

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

ZI. 13/1 22/42

2022-0.246.310

BG, mit dem das Übernahmegesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden

Referent: Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Die vorgeschlagene Änderung des Übernahmegesetzes geht auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes C-546/18 zurück, mit dem das bisherige Verfahren vor der Übernahmekommission mit Rechtszug an den OGH als mit den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unvereinbar qualifiziert wurde.

Die im Entwurf vorgeschlagene Ergänzung in § 30a ÜbG, dass künftig gegen Entscheidungen der Übernahmekommission ein Rekursverfahren zunächst an das OLG im Außerstreitverfahren erhoben werden kann, womit – gemäß § 45 ff AußStrG – auch eine Überprüfung der Tatsachenfeststellungen möglich ist, und gegen die Entscheidung des OLG Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig ist, wird begrüßt: eine solche „sukzessive Zuständigkeit“ ist gemäß Art 94 Abs 2 B-VG verfassungskonform; die neue Regelung ermöglicht eine – an das sonstige österreichische Rechtssystem angepasste – Überprüfung auch der Tatsachenfeststellungen der Übernahmekommission durch die Gerichte, ohne an der an sich bewährten Institution der Übernahmekommission etwas zu ändern.

Kritisch hingegen sind die Änderungen in §§ 22 und 25 ÜbG betreffend „Creeping-In“ zu qualifizieren.



Dabei mag die vorgeschlagene Erhöhung des Prozentsatzes von 2% auf 3% in § 22 Abs 4 ÜbG ebenso wie (vorbehaltlich der nachfolgenden Anmerkungen zur vorgeschlagenen Neuregelung in § 25 Abs 7 ÜbG) die Änderung der Betrachtungsweise von einem revolvingen 12-Monats-Zeitraum zu einer Kalenderjahr-Betrachtung noch im rechtspolitischen Rahmen liegen; zu weitgehend ist allerdings die vorgeschlagene Regelung in § 25 Abs 7 ÜbG, mit der für Creeping-In-Fälle Ausnahmen von der Angebotspflicht vorgesehen werden.

So ist zunächst die vorgeschlagene Regelung in § 25 Abs 1 Z 7 lit a inhaltlich unbestimmt, weil abgestellt wird auf eine „nur vorübergehende“ Unterschreitung der Mehrheit der Stimmrechte, ohne zu definieren, in welchem Zeitraum (wenige Tage? oder Wochen? oder ein Jahr?) eine solche „nur vorübergehende“ Unterschreitung vorliegt. Auch die Materialien geben hierzu keinen Aufschluss: Sie erklären den Begriff der „vorübergehenden“ Unterschreitung mit einer „kurzzeitigen“ Verringerung, was für die rechtsuchende Bevölkerung nur wenig hilfreich ist. Vor dem Hintergrund, dass ein Verstoß gegen die Angebotspflicht, zu dem es im Falle des Nichtvorliegens des Ausnahmetatbestands käme, einen Verstoß gegen die (Blankett-) Strafnorm des § 35 Abs 1 Z 1 ÜbG darstellt, ist auf die Bestimmtheit der Bestimmung besonderer Fokus zu legen (vgl zur Bestimmtheit schon VfGH G151/05 ua; V115/05 ua).

Weiters ist eine solche Regelung auch rechtspolitisch abzulehnen, weil es durchaus denkbar ist, dass sich im Zuge eines Börsengangs der bisherige bestimmende Hauptaktionär zunächst noch die Mehrheit vorbehält, in weiterer Folge dann die Mehrheit der Stimmrechte abgibt. Das könnte dann attraktiv sein, wenn Kurse (deutlich) über den Einstandspreis ansteigen. Diesem Aktionär wäre es dann aber möglich, etwa wenn sich die Börsenkurse – bspw im Rahmen einer allgemeinen Markt**baisse** – verbilligen, ohne Übernahmeangebot, wieder die Mehrheit der Stimmrechte zu erwerben, und dies uU zu eindeutig billigeren Preisen, als er bei dem Börsengang erzielt hat und auch zu einem billigeren Preis, als er bei einem weiteren Pflichtangebot gemäß § 26 ÜbG bieten müsste, etwa weil er einem Paketaktionär sein Paket zu einem Preis abgekauft hat, der über dem Marktpreisniveau liegt.

Und die vorgeschlagene Regelung in Z 7 lit. b *leg cit* führt mit dem erhöhten Prozentsatz von 3% dazu, dass sukzessive bei Beteiligungs-Zukäufen bis zu knapp unter 3% pro Kalenderjahr dann, wenn schon zuvor einmal ein Übernahmeangebot mit Kontrollbezug gemacht worden ist, letztlich die Mehrheit erworben werden kann, ohne ein weiteres Übernahmeangebot machen zu müssen.

Dies würde etwa ermöglichen, zunächst – bewusst zu einem niedrigen Preis (Stichwort: *low balling*) – ein Übernahmeangebot zustellen, das nur auf wenig Resonanz stößt: dennoch würde ein solches billiges Übernahmeangebot in weiterer Folge ermöglichen, nach Ablauf der Nachzahlungsgarantiefrist in § 16 Abs 7 ÜbG sukzessive durch Beteiligungserwerbe von jeweils unter 3% ohne weiteres Übernahmeangebot die Mehrheit der Stimmrechte zu erlangen: damit werden aber die Rechte der Minderheitsaktionäre, angemessen an dem Mehrwert beteiligt zu werden, der eine kontrollierende, mehrheitliche Beteiligung vermittelt, verletzt werden.

Dies wird noch durch die Umstellung des Berechnungszeitraumes von einer revolvingen Jahresperiode auf das jeweilige Kalenderjahr verschärft, die etwa ermöglichen würde, innerhalb weniger Wochen, um den Jahreswechsel, bis zu knapp 6% der Aktien zu erwerben, und damit möglicherweise gerade niedrige Börsenkurse auszunützen.

Die vorgeschlagene Regelung stellt daher eine deutliche Schlechterstellung der Minderheitsaktionäre und eine Einschränkung deren Rechte, an dem durch den Erwerb einer kontrollierenden, mehrheitlichen Beteiligung entstehenden Mehrwert zu partizipieren, und ist daher abzulehnen.

Offenbar gibt es im Markt das Bedürfnis nach einer Liberalisierung im Bereich des *creeping in*. Gleichzeitig darf der Konzerneingangsschutz als eigentlicher Schutzzweck des ÜbG nicht ausgehöhlt werden. Als Alternative könnte lohnend sein, die Rechtslage der (mittlerweile aufgehobenen) zweiten Übernahmeverordnung (veröffentlicht im Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 1.3.2000, Veröffentlichung Nr 90, abgedruckt bei *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht¹ [2003] 147) fruchtbar zu machen: Deren § 1 regelte das *creeping in*; die Verordnung sah jedoch in § 3 eine Ausnahme vor, wenn der Erwerb durch ein öffentliches Angebot iSd ÜbG erfolgt und die Beteiligung nach dem Erwerb 47% nicht übersteigt. Dass der Erwerb durch ein öffentliches Angebot iSd ÜbG erfolgt, hat den Vorteil, dass nicht gezielt Aktionäre ausgekauft werden können, sondern die Gleichbehandlung als eines der Grundprinzipien des ÜbG gewahrt bleibt (§ 3 Z 1 ÜbG).

Die vorgeschlagenen Änderungen des Gebührengesetzes sind im Wesentlichen Folgeänderungen des neuen Rechtsmittelverfahrens. Warum für das Rechtsmittelverfahren gegen Bescheide der Übernahmekommission überhaupt Gebühren anfallen, ist kritisch zu hinterfragen: So fallen in vergleichbaren Fällen, nämlich etwa in Firmenbuchverfahren, im Rechtsmittelverfahren keine Gebühren an. Das ist auch konsequent, weil diese Verfahren – wie auch das Verfahren vor der Übernahmekommission – häufig Ein-Parteien-Verfahren oder Verfahren, bei dem die Interessen aller Parteien gleichgelagert sind. Anders als in Zivilverfahren gibt es idR auch keinen Kostenersatzschuldner. Dass die Übernahmekommission in diesen Verfahren nicht Gegner und daher Kostenersatzschuldner sein kann, hat der OGH folgerichtig ausgesprochen (6 Ob 37/14f).

Bei der Gelegenheit erlaubt sich der ÖRAK weiters erneut darauf hinzuweisen, dass die Gerichtsgebühren in Österreich im internationalen Vergleich hoch, in vielen Fällen sogar prohibitiv sind und – wie zahlreiche Untersuchungen und auch das jährliche Budget des BMJ deutlich zeigen – durch alle Gerichtsgebühren in zivilrechtlichen Angelegenheiten eine mehrfache Überdeckung der tatsächlichen Kosten von Zivilverfahren erreicht wird. Der ÖRAK erneuert daher seine Forderung, in einem ersten Schritt zumindest die Valorisierung der Gerichtsgebühren auszusetzen und in einem weiteren Schritt die bestehenden Gerichtsgebühren deutlich zu reduzieren: denn wie aus den Verfahrensstatistiken abzuleiten ist – schlagen sich diese hohen Gerichtsgebühren in stetig sinkenden Zahlen von zivilrechtlichen Streitigkeiten nieder.

Aus rechtspolitischer Sicht ist es inakzeptabel, dass Gerichtsgebühren den Zugang zum Recht für die Bürger erschweren, in vielen Fällen sogar verunmöglichen.

Wien, am 4. Mai 2022

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

