



*(geringfügig redaktionell überarbeitet)*

[...]

**GZ 2016/3/3-26**  
**(S&T)**

Der 3. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von Dr. Winfried Braumann im Beisein der Mitglieder Präsidentin des HG Wien Dr. Maria Wittman-Tiwald (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Dr. Georg Legat (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag gemäß § 29 Abs 1 ÜbG der S&T AG und Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd vom 18.10.2016 die folgende

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

ab:

**Die Absprache über die gerichtliche Bestellung eines Repräsentanten von Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd zum Mitglied des Aufsichtsrats (§ 89 Abs 1 Satz 2 AktG) sowie über die Wahl in den Aufsichtsrat der S&TAG durch die Hauptversammlung begründet kein gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG von Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd, der grosso holding Gesellschaft mbH, Herrn DI Niederhauser und jenen weiteren Aktionären, die ihre Beteiligungen an Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd verkauft haben.**

# B E G R Ü N D U N G

## **I. Vorbringen der Antragsteller**

1. Mit Schriftsatz vom 18.10.2016 brachte **Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd** („Ennoconn“) vor, dass sie am 13.10.2016 einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag über den Erwerb von weniger als 30% der ständig stimmberechtigten Aktien an der **S&T AG** („S&T“ oder „Zielgesellschaft“; gemeinsam mit Ennoconn „Antragsteller“) in mehreren Schritten abgeschlossen habe. In diesem Kaufvertrag habe sich zudem die **grosso holding GmbH** („grosso holding“) – unter der Voraussetzung des Vorliegens einer positiven Stellungnahme der Übernahmekommission – dazu verpflichtet, eine von Ennoconn zur Bestellung als Aufsichtsratsmitglied vorgeschlagene Person durch entsprechende Stimmabgabe in einer einzuberufenden Hauptversammlung für den Fall zu unterstützen, dass die gerichtliche Bestellung eines neuen Aufsichtsratsmitgliedes gemäß § 89 Abs 1 zweiter Satz AktG sich als untauglicher Bestellungsmodus erweisen sollte.
2. In rechtlicher Hinsicht bringen die Antragsteller vor, dass die gerichtliche Bestellung eines Ennoconn Repräsentanten in den Aufsichtsrat der S&T – trotz der gesetzlich vorgesehenen Mitwirkung des Vorstands der S&T AG nach § 89 Abs 1 zweiter Satz AktG – nicht die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens iSd § 1 Z 6 zweiter Satz ÜbG begründe. Die Vermutung werde jedoch im Einklang mit der bisherigen Entscheidungspraxis der Übernahmekommission dadurch begründet, dass die grosso holding auch – soweit die gerichtliche Bestellung sich als ungeeignet erweisen sollte – einen Wahlvorschlag der Ennoconn in der Hauptversammlung der S&T unterstützen würde.
3. Die gesetzliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens könne jedoch widerlegt werden, weil die Wahl eines Vertreters von Ennoconn nichts an den Einflussmöglichkeiten im Aufsichtsrat ändere. Ennoconn werde durch die Wahl eines Vertreters lediglich eine Minderheitenposition gewährt, die ihr eine ihrer Beteiligung angemessene Vertretung im Aufsichtsrat ermögliche. Darüber hinaus sei zwischen grosso holding und Ennoconn sowie auch zwischen den weiteren Verkäufern keine sonstige Vereinbarung über die Ausübung ihrer Stimmrechte als Aktionäre der S&T bzw als Mandatäre im Aufsichtsrat der S&T erfolgt oder geplant. Jeder Aktionär sowie jedes Aufsichtsratsmitglied sei daher völlig frei bezüglich der Art und Weise seiner Stimmabgabe.
4. Unabhängig davon werde Ennoconn angesichts der Hauptversammlungspräsenzen der S&T und der Beteiligung der grosso holding voraussichtlich ohnedies in der Lage sein, im Alleingang Hauptversammlungsbeschlüsse durchzusetzen; dies gelte insbesondere für die Beschlussfassung über Wahlen in den Aufsichtsrat. Ennoconn

sei daher auch nicht auf die Unterstützung der bisherigen Paketaktionäre bei Beschlussfassungen in der Hauptversammlung angewiesen. Die Unterstützung von Ennoconn durch die grosso holding und allenfalls Herrn DI Niederhauser bei der Bestellung eines Repräsentanten im Aufsichtsrat der S&T AG sei daher schon objektiv nicht zur Kontrollerlangung geeignet.

## **II. Antrag**

Auf Grundlage dieses Vorbringens beantragten Ennoconn und S&T, die Übernahmekommission möge in einer Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG aussprechen,

dass weder eine gerichtliche Bestellung eines Ennoconn Repräsentanten zum Mitglied des Aufsichtsrats (§ 89 Abs 1 zweiter Satz AktG), noch eine Wahl eines Ennoconn Repräsentanten in den Aufsichtsrat der S&T AG durch die Hauptversammlung ein gemeinsames Vorgehen von Ennoconn, der grosso holding Gesellschaft mbH und Herrn DI Niederhauser sowie weiterer Aktionäre, die ihre Beteiligungen an Ennoconn verkauft haben, iSd § 1 Z 6 ÜbG begründet und daher keine Angebotspflicht nach § 22a ÜbG in Bezug auf die S&T AG, insbesondere wegen Bildung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger, auslöst.

## **III. Sachverhalt**

### **1. Allgemeines**

1.1. **S&T AG** („S&T“ oder „Zielgesellschaft“) ist eine österreichische Aktiengesellschaft mit Sitz in Linz und der Geschäftsanschrift Industriezeile 35, A-4021, eingetragen beim Landesgericht Linz unter FN 190272m. Das Grundkapital der S&T beträgt EUR 43.916.204,- und ist in 43.916.204 nennbetragslose Stückaktien (ISIN AT000A0E9W5) zerlegt. Die Aktien der S&T notieren im Marktsegment *Prime Standard* im regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse.

- 1.2. Der aktuelle Börsenkurs der S&T liegt bei EUR 9,542 (Stand: 18.10.2016). Daraus ergibt sich eine Marktkapitalisierung der S&T von rund EUR 419,05 Mio. Der Aktienkurs der S&T entwickelte sich in den letzten 12 Monaten wie folgt:



- 1.3. Zur Beteiligungsstruktur der S&T auf Basis der letzten öffentlichen Beteiligungsmeldungen sieht wie folgt aus (Stichtag: 18.10.2016):

Aktionär	Aktien	Beteiligungshöhe
grosso holding Gesellschaft mbH <sup>1</sup>	6.221.362	14,17%
DI Hannes Niederhauser	2.203.465	5,02%
Krtek13 AG	1.787.667	4,07%
Allianz Global Investors GmbH	1.765.063	4,02%
Streubesitz	31.938.647	72,72%

- 1.4. Die S&T hält derzeit keine eigenen Aktien. Die zwei größten Aktionäre der S&T sind die **grosso holding** und **DI Hannes Niederhauser**. **grosso holding**, mit dem Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift Walfischgasse 5, 1015 Wien, eingetragen im Firmenbuch des Handelsgerichts Wien unter FN 123293p, wird von Dr. Erhard F. Grossnigg mehrheitlich kontrolliert. Er ist zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der S&T AG. **DI Hannes Niederhauser**, ist Vorstandsvorsitzender der S&T. Die **Krtek13 AG** wird seit Ende des Jahres 2015 von Dr. Rudolf Wiczorek kontrolliert.

<sup>1</sup> Einschließlich nahestehender Personen, insbesondere der Beteiligung der [A] iHv 62.247 Aktien (0,14%), die von Dr. Grossnigg kontrolliert wird.

1.5. In der Vergangenheit qualifizierte die Übernahmekommission die grosso holding, DI Hannes Niederhauser und die Krtek13 AG als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG, welche die S&T gemeinsam kontrollierten (vgl GZ 2016/2/1). Mit Mitteilung vom 10.12.2015 gab grosso holding der Übernahmekommission bekannt, dass die Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger aufgelöst worden sei; die Stimmrechte dieser Aktionäre seien daher nicht mehr zusammenzurechnen.

1.6. Der **Vorstand** der S&T setzt sich aus folgenden Personen zusammen:

- Herr DI Hannes Niederhauser („Vorstandsvorsitzender“ und „CEO“),
- Herr MMag. Richard Neuwirth („CFO“),
- Herr Dr. Peter Sturz („COO“),
- Herr Michael Jeske.

Vorstandsbeschlüsse werden gemäß § 7 Abs 6 der Satzung der S&T mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Bei einer etwaigen Stimmgleichheit gibt die Stimme des Vorstandsvorsitzenden den Ausschlag (Dirimierungsrecht des Vorsitzenden).

1.7. Der **Aufsichtsrat** der S&T setzt sich derzeit aus folgenden drei Kapitalvertretern zusammen:

- Herr Dr. Erhard F. Grossnigg (Aufsichtsratsvorsitzender),
- Herr Mag. Bernhard Chwatal (Stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender),
- Herr Matthias Ehrlich.

Aufsichtsratsbeschlüsse werden gemäß § 11 Abs 5 der Satzung der S&T mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst. Findet sich in der Satzung oder im Gesetz eine abweichende Regelung, so ist diese vorrangig anzuwenden. Im Falle einer Stimmgleichheit besitzt der Aufsichtsratsvorsitzende ein Dirimierungsrecht.

1.8. **Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd** („Ennoconn“) ist eine mit der Hon Hai Precision Industry Co., Ltd. (im Geschäftsverkehr als „Foxconn Technology Group“ bekannt) verbundene Gesellschaft. Ennoconn ist eine Aktiengesellschaft nach taiwanesischem Recht mit Sitz in New Taipei City.

## 2. Ennoconn Investment I

### 2.1. Transaktionsabwicklung

2.1.1. Am 13.10.2016 hat Ennoconn ein *Share Purchase Agreement* („SPA“) mit den unten aufgelisteten (2.1.2.) Verkäufern abgeschlossen und sich, vorbehaltlich des Eintritts der unter Punkt 2.2. genannten Bedingungen, zum Erwerb einer 29,4%igen Beteiligung am Grundkapital der S&T verpflichtet. Diese Transaktion („Ennoconn Investment I“) wird in zwei Schritten abgewickelt:

- a) Zuerst werden durch eine Barkapitalerhöhung unter Bezugsrechteausschluss der Altaktionäre der S&T junge Aktien von Ennoconn im Ausmaß von etwa 10% des Grundkapitals der S&T (4.387.620 neue Aktien) aus genehmigtem Kapital gezeichnet.
- b) Danach werden 9,8 Mio S&T-Aktien von Altaktionären der S&T erworben.

2.1.2. Aktien werden von folgenden Altaktionären an Ennoconn veräußert:

<b>Verkäufer</b>	<b>veräußerte Aktien</b>	<b>veräußerter Anteil</b> (nach Verwässerung durch die Kapitalerhöhung)
grosso holding	4.304.159	8,91%
[A]	62.247	0,13%
DI Hannes Niederhauser	995.927	2,06%
Krtek13 AG	1.787.667	3,70%
[K]	1.650.000	3,42%
[X]	1.000.000	2,07%
<b>Gesamt</b>	<b>9.800.000</b>	<b>20,29%</b>

2.1.3. Nach erfolgreich abgeschlossener Transaktion würde sich die Beteiligung der grosso holding auf unter 4% reduzieren; jene von DI Hannes Niederhauser auf unter 3%. Die [A] und die Krtek13 AG würden zur Gänze als Aktionäre der S&T ausscheiden.

### 2.2. Transaktionsbedingungen

Das Ennoconn Investment I wird vorbehaltlich nachfolgender aufschiebender Bedingungen durchgeführt:

- a) die Abstimmung möglicher Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats der S&T mit der Übernahmekommission;
- b) einer Erteilung der erforderlichen behördlichen Zustimmungen sowie
- c) die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Firmenbuch.

### **3. Ennoconn Investment II**

- 3.1. Derzeit wird überlegt, nach erfolgreicher Durchführung des Ennoconn Investment I eine Sachkapitalerhöhung bei der S&T durchzuführen, um Gesellschaftern einer dritten – namentlich nicht bekannten – Gesellschaft den Umtausch ihrer Beteiligungen in Aktien der S&T anzubieten. Durch diese Kapitalmaßnahme würde sich die Beteiligung der Ennoconn an der S&T von rund 29,4% auf voraussichtlich unter 25% verwässern. Im SPA hat sich grosso holding gegenüber Ennoconn verpflichtet, ihre verbleibende Restbeteiligung an der S&T (1.854.956 Aktien) zu veräußern, sofern das Ennoconn Investment I durchgeführt und die Ennoconn-Beteiligung auf unter 25% verringert wird. Im Gegenzug verpflichtet sich Ennoconn dazu, die Restbeteiligung der grosso holding bei Eintritt dieser (aufschiebenden) Bedingungen zu erwerben („Ennoconn Investment II“).
- 3.2. Die erfolgreiche Umsetzung des Ennoconn Investment II würde dazu führen, dass die grosso holding zur Gänze als Aktionärin der S&T ausscheidet.

### **4. Ziele der Ennoconn Investments**

- 4.1. Durch die Realisierung des Ennoconn Investments I + II soll der S&T frisches Kapital zufließen. Dies soll der Zielgesellschaft ermöglichen, ihre bisher eingeschlagene Wachstumsstrategie weiter voranzutreiben und neben dem organischen Wachstum anhand neuer Produktentwicklungen auch verstärkt Akquisitionen vorzunehmen. Neben der Rolle eines Kapitalinvestors soll Ennoconn auch als strategischer Partner im Bereich der Hardwareentwicklung und als strategischer Lieferant im Bereich der *Supply-Chain* und Produktion von *Embedded Systems* unterstützend tätig sein.
- 4.2. Mittelfristig plant Ennoconn eine bilanzielle Konsolidierung der Beteiligung an der S&T vorzunehmen. Um dieses Vorhaben realisieren zu können, will Ennoconn bei zukünftigen Hauptversammlungen der S&T ihre Stimmrechte dafür verwenden, um Ennoconn Repräsentanten für ein Aufsichtsratsmandat zu nominieren.

### **5. Verpflichtung zur Unterstützung der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds**

- 5.1. Um eine dem Anteilserwerb entsprechende Vertretung im Aufsichtsrat der S&T zu erhalten, soll Ennoconn – nach Rücktritt eines bisherigen Aufsichtsratsmitglieds – die Vertretung im Aufsichtsrat durch die gerichtliche Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds gemäß § 89 AktG ermöglicht werden. Damit soll eine zeitnahe Vertretung von Ennoconn im Aufsichtsrat der S&T erreicht werden, ohne auf die ordentliche Hauptversammlung des Jahres 2017 warten zu müssen. Ist eine gerichtliche Aufsichtsratsbestellung nicht möglich, würde Ennoconn nach Abschluss des Ennoconn Investments und nach Rücktritt eines derzeitigen

Aufsichtsratsmitgliedes die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung der S&T initiieren, um die Vertretung von Ennoconn im Aufsichtsrat durch ein Mitglied mittels Gesellschafterbeschluss sicherzustellen.

- 5.2. grosso holding hat sich im SPA dazu verpflichtet, eine von Ennoconn zur Bestellung als Aufsichtsratsmitglied vorgeschlagene Person durch entsprechende Stimmabgabe in einer allenfalls einzuberufenden Hauptversammlung zu unterstützen. In diesem Fall würde auch DI Hannes Niederhauser für den Beschlussvorschlag der Ennoconn stimmen.
- 5.3. Darüber hinaus sollen zwischen Ennoconn der grosso holding und Herrn DI Niederhauser keinerlei Vereinbarungen oder Absprachen über die Ausübung ihrer Stimmrechte als Aktionäre der S&T bzw über das Stimmverhalten im Aufsichtsrat der S&T getroffen werden. Das soll insbesondere auch für allfällige zukünftige Wahlen von weiteren Aufsichtsratsmitgliedern der Zielgesellschaft gelten.

## **6. Hauptversammlungspräsenzen bei S&T**

Die Hauptversammlungspräsenz der S&T betrug zwischen 2014 bis 2016 (15., 16. sowie 17. ordentliche Hauptversammlung) durchschnittlich etwas mehr als 40% (2016: 42,32%, 2015: 43,85%, 2014: 41,88%).<sup>2</sup> Die Präsenz des Streubesitzes – bereinigt um den Anteil der Paketaktionäre – betrug in der letzten Hauptversammlung rund 18% (2016: 18,56%, 2015: 18,44%, 2014: 3,38%).

## **IV. Rechtliche Beurteilung**

### **1. Gemeinsam vorgehende Rechtsträger**

- 1.1. Die Pflicht, ein Übernahmeangebot zu stellen, besteht nicht nur bei Erlangen einer kontrollierenden Beteiligung durch einen Rechtsträger gemäß § 22 Abs 1 ÜbG. 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 nach § 22 Abs 1 ÜbG auslösen.
- 1.2. 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. Dabei umfasst der Begriff der Absprache alle Formen von Absprachen zwischen

---

<sup>2</sup> Präsenzstimmen in der 17. oHV am 14.06.2016: 18.551.544 (42,32%); Präsenzstimmen in der 16. oHV 25.06.2015: 18.974.184 (43,85%); Präsenzstimmen in der 15. oHV am 30.06.2014: 16.475.043 (41,88%; bereinigt um die Werte zu den Tagespunkten 3 und 4).

Aktionären, unabhängig von ihrer Form oder ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit (vgl. *Huber/Alscher* in Huber, *ÜbG*<sup>2</sup> [2007] § 1 Rz 54 f). Der frühere unbestimmte Begriff des „abgestimmten Verhaltens“ im § 23 *ÜbG* 1999 ist im Überbegriff „Absprache“ aufgegangen (*Huber/Alscher* in Huber, *ÜbG* § 1 Rz 54 mwN). Eine Absprache liegt allgemein dann vor, wenn die Beteiligten auf Grundlage einer Kommunikation (welcher Art und Form auch immer) vernünftigerweise erwarten können, dass sich der jeweils andere Beteiligte in einer kommunikationskonformen Art und Weise verhalten wird (vgl. GZ 2014/1/8-74 [*conwert*]).

- 1.3. Nach § 1 Z 6 Satz 2 *ÜbG* wird ein gemeinsames Vorgehen vermutet, wenn eine Absprache über die Ausübung der Stimmrechte von zwei oder mehreren Rechtsträgern bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern vorliegt (vgl. *Huber/Alscher* in Huber, *ÜbG* § 1 Rz 78). Dies gilt nicht nur für die Absprache über die **Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern**, sondern auch für die Vereinbarung von **Nominierungsrechten** (siehe zuletzt GZ 2015/1/5-12 [*AMAG*]; siehe auch GZ 2013/3/3-27 [*Unternehmens Invest AG*]; GZ 2011/3/2-15 [*WPB*]).
- 1.4. In concreto verpflichtet sich die *grosso holding* durch das SPA, die *Ennoconn* bei der Nominierung eines Aufsichtsratsmitgliedes zu unterstützen. In diesem Fall würde auch DI Hannes Niederhauser für den Beschlussvorschlag der *Ennoconn* stimmen. Dies ist zweifellos als Absprache gemäß § 1 Z 6 *ÜbG* zu qualifizieren. Dass die Paketaktionäre ausschließlich zugunsten von *Ennoconn* bei der Besetzung des Aufsichtsrats abstimmen wollen und die Absprache somit nicht auf die Besetzung des Aufsichtsrates mit eigenen Wunschkandidaten abzielt, schadet nicht, zumal auch **fremdnützige Absprachen** ein gemeinsames Vorgehen begründen und damit tatbestandsmäßig iSd § 1 Z 6 *ÜbG* sein können (vgl. GZ 2007/3/3–157 [*RHI*]; *Huber/Alscher* in Huber, *ÜbG* § 1 Rz 60; *Gall*, Acting in Concert und Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz, *GesRZ* 2008, 139 [141, 145 f]; *Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat [2013] 193).
- 1.5. Die Vermutung des § 1 Z 6 zweiter Satz *ÜbG* bezieht sich auf den praktischen Regelfall, dass ein Aufsichtsratsmitglied von der Hauptversammlung der Zielgesellschaft gewählt wird. Damit hat der Gesetzgeber die zentrale Bedeutung des Einflusses auf die Personalpolitik hervorgehoben (*Gall*, *GesRZ* 2008, 145). Das hat freilich nichts mit der konkreten *Bestellungsart* zu tun. Die gesetzliche Vermutung des § 1 Z 6 *ÜbG* wird daher auch dann ausgelöst, wenn eine Absprache zur gerichtlichen Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes nach § 89 *AktG* vorliegt. Diese Personen haben die gleiche Rechtsstellung wie die auf andere Art bestellten Mitglieder (*Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG* II<sup>5</sup> § 89 *AktG* Rz 33). Solche Absprachen sind daher in gleicher Weise zur Kontrollerlangung oder -ausübung geeignet, wie es § 1 Z 6 *ÜbG* in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich vor Augen hat. Die Absprache kann dahin ausgestaltet sein, dass sich die beteiligten Personen darauf verständigen, zunächst einen Zustand herbeizuführen, der die gerichtliche Bestellung ermöglicht (zB durch gezielten Rücktritt eines

Aufsichtsratsmitglieds), in der Hoffnung, das Gericht würde in Folge einen vom Vorstand vorgeschlagenen Kandidaten nominieren. Selbst wenn das Gericht den Vorschlag ablehnt, schadet das nicht, weil es für die Bejahung des gemeinsamen Vorgehens generell irrelevant ist, ob die Absprache tatsächlich zum Erfolg führt (vgl GZ 2009/1/1-36 [*Binder & Co*]; *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG § 1 Rz 63).

- 1.6. Da zwischen *grosso holding*, DI Ernst Niederhauser und Ennoconn eine Absprache vorliegt, den Wahlvorschlag der Ennoconn in der Hauptversammlung der S&T zu unterstützen, soweit sich die gerichtliche Bestellung als ungeeignet erweisen sollte, wird die Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG jedenfalls durch diese Absprache ausgelöst.

## 2. Widerlegung der Vermutung

- 2.1. Nach ständiger Praxis der Übernahmekommission ist jedoch die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens bei einer Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern **widerlegbar** (siehe zuletzt GZ 2015/1/5-12 [*AMAG*]; GZ 2013/2/1-146 [*S&T AG*]; *Winner*, ÖJZ 2006, 663; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 45; *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG § 1 Rz 74 und 80; *Kraus*, Angebotspflicht 284 ff). Widerlegbar ist die Vermutung jedenfalls dann, wenn die Absprache (hier die Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern) nicht auf Kontrollerlangung oder Kontrollausübung gerichtet ist bzw. wenn die Parteien der Absprache nicht die Absicht verfolgen, die Geschicke der Gesellschaft gemeinsam zu lenken oder deren Geschäftspolitik zu beeinflussen (vgl GZ 2014/1/8-74 [*CWI*]) oder wenn die Einräumung eines Aufsichtsratsmitglieds nichts an der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisherigen kontrollierenden Aktionär ändert (vgl GZ 2009/1/3-30 (*ERSTE*); GZ 2015/1/5-12 [*AMAG*] und GZ 2011/3/2-15 [*WPB*]). Führt eine Absprache zu keiner Veränderung bei den Kontrollverhältnissen einer Gesellschaft, so ist eine kontrollrelevante Absprache zu verneinen (GZ 2016/2/3-26 [*RBI*]).
- 2.2. Aus den oben genannten Gründen ist im vorliegenden Fall die Vermutung eines gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 ÜbG widerlegt. Der Aufsichtsrat der S&T besteht aus insgesamt drei Mitgliedern, wobei eines dieser drei Mitglieder ausscheiden würde und durch ein von Ennoconn mandatiertes Aufsichtsratsmitglied ersetzt werden würde, entweder durch gerichtliche Bestellung oder spätestens durch Wahl in einer außerordentlichen Hauptversammlung. Gemäß der Satzung der S&T ist für die Beschlussfassung im Aufsichtsrat die einfache Stimmenmehrheit vorgesehen. Somit würde Ennoconn im Aufsichtsrat der S&T nur über eine Minderheitsposition verfügen und könnte keine Aufsichtsratsbeschlüsse im Alleingang durchsetzen. Festzuhalten ist jedoch ausdrücklich, dass diese Beurteilung auf der Annahme beruht, dass das gemeinsame Zusammenwirken sich **ausschließlich auf die einmalige Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds der Ennoconn beschränkt**. Der Senat geht somit davon aus, dass zwischen *grosso holding*, Herr DI Niederhauser und Ennoconn

**keinerlei weitere Absprachen oder Vereinbarungen getroffen wurden**, welche die Ausübung der Stimmrechte oder das Stimmverhalten im Aufsichtsrat der S&T betreffen.

- 2.3. Die Kontrollrelevanz der hier zu beurteilenden Absprache ist darüber hinaus bereits auf Grund des Umstandes zu verneinen, dass Ennoconn – unabhängig von der Unterstützung durch die anderen Aktionäre – auf Grund der vergangenen Hauptversammlungspräsenzen die Zielgesellschaft alleine (materiell) kontrolliert. Ennoconn würde bei gleichbleibender Hauptversammlungspräsenz und erfolgreich abgeschlossener Transaktion die Nominierung eines Aufsichtsratsmitgliedes in der nächsten Hauptversammlung alleine durchsetzen können, zumal Ennoconn diesfalls über 29,4% der Stimmrechte bei einer Hauptversammlungspräsenz von rund 40% des stimmberechtigten Kapitals verfügen würde. An dieser Situation würden auch die aufgrund der gesicherten Sperrminorität nach § 26a ÜbG ruhenden und nicht stimmberechtigten 3,4% S&T-Anteile von Ennoconn nichts ändern. Es wird unter Berücksichtigung der letzten Hauptversammlungspräsenzen angenommen, dass der Streubesitz nicht über das erforderliche Stimmgewicht verfügen würde, um Beschlussanträge von Ennoconn verhindern zu können.
- 2.4. Durch die hier zu beurteilende Absprache würde somit keine andere oder größere abstrakte Gefahrensituation für die Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft geschaffen werden, die nicht auch schon ohne eine solche Absprache besteht. Denn sowohl vor als auch nach der Absprache stehen die Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft demselben kontrollierenden Aktionär, nämlich Ennoconn, gegenüber. Damit ist die Absprache zwischen Ennoconn, der grosso holding und DI Hannes Niederhauser für die Kontrollerlangung in der S&T **nicht kausal** und eine kontrollrelevante Absprache bzw. gemeinsames Vorgehen gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu verneinen (ähnlich GZ 2016/2/3-26 [RBI]).
- 2.5. Eine Angebotspflicht gemäß § 25a Z 1 ÜbG kann damit nicht entstehen, weil hierfür eine wechselseitige Stimmrechtszurechnung zwischen Ennoconn und grosso holding gemäß § 23 Abs 1 ÜbG notwendig wäre, die eine kumulierte Beteiligung von ca 32% ergäbe. Die Angebotspflicht der Ennoconn scheidet damit (nur) an der mangelnden Überschreitung der formellen Kontrollschwelle des § 22 ÜbG, obwohl Ennoconn materiell Kontrolle über die S&T ausüben kann.

### **3. Ergebnis**

Ennoconn, grosso holding, DI Hannes Niederhauser und jene weiteren Aktionäre, die ihre Beteiligungen an Ennoconn veräußern, sind nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren. Die gesetzliche Vermutung des § 1 Z 6 Satz 2 ÜbG konnte widerlegt werden. Eine wechselseitige Stimmrechtszurechnung nach § 23 Abs 1 ÜbG scheidet damit aus. Eine Angebotspflicht gemäß § 22a Z 1 ÜbG ist ebenfalls nicht entstanden.

## V. Unverbindlichkeit der Stellungnahme

Abschließend weist der 3. Senat darauf hin, dass Stellungnahmen gemäß § 29 Abs 1 ÜbG **keine rechtliche Bindungswirkung** entfalten. Darüber hinaus verweist der Senat – nochmals – auf den Umstand, dass er bei der vorliegenden Stellungnahme von der Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Antragstellerinnen vorgelegten Informationen ausgegangen ist.

Wien, am 16.11.2016

Dr. Winfried Braumann  
(Vorsitzender des 3. Senats)

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Dr. Vedran Obradović  
(Leiter der Geschäftsstelle)