

Nikolaus ARNOLD / Edmund-Philipp SCHUSTER*)

Übernahmerechtliche Folgen einer Änderung der Stiftungserklärung und von Verschiebungen bei Stifterrechten

Privatstiftungen können in unterschiedlichen Fallkonstellationen an Sachverhalten beteiligt sein, die übernahmerechtlich von Relevanz sind. Die praktisch häufigsten Fälle sind die, in denen eine Privatstiftung eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt oder verliert. Weniger Beachtung fand bisher der Umstand, dass bereits die bloße Änderung der Stiftungserklärung und Verschiebungen bei den Stifterrechten übernahmerechtliche Folgen (bis hin zu einem Pflichtangebot) nach sich ziehen können.

I. Allgemeines

1. Gesetzliche Grundlagen

Das Übernahmegesetz (ÜbG) regelt öffentliche Angebote zum Erwerb von Beteiligungspapieren, die von einer AG mit Sitz im Inland ausgegeben wurden und an einer österreichischen Börse zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind (siehe § 2 ÜbG). Geregelt Märkte iS dieser Vorschrift sind in Österreich der Amtliche Handel sowie der Geregelter Freiverkehr der Wiener Börse.¹⁾ Die hier interessierenden Bestimmungen über die Kontrollerlangung und deren Rechtsfolgen finden darüber hinaus auch dann Anwendung, wenn die von einer inländischen AG ausgegebenen Beteiligungspapiere zwar nicht in Österreich, aber in einem anderen EU- bzw EWR-Staat zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind (Teilwendungsbereich gem § 27b ÜbG).²⁾

Wer eine unmittelbare oder mittelbare kontrollierende Beteiligung an einer Zielgesellschaft erlangt, muss dies der Übernahmekommission (ÜbK) unverzüglich mitteilen und innerhalb von 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung ein den Bestimmungen des ÜbG entsprechendes Angebot für alle Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft anzeigen (§ 22 Abs 1 ÜbG).

Ebenso besteht eine Angebotspflicht, wenn

- eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung erlangt,
- eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger aufgelöst wird und dadurch ein Rechtsträger allein oder eine andere Gruppe von Rechtsträgern eine kontrollierende Beteiligung erlangt oder
- durch die Änderung der Zusammensetzung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger oder der Absprache zwischen diesen Rechtsträgern die Willensbildung in der Gruppe von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann, wenn die Gruppe insgesamt eine kontrollierende Beteiligung hält (§ 22a ÜbG).

Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage, welche übernahmerechtlichen Folgen eine Änderung der Stiftungserklärung und Verschiebungen bei den Stifterrechten nach sich ziehen können. Er geht von der Rechtslage des ÜbG idF ÜbRÄG 2006 (BGBl I 2006/75) aus. Auf die frühere Rechtslage wird nur dann und nur so weit Bezug genommen, als diese für die aktuelle Beurteilung unmittelbar von Relevanz ist.

Die große praktische Bedeutung dieser Fragen zeigt sich alleine an dem Umstand, dass an 9 der 20 im ATX gelisteten Aktiengesellschaften Privatstiftungen unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt sind.

2. „Beherrschbarkeit“ von Privatstiftungen (kontrollierte/kontrollfreie)

2.1. Allgemeines

Nach § 24 ÜbG (idF ÜbRÄG 2006) besteht eine Angebotspflicht (ua) dann nicht, wenn der Rechtsträger, der den beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben kann, nicht wechselt. Diesfalls werden die zu schützenden Interessen der Inhaber von Beteiligungspapieren nicht beeinträchtigt.³⁾ § 24 Abs 3 Z 3 ÜbG (idF ÜbRÄG 2006) sieht vor, dass der beherrschende Einfluss insb dann nicht wechselt, wenn Aktien auf eine Privatstiftung übertragen werden, auf deren Geschäftsführung ausschließlich bisher kontrollierend Beteiligte einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Verbleibt der beherrschende Einfluss aufgrund der Ausgestaltung der Privatstiftung⁴⁾ bei den früheren

*) Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien. Mag. Edmund-Philipp Schuster ist Leiter der Geschäftsstelle der Übernahmekommission.

¹⁾ Vgl das Verzeichnis der geregelten Märkte gem Art 16 der RL 93/22/EWG, ABI C 38 vom 22.2.2007, S 5.

²⁾ Siehe auch *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht² (2007) Rz 26 f.

³⁾ EriRV 1334 BlgNR 22. GP, 15 zu § 24.

⁴⁾ Die Gesetzesmaterialien verwenden den Sammelbegriff „Stiftung“; der Gesetzestext ist enger und bezieht sich ausschließlich auf Privatstiftungen; zur Begriffsdefinition N. Arnold, PSG-Kommentar² (2007) § 1 Rz 2a ff.

Gesellschaftern (genauer: bisher kontrollierend Beteiligten), soll die Angebotspflicht daher nicht eintreten.⁵⁾

Sowohl § 24 Abs 3 Z 3 ÜbG als auch § 25 Abs 1 Z 5 ÜbG stellen auf einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung einer Privatstiftung ab. Das ÜbG selbst definiert allerdings nicht, wie der Einfluss einzuräumen bzw ab wann er beherrschend ist. Auf Einzelheiten der Beherrschung wird noch unter Pkt 2.2. eingegangen.

Erreicht der Einfluss die Schwelle der Beherrschung, spricht man von kontrollierter,⁶⁾ sonst von kontrollfreier Privatstiftung.⁷⁾ Eine Privatstiftung ist iSd ÜbG immer kontrolliert oder kontrollfrei. Für eine teilweise Kontrolle verbleibt bei der übernahmerechtlichen Beurteilung kein Raum. Ist eine Privatstiftung kontrolliert, kann sie entweder

- von einem (einzelnen) Rechtsträger oder
- von mehreren Rechtsträgern gemeinsam (Gruppe) kontrolliert werden (siehe dazu auch Pkt II.2. und II.3.),
- sie kann auch unabhängig davon, ob sie selbst kontrolliert wird, ein gemeinsam vorgehender Rechtsträger bzw von der Hinzurechnung von Beteiligungen erfasst sein.

Wird die Privatstiftung, auf die die Anteile des/der bisher kontrollierend Beteiligten übertragen werden, von anderen Personen oder überhaupt nicht kontrolliert, findet § 24 Abs 3 Z 3 ÜbG jedenfalls nicht Anwendung. Selbiges gilt für die Sonderregelung des § 25 Abs 1 Z 5 ÜbG (mit Ausnahme der Erweiterung um die Angehörigen iSd § 32 Abs 1 KO).⁸⁾ Dies bedeutet, dass der Erwerb einer unmittelbaren oder mittelbaren kontrollierenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft durch eine kontrollfreie Privatstiftung gegebenenfalls ein Pflichtangebot auslösen kann.

2.2. Mittel der Beherrschung bei der Privatstiftung

2.2.1. Allgemeines

Charakteristikum einer Privatstiftung ist der Umstand, dass dem eigentümerlosen Vermögen Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird.⁹⁾ Die Privatstiftung kennt daher auch keine Eigentümer, Mitglieder oder Gesellschafter;¹⁰⁾ auch der Stifter ist am Stiftungsvermögen nicht beteiligt oder Teilhaber.¹¹⁾ Aus der Eigentümerlosigkeit kann jedoch noch nicht auf das Fehlen jeglicher Möglichkeit der Einflussnahme geschlossen werden.¹²⁾ Dem Umstand, dass auch auf Privatstiftungen trotz ihrer Eigentümerlosigkeit wie durch einen Gesellschafter auf eine Gesellschaft Einfluss genommen werden kann, wird vom Gesetzgeber in § 22 Abs 3, § 24 Abs 3 Z 3 und § 25 Abs 1 Z 5 ÜbG Rechnung getragen.

Wie bereits dargelegt, fehlt eine gesetzliche Definition, wann jemand beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung einer Privatstiftung ausübt (bzw ausüben kann). § 24 Abs 3 Z 3 ÜbG regelt jene Fälle, in denen ein bisher (unmittelbar oder mittelbar) kontrol-

lierend beteiligter Rechtsträger nach der Übertragung der Beteiligung auf die Privatstiftung dennoch weiterhin eine mittelbare kontrollierende Beteiligung hält. Insofern ist die Bestimmung des § 24 Abs 3 Z 3 ÜbG als Konkretisierung des Tatbestandes des § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG zu verstehen. Dies unterstreicht auch, dass der beherrschende Einfluss nicht tatsächlich ausgeübt werden muss. Von Fällen der Aufrechterhaltung einer bloßen „Scheinkontrolle“ abgesehen, reicht daher die Möglichkeit zur Beherrschung aus.

Ob eine Privatstiftung iSd ÜbG beherrscht werden kann, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Auf eine rein formalrechtliche Betrachtung kommt es – ebenso wie auf Ebene der Zielgesellschaft selbst – nicht an.¹³⁾ Insgesamt muss bei der Beurteilung immer berücksichtigt werden, dass das ÜbG in seinem zentralen Regelungsanliegen ungeachtet der gesetzlich normierten Weisungsfreiheit des AG-Vorstands auch von der Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses auf die Geschäftsführung einer AG ausgeht. Demzufolge kann es verschiedenste Einflussmöglichkeiten oder Kombinationen von Einflussmöglichkeiten geben, die in ihrer Gesamtheit einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Privatstiftung eröffnen. Es handelt sich sozusagen um ein bewegliches System.¹⁴⁾ Eine Ausnahme von der Angebotspflicht ist jedenfalls nur dort gerechtfertigt, wo die bisher beherrschend Beteiligten die Privatstiftung im bisherigen Umfang (gesellschaftergleich) kontrollieren.¹⁵⁾ Wesentlich ist letztlich, ob indirekt auch ein beherrschender Einfluss auf den Rechtsträger ausgeübt werden kann, der die unmittelbare Beteiligung hält.¹⁶⁾ Maßgeblich ist daher, ob die Privatstiftung tatsächlich selbst oder bloß formal für den sie kontrollierenden Rechtsträger die Geschicke der Zielgesellschaft lenkt.¹⁷⁾ Die Einflussmöglichkeiten dürfen jedenfalls nicht von untergeordneter Bedeutung sein. Der Nachhaltigkeit¹⁸⁾ kann bei der Beurteilung Indizwirkung zu-

⁵⁾ ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 15 zu § 24.

⁶⁾ Teilweise auch als entmündigt bezeichnet.

⁷⁾ Vgl nur ÜbK 26.11.2001, 2001/2/8-24.

⁸⁾ Vgl zur früheren Rechtslage *Zollner*, Die kontrollierte Privatstiftung aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, GesRZ 2003, 278 (283).

⁹⁾ OGH 15.7.1999, 6 Ob 74/99x, RdW 1999, 718; 27.5.2004, 6 Ob 61/04w, GesRZ 2004, 392 = GeS 2004, 391 uvam.

¹⁰⁾ OGH 25.2.1999, 6 Ob 332/98m, RdW 1999, 409.

¹¹⁾ OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06y, RdW 2006/590, 631.

¹²⁾ *Zollner*, GesRZ 2003, 278.

¹³⁾ Bereits zur Rechtslage vor dem ÜbRÄG 2006 ÜbK 19.4.2001, 2001/1/3-27.

¹⁴⁾ *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz (2007) § 25 Rz 75.

¹⁵⁾ Zur Rechtslage vor dem ÜbRÄG 2006 ÜbK 26.11.2001, 2001/2/8-24; *Diregger/Ullmer*, Die Spruchpraxis der Übernahmekommission nach drei Jahren Übernahmegesetz – eine Auswahl, WBI 2002, 97 (104 f).

¹⁶⁾ ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 13 zu Z 16.

¹⁷⁾ *Zollner*, GesRZ 2003, 281.

¹⁸⁾ Generell eine Nachhaltigkeit fordernd *Hofmann*, Der mittelbare Beteiligungserwerb durch eine beherrschte Privatstiftung im

kommen. Allgemein ist sie allerdings nicht zu fordern. Ist der Einfluss nicht nachhaltig, kann bei Wegfall desselben eine Kontrollaufgabe vorliegen.

Aus stiftungsrechtlicher Sicht kommen als Kontrollmöglichkeiten insb in Betracht:

- Vorbehaltenes Recht auf Widerruf der Privatstiftung (§ 34 PSG),
- vorbehaltenes Recht auf Änderung der Stiftungserklärung (§ 33 PSG),
- Recht auf Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands,
- Recht auf Bestellung und Abberufung anderer Organmitglieder (insb weiterer Organe iSd § 14 PSG [etwa eines Beirats]),
- Weisungsrechte (soweit stiftungsrechtlich überhaupt zulässig),
- Zustimmungs-, Veto- und vergleichbare Kontrollrechte.

2.2.2. Widerrufsvorbehalt

Eine Privatstiftung kann vom Stifter nur dann widerrufen werden, wenn er sich den Widerruf in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat (§ 34 PSG). Nach hA kann ein entsprechender Vorbehalt nur zugunsten natürlicher Personen als Stifter aufgenommen werden. Die Modalitäten der Ausübung dieses Gestaltungsrechtes können in der Stiftungsurkunde festgelegt werden; wurden keine abweichenden Regelungen getroffen, kommt ein vorbehaltenes Widerrufsrecht gegebenenfalls nur allen Stiftern (soweit diese natürliche Personen sind) gemeinsam zu (§ 3 Abs 2 PSG).

Zu prüfen ist, ob ein Widerrufsvorbehalt geeignet ist, dem/den Widerrufsberechtigten einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung einzuräumen.

Durch einen Widerrufsvorbehalt wird ein Stifter weder direkt noch indirekt in den Willensbildungsprozess des geschäftsführenden Organs (Stiftungsvorstand) eingebunden. Der Stifter erhält auch nicht die Möglichkeit, die Willensbildung des Stiftungsvorstands in eine bestimmte Richtung zu lenken. Er kann Entscheidungen des Stiftungsvorstands durch Ausübung des Widerrufsrechts nicht rückgängig machen. Rein faktisch kommt ein Widerruf der Privatstiftung für Stifter aus steuerlichen Erwägungen zumeist gar nicht in Betracht.¹⁹⁾

Die Ausübung des Widerrufsrechtes durch den Stifter führt lediglich dazu, dass der Stiftungsvorstand die Auflösung der Privatstiftung zu beschließen hat (§ 35 Abs 2 Z 1 PSG). In weiterer Folge ist die Privatstiftung (wiederum ohne Einbindung des Stifters in den Willensbildungsprozess) von den Abwicklern (dem Stiftungsvorstand) abzuwickeln. Die Abwicklung hat unter Beachtung der Grundsätze des § 36 PSG zu erfolgen. Aus einem Widerrufsvorbehalt kann für sich auch nicht darauf geschlossen werden, dass das Vermögen nach Abwicklung der Privatstiftung an den Stifter zurückfällt. Die Verfügung über das Vermögen erhält der

Stifter selbst dann, wenn dieses nach Abwicklung an ihn zurückfällt, frühestens nach Ablauf des Sperrjahres.

Ein Widerrufsvorbehalt indiziert zwar einen gewissen beherrschenden Einfluss, für sich alleine vermag er es idR aber nicht, diesen zu vermitteln.²⁰⁾ Einem Widerrufsvorbehalt kommen umso schwächere Indizwirkungen zu, je stärker die sonstigen Einflussmöglichkeiten anderer Rechtsträger oder Gruppen von Rechtsträgern (insb im Bereich der Änderung der Stiftungserklärung und der Bestellung/Abberufung von Organmitgliedern) sind.

2.2.3. Änderungsvorbehalt

Nach dem Entstehen der Privatstiftung kann die Stiftungserklärung vom Stifter nur abgeändert werden, wenn er sich die Änderung derselben in der Stiftungsurkunde vorbehalten hat. Auch beim Änderungsvorbehalt können die Modalitäten der Ausübung desselben in der Stiftungsurkunde festgelegt werden; wurde keine abweichende Regelung getroffen, kommt das Recht gegebenenfalls nur allen Stiftern gemeinsam zu (§ 3 Abs 2 PSG).

Bei einem umfassenden Änderungsvorbehalt können Stifter grundsätzlich²¹⁾ jede Änderung der Stiftungserklärung vornehmen.²²⁾ Die Änderungsmöglichkeit umfasst auch die Änderung des Stiftungszwecks, der Begünstigten und Letztbegünstigten, der Höhe und Fälligkeit von Zuwendungen sowie der gesamten Stiftungsorganisation und Struktur, etwa auch der Bestellungsrechte. Von den Einflussmöglichkeiten her geht ein Änderungsrecht daher weiter als ein Widerrufsrecht.²³⁾

Einem unbeschränkten Änderungsvorbehalt kommt daher bei Beurteilung des beherrschenden Einflusses besondere Bedeutung zu. Sind anderen Rechtsträgern oder Gruppen von Rechtsträgern keine vergleichbaren Einflussmöglichkeiten eingeräumt (insb in Bezug auf die Geschäftsführung der Privatstiftung), ist bei Bestehen eines unbeschränkten Änderungsvorbehalts von einer kontrollierten Privatstiftung auszugehen.

Dies gilt selbst dann, wenn die Organisationsstruktur der Privatstiftung bisher eine direkte Einflussnahme des Stifters – etwa durch Selbstergänzung des Stiftungsvorstands und Fehlen zustimmungspflichtiger Geschäfte – verhindert hat, diese Struktur aber – insb

Übernahmegesetz nach dem Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006, GesRZ 2007, 182 (186).

¹⁹⁾ Zu den steuerlichen Folgen der Auflösung einer eigennützigen Privatstiftung siehe *Arnold/Stangl/Tanzer*, Privatstiftungs-Steuerrecht (2006) Rz II/570 ff.

²⁰⁾ AA *Hofmann*, GesRZ 2007, 186.

²¹⁾ Von Fragen der Treue- und Gleichbehandlungspflicht bzw sonstigen Schranken des Änderungsrechtes abgesehen.

²²⁾ OGH 27.5.2004, 6 Ob 61/04w, *ecolex* 2005, 47; *Hochedlinger*, Verzicht lediglich eines Mitstifters auf gemeinsam vorbehaltenes Änderungsrecht möglich? *ecolex* 2004, 863.

²³⁾ OGH 26.4.2006, 3 Ob 217/05s, GesRZ 2006, 196.

durch ein in der Stiftungserklärung vorbehaltenes Änderungsrecht – jederzeit geändert werden kann („scheinkontrollfreie“ Privatstiftung). Kann nämlich zB der Stifter durch Änderung der Stiftungserklärung einen Kontrollwechsel über die Privatstiftung – und daher mittelbar über die Zielgesellschaft – herbeiführen, muss er bis zu dieser Änderung selbst als kontrollierend angesehen werden.

2.2.4. Recht auf Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern

Für die Kontrolle über eine Privatstiftung ist der Einfluss auf die Zusammensetzung und die Willensbildung des geschäftsführenden Organs zentral.²⁴⁾ Besonderes Gewicht hat hierbei das Recht auf Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Stiftungsvorstands. Trotz der von der Firmenbuchpraxis geforderten Mindestfunktionsperiode und der Einschränkung der Abberufbarkeit auf wichtige (sachliche) Gründe²⁵⁾ erhält der Beststellungs- bzw Abberufungsberechtigte schon rein faktisch durch die Auswahl der agierenden Personen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung.²⁶⁾

Auch bei Selbstergänzung der Organwalter ist ein beherrschender Einfluss dennoch nicht ausgeschlossen,²⁷⁾ sofern er über die sonstigen Gestaltungen der Stiftungserklärung sichergestellt ist.

Das Recht auf Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands ist daher für einen beherrschenden Einfluss ausreichend (sofern es nicht durch die sonstigen Gestaltungen der Stiftungserklärung erheblich abgeschwächt wird), für diesen aber nicht zwingend erforderlich.

Ob das Recht, die Mitglieder anderer Stiftungsorgane zu bestellen oder abzuberufen, einen beherrschenden Einfluss auf die Privatstiftung vermittelt, hängt von den Aufgaben dieses weiteren Organs ab. Wesentlich ist hierbei insb, ob dieses seinerseits die Mitglieder des Stiftungsvorstands bestellt und abberuft bzw inwieweit die Geschäftsführung des Stiftungsvorstands (insb auch über Zustimmungs- und Vetorechte) an dieses weitere Organ gebunden ist.

2.2.5. Weisungsrechte, Zustimmungs-, Veto- und vergleichbare Kontrollrechte

Weisungsrechte, Zustimmungs- und Vetorechte können – je nach Ausgestaltung – Einfluss auf die Willensbildung vermitteln. Eine Bindung des Stiftungsvorstands durch Weisungsrechte, Zustimmungs- und Vetorechte bzw vergleichbare Kontrollrechte darf (aus stiftungsrechtlicher Sicht) jedenfalls nie so weit gehen, dass der Stiftungsvorstand zum bloßen Vollzugsorgan degradiert wird.²⁸⁾ Sie sind aber im Zusammenwirken mit anderen Rechten (etwa Beststellungs- und Abberufungsbefugnis) geeignet, einen vorhandenen Einfluss zu verstärken und ihn letztendlich auch zu einem beherrschenden zu machen.

2.2.6. Relevanz der Begünstigtenstellung?

Nach § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG idF vor dem ÜbRÄG 2006 bestand eine Pflicht zur Angebotsstellung nach § 22 ÜbG dann nicht, wenn Aktien auf eine Privatstiftung übertragen wurden, deren Begünstigte ausschließlich bisherige Gesellschafter oder Angehörige (§ 32 KO) der Gesellschafter waren. Die Rechtslage nach dem ÜbRÄG 2006 stellt nicht mehr auf die Begünstigtenstellung ab. Dies ist schon insoweit konsequent, als es bei der kontrollierenden Beteiligung auf die stimmberechtigten Aktien bzw allgemein auf einen beherrschenden Einfluss²⁹⁾, nicht jedoch auf eine wirtschaftliche Beteiligung oder ein bloßes Vermögensinteresse schlechthin ankommt.³⁰⁾

Zumeist wird ein beherrschender Einfluss mit der Stellung als Begünstigter oder Letztbegünstigter der Privatstiftung einhergehen. Notwendig ist dies allerdings nicht. Auch eine Person, der keine Begünstigten- oder Letztbegünstigtenstellung zukommt, kann einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Privatstiftung haben;³¹⁾ die grundsätzliche Unabhängigkeit von Begünstigten- und Letztbegünstigtenstellung hat der Gesetzgeber durch die Streichung des Verweises auf die Begünstigten im Zuge des ÜbRÄG 2006 in § 24 ÜbG verdeutlicht. Dieses Ergebnis wird durch die Wertung des § 23 Abs 2 Z 4 ÜbG, nach dem auch dem Fruchtgenussberechtigten Aktien nur dann zugerechnet werden, wenn er zumindest die Stimmübung beeinflussen kann, unterstrichen.

Gänzlich irrelevant sind Begünstigten- und Letztbegünstigtenstellung dennoch nicht. Typischerweise indizieren sie ein besonderes Interesse an der Aufrechterhaltung eines beherrschenden Einflusses. Gibt ein bisher kontrollierend Beteiligter das Vermögensinteresse (das sich letztlich in der Begünstigten- bzw Letzt-

²⁴⁾ Gall in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 24 Rz 37.

²⁵⁾ OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, RdW 2001/502 = WBI 2002/94; vgl auch Hochedlinger, Personengesellschaften als Stifter, RdW 2004/46, 67; aA offenbar Reich-Rohrwig/Größ, Zur Abberufung des Stiftungsvorstands, eolex 2003, 103.

²⁶⁾ Hofmann, GesRZ 2007, 187; Zollner, GesRZ 2003, 282.

²⁷⁾ Huber in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 75.

²⁸⁾ OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, RdW 2001/502 = WBI 2002/94; im Ergebnis auch C. Nowotny in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Hrsg), Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 163; Bruckner/Fries/Fries, Die Familienstiftung im Zivil-, Steuer- und Handelsrecht (1994) 35; Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), PSG (1998) § 14 Rz 8; G. Nowotny in Gassner/Göth/Gröhs/Lang (Hrsg), Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 151.

²⁹⁾ Vgl § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG.

³⁰⁾ N. Arnold, PSG-Kommentar², Einl Rz 33.

³¹⁾ So bereits zur früheren Rechtslage Zollner, GesRZ 2003, 282; siehe zur aktuellen Rechtslage auch Dregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht², Rz 248; auf den Einfluss abstellend auch Gall in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 24 Rz 37, aA Hofmann, GesRZ 2007, 186; unter Hinweis auf die noch zur Rechtslage vor dem ÜbRÄG 2006 ergangene E ÜbK 19.4.2001, 2001/1/3-27, eine materielle Begünstigtenstellung fordernd Huber in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 75.

begünstigtenstellung ausdrückt) zugunsten Dritter auf und behält er sich lediglich formal Gestaltungs- und Kontrollrechte vor, wird schon rein sachverhaltsmäßig berechtigter Zweifel an der Ernstlichkeit der Aufrechterhaltung der Kontrolle angebracht sein.

3. Stiftungsrechtliche Möglichkeit einer Änderung der „Beherrschung“

Haben sich der/die Stifter die Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten, können sie – wie bereits dargelegt – grundsätzlich jede Änderung der Stiftungserklärung vornehmen. Lediglich ein im Zeitpunkt der Eintragung der Privatstiftung in das Firmenbuch nicht aufgenommener Widerrufsvorbehalt kann nicht mehr nachgeholt werden.³²⁾ Sehr wohl zulässig ist es aber, dass der/die Stifter auf die ihm/ihnen vorbehaltenen Gestaltungsrechte (Widerruf/Änderung) mit entsprechender Änderung der Stiftungserklärung³³⁾ entweder zur Gänze verzichtet/verzichten³⁴⁾ oder die Modalitäten der Ausübung derselben (etwa von Mehrstimmigkeit auf Alleinentscheidung eines Stifters) abändert/abändern.

Ebenso wenig bestehen Bedenken dagegen, dass Stifter die einmal gewählten Beststellungsregelungen für Mitglieder des Stiftungsvorstands oder für andere Organe neu gestalten.³⁵⁾ Darüber hinaus kann es durch auflösende Bedingungen (etwa die Abhängigkeit eines Mitwirkungsrechtes vom aufrechten Bestand einer Ehe) und sonstige Umstände (etwa Ableben eines Stifters) zu Änderungen bei den Einflussnahmemöglichkeiten kommen. Zu denken ist hierbei insb an die Fälle, dass

- die Alleinkontrollmöglichkeit über die Privatstiftung wechselt oder eingeräumt wird,
- die Alleinkontrollmöglichkeit verloren geht (entweder dahingehend, dass die Kontrolle einer Personeneinheit zukommt oder die Privatstiftung kontrollfrei wird) und
- es zu Verschiebungen innerhalb von Personengruppen kommt.

Die möglichen Gestaltungen werden noch bei den Fallgruppen unter Pkt II. näher dargestellt.

4. Privatstiftung als gemeinsam vorgehender Rechtsträger

Für die Beurteilung einer Privatstiftung als kontrolliert bzw beherrscht iSd ÜbG ist es bereits ausreichend, dass ein Rechtsträger über die Möglichkeit verfügt, einen beherrschenden Einfluss auf die Privatstiftung auszuüben. Folglich ist den hier zu behandelnden Fällen gemeinsam, dass die Privatstiftung in der Ausgangslage regelmäßig als kontrolliert bzw beherrscht iSd ÜbG anzusehen sein wird.

Die kontrollierte Privatstiftung wird weiters idR auch als gemeinsam mit dem sie letztendlich beherrschenden Rechtsträger vorgehend anzusehen sein; ein solches gemeinsames Vorgehen wird zumindest vermutet.³⁶⁾ Da

die Beteiligungen gemeinsam vorgehender Rechtsträger wechselseitig zuzurechnen sind,³⁷⁾ kann eine Änderung der Stiftungserklärung auch dann zu übernahmerechtlichen Konsequenzen führen, wenn die Privatstiftung selbst keine kontrollierende Beteiligung³⁸⁾ hält. Die Änderung der Stiftungserklärung kann daher insb auch aufgrund erstmaliger Zusammenrechnung von Beteiligungen zur Angebotspflicht führen.³⁹⁾

II. Fallgruppen

1. Übergang der Alleinkontrolle über die Privatstiftung

1.1. Angebotspflicht

Das ÜbG knüpft die Angebotspflicht nicht nur an das unmittelbare Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung an der Zielgesellschaft: Nach § 22 Abs 1 ÜbG löst auch das Erlangen einer mittelbaren kontrollierenden Beteiligung das Pflichtangebot aus. Eine mittelbare kontrollierende Beteiligung liegt hierbei gem § 22 Abs 3 ÜbG dann vor, wenn entweder an einer börsennotierten⁴⁰⁾ AG eine kontrollierende Beteiligung iSv § 22 Abs 2 ÜbG gehalten wird (Z 1) oder aber – bei einem sonstigen Rechtsträger – „Anteilsrechte oder sonstige Rechte ermöglichen, einen beherrschenden Einfluss auf diesen Rechtsträger auszuüben“ (Z 2), und jeweils dieser Rechtsträger selbst eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft hält.⁴¹⁾

Aufgrund der weiten Formulierung in § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG („sonstige Rechte“) kann eine kontrollierende Beteiligung auch durch einen Rechtsträger, an dem keine Anteilsrechte bestehen, insb auch durch eine Privatstiftung, vermittelt werden.⁴²⁾ Die Einbeziehung

³²⁾ OGH 26.4.2006, 3 Ob 217/05s, GesRZ 2006, 196.

³³⁾ OGH 25.5.2007, 6 Ob 18/07a, abgedruckt in der nächsten Ausgabe der GesRZ (N. Arnold).

³⁴⁾ OGH 24.5.2006, 6 Ob 78/06y, RdW 2006/590, 631; 25.5.2007, 6 Ob 18/07a; nicht jedoch auf die Stifterstellung.

³⁵⁾ N. Arnold, PSG-Kommentar², § 15 Rz 71a.

³⁶⁾ Vgl § 1 Z 6 iVm § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG. Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens ist unabhängig davon, ob zusammen eine kontrollierende Beteiligung erreicht wird.

³⁷⁾ § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG.

³⁸⁾ Mehr als 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien (§ 22 Abs 2 ÜbG).

³⁹⁾ ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 13; Huber in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 17.

⁴⁰⁾ Die Beteiligungspapiere müssen hierfür gem § 2 ÜbG an einer österreichischen Börse im Amtlichen Handel oder im Regierten Freiverkehr zugelassen und notiert sein. Zu den Unschärfen in der gesetzlichen Unterscheidung zwischen Börsennotiz und Zulassung siehe auch *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 27.

⁴¹⁾ Gleiches gilt, wenn der die Kontrolle vermittelnde Rechtsträger selbst bloß eine mittelbare kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft hält. Vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 189; Huber in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22 Rz 25.

⁴²⁾ Vgl *Zollner*, GesRZ 2003, 280 f; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 187; Huber in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22 Rz 21; *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz (2003) 196; zur Parallelbestimmung in § 8 Z 12 EKEG vgl auch *Zollner*, Privatstiftungen und EKEG, ÖBA 2004, 831 (834).

kontrollierter Privatstiftungen in die übernahmerechtliche Betrachtung ist auch bereits aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben geboten.⁴³⁾ Der Gesetzgeber trägt damit dem Umstand Rechnung, dass – wie bereits ausgeführt – auch die eigentümer- und mitgliederlose Privatstiftung ähnlich einer Kapitalgesellschaft kontrolliert werden kann. Zudem kann durch entsprechende Gestaltung auch bei Privatstiftungen ein Ergebnis erzielt werden, das wirtschaftlich betrachtet im Wesentlichen dem Verkauf einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft entspricht. Hält die Privatstiftung selbst unmittelbar oder mittelbar⁴⁴⁾ eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft, so wird durch den damit verbundenen Wechsel des die Privatstiftung beherrschenden Rechtsträgers die Angebotspflicht gem § 22 Abs 1 iVm Abs 3 Z 2 ÜbG ausgelöst.⁴⁵⁾

Für die übernahmerechtliche Beurteilung ist in diesem Zusammenhang entscheidend, ob der Rechtsträger, der die Privatstiftung und daher letztlich auch die Zielgesellschaft beherrschen kann, bei wirtschaftlicher Betrachtung⁴⁶⁾ wechselt. Dabei ist – abweichend von der Beurteilung auf Ebene der Zielgesellschaft selbst⁴⁷⁾ – ein materieller Kontrollbegriff ausschlaggebend.⁴⁸⁾ Ein Abstellen auf die Beteiligungshöhe scheidet bei der Privatstiftung ohnehin aus; auch andere formale Kriterien schienen dem Gesetzgeber aufgrund der weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten zu Recht nicht sachgemäß.⁴⁹⁾

Der Übergang der Alleinkontrolle über eine kontrollierend an der Zielgesellschaft beteiligte Privatstiftung stellt gewissermaßen den Grundfall der hier zu untersuchenden Fälle dar. Ein solcher zur Angebotspflicht führender Kontrollwechsel über die Privatstiftung kann bspw dadurch eintreten, dass der die Privatstiftung bisher kontrollierende Stifter von seinem in der Stiftungsurkunde vorbehaltenen (umfassenden) Änderungsrecht zugunsten eines Dritten („Erwerber“) Gebrauch macht, ihm zB die Bestellungskompetenz für den Stiftungsvorstand bzw sonstige Organe einräumt; dies wird typischerweise auch mit einer Änderung der Begünstigtenregelung einhergehen. Auch andere Eingriffe in das Organisationsgefüge der Privatstiftung, wie zB die Einrichtung eines vom Erwerber beherrschten Beirates mit weitgehenden Entscheidungsbefugnissen, können die Angebotspflicht (primär des Erwerbers) gem § 22 Abs 1 iVm Abs 3 Z 2 ÜbG auslösen.

Ein tatbestandsmäßiger Kontrollwechsel über die Privatstiftung kann jedoch nicht nur durch Änderung der stiftungsrechtlichen Organisation bzw durch förmliche Einräumung von Bestellungen- oder Mitbestimmungsrechten ausgelöst werden. Die in § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG angeführten „anderen Rechte“, die die Beherrschungsmöglichkeit vermitteln, können auch in vertraglichen Vereinbarungen über die Ausübung der Beherrschungsmacht durch den bisher kontrollierenden Rechtsträger bestehen.⁵⁰⁾ In diesen Fällen ist eine Abgrenzung zu § 22a Z 1 ÜbG zu treffen. Wird vertraglich vereinbart, dass alle beherrschungsrelevanten

Handlungen ausschließlich nach Weisung des Erwerbers ausgeführt werden sollen und wird der bisher kontrollierende Stifter (bzw ein sonstiger Rechtsträger, der die Privatstiftung beherrscht) somit ausschließlich zum „ausführenden Organ“,⁵¹⁾ so ist die Beteiligung der Privatstiftung – über den „Umweg“ des Stifters – dem „Erwerber“ gem § 23 Abs 2 Satz 1 ÜbG einseitig zuzurechnen. Kommt dem bisher kontrollierend Beteiligten hingegen zumindest in Teilbereichen noch ein Mitentscheidungsrecht zu, so liegt ein Fall der Begründung gemeinsamer Kontrolle vor (siehe dazu unten Pkt 3.).

1.2. Preis des Pflichtangebots

Die im Rahmen des Pflichtangebots zu bietende Gegenleistung muss gem § 26 Abs 1 ÜbG zumindest dem höchsten Preis entsprechen, den der Bieter innerhalb eines Jahres vor Anzeige des Angebots für (diese) Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft gezahlt hat (Referenzpreis). Weiters darf der Angebotspreis den durchschnittlichen Börsenkurs während der letzten sechs Monate vor Bekanntgabe der Angebotsabsicht nicht unterschreiten.

Wird die Angebotspflicht wie hier durch eine *mittelbare Kontrollerlangung* ausgelöst, ordnet § 26 Abs 3 Z 1 ÜbG die *angemessene Preisfestlegung* unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und Berücksichtigung der Abs 1 und 2 *leg cit an*. Der Mindestpreis des Angebots ist demnach aus jener Transaktion abzuleiten, die zum mittelbaren Kontrollerwerb geführt hat.⁵²⁾ Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist eine angemessene Preisfestsetzung nur dann vorzunehmen, wenn der die Kontrolle vermittelnde Rechtsträger „auch andere Vermögenswerte außer der Beteiligung an der Zielgesellschaft hält oder Schulden hat“. Ansonsten soll der Preis des Pflichtangebots nach der Systematik des Gesetzes unmittelbar⁵³⁾ aus der Gegen-

⁴³⁾ Hofmann, GesRZ 2007, 183.

⁴⁴⁾ Zu mehrstöckigen mittelbaren Beteiligungen vgl etwa *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 189; *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22 Rz 25.

⁴⁵⁾ So auch Hofmann, GesRZ 2007, 183.

⁴⁶⁾ Bloß formale Änderungen sind hingegen gem § 24 Abs 3 ÜbG von der Angebotspflicht befreit.

⁴⁷⁾ Wo gem § 22 Abs 2 ÜbG ein formeller Kontrollbegriff zur Anwendung kommt.

⁴⁸⁾ Vgl *Winner*, Das Pflichtangebot nach neuem Übernahmerecht, ÖJZ 2006/42, 659 (661); *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 185; *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22 Rz 19.

⁴⁹⁾ ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 13.

⁵⁰⁾ AA Hofmann, GesRZ 2007, 187, der in diesen Fällen den Hinzutritt eines besonderen Gleichlaufs der Vermögensinteressen zwischen der Privatstiftung und dem die Beherrschungsmacht Ausübenden fordert.

⁵¹⁾ Was auf dieser Ebene stiftungsrechtlich unbedenklich wäre, da allfällige Beschränkungen der Beherrschung der Privatstiftung davon unberührt bleiben.

⁵²⁾ Vgl ÜbK 9.6.2005, 2005/1/4-56.

⁵³⁾ Dh nur durch Berücksichtigung der Beteiligungshöhe.

leistung für die Kontrolltransaktion abgeleitet werden.⁵⁴⁾ Bei Privatstiftungen wird jedoch bereits immer dann eine angemessene Preisfestsetzung nach § 26 Abs 3 Z 1 ÜbG vorzunehmen sein, wenn der neue Kontrollaktionär nicht sämtliche Herrschafts- und Vermögensrechte gleich einem 100-%-Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft auf sich vereint.

Parallel zum Auslösetatbestand in § 22 Abs 3 ÜbG ist nicht nur der Erwerb von Anteilsrechten an einer Holdinggesellschaft, sondern auch der Erwerb sonstiger Rechte umfasst. Auch beim Übergang der Kontrolle über eine Privatstiftung ist daher die für die Einräumung der entsprechenden Herrschaftsrechte geleistete Gegenleistung bei der Preisfestsetzung zu berücksichtigen.

Ausgangspunkt für die angemessene Festlegung sind daher die vom Bieter für die Einräumung der Kontrollposition gewährte Gegenleistung sowie die Höhe der (allenfalls mittelbaren) Beteiligung der Privatstiftung an der Zielgesellschaft.⁵⁵⁾ Hierbei ist gleichgültig, ob die Gegenleistung für die Änderung der Organisation der Stiftungsstruktur oder etwa die vertragliche Einräumung von Weisungsrechten erbracht wird. Dieser Ausgangsbetrag ist in der Folge um den Wert des sonstigen Vermögens bzw der Verbindlichkeiten der Privatstiftung zu berichtigen,⁵⁶⁾ wobei freilich nicht von den Buchwerten auszugehen, sondern eine an den Verkehrswerten orientierte Bewertung durchzuführen ist.⁵⁷⁾

Gerade beim Übergang der Kontrolle über eine Privatstiftung ist es – zB aufgrund eines sonst notwendigen Eingriffs in die Vermögensposition von Dritten (insb Begünstigten) – denkbar, dass die für die Angebotspflicht maßgeblichen Herrschaftsrechte nicht einheitlich mit den daneben bestehenden Vermögensrechten übertragen werden, Dritte also weiterhin am Ertragswert der Privatstiftung (und somit mittelbar an der Zielgesellschaft) partizipieren. In diesen Fällen ist die gewährte Gegenleistung gem § 26 Abs 3 Satz 1 (2. Halbsatz) ÜbG auch um den Wert solcher Vermögensrechte zu bereinigen (erhöhen). Ebenso sind andere geldwerte Vereinbarungen zwischen dem bisher kontrollierenden Rechtsträger und dem Erwerber zu berücksichtigen.

1.3. Adressat der Angebotspflicht

Adressat der Angebotspflicht ist in den Fällen des Übergangs der Alleinkontrolle gem § 22 Abs 1 ÜbG primär derjenige Rechtsträger, der die Kontrolle über die Privatstiftung (allenfalls mittelbar) erlangt hat. Da die nunmehr beherrschte Privatstiftung jedenfalls⁵⁸⁾ als gemeinsam mit dem Erwerber vorgehend zu betrachten ist, ist auch sie gem § 23 Abs 3 ÜbG zur Angebotsstellung verpflichtet und haftet für die Erbringung der Gegenleistung.

Weiters treffen die übernahmerechtlichen Pflichten des Bieters auch alle weiteren mit diesem gemeinsam vorgehenden Rechtsträger. Der bisher die Privatstif-

tung beherrschende Rechtsträger ist jedoch idR nicht von den Bieterpflichten umfasst, soweit der Kontrollwechsel nicht als Bildung eines (Unterordnungs-)Syndikats anzusehen ist. Der weite Wortlaut von § 1 Z 6 ÜbG ist daher im Verhältnis zu dem bisher kontrollierenden Rechtsträger insofern zu reduzieren, als dieser regelmäßig nicht zur Angebotsstellung verpflichtet ist; auch die Haftung für die Gegenleistung tritt ihm gegenüber idR nicht ein.

1.4. Ausnahme von der Angebotspflicht analog § 25 Abs 1 ÜbG

Gem § 25 Abs 1 Z 5 ÜbG ist die Übertragung einer kontrollierenden Beteiligung auf eine Privatstiftung von der Angebotspflicht ausgenommen, wenn Angehörige iSv § 32 Abs 1 KO einen beherrschenden Einfluss auf die Privatstiftung ausüben können. Wie auch bei der unentgeltlichen Übertragung einer kontrollierenden Beteiligung unter Angehörigen⁵⁹⁾ sah der Gesetzgeber in diesen Fällen das vom Kontrollwechsel ausgehende Gefährdungspotenzial typischerweise als gering an.⁶⁰⁾

Diese Ausnahmebestimmung lässt sich auch (analog) auf Sachverhalte anwenden, in denen erst nach Übertragung der kontrollierenden Beteiligung ein Übergang der Kontrolle auf einen Angehörigen stattfindet.⁶¹⁾ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Übergang der alleinigen Kontrolle über die Privatstiftung unentgeltlich erfolgt.⁶²⁾

⁵⁴⁾ Wenngleich eine Holdinggesellschaft ohne jegliche Verbindlichkeiten kaum vorkommen wird.

⁵⁵⁾ Bzw der Gesamtwert sonstiger geldwerter Leistungen.

⁵⁶⁾ Vgl etwa *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26 Rz 56 mwN.

⁵⁷⁾ So grundsätzlich auch *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26 Rz 57, der jedoch zumindest für Passiva von einer Indizwirkung der Buchwerte ausgeht. UE sind auch übernommene Schulden immer *at market* zu bewerten, um allenfalls nicht (mehr) marktübliche Konditionen entsprechend berücksichtigen zu können. Dies gilt insb auch für unverzinsliche Steuerlatenzen.

⁵⁸⁾ Die Vermutung in § 1 Z 6 Satz 2 ÜbG kann uE im Verhältnis zu dem Kontrollmittler nicht widerlegt werden.

⁵⁹⁾ Vgl § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG.

⁶⁰⁾ ErlRV 1276 BlgNR 20. GP, 42 f (zur Vorgängerbestimmungen in § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG aF). Zu der durch das ÜbRÄG 2006 eingeführten Möglichkeit, auch bei Übertragungen unter Angehörigen Bedingungen und Auflagen zum Schutz der Minderheitsaktionäre vorzusehen, siehe ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 16. Wenngleich von unentgeltlichen Übertragungen unter Angehörigen wohl tatsächlich ein typischerweise geringeres Gefahrenpotenzial ausgeht, darf doch die Sachgerechtigkeit des Verweises auf § 32 Abs 1 KO kritisch hinterfragt werden, zielt diese Bestimmung doch – zur Verhinderung von Umgehungskonstruktionen – auf einen möglichst weiten Zurechnungskreis ab (Verwandtschaft bzw Verschwägerung bis zum vierten Grad der Seitenlinie).

⁶¹⁾ Vgl *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 77.

⁶²⁾ Zur Bedeutung der Unentgeltlichkeit der Transaktion und der folglich mangelnden finanziellen Ungleichbehandlung der übrigen Aktionäre vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 268; *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 58.

1.5. Überschreiten der gesicherten Sperrminorität

Neben der Änderung des Kontrollbegriffs wurde durch das ÜBRÄG 2006 auch der Tatbestand des „Überschreitens der gesicherten Sperrminorität“ gem § 26a ÜBG eingeführt. Diese Bestimmung führt unabhängig vom Wechsel der Kontrolle über die Zielgesellschaft⁶³⁾ zu einem partiellen Ruhen der Stimmrechte, falls mehr als 26 %, aber nicht mehr als 30 % der ständig stimmberechtigten Aktien der Zielgesellschaft erworben werden. In diesem Fall können nicht mehr als 26 % der Stimmrechte ausgeübt werden. Altbeteiligungen unterliegen dieser Rechtsfolge jedoch nicht,⁶⁴⁾ sodass Aktionäre, die bereits zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des ÜBRÄG 2006 über mehr als 26 % der Stimmrechte verfügten, diese weiterhin unbeschränkt ausüben dürfen.⁶⁵⁾

Die Bestimmung gilt gleichermaßen für den hier interessierenden mittelbaren Beteiligungserwerb,⁶⁶⁾ wobei die Rechtsfolge hierbei jedoch regelmäßig ins Leere läuft, da bereits der unmittelbar beteiligte Rechtsträger von derselben Rechtsfolge betroffen ist. Zu einem (erstmaligen) Ruhen der Stimmrechte kommt es daher nur beim mittelbaren Erwerb einer Beteiligung, die als Altbeteiligung nicht den Stimmrechtsbeschränkungen unterliegt.⁶⁷⁾ Freilich kann es unabhängig davon aufgrund der Zusammenrechnungsregeln in § 23 ÜBG zum Ruhen weiterer Stimmrechte kommen, die durch den Kontrollwechsel in die Berechnung mit einzubeziehen sind.

Hält daher die Privatstiftung, über die die Kontrolle wechselt, selbst mittelbar oder unmittelbar zwar keine kontrollierende Beteiligung, aber mehr als 26 % der ständig stimmberechtigten Aktien, so führt der Kontrollwechsel über die Privatstiftung gem § 26a ÜBG ebenfalls zu einem partiellen Ruhen der Stimmrechte der Privatstiftung an der Zielgesellschaft, soweit die Privatstiftung nicht ohnehin bereits selbst der Stimmrechtsbeschränkung unterliegt.

§ 26a Abs 3 ÜBG normiert die Fälle, in denen die Rechtsfolgen gem Abs 1 nicht eintreten, weitgehend parallel zu den Ausnahmen von der Angebotspflicht (§ 24 ÜBG). Lediglich das Nichterreichen der Hauptversammlungsmehrheit⁶⁸⁾ findet als Ausnahmetatbestand in § 26a ÜBG keine Entsprechung; dies ist auch insofern konsequent, als der Gesetzgeber im Bereich zwischen 26 % und 30 % der Stimmrechte ohnehin nicht von einem beherrschenden Einfluss ausgeht.⁶⁹⁾

Keine Entsprechung finden hingegen die Anzeigetatbestände gem § 25 Abs 1 ÜBG, sodass nach dem Wortlaut von § 26a ÜBG das Ruhen des Stimmrechts grundsätzlich auch bei Vorliegen eines Anzeigetatbestandes gem § 25 Abs 1 ÜBG eintritt. Um den Wertungswiderspruch zu vermeiden, dass die Übertragung einer mehr als 30%igen Beteiligung bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 25 Abs 1 ÜBG nur zur Anzeigepflicht, das Erlangen der gesicherten Sperrminorität unter den ansonsten gleichen Bedingungen trotz des geringeren

abstrakten Gefährdungspotenzials hingegen zum partiellen Ruhen der Stimmrechte führt, hat die ÜBK das Vorliegen dieser Voraussetzungen bei ihrer Entscheidung nach § 26a Abs 4 ÜBG entsprechend zu berücksichtigen.⁷⁰⁾ Nach dieser Bestimmung kann die ÜBK im Einzelfall das Ruhen der Stimmrechte ganz oder teilweise aufheben und stattdessen Bedingungen und Auflagen festlegen, sofern dadurch ein gleichwertiger Schutz der übrigen Beteiligungspapierinhaber gewährleistet ist. Anders als der Wortlaut von § 26a Abs 4 ÜBG vielleicht vermuten lässt, kann die ÜBK das Ruhen der Stimmrechte freilich auch aufheben, ohne Bedingungen oder Auflagen vorzusehen, falls dies zum Schutz der übrigen Beteiligungspapierinhaber nicht notwendig erscheint. Dies wird gerade bei Vorliegen der Voraussetzungen gem § 25 Abs 1 ÜBG häufig anzunehmen sein.

Das an dieser Stelle zur Anwendbarkeit von § 26a ÜBG Gesagte gilt sinngemäß auch für die im Folgenden beschriebenen Fälle, sofern die Kontrolle über eine Privatstiftung wechselt, die ihrerseits über mehr als 26 %, aber nicht über mehr als 30 % der Stimmrechte verfügt.

2. Verlust der Alleinkontrolle über die Privatstiftung

2.1. Tatbestandsmäßigkeit

Die Übertragung einer kontrollierenden Beteiligung auf eine Privatstiftung ist gem § 24 Abs 3 Z 3 ÜBG von der Angebotspflicht befreit, wenn der schon bisher kontrollierend Beteiligte einen beherrschenden Einfluss auf die Privatstiftung ausüben kann und daher bei wirtschaftlicher Betrachtung keine Änderung der Beherrschungssituation eintritt (siehe schon oben Pkt I.2.1.).⁷¹⁾ Wird die Privatstiftung hingegen von einem anderen Rechtsträger oder aber *überhaupt nicht*

⁶³⁾ Vgl *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26a Rz 27.

⁶⁴⁾ Vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 289; *Huber/Alscher*, Das Übernahmerechtsänderungsgesetz – ein Überblick, *ecolex* 2006, 574 (575); *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26a Rz 10.

⁶⁵⁾ Fraglich ist jedoch, ob ein nach In-Kraft-Treten des ÜBRÄG 2006 erfolgter Hinzuerwerb zu einem Ruhen der Stimmrechte führt; so *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 289; aA *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26a Rz 10.

⁶⁶⁾ Die Beurteilung, ob mittelbar eine gesicherte Sperrminorität erlangt wurde, hat nach § 22 Abs 3 ÜBG zu erfolgen. Auf den Ebenen oberhalb der Zielgesellschaft muss daher jeweils eine kontrollierende Beteiligung gegeben sein.

⁶⁷⁾ Vgl *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26a Rz 15.

⁶⁸⁾ Vgl § 24 Abs 2 Z 2 ÜBG.

⁶⁹⁾ Inwieweit dies angesichts der Hauptversammlungspräsenzen in Österreich auch der Realität entspricht, ist freilich eine andere Frage; vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 291.

⁷⁰⁾ AA *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 26a Rz 29, der sich für eine analoge Anwendung der Anzeigetatbestände gem § 25 Abs 1 ÜBG ausspricht.

⁷¹⁾ Vgl auch bereits die Generalklausel in § 24 Abs 1 Satz 1 ÜBG: „Die Angebotspflicht besteht nicht, ... wenn der Rechtsträger, der diesen [beherrschenden] Einfluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben kann, nicht wechselt.“

beherrscht, löst die Übertragung – mangels Anwendbarkeit anderer Ausnahmebestimmungen – die Angebotspflicht aus. Wie Zollner⁷²⁾ zu Recht ausführt, entsteht auch bei Übertragung auf eine nicht kontrollierte Privatstiftung genau jene Gefahrensituation, die ein Austrittsrecht der übrigen Aktionäre rechtfertigt. Ein solcher Kontrollwechsel unterscheidet sich letztlich kaum von einem Kontrollwerb durch eine reine Streubesitzgesellschaft.

Löst aber auch der *bloße Verlust der Beherrschungsmöglichkeit* über eine Privatstiftung – unabhängig von einer zeitnahen Übertragung der kontrollierenden Beteiligung – bereits die Angebotspflicht aus? Erhalten die Minderheitsaktionäre auch dann ein Austrittsrecht, wenn der bislang kontrollierend beteiligte, aber selbst beherrschte Rechtsträger zum „Konzernherr“ aufsteigt?

Schon an der Formulierung von § 22 Abs 3 ÜbG zeigt sich, dass der Gesetzgeber einen seinerseits beherrschten Rechtsträger im Ergebnis bloß als willenslosen Kontrollmittler ansieht.⁷³⁾ Die Übertragung einer kontrollierenden Beteiligung auf eine Konzerntochter des Übertragenden ist daher auch – unabhängig von deren Geschäftsfeld – von der Angebotspflicht ausgenommen. Dies unterstreicht die Konzerneingangsschutz-Funktion des ÜbG;⁷⁴⁾ das von Tochtergesellschaften ausgehende Gefährdungspotenzial wird bereits bei Eintritt der Muttergesellschaft als mitverwirklicht angesehen.⁷⁵⁾ Trotz der konzernweiten wechselseitigen Zurechnung⁷⁶⁾ führt das bloße Hinzutreten weiterer Konzerngesellschaften und damit die Erweiterung des Zurechnungskreises nach dem ÜbG unstrittig nicht zur Angebotspflicht, sofern nicht der letztendlich beherrschende Rechtsträger wechselt.⁷⁷⁾

In Hinblick auf die nach der Gesetzeskonzeption allein maßgebliche *letztendliche* Beherrschung⁷⁸⁾ lässt sich durchaus vertreten, dass auch der Verlust der Kontrolle über eine Privatstiftung, die somit selbst zum obersten Glied der Zurechnungskette wird, grundsätzlich eine tatbestandsmäßige Kontrollerrlangung gem § 22 Abs 1 iVm Abs 3 ÜbG darstellt.

Zu diesem Ergebnis führt auch der Vergleich mit einer sonstigen Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger: Führt die Auflösung eines bestehenden Unterordnungssyndikats – selbst ohne Anteilsübertragung⁷⁹⁾ – im Ergebnis zur Beherrschung der Zielgesellschaft durch das bislang untergeordnete Syndikatsmitglied, so löst dies ebenfalls ein Pflichtangebot gem § 22a Z 2 ÜbG aus; der Wechsel des bloß untergeordneten Gruppenmitglieds ist hingegen grundsätzlich von der Angebotspflicht ausgenommen.⁸⁰⁾ Ein gleichartiges Über-/Unterordnungsverhältnis ist jedoch bis zum Kontrollverlust auch zwischen dem die Privatstiftung bisher beherrschenden Rechtsträger einerseits und der Privatstiftung selbst andererseits zu erblicken.

Adressat der Angebotspflicht ist die die Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangende Privatstiftung. Wurden innerhalb der einjährigen Referenzperiode

keine Aktien der Zielgesellschaft erworben, so ist allein auf den durchschnittlichen Börsenkurs abzustellen.⁸¹⁾

2.2. Passivität

Folgt man der Ansicht, dass auch der Verlust der Beherrschung über die Privatstiftung eine tatbestandsmäßige Kontrollerrlangung darstellt und daher zur Angebotspflicht der Privatstiftung führen kann, stellt sich zunächst die Frage, ob eine derartige Kontrollerrlangung als *passiv* iSv § 22b Abs 1 ÜbG zu betrachten ist. Dies wird regelmäßig zu bejahen sein, zumal es für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung uE ausreichen muss, dass im Zeitpunkt des Anteilerwerbs nicht mit einer *alleinigen*, dh grundsätzlich zur Angebotspflicht führenden Kontrollerrlangung gerechnet werden musste. Die Anwendung von § 22b ÜbG führt zu einem partiellen Ruhen des Stimmrechts; die kontrollierend beteiligte Privatstiftung kann daher unabhängig von der Höhe ihrer Beteiligung nicht mehr als 26 % der Stimmrechte ausüben.⁸²⁾ Gem § 22b Abs 3 ÜbG kann die ÜbK die Stimmrechtsbeschränkung zwar teilweise aufheben, keinesfalls dürfen jedoch mehr als 30 % der Stimmrechte ausgeübt werden. Zudem führt ein Ausbau der Beteiligung zur Angebotspflicht (§ 22b Abs 2 ÜbG).⁸³⁾

2.3. Ausnahmen von der Angebotspflicht analog § 25 Abs 1 ÜbG

Privatstiftungen werden häufig auch zur generationenübergreifenden Absicherung des Unternehmensbestands eingesetzt. Der Gesetzgeber hat dem Anliegen, dass ein Generationenwechsel nicht aufgrund schwer finanzierbarer Pflichtangebote letztendlich zu einem Veräußerungszwang der Erben führen soll, durch ent-

⁷²⁾ Zollner, GesRZ 2003, 283 (zur Vorgängerbestimmung in § 24 Abs 1 Z 3 ÜbG aF).

⁷³⁾ Vgl § 22 Abs 3 ÜbG: „eine Beteiligung an einer Zielgesellschaft ... durch einen Rechtsträger anderer Rechtsform gehalten wird ...“

⁷⁴⁾ Vgl S. Bydlinski/Winner, Das neue Übernahmegesetz, ÖBA 1998, 913 (914 ff); P. Doralt, Übernahme, Verschmelzung, Konzern und City Code, GesRZ 2000, 197; Gall, Angebotspflicht, 76 f.

⁷⁵⁾ Dementsprechend ist gem § 24 Abs 3 Z 2 ÜbG auch die Übertragung von der Tochter- zur Muttergesellschaft von der Angebotspflicht ausgenommen.

⁷⁶⁾ Vgl § 23 Abs 1 iVm § 1 Z 6 ÜbG.

⁷⁷⁾ Vgl aber die in Deutschland geführte Diskussion zur vergleichbaren Bestimmung in § 30 Abs 1 WpÜG idF vor In-Kraft-Treten des Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetzes; hierzu Steinmeyer in Steinmeyer/Häger, WpÜG² (2007) § 30 Rz 9 f mwN.

⁷⁸⁾ Vgl § 24 Abs 1 ÜbG.

⁷⁹⁾ Vgl nur Dregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht², Rz 198.

⁸⁰⁾ Vgl § 22a Z 3 ÜbG.

⁸¹⁾ § 26 Abs 1 ÜbG.

⁸²⁾ § 22b Abs 2 ÜbG.

⁸³⁾ Dies gilt uE jedoch nur für den Erwerb stimmberechtigter Aktien; so offenbar auch Huber in Huber (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22b Rz 31.

sprechende Ausnahmebestimmungen Rechnung getragen,⁸⁴⁾ deren (analoge) Anwendbarkeit auch bei Verlust der Kontrolle über eine (Familien-)Privatstiftung in Betracht kommt.

Der in der Praxis wohl am häufigsten vorkommende Fall, in dem eine ursprünglich kontrollierte Privatstiftung kontrollfrei werden kann, ist der Tod des einzigen bzw letzten verbliebenen Stifters, der die Privatstiftung kraft der ihm vorbehaltenen Stifterrechte kontrollieren konnte. Gem § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG führt der Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung mittels Erbgang nicht zur Angebotspflicht; stattdessen ist der Erwerb der ÜbK bloß anzuzeigen. Die Rechtfertigung dieser Bestimmung wird darin gesehen, dass der neue kontrollierende Aktionär in diesen Fällen typischerweise keine andere Geschäftspolitik verfolgen wird, sodass die Minderheitsaktionäre nicht durch ein Austrittsrecht geschützt werden müssen.⁸⁵⁾ UE ist die Kontinuität der bisherigen Geschäftspolitik bei einem durch den Tod des Stifters verursachten Übergang der Kontrolle auf eine Privatstiftung⁸⁶⁾ in noch größerem Ausmaß gewährleistet, als dies bei Erwerb durch einen Erben der Fall wäre. Gerade die mangelnde Einflussmöglichkeit auf die Geschicke der Privatstiftung durch deren Begünstigte⁸⁷⁾ sichert idR die Fortführung des Unternehmens in der bisherigen Form. Aus diesen Gründen ist der Verlust der Kontrolle über die Privatstiftung und somit die (alleinige) Kontrollerrlangung der Privatstiftung über die Zielgesellschaft analog § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG von der Angebotspflicht befreit. Der Erwerb ist der ÜbK bloß anzuzeigen; sollten die Umstände im Einzelfall eine besondere Gefährdungslage zu befürchten geben, kann sie gem § 25 Abs 2 ÜbG ihre Entscheidung von Bedingungen oder Auflagen abhängig machen.

Von der Angebotspflicht sind uE weiters jene Fälle ausgenommen, in denen der bisher kontrollierende Rechtsträger zu Lebzeiten auf sein Beherrschungsrecht verzichtet, es – abgesehen von der Stiftung selbst – auf keinen Dritten übergeht und ausschließlich Angehörige gem § 32 Abs 1 KO Begünstigte der kontrollfreien Privatstiftung sind. Neben der Befreiung für im Erbweg erfolgte Erwerbe führen gem § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG auch Schenkungen unter Angehörigen zu einer Anzeige- anstatt einer Angebotspflicht. Auch hier sah der Gesetzgeber idealtypisch ein geringeres Gefährdungspotenzial der Minderheitsaktionäre verwirklicht. Im Vordergrund steht idR nicht ein zur Änderung der Geschäftspolitik führender Wechsel der Beherrschung, sondern eine *Vermögenszuwendung* an Familienmitglieder. Bei Verzicht auf die Beherrschung der Privatstiftung, insb auf ein noch bestehendes umfassendes Änderungsrecht, stellt sich die Situation ähnlich dar; der Verzicht kann als abschließender und unwiderruflicher Schritt einer bereits mit Einräumung der Begünstigtenstellung begonnenen unentgeltlichen Zuwendung gesehen werden. Das vom Gesetzgeber für die Schenkung unter Angehörigen pauschal angenommene⁸⁸⁾ geringere Ge-

fährdungspotenzial der Minderheitsaktionäre wird wohl auch hinsichtlich einer derart ausgestalteten Familienprivatstiftung zu vermuten sein. Wie schon beim Untergang der Beherrschungsmöglichkeit bei Tod des Beherrschenden kann in diesen Fällen regelmäßig sogar von einer stärkeren Kontinuität der Geschäftspolitik ausgegangen werden; auch erfolgt die Kontrollerrlangung durch die Privatstiftung ohne Gewährung einer Kontrollprämie.⁸⁹⁾

Daraus lässt sich uE ableiten, dass auch ein unentgeltlich erfolgter unwiderruflicher⁹⁰⁾ Verzicht auf die Beherrschungsmöglichkeit zugunsten einer Privatstiftung, deren Begünstigte ausschließlich Angehörige iSv § 32 Abs 1 KO sind, nicht der Angebotspflicht unterliegt. § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG ist daher auch auf derartige Sachverhalte analog anzuwenden.

3. Beherrschung der Privatstiftung durch Personenmehrheit

Oft wird eine kontrollierte Privatstiftung nicht von einem einzelnen Rechtsträger, sondern durch eine Gruppe von Rechtsträgern beherrscht. Neben dem Wechsel der Alleinkontrolle bzw dem Verlust der Kontrolle über die Privatstiftung stellt sich daher die Frage, inwieweit Änderungen einer gemeinsamen Beherrschung der Privatstiftung (und somit auch der Zielgesellschaft) zur übernahmerechtlichen Angebotspflicht führen können.

Die Bündelung und gemeinsame Ausübung von Stimmrechten der Zielgesellschaft durch eine Personenmehrheit trifft man im Anwendungsbereich des ÜbG hauptsächlich iZm Syndikatsverträgen, also Vereinbarungen zwischen Aktionären der Zielgesellschaft, an.⁹¹⁾ Insb wenn die Kontrolle über die Zielgesellschaft langfristig gemeinsam ausgeübt werden soll, kann jedoch anstelle einer Vereinbarung auf Aktionärs-

⁸⁴⁾ Vgl § 25 Abs 1 Z 4 und 5 ÜbG sowie die Vorgängerbestimmungen in § 24 Abs 1 Z 1 und 3 ÜbG aF; siehe dazu auch ErlRV 1276 BlgNR 20. GP, 42.

⁸⁵⁾ ErlRV 1276 BlgNR 20. GP, 42; vgl *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 58.

⁸⁶⁾ Begünstigte dieser Privatstiftung werden typischerweise Angehörige des Stifters sein.

⁸⁷⁾ Andernfalls läge ohnehin ein Kontrollwechsel vor.

⁸⁸⁾ Allerdings hat die ÜbK seit In-Kraft-Treten des ÜbRÄG 2006 auch bei Übertragungen im Familienkreis die Möglichkeit, ihre Entscheidungen von Bedingungen und Auflagen abhängig zu machen (vgl § 25 Abs 2 ÜbG).

⁸⁹⁾ So auch zur Rechtfertigung des Privilegierungstatbestandes *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 58.

⁹⁰⁾ Soweit der Verzicht auf die Kontrollmöglichkeit seinerseits wieder abgeändert werden kann, liegt aus übernahmerechtlicher Sicht weiterhin eine kontrollierte Privatstiftung vor, da es auf die Möglichkeit zur Kontrollausübung ankommt (siehe oben Pkt I.2.2.).

⁹¹⁾ Freilich müssen an der Vereinbarung nicht unbedingt die unmittelbaren Aktionäre der Zielgesellschaft beteiligt sein, sondern kann eine Syndizierung auch etwa zwischen den Muttergesellschaften der Aktionäre stattfinden; vgl *Huber in Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 15.

ebene auch ein gemeinsam kontrollierter selbständiger Rechtsträger als Vermittler der Kontrolle über die Zielgesellschaft dienen (Vergesellschaftung des Syndikats).⁹²⁾ Wenngleich sich für diese Zwecke vor allem eine Kapitalgesellschaft anbietet, kommt hierfür grundsätzlich auch die Privatstiftung in Frage.⁹³⁾

Wird eine Privatstiftung von einer Personenmehrheit kontrolliert, so sind Änderungen der Zusammensetzung bzw Organisation der Gruppe übernahmerechtlich anhand von § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG zu beurteilen, sodass es auf die Änderung des beherrschenden Einflusses über die Privatstiftung ankommt.⁹⁴⁾ Gleiches gilt auch für die erstmalige Begründung der gemeinsamen Kontrolle sowie die Auflösung dieser Gruppe. Die gemeinsame Beherrschung der Privatstiftung setzt hierbei nicht zwingend voraus, dass unter den die Privatstiftung beherrschenden Rechtsträgern eine Absprache über die Ausübung dieser Kontrolle getroffen wird; vielmehr ersetzt die Begründung einer gemeinsamen Beherrschung der zwischengeschalteten Privatstiftung regelmäßig die ansonsten zwischen den Aktionären der Zielgesellschaft getroffene Vereinbarung.⁹⁵⁾

Ein zur Angebotspflicht führender Kontrollwechsel kann zum einen in der erstmaligen Begründung sowie in der Auflösung der gemeinsamen Kontrolle über die Privatstiftung bestehen. Zum anderen können auch Änderungen des die Privatstiftung beherrschenden Personenkreises sowie Umgestaltungen der gemeinsamen Willensbildung die Angebotspflicht auslösen.

3.1. Aufgabe der Alleinkontrolle

Gibt der die Privatstiftung bisher allein Kontrollierende diese alleinige Kontrolle auf, indem er einem Dritten die *Mitkontrolle* einräumt, so entspricht dies idR spiegelbildlich der Begründung einer Gruppe iSv § 22a Z 1 ÜbG auf Ebene der Zielgesellschaft.⁹⁶⁾ Dieser Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle ist als tatbestandsmäßiges Erlangen der Kontrolle iSv § 22 Abs 1 ÜbG anzusehen und führt daher zur Angebotspflicht.⁹⁷⁾ Adressaten der Angebotspflicht sind hierbei jene Rechtsträger, die die Privatstiftung fortan gemeinsam beherrschen können.

Eine Ausnahme besteht wiederum für den praktisch bedeutenden Fall, in dem die Privatstiftung von einer Mehrzahl von Familienmitgliedern des Stifters⁹⁸⁾ kontrolliert wird. Gerade hier wird es oft zu Verschiebungen der Beherrschungsmöglichkeiten kommen, etwa bei Übergabe der Mitkontrolle auf die dem Stifter folgende Generation und dem anschließenden Rückzug des Stifters. Derartige Verschiebungen der Einflussmöglichkeiten innerhalb des Kreises von Angehörigen iSv § 32 Abs 1 KO führen nicht zur Angebotspflicht, sondern sind analog § 25 Abs 1 Z 4 bzw 5 ÜbG von der Angebotspflicht befreit, soweit die Einräumung der Kontrollmöglichkeit unentgeltlich geschieht.⁹⁹⁾ Dies folgt schon daraus, dass selbst der Übergang der alleinigen Kontrolle unter diesen Voraussetzungen nicht

zur Angebotspflicht des die Kontrolle erlangenden Angehörigen führt (siehe oben Pkt 1.4.).

Gem § 24 Abs 1 Satz 1 ÜbG besteht die Angebotspflicht weiters dann nicht, wenn der Rechtsträger, der den beherrschenden Einfluss letztlich ausüben kann, nicht wechselt. Dementsprechend sind auch jene Fälle von der Angebotspflicht ausgenommen, in denen der bisher kontrollierende Aktionär alle wesentlichen Entscheidungen weiterhin auch gegen den Willen des hinzugetretenen Rechtsträgers treffen kann.¹⁰⁰⁾ Freilich stellt sich hierbei auch bereits die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit einer solchen Änderung.¹⁰¹⁾

Keine gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn der vormals alleine kontrollierende Rechtsträger Dritten formal kontrollrelevante Entscheidungsbefugnisse einräumt, dies aber – etwa durch nochmalige Änderung der Stiftungserklärung – einseitig wieder zurücknehmen kann, ohne hierbei (vertrags)rechtlichen bzw wirtschaftlichen¹⁰²⁾ Beschränkungen zu unterliegen. In diesen Fällen ist demnach weiterhin von der alleinigen Kontrolle des Änderungsberechtigten auszugehen.

3.2. Änderungen innerhalb der die Privatstiftung kontrollierenden Gruppe

Auch eine Änderung in der *Zusammensetzung* der die Privatstiftung kontrollierenden Gruppe kann zur Angebotspflicht führen. Gleiches gilt für Änderungen der Stiftungsorganisation, soweit dadurch die Einflussnahme der Gruppe auf die Privatstiftung materiell eine Änderung erfährt.¹⁰³⁾ Beurteilungsmaßstab ist hierbei wiederum § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG. Bei Auslegung dieser Vorschrift ist auf die in § 22a Z 3 bzw allgemein § 24

⁹²⁾ Vgl *Winner*, ÖJZ 2006, 665; siehe auch *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 61.

⁹³⁾ Vgl *Hofmann*, GesRZ 2007, 188.

⁹⁴⁾ Vgl *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 13.

⁹⁵⁾ Siehe auch *Hofmann*, GesRZ 2007, 188.

⁹⁶⁾ Gegen die Anwendung von § 22a ÜbG auf vergesellschaftete Syndikate *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 13.

⁹⁷⁾ So auch zum Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle auf Ebene der Zielgesellschaft *Winner*, ÖJZ 2006, 664 f; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 198; *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 21; *Gall* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 24 Rz 43.

⁹⁸⁾ Angehörige iSv § 32 Abs 1 KO.

⁹⁹⁾ *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 25 Rz 77.

¹⁰⁰⁾ Vgl zur parallelen Situation der Begründung eines Subordinationssyndikats *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 202.

¹⁰¹⁾ Vgl auch *Huber* in *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 28.

¹⁰²⁾ Hat der änderungsberechtigte Stifter bei Ausübung des Änderungsrechts einen Vermögensnachteil zu befürchten, ist dies zumindest als Indiz für eine gemeinsame Ausübung der Kontrolle zu werten. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass der Dritte auch einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Aufrechterhaltung seines Einflusses hat. Zu denken ist etwa an mit der Änderung der Stiftungserklärung aufschiebend bedingte Optionsrechte des Dritten oder aber auch bereits an die drohende Rückforderung einer Vermögenszuwendung mittels Leistungskondition.

¹⁰³⁾ Vgl auch *Winner*, ÖJZ 2006, 661.

Abs 1 Satz 1 ÜbG festgelegten Grundsätze zurückzugreifen.¹⁰⁴⁾ Demnach ist entscheidend, ob die Änderung letztlich dazu führt, dass die Willensbildung der Privatstiftung in wesentlichen Angelegenheiten von einer anderen, bislang nicht beherrschenden Gruppe von Rechtsträgern bestimmt werden kann.¹⁰⁵⁾ Die Einflussmöglichkeiten der beteiligten Rechtsträger sind demnach einer materiellen Untersuchung zu unterziehen.¹⁰⁶⁾

III. Ergebnisse

1. Privatstiftungen sind iSd ÜbG immer kontrolliert oder kontrollfrei.

2. Die Übertragung einer kontrollierenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft auf eine *kontrollfreie* Privatstiftung löst – unabhängig von der Begünstigtenregelung – grundsätzlich ein Pflichtangebot aus.

3. Ein Erwerb einer unmittelbaren oder mittelbaren kontrollierenden Beteiligung an einer Zielgesellschaft durch eine Privatstiftung ist dann von der Angebotspflicht ausgenommen, wenn ausschließlich der/die bisher kontrollierend Beteiligte(n) auf die Geschäftsführung der Privatstiftung einen beherrschenden Einfluss ausüben kann/können. Von Fällen der bloßen „Scheinkontrolle“ abgesehen, reicht die Möglichkeit der Beherrschung aus.

4. Ob eine Privatstiftung kontrolliert ist, kann nur bei Gesamtbetrachtung beurteilt werden:

4.1. Ein Widerrufsvorbehalt indiziert einen gewissen beherrschenden Einfluss, für sich alleine vermag er es allerdings nicht, diesen zu vermitteln.

4.2. Bei Aufnahme eines unbeschränkten Änderungsvorbehalts ist üblicherweise von einer durch den Änderungsberechtigten kontrollierten Privatstiftung auszugehen, sofern anderen Rechtsträgern keine vergleichbaren Einflussmöglichkeiten eingeräumt sind. Dies gilt auch dann, wenn aufgrund der Ausgestaltung der Stiftungserklärung (insb bei Selbstergänzung des Stiftungsvorstands) keine direkte Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung besteht (diese aber jederzeit hergestellt werden kann).

4.3. Das Recht auf Bestellung/Abberufung der Mitglieder des Stiftungsvorstands (oder der Mitglieder anderer Organe, die wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung oder Auswahl der Mitglieder des Stiftungsvorstands nehmen können) ist für einen beherrschenden Einfluss ausreichend (für diesen aber nicht zwingend erforderlich).

4.4. Weisungs-, Zustimmungs-, Veto- und vergleichbare Rechte können in Zusammenwirken mit anderen Einflussmöglichkeiten einen Einfluss auf die Geschäftsführung der Privatstiftung zu einem beherrschenden iSd ÜbG machen.

4.5. Die Rechtslage nach dem ÜBRÄG 2006 stellt nicht mehr auf die Begünstigtenstellung ab. Auf Sachverhaltsebene kann der Begünstigtenstellung aber Indizwirkung zukommen.

5. Zum Übergang der Alleinkontrolle über eine Privatstiftung ist festzuhalten:

5.1. Durch Änderung der Stiftungserklärung, Verschiebungen bei den Stifterrechten und vertragliche Vereinbarungen des die Privatstiftung Kontrollierenden kann es zu einem Kontrollwechsel über die Privatstiftung und somit auch zur Angebotspflicht kommen.

5.2. Adressat der Angebotspflicht ist in diesen Fällen primär der die Kontrolle Erwerbende, daneben auch die Privatstiftung.

5.3. Der Preis des Pflichtangebots ist anhand von § 26 Abs 3 ÜbG zu bestimmen.

5.4. Die unentgeltliche Übertragung der Kontrolle an Angehörige iSd § 32 Abs 1 KO ist analog § 25 Abs 1 Z 5 ÜbG von der Angebotspflicht ausgenommen.

5.5. Hält die Privatstiftung (unmittelbar oder mittelbar) mehr als 26 %, aber nicht mehr als 30 % an der Zielgesellschaft, ist § 26a ÜbG zu beachten.

6. Beim Verlust der Alleinkontrolle über eine Privatstiftung ergeben sich nachstehende Problemfälle:

6.1. Wird die Privatstiftung, die bisher ihrerseits beherrscht wurde, bspw durch umfassende Aufgabe der bisher vorbehaltenen Einflussmöglichkeiten des Stifters kontrollfrei, wird sie selbst zum obersten Glied der Zurechnungskette. Dieser Fall kann nach der hier vertretenen Auffassung daher ein Pflichtangebot auslösen. Adressat der Angebotspflicht ist die Privatstiftung.

6.2. Verzichtet der bisher die Privatstiftung Beherrschende zu Lebzeiten auf seine Beherrschungsmöglichkeit und sind ausschließlich Angehörige iSd § 32 Abs 1 KO Begünstigte der kontrollfreien Privatstiftung, ist analog zu § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG keine Angebots-, sondern lediglich eine Anzeigepflicht gegeben.

6.3. Erlischt die Beherrschung eines Stifters durch Ableben desselben, ist gleichfalls eine Analogie zu § 25 Abs 1 Z 4 ÜbG geboten.

7. Bei der Beherrschung der Privatstiftung durch eine Personenmehrheit ist zu beachten:

7.1. Wird die gemeinsame Beherrschung der Privatstiftung erstmals begründet, aufgelöst oder in relevanter Weise umgestaltet, kann dies zu einer Angebotspflicht führen. Änderungen der gemeinsamen Beherrschung sind hierbei unter sinngemäßer Heranziehung von § 22a Z 3 ÜbG zu beurteilen.

7.2. Der unentgeltliche Wechsel von der Alleinkontrolle zu einer gemeinsamen Kontrolle innerhalb des Personenkreises des § 32 Abs 1 KO ist von der Angebotspflicht analog § 25 Abs 1 Z 4 und 5 ÜbG ausgenommen.

¹⁰⁴⁾ *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 249.

¹⁰⁵⁾ Vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht², Rz 204.

¹⁰⁶⁾ Zur umfangreichen Judikatur der ÜbK zu Änderungen in kontrollierenden Syndikaten siehe den Überblick bei *Huber* (Hrsg), Übernahmegesetz, § 22a Rz 5.