



[geringfügig redaktionell bearbeitet]

An [...]

**GZ 2019/1/3-14**  
**(Anonym)**

Der 1. Senat der Übernahmekommission gibt unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner im Beisein der Mitglieder Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Mag. Friedrich Hief (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) auf Antrag gemäß § 29 Abs 1 ÜbG der CC GmbH vom 2.9.2019 folgende

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

ab:

Die zwischen der CC GmbH und BB GmbH beabsichtigte Vereinbarung betreffend die Wahl eines von BB GmbH nominierten Minderheitenvertreters in den Aufsichtsrat der AA AG und die Wahl dieses Minderheitenvertreters in den Aufsichtsrat der AA AG begründet keine Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebotes nach § 22a Z 1 iVm § 22 Abs 1 ÜbG.

# BEGRÜNDUNG

## A. ALLGEMEINES

1. AA AG („AA“) ist eine österreichische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien und der Geschäftsanschrift [...]. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt [...], wovon die Aktie Nr. 1 eine vinkulierte Namensaktie ist. Die anderen Anteilsscheine sind Inhaberaktien, die im Regulierten Markt an der Wiener Börse (Marktsegment „*prime market*“) und an der Frankfurter Wertpapierbörse (Marktsegment „*general standard*“) notieren. AA unterliegt daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollenwendungsbereich des ÜbG.

## B. SACHVORBRINGEN

### I. Beteiligungsstruktur von AA

2. Die CC GmbH („Antragstellerin“ oder „CC“) brachte am 2.9.2019 einen Antrag auf Stellungnahme gemäß § 29 ÜbG zur übernahmerechtlichen Beurteilung der Begründung einer Minderheitenposition der BB GmbH („BB“) im Aufsichtsrat von AA bei der Übernahmekommission („ÜbK“) ein.
3. Laut Antragstellerin sind nachfolgende Aktionäre am Grundkapital von AA beteiligt:

Aktionär	Kurzbeschreibung	Beteiligungshöhe
Natürliche Person DD („DD“)	Zugleich Aktionär der Namensaktie Nr. 1	7,29%
CC	Alleingesellschafter ist DD	60%
BB	100%ige indirekte Tochtergesellschaft der BB Privatstiftung („BB PS“)	10%
Streubesitz		22,71%
<b>Gesamt</b>		<b>100%</b>

Abbildung 1

## **II. Besetzung des Aufsichtsrates**

4. Der Aufsichtsrat bestehe laut Satzung (§ 5.1.1 der Satzung von AA) aus mindestens drei, höchstens sechs von der Hauptversammlung gewählten bzw. von Aktionären entsendeten Mitgliedern (Kapitalvertreter) und der entsprechenden Anzahl der gemäß § 110 Arbeitsverfassungsgesetz entsandten Arbeitnehmervertreter.
5. Zudem sei gem § 5.1.2 der Satzung von AA DD als Aktionär der Namensaktie Nr. 1 berechtigt, ein Drittel der satzungsmäßigen Höchstzahl der Kapitalvertreter des Aufsichtsrats von AA in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die entsendeten Mitglieder gehören dem Aufsichtsrat auf unbestimmte Dauer an und können nur vom Entsendungsberechtigten (jederzeit) oder gemäß § 88 Abs 4 AktG bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des entsandten Mitglieds durch das Gericht auf Antrag einer Minderheit, deren Anteile zusammen zehn vom Hundert des Grundkapitals erreichen, abberufen werden (§ 5.1.5 der Satzung von AA).
6. Die Bestellung gewählter Mitglieder des Aufsichtsrats könne gem § 5.1.4 der Satzung von AA von der Hauptversammlung vor Ablauf der Funktionsperiode mit einfacher Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen widerrufen werden.
7. Grundsätzlich werden Aufsichtsratsbeschlüsse gem § 5.4.2 der Satzung von AA mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei im Falle der Stimmgleichheit die Stimme des Leiters der Sitzung (Dirimierungsrecht) entscheide. Der Einstimmigkeit in der Beschlussfassung des Aufsichtsrats bedürfen nur jene Beschlüsse, mit denen der Ausnutzung genehmigten Kapitals gemäß § 169 ff AktG oder der Ausnutzung einer Ermächtigung zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen gemäß § 174 Abs 2 AktG zugestimmt werden solle, sofern dabei auch das Bezugsrecht der Aktionäre ausgeschlossen werden solle.

8. Derzeit bestehe der Aufsichtsrat von AA aus insgesamt sechs Mitgliedern, wovon vier Kapitalvertreter und zwei Arbeitnehmervertreter seien:

<b>Kapitalvertreter</b>	
<b>Name</b>	<b>Funktion</b>
DD	Vorsitzende des Aufsichtsrats; gemäß Satzung vom Aktionär der Namensaktie Nr. 1 entsandt
Natürliche Person EE („EE“)	Stellvertreterin der Vorsitzenden; mit den Stimmen von CC und DD gewählt
Natürliche Person FF	Mit den Stimmen von CC und DD gewählt
Natürliche Person GG	Gemäß Satzung vom Aktionär der Namensaktie Nr. 1 entsandt
<b>Arbeitnehmervertreter</b>	
<b>Name</b>	<b>Funktion</b>
Natürliche Person HH	Arbeitnehmervertreterin
Natürliche Person II	Arbeitnehmervertreterin

### III. Beabsichtigte Vereinbarung

9. Durch die zwischen CC und BB beabsichtigte Vereinbarung solle BB die Möglichkeit eingeräumt werden, ein fachlich und persönlich qualifiziertes Aufsichtsratsmitglied zu nominieren („**BB-Vertreter**“), um als Minderheitsaktionär im Aufsichtsrat von AA eine Überwachungsmöglichkeit zu erhalten. Dabei würde sich CC bereit erklären, die von BB vorgeschlagene Aufsichtsratsnominierung in der Hauptversammlung von AA zu unterstützen. CC würden gegen Nominierungen von BB bestimmte Widerspruchsrechte zustehen, die objektiv wichtige Gründe aus der Perspektive von AA für einen Widerspruch zur Nominierung voraussetzen.
10. Abgesehen von der Unterstützung des BB-Vertreters bei der Wahl in den Aufsichtsrat von AA sehe die angedachte Vereinbarung keine weitere Abstimmung des Stimmverhaltens zwischen BB und CC vor. Die Aktionäre sollen die ihnen zustehenden Rechte jederzeit im eigenen Ermessen frei und ohne Abstimmung mit der jeweils anderen Partei ausüben können. Es sollen darüber hinaus auch keine Stimmbindungen und keine Abstimmungspflichten der jeweiligen Vertreter im Aufsichtsrat von AA bestehen.
11. Die beabsichtigte Vereinbarung zwischen CC und BB solle mit Unterfertigung in Kraft treten und vorbehaltlich eines außerordentlichen Kündigungsrechts sowie einer automatischen Beendigung bei Eintreten bestimmter Ereignisse solange gelten, als eine Gesellschaft der BB-Gruppe (BB PS sowie alle mittelbaren und unmittelbaren, im 100%igen rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentum und unter der Kontrolle der BB PS stehenden Holding-Gesellschaften) an AA in Höhe von zumindest 7,50% des Grundkapitals beteiligt bleibe.

12. Jedenfalls stehe der Abschluss der geplanten Vereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung einer Bestätigung der Übernahmekommission, dass kein gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG vorliege und keine Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots nach § 22a Z 1 iVm § 22 Abs 1 ÜbG bestehe.

#### **IV. Außerordentliche Hauptversammlung der AA**

13. In der für den 20. September 2019 angesetzten außerordentlichen Hauptversammlung der AA solle
- (i). die Zahl der Kapitalvertreter von vier auf fünf Mitglieder erhöht werden,
  - (ii). die natürliche Person JJ als BB-Vertreterin in den Aufsichtsrat der AA gewählt werden, und
  - (iii). die Satzung der AA in § 5.2.1 betreffend die innere Ordnung des Aufsichtsrats wie folgt geändert werden:

*„Der Aufsichtsrat wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und einen oder zwei Stellvertreter. Erhält bei einer Wahl niemand die absolute Mehrheit, so erfolgt eine Stichwahl zwischen den zwei stimmenstärksten Personen. ~~Erhält auch bei dieser Stichwahl keiner die erforderliche Mehrheit, entscheidet das Los.~~“*

#### **C. RECHTSVORBRINGEN DER ANTRAGSTELLERIN**

14. Nach Ansicht der Antragstellerin würden die geplanten Vorhaben keine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG bei AA begründen und folglich auch keine Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots nach § 22a Z 1 iVm § 22 Abs 1 ÜbG auslösen, da die Kontrolle weiterhin bei DD verbleibe.
15. Zwar bestehe nach § 1 Z 6 ÜbG die Vermutung für ein gemeinsames Vorgehen, wenn etwa mehrere Rechtsträger eine Absprache über die Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats getroffen haben. Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens sei jedoch widerleglich (vgl. *Winner*, ÖJZ 2006, 663; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> Rz 45; *Huber/Alscher* in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 73f).
16. Die Widerlegung der Vermutung komme insbesondere dann in Betracht, wenn die Absprache über die Ausübung von Stimmrechten bei der Aufsichtsratswahl nicht die Beherrschung iSd § 1 Z 6 ÜbG zum Ziel habe. Nach der ständigen Rechtsprechung der ÜbK (vgl. GZ 2007/2/2; GZ 2007/3/3; GZ 2009/1/3; GZ 2011/1/1; GZ 2013/2/1) sowie der Literatur (vgl. *Huber/Alscher* in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 80) sei dies mangels Kontrollrelevanz etwa dann der Fall, wenn Zweck der Absprache lediglich die Begründung einer Minderheitenposition im Aufsichtsrat ist,

dem Minderheitsaktionär lediglich eine Überwachungsmöglichkeit im Aufsichtsrat eingeräumt werden soll und sich durch die Einräumung des Aufsichtsratsmandats nichts an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat sowie an der Beherrschung der Zielgesellschaft ändere.

17. Dies sei laut Antragstellerin im gegenständlichen Sachverhalt der Fall. Durch die Absprache solle lediglich eine Minderheitenposition im Aufsichtsrat begründet und BB eine Überwachungsmöglichkeit im Aufsichtsrat der AA eingeräumt werden.
18. Zudem ändere sich auch nichts an den bisherigen Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat. DD könne weiterhin **(i)** vier von fünf Kapitalvertreter wählen oder entsenden und **(ii)** durch die von ihr entsendeten bzw. gewählten Mitglieder im Aufsichtsrat Mehrheitsbeschlüsse herbeiführen. Daran ändere sich auch nichts, wenn ein weiterer Arbeitnehmervertreter gemäß § 110 ArbVG in den Aufsichtsrat entsandt werde und sich die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder dadurch auf acht erhöhen sollte, da der Aufsichtsratsvorsitzenden bzw. desren – mit ihren direkten oder indirekten Stimmen in den Aufsichtsrat gewählten – Stellvertreter, EE, ein Dirmierungsrecht zukomme. Weiters könne nach § 5.1.4 der Satzung von AA die Bestellung gewählter Mitglieder des Aufsichtsrats vor Ablauf der Funktionsperiode von der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen widerrufen werden.
19. Bis zum Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat bleibe DD Vorsitzende von diesem und könne auch danach aufgrund ihrer unmittelbaren bzw. mittelbaren Stimm- und Entsendungsrechte und den daraus resultierenden Mehrheitsverhältnissen im Aufsichtsrat die Person der Vorsitzenden des Aufsichtsrats bestimmen. An der Beherrschung von AA durch DD ändere sich daher durch die Einräumung eines Aufsichtsratsmandates an BB nichts. Eine Erlangung von (Mit-)Kontrolle bzw. eine Kontrollausübung im Aufsichtsrat durch BB sei daher nicht möglich. Der beabsichtigten Vereinbarung und der damit verbundenen Wahl eines BB-Vertreters in den Aufsichtsrat von AA komme daher keine Kontrollrelevanz zu.
20. Durch die Vereinbarung zwischen CC und BB werde weiters eine optimale Besetzung des Aufsichtsrats hinsichtlich fachlicher Eignung, Diversität und Unabhängigkeit angestrebt. Dieser Zweck sei nach den Materialien zum ÜbG (ErlRV 1334 Bglnr XXII. GP, 5), nach der ständigen Rechtsprechung der ÜbK (GZ 2011/1/1, GZ 2014/1/8) sowie nach der Literatur (vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> Rz 46; *Huber/Alscher* in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 82) ebenfalls geeignet, die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens iSd § 1 Z 6 ÜbG zu widerlegen, zumal damit keine (gemeinsame) Beherrschung beabsichtigt sei.
21. Die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebotes nach § 22a Z 1 iVm § 22 Abs 1 ÜbG bestehe im Falle des Abschlusses der angedachten Vereinbarung und der Umsetzung der geplanten Schritte in der außerordentlichen Hauptver-

sammlung am 20. September (s. oben Rz 13) mangels gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG daher nicht.

## **D. ANTRAG**

22. Die Antragstellerin stellte an die ÜbK mit Schriftsatz vom 2.9.2019 den Antrag auf Erstattung einer Stellungnahme gemäß § 29 Abs 1 ÜbG zur Bestätigung ihrer Rechtsansicht:

Durch (i) die angedachte Vereinbarung zwischen CC und BB betreffend die Wahl eines von BB nominierten Minderheitenvertreters in den Aufsichtsrat von AA und (ii) die beabsichtigte Wahl eines von BB nominierten Minderheitenvertreters in den Aufsichtsrat wird keine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger im Sinne des § 1 Z 6 ÜbG begründet und folglich dadurch auch keine Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebotes nach § 22a Z 1 iVm § 22 Abs 1 ÜbG ausgelöst.

## **E. RECHTLICHE BEURTEILUNG**

### **I. Gemeinsam vorgehende Rechtsträger**

23. 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.
24. 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 rechtlichen Durchsetzbarkeit (vgl *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 54 f). Der frühere unbestimmte Begriff des „abgestimmten Verhaltens“ in § 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 (schlüssigen) Kommunikation über ihr Stimmverhalten – in 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).
25. 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<sup>2</sup> § 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 mwN). Dabei kommt es nicht auf die Dauer und Häufigkeit der Absprache an, sondern vielmehr auf die Dauer und Nachhaltigkeit der Auswirkungen dieser Absprache (siehe GZ 2013/1/4; *Barth*, GesRZ 2019, 239 f; *Winner* in FS Jud 801 [804]).

26. Der vorliegende Entwurf der Vereinbarung zwischen CC und BB lässt ein solches gemeinsames Vorgehen vermuten. Denn CC verpflichtet sich darin, den Nominierungsvorschlag von BB – sofern dagegen keine objektiv wichtigen Gründe bestehen – mit ihren Stimmen zu unterstützen, um BB als Minderheitsaktionär zukünftig eine Überwachungsmöglichkeit im Aufsichtsrat von AA einzuräumen. Zwar liegt im vorliegenden Fall kein genereller Stimmbindungsvertrag vor, denn die Vereinbarung zielt ausschließlich auf die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds ab, aber auch eine solche ist grundsätzlich kontrollrelevant.
27. **Zwischenergebnis:** Die zwischen CC und BB geplante Vereinbarung begründet die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens nach § 1 Z 6 ÜbG.

## II. Widerlegung der Vermutung

28. Nach ständiger Praxis der Übernahmekommission ist die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens bei einer Absprache über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern widerlegbar (siehe GZ 2017/3/1; GZ 2016/3/3; GZ 2015/1/5; GZ 2013/2/1; *Barth*, GesRZ 2019, 240 f; *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 Kontrollerrlangung oder Kontrollausübung gerichtet ist bzw. wenn die Parteien der Absprache nicht die Absicht verfolgen, die Geschicke der Gesellschaft gemeinsam zu lenken oder ihre Geschäftspolitik zu beeinflussen und wenn die Einräumung eines Nominierungsrechts für ein Aufsichtsratsmitglied nichts an der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den bisher kontrollierenden Aktionär ändert (vgl GZ 2015/1/5, GZ 2014/1/8, GZ 2011/3/2 und GZ 2009/1/3; *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 79). Führt eine Absprache zu keiner Veränderung der Kontrollverhältnisse einer Gesellschaft, ist eine kontrollrelevante Absprache zu verneinen (GZ 2016/2/3). Weiters gilt die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens insbesondere dann als widerlegt, wenn der Zweck der Absprache lediglich in der Begründung einer Minderheitenposition im Aufsichtsrat liegt, also den Minderheitsaktionären lediglich eine Überwachungsmöglichkeit im Aufsichtsrat eingeräumt wurde bzw werden soll und dies nichts an der Beherrschung der Zielgesellschaft ändert (siehe zuletzt GZ 2017/3/1), GZ 2015/1/5; GZ 2014/1/8; *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 80).

29. Die beabsichtigte Vereinbarung zwischen CC und BB sieht vor, dass im Falle der Nominierung eines Aufsichtsratsmitglieds durch BB der Aufsichtsrat von AA um einen Kapitalvertreter erweitert wird, wodurch das Gremium in weiterer Folge um einen Arbeitnehmervertreter gemäß § 110 Arbeitsverfassungsgesetz aufzustocken sein wird. Dadurch würde sich die Gesamtanzahl der Aufsichtsratsmitglieder von derzeit vier Kapitalvertretern und zwei Arbeitnehmervertretern auf fünf Kapitalvertreter und drei Arbeitnehmervertreter, somit auf insgesamt acht Aufsichtsratsmitglieder, erweitern.
30. An der Kontrolle im Aufsichtsrat der AA ändert sich durch diese geplante Erweiterung jedoch nichts, da DD unmittelbar oder mittelbar weiterhin die Kontrolle über vier Kapitalvertreter inne hat und als Vorsitzende über ein Dirimierungsrecht verfügt. Zwei der vier von DD gewählten Aufsichtsratsmitglieder wurden gemäß Satzung durch die Namensaktie Nr. 1 entsandt, wobei sie selbst als Vorsitzende des Aufsichtsrats zusätzlich über ein Dirimierungsrecht verfügt (laut § 5.3.3 iVm 5.4.2 der Satzung von AA steht die Leitung der Aufsichtsratssitzung und ein etwaiges Dirimierungsrecht bei Abwesenheit des Vorsitzenden dessen Stellvertreter zu). Zwei weitere Aufsichtsratsmitglieder wurden von DD aufgrund ihrer unmittelbaren bzw. mittelbaren 67,29%igen Beteiligung an AA direkt in der Hauptversammlung gewählt. Zudem kann DD neben der Entsendung und Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern auch deren Widerruf bzw. Abberufung im Alleingang durchsetzen. Grundsätzlich bedarf zwar die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach dem dispositiven § 87 Abs 8 AktG einer  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Die Satzung von AA (§ 5.1.4) sieht jedoch für den Fall der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern das Erfordernis einer einfachen Beschlussmehrheit vor. DD kann somit aufgrund ihrer direkten und indirekten Beteiligung an AA die von ihr gewählten Aufsichtsratsmitglieder grundsätzlich alleine abberufen.
31. Selbst im Falle einer Pattsituation im Aufsichtsrat nach der Wahl eines BB-Vertreters sowie der Bestellung eines zusätzlichen Arbeitnehmervertreters könnte DD aufgrund ihres Dirimierungsrechts als Vorsitzende ihren Willen im Aufsichtsrat durchsetzen, auch wenn alle Arbeitnehmervertreter gemeinsam mit dem BB-Vertreter stimmen sollten. An dieser Kontrollsituation würde sich selbst durch das Ausscheiden von DD als Vorsitzende des Aufsichtsrats und dem damit verbundenen Verlust des Dirimierungsrechts nichts ändern. Aufgrund ihrer einfachen Stimmenmehrheit in der Hauptversammlung ist es ihr nicht nur möglich, ein etwaiges neues (Ersatz-)Aufsichtsratsmitglied im Alleingang zu wählen, sondern auch einen zusätzlichen, sechsten Kapitalvertreter (§ 5.1.4 der Satzung von AA). Dies würde dazu führen, dass ihr fünf der insgesamt neun Aufsichtsratsmitglieder von AA zuzurechnen wären und sie die Kontrolle im Aufsichtsrat auch ohne Dirimierungsrecht beibehalten würde.
32. Unabhängig davon ist zu prüfen, ob dem BB-Vertreter etwaige Veto- oder Sonderrechte zukommen, die etwas an der Kontrollsituation ändern könnten. Dabei ist zu

beurteilen, ob die Kontrolle eines vormals allein kontrollierenden Aktionärs in einer Weise beschränkt wird, dass die Zustimmungsrechte des Minderheitsaktionärs nach allgemeiner Lebenserfahrung eine (Mit-)Kontrolle begründen (vgl. GZ 2009/2/7).

33. Im vorliegenden Fall sieht die Satzung von AA unter § 5.4.2 für die Beschlussfassung des Aufsichtsrats grundsätzlich die einfache Stimmenmehrheit vor. Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung besteht nur in Fällen, bei denen die Ausnutzung genehmigten Kapitals gemäß § 169 ff AktG oder die Inanspruchnahme einer Ermächtigung zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen gemäß § 174 Abs 2 AktG beschlossen werden soll, sofern dabei gleichzeitig das Bezugsrecht der bestehenden Aktionäre ausgeschlossen werden soll. Somit beinhaltet die beabsichtigte Vereinbarung zwar tatsächlich auch ein Vetorecht des BB-Vertreters, doch zielt dieses nicht auf die Kontrollerlangung oder -ausübung bei der Zielgesellschaft ab, sondern soll vielmehr als Schutzmechanismus gegen die Verwässerung der Beteiligung der bestehenden Aktionäre in Folge von Kapitalerhöhungen oder Wandelschuldverschreibungen dienen.
34. Aus Sicht des ersten Senats wird durch die Vereinbarung zur Wahl eines BB-Vertreters tatsächlich nur eine Minderheitenposition für BB begründet, ohne dass sich die Mehrheits- und Kontrollverhältnisse bei AA ändern.
35. **Ergebnis:** Nach Ansicht des ersten Senats handelt es sich im vorliegenden Fall zwar um einen Absprache zwischen Aktionären, die die Vermutung eines gemeinsamen Vorgehens gemäß § 1 Z 6 ÜbG erfüllt. Diese Vermutung wird jedoch aufgrund fehlender Kontrollerlangung bzw. Kontrollerlangungsabsicht widerlegt, da durch die Änderung im Aufsichtsrat nur eine Minderheitenposition geschaffen wird und kein Kontrollwechsel stattfindet.

## **F. UNVERBINDLICHKEIT DER STELLUNGNAHME**

Abschließend weist der 1. Senat darauf hin, dass seine Stellungnahmen gemäß § 29 Abs 1 ÜbG keine rechtliche Bindungswirkung entfalten und er der Stellungnahme die Richtigkeit und Vollständigkeit des Vorbringens der Antragstellerin zugrunde legt.

Wien, am 24. September 2019

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

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Dr. Clemens Billek  
(Leiter der Geschäftsstelle)