



[geringfügig redaktionell verändert]

[...]

**GZ 2017/3/1-41**  
**(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. Rosemarie Schön (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag der S&T AG folgende

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

ab:

- 1. Wenn bei der ordentlichen Hauptversammlung der S&T AG im Juni 2017 drei von fünf Aufsichtsratsmitglieder durch Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd gewählt werden, sind grosso holding Gesellschaft mbH, Herr Dr. Erhard Grossnigg, Herr DI Hannes Niederhauser und Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd keine gemeinsam vorgehenden Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG, wenn die Unterstützungserklärung vom 13.10.2016 durch die grosso holding Gesellschaft mbH und allenfalls DI Hannes Niederhauser bei der Durchsetzung der Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds aufgelöst wird, keine weiteren Absprachen bestehen und sich die Anteilsinhaber DI Hannes Niederhauser und grosso holding Gesellschaft mbH bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder in der 18. ordentlichen Hauptversammlung zur Teilnahme anmelden, sich letztlich aber bei der Beschlussfassung der Stimme enthalten.**
- 2. DI Matthias Ehrlich und Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd werden nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG qualifiziert, wenn der Grund für die vorzeitige Amtsniederlegung als Aufsichtsratsmitglied durch Herrn DI Matthias Ehrlich allein in persönlichen Gründen begründet ist und unabhängig vom Einstieg von Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd bei S&T AG erfolgt.**

# B E G R Ü N D U N G

## **I. Vorbringen der Antragsteller**

### **1. Eingabe vom 18.10.2016**

- 1.1. Mit Schriftsatz vom 18.10.2016 brachte Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd (nachfolgend „**Ennoconn**“) vor, dass sie am 13.10.2016 einen aufschiebend bedingten Aktienkaufvertrag (nachfolgend „**SPA**“ oder „**Share Purchase Agreement**“) über den Erwerb von rund 29% der ständig stimmberechtigten Aktien an der **S&T AG** („**S&T**“ oder „**Zielgesellschaft**“) abgeschlossen habe („**Ennoconn Investment I**“).
- 1.2. In diesem SPA haben sich die grosso holding Gesellschaft mbH (nachfolgend „**grosso holding**“) und allenfalls DI Hannes Niederhauser verpflichtet, ein von Ennoconn vorgeschlagenes Aufsichtsratsmitglied bei der 18. Hauptversammlung der S&T durch entsprechende Stimmabgabe für den Fall zu unterstützen, dass sich eine gerichtliche Aufsichtsratsbestellung gemäß § 89 Abs 1 zweiter Satz AktG als untauglicher Bestellungsmodus erweisen sollte.

### **2. Ergänzende Eingabe vom 24.5.2017 und weitere Korrespondenz**

- 2.1. Mit Schriftsatz vom 24.5.2017 teilte der rechtsfreundliche Vertreter von S&T der ÜbK mit, dass Ennoconn seit dem 23.12.2016 mittelbar über ihre Tochtergesellschaften (Ennoconn Corporation, Ennoconn International Investment Co., Ltd., Ennoconn Investment Holdings Co., Ltd.) 4.383.620 S&T-Aktien halte (dies entspricht rund 8,96% des stimmberechtigten Grundkapitals). Das Closing des Ennoconn Investment I (entspricht rund 20,03% des stimmberechtigten Grundkapitals) sei für Ende Mai 2017 geplant. Im Zuge des Closing werde sich die (mittelbare) Beteiligung von Ennoconn an der S&T auf insgesamt 13.953.620 Stück bzw. 28,52% der stimmberechtigten Aktien der S&T erhöhen. Im Vergleich zu dem im SPA vereinbarten Volumen beabsichtigen die Parteien eine geringfügige Reduktion des Transaktionsvolumens um 230.000 Stück (9.570.000 Stück anstelle der ursprünglich vereinbarten 9.800.000 Stück) bzw. 0,47% des aktuellen Grundkapitals der S&T.
- 2.2. Im selben Schriftsatz wurde der ÜbK weiters mitgeteilt, dass die beabsichtigte gerichtliche Bestellung eines Vertreters der Ennoconn in den Aufsichtsrat der S&T samt Unterstützung durch grosso holding nicht umgesetzt worden sei. Ferner plane die Ennoconn nunmehr in der 18. ordentlichen Hauptversammlung der S&T im Juni 2017 zwei von Ennoconn vorgeschlagene Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, nämlich Herrn Hui-Feng Wu und Herrn Fu-Chuan Chu (Email des

rechtfreundlichen Vertreters der S&T, Herrn Dr. Mario Gall, vom 31.5.2017). Ennoconn strebe eine Vollkonsolidierung der S&T-Beteiligung an.

DI Matthias Ehrlich und Mag. Bernhard Chwatal haben erklärt, ihre Funktion als Aufsichtsratsmitglieder mit Ablauf der Hauptversammlung 2017 vorzeitig niederzulegen (siehe Email des rechtfreundlichen Vertreters der S&T, Herrn Dr. Mario Gall, vom 29.5.2017), wobei Herr Mag. Bernhard Chwatal als Ersatzmitglied bestellt werden solle. Die Funktionsperiode von Dr. Erhard Grossnigg solle um eine weitere Periode, also bis zum Ende jener Hauptversammlung, die über die Entlastung für das Geschäftsjahr 2017 beschließt, verlängert werden (siehe Email des rechtfreundlichen Vertreters der S&T, Herrn Dr. Mario Gall, vom 31.5.2017), damit er für diesen Zeitraum seine fachliche Expertise, insbesondere mit Blick auf die bevorstehende Verschmelzung der Kontron AG auf die S&T Deutschland Holding AG sowie die Integration der Kontron AG einbringen kann.

- 2.3. Neben der im SPA verankerten Verpflichtung der grosso holding, ausschließlich die einmalige Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds der Ennoconn zu unterstützen, bestehe unverändert keinerlei Absprache zwischen Ennoconn (bzw. ihrer Tochtergesellschaften), Herrn DI Hannes Niederhauser und der grosso holding im Hinblick auf die Stimmabgabe in Hauptversammlungen der S&T. Mit einer Beteiligung von rund 28,52% der Stimmrechte werde Ennoconn in der Lage sein, die Bestellung von Mitgliedern des Aufsichtsrates alleine durchzusetzen.

### **3. Ergänzende Eingaben vom 9.6.2017**

- 3.1. Der rechtfreundliche Vertreter der S&T teilte der ÜbK mit E-Mail vom 9.6.2017 mit, dass grosso holding von der Ennoconn eine Bestätigung einholen werde, dass die Verpflichtung der grosso holding aus dem SPA vom 13.10.2016 betreffend die Unterstützung von Ennoconn bei der Durchsetzung der Bestellung eines Vertrauensmanns obsolet sei. Ferner werden sich DI Hannes Niederhauser und grosso holding in der bevorstehenden ordentlichen Hauptversammlung der S&T im Juni 2017 bei Abstimmungen über Wahlen in den Aufsichtsrat der Stimme enthalten.
- 3.2. Weiters solle Mag. Bernhard Chwatal sein Aufsichtsratsmandat nicht niederlegen. Einzig DI Matthias Ehrlich werde sein Aufsichtsratsmandat auf eigenen Wunsch nach Ablauf der ordentlichen Hauptversammlung der S&T im Juni 2017 niederlegen. Er habe diesen Entschluss aus unternehmerischen Gründen bereits im November 2016 gefasst.
- 3.3. Zudem plane Ennoconn nun in der bevorstehenden Hauptversammlung der S&T ein weiteres und damit drittes Aufsichtsratsmitglied zu bestellen. Gleichzeitig solle die Gesamtanzahl des S&T-Aufsichtsrates von drei auf fünf Mitglieder erhöht

werden. Der Aufsichtsrat der S&T habe bereits nach § 108 AktG Herrn Hui-Feng Wu und Herrn Dr. Erhard Grossnigg zur Wahl vorgeschlagen. Ennoconn plane nach dem Informationsstand von S&T die zwei weiteren Kandidaten gemäß § 110 AktG vorzuschlagen.

## **II. Sachverhalt**

Der schriftlichen Äußerung des 3. Senats der Übernahmekommission wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

### **1. Allgemeines**

- 1.1. S&T AG 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 49.037.657,- und ist in 49.037.657 nennbetragslose Stückaktien (ISIN AT000A0E9W5) zerlegt. Die Aktien der S&T notieren im Marktsegment *Prime Standard* im regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse. Aufgrund des Unternehmenssitzes in Österreich und der Börsennotierung in Frankfurt unterliegt S&T dem Teilanwendungsbereich des ÜbG gemäß § 27b ÜbG.
- 1.2. 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>1</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%).

---

<sup>1</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).

- 1.3. Der aktuelle Börsenkurs der S&T liegt bei EUR 13,57 (Stand: 11.7.2017). Daraus ergibt sich eine Marktkapitalisierung der S&T von rund EUR 681,62 Mio. Der Aktienkurs der S&T entwickelte sich in den letzten 12 Monaten wie folgt:



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

- Dr. Erhard F. Grossnigg (Aufsichtsratsvorsitzender),
- Mag. Bernhard Chwatal (Stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender),
- Dipl.-Ing. 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.

- 1.5. **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.

- 1.6. Am 13.10.2016 hat Ennoconn mit grosso holding und weiteren Aktionären der S&T einen Aktienkaufvertrag über den Erwerb einer rund 29%igen Beteiligung am Grundkapital der S&T abgeschlossen. Die Durchführung des Aktienkaufvertrages sollte in zwei Schritten erfolgen (erster und zweiter Schritt gemeinsam nachfolgend „**Ennoconn Investment I**“).

- 1.7. Während der erste Schritt (Erwerb von 8,96% im Wege einer Barkapitalerhöhung) bereits vollzogen ist (Eintragung der Kapitalerhöhung am 23.12.2016), ist das

Closing des zweiten Schritts (Erwerb von 20,03%<sup>2</sup>) mit Ende Mai geplant.<sup>3</sup> Nach Closing des zweiten Schritts soll Ennoconn 13.953.620 S&T-Aktien halten (entspricht 28,52% des Grundkapitals). Im Vergleich zu der im SPA vereinbarten Beteiligungshöhe bedeutet dies eine Reduktion von rund 230.000 Stück (0,47% des aktuellen Grundkapitals der S&T).

## **2. Vorverfahren (GZ 2016/3/3)**

- 2.1. Mit Schriftsatz vom 18.10.2016 beantragten Ennoconn und S&T eine Stellungnahme der Übernahmekommission (nachfolgend „ÜbK“) zur Frage, ob die gerichtliche Bestellung eines Ennoconn Repräsentanten oder eine Wahl eines Ennoconn Repräsentanten zum Mitglied des Aufsichtsrats des S&T ein gemeinsames Vorgehen von Ennoconn, grosso holding, DI Hannes Niederhauser und weiteren S&T-Aktionären iSd § 1 Z 6 ÜbG begründet.
- 2.2. Der 3. Senat der Übernahmekommission verneinte dies in der Stellungnahme vom 16.11.2016 (GZ 2016/3/3).

## **3. Wahlen zum Aufsichtsrat**

- 3.1. Wie bereits aus dem Vorverfahren (GZ 2016/3/3) bekannt, strebt Ennoconn eine Vertretung im Aufsichtsrat der S&T an. Ursprünglich hatte Ennoconn die Absicht, ein Mitglied des dreiköpfigen Aufsichtsrats der S&T (mit Unterstützung von grosso holding und allenfalls Herrn DI Hannes Niederhauser) zu bestellen. Nun beabsichtigt Ennoconn in der 18. ordentlichen Hauptversammlung die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder der S&T von drei auf fünf zu erhöhen und drei Vertreter in der kommenden 18. ordentlichen HV zur Wahl vorzuschlagen und für deren Bestellung zu stimmen. Ennoconn strebt damit eine Vollkonsolidierung der Beteiligung an S&T an.
- 3.2. Das bisherige Mitglied des Aufsichtsrats DI Matthias Ehrlich wird sein Mandat mit Beendigung der 18. ordentlichen Hauptversammlung vorzeitig niederlegen. Den freiwilligen Entschluss dafür hat DI Matthias Ehrlich bereits im November 2016 gefasst; dies unabhängig von der Absicht Ennoconn, den Aufsichtsrat mit eigenen Repräsentanten zu besetzen. Das bisherige Mitglied des Aufsichtsrats Mag. Bernhard Chwatal bleibt Mitglied des Aufsichtsrats.
- 3.3. In der 18. ordentlichen Hauptversammlung der S&T im Juni 2017 sollen Herr Dr. Erhard Grossnigg (bis zum Ende jener Hauptversammlung, die über die Entlastung

---

<sup>2</sup> Ursprünglich wurde im Aktienkaufvertrag vereinbart, dass Ennoconn im zweiten Schritt 20,44% am Grundkapital erwerben sollte. Die Vertragsparteien sind aber davon abgegangen; es soll eine geringere Beteiligung an Ennoconn übertragen werden.

<sup>3</sup> Der Aktienkauf war durch die kartellrechtliche Freigabe der Europäischen Kommission aufschiebend bedingt. Die kartellrechtliche Genehmigung wurde am 12. Mai 2017 erteilt.

des Geschäftsjahres 2017 beschließt) und Herr Hui-Feng Wu (auf die satzungsmäßige Höchstdauer, das ist bis zum Ende jener Hauptversammlung, die über die Entlastung des Geschäftsjahres 2021 beschließt) in den Aufsichtsrat der Gesellschaft gewählt werden. Während Herr Dr. Erhard Grossnigg als unabhängiger Experte anzusehen ist, ist Herr Hui-Feng Wu Ennoconn zuzurechnen bzw. als deren Vertreter im Aufsichtsrat anzusehen. Der Aufsichtsrat der S&T hat Herrn Dr. Grossnigg und Herrn Hui-Feng Wu bereits gemäß § 108 AktG zur Wahl vorgeschlagen.

- 3.4. Für die zwei freien Positionen im Aufsichtsrat wird Ennoconn nach § 110 AktG voraussichtlich Herrn Fu-Chuan Chu und einen weiteren Kandidaten vorschlagen; beide sollen als Vertreter von Ennoconn im Aufsichtsrat fungieren. Im Ergebnis sollen nach der 18. Jahreshauptversammlung drei von fünf Aufsichtsratsmitgliedern der Ennoconn zurechenbar sein.
- 3.5. Die Vereinbarung zwischen der grosso holding und der Ennoconn aus dem SPA vom 13.10.2016 betreffend die Unterstützung von Ennoconn bei der Durchsetzung der Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes besteht nicht mehr. Es bestehen auch sonst keine Absprachen iSd § 1 Z 6 ÜbG. Herr DI Hannes Niederhauser und grosso holding werden sich bei den Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder in der ordentlichen Hauptversammlung 2017 der Stimme enthalten.

### **III. 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 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 2016/3/3/ [*S&T*] mwN).

## 2. Widerlegung der Vermutung

- 2.1. Nach ständiger Praxis der Übernahmekommission ist jedoch die Vermutung des gemeinsam Vorgehens bei einer Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern widerlegbar (siehe zuletzt GZ 2015/1/5 [*AMAG*]; GZ 2013/2/1 [*S&T*]; GZ 2016/3/3/ [*S&T*]; *Winner* ÖJZ 2006, 663; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 45; *Huber/Alscher* in *Huber, ÜbG*<sup>2</sup> § 1 Rz 79; *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. In der Stellungnahme vom 16.11.2016 (GZ 2016/3/3) vertrat der 3. Senat die Ansicht, dass die ursprüngliche Absicht von Ennoconn, ein von drei Mitgliedern des Aufsichtsrats der S&T mit aktiver Unterstützung durch grosso holding und allenfalls Herrn DI Hannes Niederhauser zu bestellen, kein gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG begründet. Der 3. Senat begründete diese Ansicht damit, dass aufgrund der geringen HV-Präsenzen die Ennoconn auch mit einer Beteiligung von rund 29% über die einfache Stimmenmehrheit verfügt und damit das gewünschte Aufsichtsratsmitglied auch ohne Unterstützung anderer Aktionäre alleine bestellen könnte. Die Absprache über die Unterstützung bei der Wahl des gewünschten Aufsichtsrats war daher nicht kontrollrelevant, da sie für die Kontrollerlangung nicht kausal war. Zudem würde Ennoconn bei einem Vertreter (von insgesamt drei) im Aufsichtsrat lediglich eine Minderheitsposition erhalten, die keinen (gesicherten) Einfluss auf die Entscheidungsfindung im Aufsichtsrat gewährt.



2.3. Die Bestätigung der jeweiligen Parteien der ursprünglichen Absprache, dass die verbindliche Unterstützungszusage durch grosso holding und allenfalls DI Hannes Niederhauser hinsichtlich der Bestellung eines Ennoconn-Vertreters in den Aufsichtsrat der S&T nicht mehr besteht, reicht im vorliegenden Fall alleine nicht aus, um die Vermutung einer weiterhin bestehenden Absprache zu widerlegen. Mehrere Indizien sprechen für eine weiterhin bestehende Absprache. So bezog sich die Unterstützungszusage durch grosso holding und DI Hannes Niederhauser genau auf die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern in einer Hauptversammlung der S&T AG. Würden grosso holding und Herr DI Hannes Niederhauser – trotz der Bestätigung, die Unterstützungszusage bestehe nicht mehr – nun in der 18. ordentlichen Hauptversammlung für von Ennoconn vorgeschlagene Aufsichtsratskandidaten abstimmen, so bestünde der Verdacht, dass die Abstimmung als Erfüllung der ursprünglichen Unterstützungszusage erfolgt. Dies insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Unterstützungszusage Teil des Einstiegs von Ennoconn bei S&T war und zwischen den Parteien auch weiterhin eine Art „Business Agreement“ vorhanden sein könnte. All diese Umstände legen die Vermutung nahe, dass Ennoconn auf die Unterstützung durch Herrn Dr. Erhard Grossnigg und allenfalls DI Hannes Niederhauser zählen kann; eine verbindliche Absprache ist nicht erforderlich (OGH 9.9.2015, 6Ob97/15f). Diese Rechtsauffassung ist letztlich auch vereinbar mit der ständigen Praxis der Übernahmekommission, wonach auch ein gleichförmiges Abstimmverhalten ein Indiz für eine Absprache sein kann (so auch 1. Senat der ÜbK, GZ 2014/1/8 [conwert]; GZ 2013/2/1 [S&T]; ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 5).

Sollten grosso holding und Herr DI Hannes Niederhauser für alle drei von Ennoconn vorzuschlagenden Kandidaten abstimmen, liegt eine **kontrollrelevante** Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG vor. Schließlich würde Ennoconn bei drei von fünf Aufsichtsratsmitgliedern über die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder verfügen und damit die Kontrolle der S&T über den Aufsichtsrat erlangen, zumal Aufsichtsratsbeschlüsse der S&T gemäß § 11 Abs 5 der Satzung der einfachen Mehrheit bedürfen (siehe GZ 2016/3/3 [S&T]). Dass sie ausschließlich zugunsten von Ennoconn bei der Besetzung des Aufsichtsrats abstimmen würden 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 [RHI]; GZ 2016/3/3 [S&T]; *Huber/Alscher* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 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).

2.4. Die Kontrollrelevanz der Absprache besteht darin, dass durch die Besetzung des Aufsichtsrats mit drei (von fünf) Mitgliedern die Ennoconn (über den AR)

gesicherte (materielle) Kontrolle über S&T erhalten würde (**Festigung der Kontrolle**). Zwar verfügt Ennoconn auch ohne eigene Vertreter im Aufsichtsrat aufgrund der niedrigen Hauptversammlungspräsenzen faktisch über materielle Kontrolle (siehe GZ 2016/3/3 [S&T]), diese ist aber insoweit nicht gesichert, als sie durch verstärkte Präsenz der Aktionäre in der Hauptversammlung beseitigt werden kann. Während die Aktionäre somit eine Kontrolle aufgrund der niedrigen Präsenzen in den Hauptversammlungen einschränken oder sogar gänzlich beseitigen können, wird ihnen diese Möglichkeit bei einer mehrheitlichen Besetzung des Aufsichtsrats genommen. Wenn sich Ennoconn bei der Aufsichtsratswahl dennoch eine Unterstützung zusichern lässt, so spricht dies dafür, dass Ennoconn selbst sich der (materiellen) Kontrolle über S&T nicht sicher sein kann, zumal sich die Präsenz in der anstehenden Hauptversammlung erhöhen könnte.

- 2.5. Diese weiterhin bestehende Vermutung einer kontrollrelevanten Absprache kann jedoch dadurch wiederlegt werden, dass sich grosso holding und Herr DI Hannes Niederhauser ihre Stimmen bei der Abstimmung über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht auszuüben bzw. sich der Stimme zu enthalten. Hierzu haben sich grosso holding und Herr DI Hannes Niederhauser im Vorfeld der ordentlichen Hauptversammlung gegenüber der Übernahmekommission bereit erklärt; sie werden sich aber zur Teilnahme anmelden. Durch die Anmeldung zur Teilnahme wird letztlich der Verdacht beseitigt, dass grosso holding und DI Hannes Niederhauser durch ihre Nichtteilnahme die Präsenz in der Hauptversammlung verringern und dadurch mittelbar Ennoconn unterstützen würden.
- 2.6. Ein Indiz für eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG kann grundsätzlich auch darin bestehen, dass sich Aufsichtsratsmitglieder zugunsten eines (künftigen) Aktionärs bereit erklären, ihr Mandat vorzeitig zu beenden, um dadurch einen für die Kontrolle über den Aufsichtsrat erforderlichen Posten für den Mehrheitsaktionär zur Verfügung zu stellen. Auch ein dahingehend abgestimmtes Verhalten kann einer Kontrollerlangung iSd § 1 Z 6 ÜbG dienen. Freilich ist bei einem Neueinstieg eines Investors die übliche Usance entsprechend zu würdigen, dass bestehende Aufsichtsratsmitglieder anlässlich des Neueinstiges ihre Mandate vorzeitig niederlegen. So ist nicht auszuschließen (und in der Praxis nicht unüblich), dass sich aufgrund des Einstiegs eines Investors die strategische Ausrichtung der Zielgesellschaft ändert und hierfür neue (dem neuen Investor nahe) Personen mit der entsprechende Überwachung des neuen Kurses betraut werden sollen.

Im konkreten Fall geht der Senat davon aus, dass DI Matthias Ehrlich sein Amt als Aufsichtsrat der S&T aus eigenen (ua unternehmerischen) Gründen und unabhängig vom Einstieg Ennoconn vorzeitig niederlegt. Eine Absprache zwischen DI Matthias Ehrlich und Ennoconn in Zusammenhang mit der

vorzeitigen Amtsniederlegung durch DI Matthias Ehrlich wird daher nicht vermutet.

### **3. Ergebnis**

- 3.1. Wenn bei der ordentlichen Hauptversammlung der S&T im Juni 2017 drei von fünf Aufsichtsratsmitglieder durch Ennoconn gewählt werden, sind grosso holding, Herr Dr. Grossnig, Herr DI Hannes Niederhauser und Ennoconn nicht als gemeinsam vorgehenden Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren, wenn
- i) die Unterstützungserklärung vom 13.10.2016 durch grosso holding Gesellschaft mbH und DI Hannes Niederhauser bei der Durchsetzung der Bestellung eines Aufsichtsrates zugunsten von Ennoconn aufgelöst wird und keine weiteren Absprachen bestehen; und
  - ii) sich die Anteilsinhaber DI Hannes Niederhauser und grosso holding Gesellschaft mbH bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder in der ordentlichen HV zur Teilnahme anmelden, sich letztlich aber bei der Beschlussfassung der Stimme enthalten.
- 3.2. Herr DI Matthias Ehrlich und Ennoconn werden nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG qualifiziert, wenn der Grund für die vorzeitige Amtsniederlegung als Aufsichtsratsmitglied durch Herrn DI Matthias Ehrlich allein in persönlichen Gründen begründet ist und unabhängig vom Einstieg von Ennoconn bei S&T erfolgt.

### **IV. Unverbindlichkeit der Stellungnahme**

Abschließend weist der 3. Senat darauf hin, dass seine 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 11.7.2017

Dr. Winfried Braumann  
(Vorsitzender des 3. Senats)

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Dr. Vedran Obradović  
(Leiter der Geschäftsstelle)