiligten ausüben.

Auf Parteien eines Syndikatsvertrags erstrecken sich die Bieterpflichten somit nur dann, wenn die folgenden beiden Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sind:

1. Mitwirken an der Kontrollerlangung;
2. das Stimmrecht wird nicht bloß nach Weisung des Beteiligten ausgeübt.

Diese Privilegierung fand durch das ÜBRÄG 2006 Eingang in das Übernahmegesetz. Ihr Zweck liegt darin, dass die Bieterpflichten in einem Syndikat mit einer großen Anzahl von Mitgliedern nicht alle Syndikatspartner treffen sollen, wenn ein Syndikatsmitglied – unabhängig von den anderen Syndikatsmitgliedern – die Angebotspflicht auslöst, die übrigen Syndikatsmitglieder nicht an der Kontrollerlangung mitwirken und ihre Rolle im Syndikat lediglich untergeordnet ist. Beispielhaft kann hier ein 50-köpfiges Familiensyndikat genannt werden, das gemeinsam 27% der Stimmrechte einer Zielgesellschaft hält. Erwirbt nun ein Syndikatsmitglied mehr als 3% der Stimmrechte der Zielgesellschaft hinzu, überschreitet es die formelle Kontrollschwelle. Die Angebotspflicht wird dadurch für das gesamte Syndikat ausgelöst. Der Gesetzgeber hält es aber nach seiner in § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG zum Ausdruck gebrachten Wertung für unbillig, wenn die Folgen der Angebotspflicht – insbesondere die Haftung für die Gegenleistung – alle Syndikatspartner träfen, selbst wenn sie keine einzige Aktie im zwölfmonatigen Durchrechnungszeitraum hinzuerworben hätten und ihr Anteil an der Zielgesellschaft uU nur gering wäre.

Die beiden oben genannten Tatbestandselemente sind daher in der Folge getrennt zu prüfen:

Auf Parteien einer „Absprache über die Ausübung von Stimmrechten“ werden die Bieterpflichten nur insoweit erstreckt, als diese an der Kontrollerlangung mitwirken. Verlangt wird somit ein **aktives Mitwirken an der Kontrollerlangung** (vgl *Huber in Huber, Übernahmegesetz § 23 Rz 46*). Der Gesetzgeber hatte dabei die Überschreitung der Kontrollschwelle vor Augen, nicht aber den Fall, dass eine Angebotspflicht durch die Verwirklichung des *creeping in*-Tatbestands (§ 22 Abs 4 ÜbG) ausgelöst wird. Das Tatbestandsmerkmal „Kontrollerlangung“ ist daher im Zusammenhang mit dem *creeping in* sinngemäß dahingehend zu verstehen, dass damit nicht nur das Überschreiten der formellen Kontrollschwelle, sondern auch das Auslösen der Angebotspflicht durch den Erwerb von mehr als 2% der Aktien innerhalb eines Durchrechnungszeitraums von zwölf Monaten zu verstehen ist. Anderenfalls käme es bei einem *creeping in* niemals zu einer Solidarhaftung der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, was mit dem Schutzzweck des ÜbG unvereinbar wäre.

Die Antragsteller planen nach den Angaben in ihrer ersten Eingabe vom 6.10.2014, ein *creeping in-Monitoring System* einzuführen, wodurch jedem Syndikatsvertragspartner eine bestimmte Quote zugeteilt wird, um die er seinen Aktienbestand in relevanten Durchrechnungszeitraum von zwölf Monaten erhöhen kann (vgl § 22 Abs 4 ÜbG). Das Motiv für dieses *Monitoring System* liegt in erster

Linie darin, einen Modus zu etablieren, um die Auslösung des *creeping in*-Tatbestands durch die Gruppe zu vermeiden.

Nach dem rechtlichen Vorbringen der Antragsteller soll nur jener Aktionär an der Auslösung der Angebotspflicht (*creeping in*) aktiv iSd § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG mitwirken, der sich nicht an die ihm zugeteilte Quote hält. Wenn daneben jeder Aktionär Aktien im Ausmaß seiner Quote erwürbe, würden daher nur DIE ERSTE Privatstiftung und der (die) die Quote missachtende(n) Syndikatspartner haften.

Nach Ansicht des erkennenden 1. Senats wird durch diese Argumentation der Antragsteller dem *Telos* von § 23 Abs 3 ÜbG nicht angemessen Rechnung getragen. Diese Vorschrift soll sicherstellen, dass die Aktionäre im Falle eines Kontrollwechsels die ihnen nach den §§ 22 ff ÜbG zustehende Gegenleistung tatsächlich erhalten, indem alle Syndikatspartner solidarisch haften. Bereits aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen ergibt sich, dass diese gesetzlich normierte Außenhaftung nicht der Parteiendisposition zugänglich ist und daher privatautonom nicht abgeändert oder abbedungen werden kann. Das geplante System ist daher eine rein interne organisatorische Maßnahme der Syndikatspartner, um eine Angebotspflicht durch *creeping in* zu vermeiden. Darin liegt eine zulässige und wirtschaftlich nachvollziehbare Maßnahme der Syndikatspartner, die eine Angebotspflicht durch *creeping in* vermeiden soll. Aus den dargelegten Gründen kann daraus aber nicht abgeleitet werden, dass die Bieterpflichten deshalb nicht auf die anderen Syndikatspartner erstreckt werden, wenn diese aktiv an der Kontrollerlangung mitwirken.

Ein Syndikatspartner wirkt nach Ansicht des 1. Senats **aktiv** an der Kontrollerlangung mit, wenn er **im Durchrechnungszeitraum** von zwölf Monaten **zumindest eine Aktie erworben** hat, unabhängig davon, ob diese erworbene(n) Aktie(n) innerhalb oder außerhalb seiner privatautonom festgelegten Quote liegen. Dabei sind nur Erwerbe von einem Dritten relevant, der nicht mit dem Erwerber gemeinsam vorgeht. Verschiebungen innerhalb der Gruppe lösen den Erwerb nicht aus.

Umgehungsgeschäfte können freilich anders zu beurteilen sein: Erwirbt beispielsweise ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger die Aktien allein zu dem Zweck, um sie an den Syndikatspartner weiterzugeben und somit die Erstreckung der Bieterpflichten abzuwenden, liegt idR eine solche Umgehung der Solidarhaftung aller Syndikatspartner gemäß § 23 Abs 3 ÜbG vor, sodass der Syndikatspartner, der die Aktien letztlich von einem Gruppenmitglied erwirbt, auch in diesem Fall aktiv an der Kontrollerlangung mitwirkt. Eine solche Umgehung wird insbesondere bei einem Kommissionsgeschäft oder bei einem Fall mittelbarer Stellvertretung vorliegen. Ein Indiz dafür könnte der primäre Erwerb von Dritten in sachlichem (Umfang) und zeitlichem Zusammenhang mit der Weitergabe der Aktien an ein Syndikatsmitglied sein.

Die bloße Veräußerung von Aktien der Zielgesellschaft an Dritte während des zwölfmonatigen Durchrechnungszeitraums, ohne dass in diesem Zeitraum Aktien hinzuerworben werden, stellt hingegen kein aktives Mitwirken an der Kontrollerlangung dar.

In einem nächsten Schritt ist das zweite Tatbestandsmerkmal des § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG zu diskutieren: Eine Erstreckung der Bieterpflichten tritt demnach nur dann ein, wenn das **Stimmrecht nicht bloß nach Weisung des Beteiligten** ausgeübt wird. Beteiligter idS ist im vorliegenden Sachverhalt DIE ERSTE Privatstiftung.

Dieses Tatbestandselement ist hier nach Ansicht des 1. Senats erfüllt: Dies ergibt sich bereits aus einer verbalen Interpretation der Norm, da die Syndikatspartner ihr Stimmrecht nicht *bloß* nach Weisung eines Beteiligten ausüben. Vielmehr sind sie nur bei Beschlüssen zu Wahlen in den Aufsichtsrat weisungsgebunden. Die Bieterpflichten werden daher erstreckt, sofern der Anteilseigner (= Syndi-

katspartner) zumindest in Teilbereichen weisungsfrei ist (vgl. *Huber in Huber*, Übernahmegesetz § 23 Rz 46). Der Argumentation der Antragsteller, wonach eine Befreiung von den Bieterpflichten nicht nur in Betracht kommt, wenn ein Beteiligter sein Stimmrecht ausschließlich weisungsgebunden ausüben hat, sondern auch dann wenn er nur in manchen Bereichen weisungsgebunden ist, ist daher nicht zu folgen. Die Syndikatspartner von DIE ERSTE Privatstiftung können ihr Stimmrechte in allen Punkten mit Ausnahme der Wahlen in den Aufsichtsrat frei von Weisungen ausüben. Wenngleich anzuerkennen ist, dass es sich hierbei um einen wichtigen und kontrollrelevanten Beschlussgegenstand handelt, gibt es eine Vielzahl weiterer, für die Kontrolle ebenso wichtiger Beschlüsse. Dazu zählen etwa alle Kapitalmaßnahmen als Teil der Finanzverfassung einer Gesellschaft, Umgründungsmaßnahmen, die Übertragung des ganzen Vermögens einer Aktiengesellschaft gemäß § 237 AktG oder die Liquidation der Zielgesellschaft. Da die Syndikatspartner in all diesen Punkten frei von Weisungen von DIE ERSTE Privatstiftung abstimmen können, üben sie ihr Stimmrecht nicht *bloß* nach Weisung aus. Das zweite Tatbestandselement ist daher in Bezug auf alle Syndikatspartner erfüllt.

Ergebnis: Die Bieterpflichten werden im Falle der Angebotspflicht in Folge eines *creeping in* (§ 22 Abs 4 ÜbG) gemäß § 23 Abs 3 Satz 2 ÜbG auf all jene Syndikatspartner erstreckt, die im zwölfmonatigen Durchrechnungszeitraum zumindest eine Aktie von Dritten erworben haben.

3.10 Gruppeninterne Übertragungen

In Bezug auf die im ergänzenden Vorbringen vom 4.11.2014 beantragte Stellungnahme des Senats zu gruppeninternen Übertragungen ist Folgendes festzuhalten:

Erwerbe innerhalb einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger können übernahmerechtlich insbesondere in zwei Punkten relevant sein: Einerseits bei der Frage der Angebotspflicht aufgrund des *creeping in* (§ 22 Abs 4 ÜbG) und andererseits in Bezug auf eine Änderung der Willensbildung innerhalb der Gruppe.

In Bezug auf das *creeping in* ist festzuhalten, dass die Gruppe, deren Stimmrechte gemäß § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG zusammenzuzählen sind, nur dann Stimmrechte aus Aktien *hinzu erwirbt*, wenn sich die Gesamtzahl ihrer Stimmrechte durch einen für das *creeping in* relevanten Erwerb erhöht hat. Ein solcher Erwerb liegt jedenfalls dann vor, wenn das Eigentum aus den stimmberechtigten Aktien von einem Dritten auf ein Gruppenmitglied übergeht (vgl. *Huber in Huber*, Übernahmegesetz § 22 Rz 73). Erwirbt hingegen ein Gruppenmitglied von einem anderen Gruppenmitglied Aktien, ist dies für die Frage des *creeping in* grundsätzlich unbeachtlich.

Im konkreten Fall ist jedoch ein weiterer Aspekt zu berücksichtigen: Da die Stimmrechte aus den Aktien der Sparkassen an Erste Bank gemäß § 65 Abs 5 AktG iVm § 228 Abs 3 iVm § 244 Abs 2 UGB ruhen, ist zu untersuchen, ob dieses Ruhen der Stimmrechte dazu führt, dass sich der Anteil der Gruppe für eine juristische Sekunde verringert, ehe das Stimmrecht aus diesen Aktien wieder auflebt. Konkret geht es um die 1,75%-ige Beteiligung, die von DIE ERSTE Privatstiftung an die Sparkassen übertragen und in der Folge von diesen an die Sparkassen KG verliehen werden soll. Nach Ansicht des 1. Senats ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Sachverhalts geboten: Denn die Aktien werden nur als Zwischenschritt an die Sparkassen übertragen, zumal diese den Kauf zu finanzieren scheinen. Unmittelbar im Anschluss werden die Aktien dann von den Sparkassen an die Sparkassen KG übertragen. Der Fall ist daher wirtschaftlich so zu beurteilen, als ob die Aktien von DIE ERSTE Privatstiftung direkt an die Sparkassen KG übertragen worden wären; der Zwischenerwerb der Sparkassen bleibt außer Betracht. Dafür spricht vor allem auch der unmittelbare sachliche und zeitliche Zusam-

menhang zwischen den beiden Übertragungen (DIE ERSTE Privatstiftung an Sparkassen und Sparkassen an Sparkassen KG).

Die ÜbK geht nach dem schriftlichen Vorbringen der Parteien sowie den Erklärungen in der Besprechung zwischen dem Senat und den Parteienvertretern vom 5.11.2014 davon aus, dass die Übertragung an Caixabank erst nach dem Abschluss des RPPA durchgeführt wird, zumal DIE ERSTE Privatstiftung und Caixabank davor noch nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren sind und ein solcher Erwerb daher grundsätzlich noch nicht als gruppeninterner Erwerb privilegiert ist.

Weiters kann ein gruppeninterner Erwerb dazu führen, dass die Position eines anderen Gruppenmitglieds gestärkt wird und sich auf diese Weise die **Kontrollverhältnisse** in der Gruppe quantitativ **verändern**. Dies liegt im konkreten Fall nicht vor. Aufgrund der geplanten syndikatsvertraglichen Konstruktion wird DIE ERSTE Privatstiftung weiterhin die Alleinkontrolle über die Zielgesellschaft ausüben.

Ergebnis: Nach Ansicht des 1. Senats löst die Übertragung von rund 1,75% der Aktien der Zielgesellschaft von DIE ERSTE Privatstiftung an die Sparkassen unter gleichzeitigem Abschluss eines Wertpapierleihvertrags zwischen den Sparkassen und der Sparkassen KG sowie die Übertragung von rund 0,75% der Aktien von DIE ERSTE Privatstiftung an Caixabank nicht die Angebotspflicht aus.

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 27.11.2014

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