

*[redaktionell bearbeitet]*

*[...]*

**GZ 2021/1/5-12**  
**(EVN)**

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 O. 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 WIENER STADTWERKE GmbH vom 22.07.2021 folgende

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

ab:

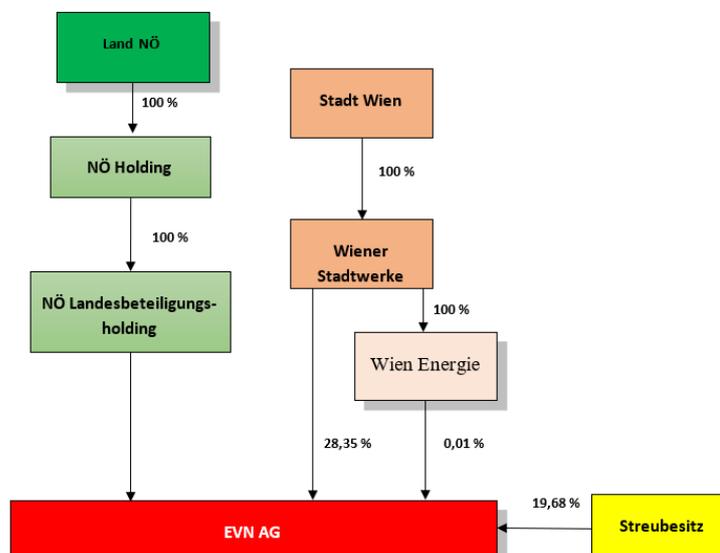
- (i) Bei Abschluss und Umsetzung des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags sowie des Gruppen- und Steuerausgleichsvertrags bilden NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH und WIENER STADTWERKE GmbH eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSv § 1 Z 6 ÜbG.**
- (ii) Der Abschluss und die Umsetzung des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags sowie des Gruppen- und Steuerausgleichsvertrags lösen nicht die Pflicht gemäß § 22 ff ÜbG aus, den Beteiligungspapierinhabern der EVN AG ein Angebot zu legen, da die Ausnahme nach § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG erfüllt ist.**

## Inhaltsverzeichnis

I.	ALLGEMEINES .....	3
II.	SACHVORBRINGEN .....	4
	A. Ausgangssituation .....	4
	B. Beabsichtigte Maßnahmen.....	4
	<b>1. Gründung einer steuerlichen Beteiligungsgemeinschaft.....</b>	<b>4</b>
	<b>2. Kernpunkte des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags.....</b>	<b>5</b>
	<b>3. Kernpunkte des Gruppen- und Steuerausgleichvertrags .....</b>	<b>7</b>
III.	RECHTSVORBRINGEN.....	8
	A. Wesentliche Erläuterungen .....	8
	B. Rechtliche Beurteilung.....	10
IV.	ANTRAG .....	11
V.	SACHVERHALT.....	11
VI.	RECHTLICHE BEURTEILUNG DES SENATS.....	12
	A. Bildung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger (§ 22a Z 1 ÜbG).....	12
	<b>1. Rechtliche Ausgangslage.....</b>	<b>12</b>
	<b>2. Gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG.....</b>	<b>13</b>
	<b>3. Ausnahme nach § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG .....</b>	<b>14</b>
	<b>a. Keine Änderung der Kontrollverhältnisse .....</b>	<b>15</b>
	<b>b. Verlust von Aktionärsrechten .....</b>	<b>16</b>
	B. Ergebnis .....	18
VII.	UNVERBINDLICHKEIT DER STELLUNGNAHME.....	19

## I. ALLGEMEINES

1. **EVN AG** („EVN“ oder „**Zielgesellschaft**“) ist eine AG nach österreichischem Recht mit Sitz in 2344 Maria Enzersdorf, EVN Platz, eingetragen im Firmenbuch des LG Wiener Neustadt unter FN 72000h. Das Grundkapital der EVN beträgt EUR 330.000.000 und ist in 179.878.402 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt. Die EVN hält laut Jahresabschluss 1.740.709 eigene Aktien; dies entspricht rund 0,97%. Die Aktien der EVN notieren im Amtlichen Handel (Marktsegment *prime market*) der Wiener Börse (ISIN AT0000741053). Die EVN unterliegt daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollenwendungsbereich des ÜbG.
2. **NÖ Landes-Beteiligungsholding GmbH** („NLH“) ist eine GmbH nach österreichischem Recht mit Sitz in 3109 St. Pölten, Landhausplatz 1, eingetragen im Firmenbuch des LG St. Pölten unter FN 248050f. Die NLH hält 91.737.986 Aktien an der EVN; dies entspricht – entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben – einer Beteiligung von rund 51%. Die NLH ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der **NÖ Holding GmbH** („NÖ Holding“), eingetragen im Firmenbuch des LG St. Pölten unter FN 243092p, die wiederum eine hundertprozentige Tochtergesellschaft des Landes **Niederösterreich** ist.
3. **WIENER STADTWERKE GmbH** („WSTW“ oder „**Antragstellerin**“) ist eine GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Thomas-Klestil-Platz 13, eingetragen im Firmenbuch des HG Wien unter FN 127783t. Die WSTW hält 51.004.400 Aktien an der EVN; dies entspricht einer Beteiligung von rund 28,36%. Das Aktienpaket geht im Wesentlichen auf den Erwerb von 51.000.000 Aktien von EnBW Trust eV im Jahr 2020 zurück.
4. Die verbleibenden 35.395.307 Aktien werden im **Streubesitz** gehalten; dies entspricht rund 19,6%.



## II. SACHVORBRINGEN

### A. Ausgangssituation

5. Zwischen NLH und WSTW gebe es keine wie auch immer geartete Absprache oder Syndizierung über die Ausübung der bestehenden Stimmrechte.
6. NLH sei Gruppenträgerin einer Unternehmensgruppe iSd § 9 KStG, der die EVN und ihre österreichischen Konzerngesellschaften als Gruppenmitglieder angehören. WSTW sei Gruppenträgerin einer eigenen Unternehmensgruppe iSd § 9 KStG, die jährlich [...] steuerliche Verluste erziele. Aufgrund dieser laufenden steuerlichen Verluste verfüge die WSTW derzeit über [...] Verlustvorträge.

### B. Beabsichtigte Maßnahmen

#### 1. Gründung einer steuerlichen Beteiligungsgemeinschaft

7. Auf Vorschlag der Steuerberater von WSTW würden NLH und WSTW nun in Erwägung ziehen, eine **Steuergruppe** iSd § 9 KStG in Form einer steuerlichen Beteiligungsgemeinschaft zu bilden. Folgende Gründe würden dafür sprechen:
  - a) Die gesetzlichen Voraussetzungen seien erfüllt, nämlich ein Hauptbeteiligter mit mindestens 40% (NLH) und ein Minderbeteiligter mit mindestens 15% (WSTW). Die EVN könne somit in eine steuerliche Beteiligungsgemeinschaft zwischen WSTW und NLH einbezogen werden.
  - b) Die steuerliche Gruppe ermögliche eine win-win Situation für NLH, WSTW, EVN und alle übrigen Aktionäre der EVN durch eine ertragssteuerrechtliche Gesamtoptimierung. Die steuerliche Gruppe könne durch gruppeninterne Verrechnung von steuerlichen Verlusten und Verlustvorträgen mit steuerlichen Gewinnen eine optimierte ertragssteuerrechtliche Situation für NLH, WSTW, EVN und alle übrigen Aktionäre der EVN schaffen. Konkret könne die WSTW hohe laufende steuerliche Verluste und Verlustvorträge [...] in die Gruppe einbringen, die hauptsächlich aus dem Geschäftsbetrieb der [...] stammen. Der Steuervorteil werde vereinfacht wie folgt ermittelt: Das Ergebnis der EVN und ihrer Konzerngesellschaften werde WSTW anteilig zugerechnet und jeweils in Form einer jährlichen Steuerumlage (anstatt der KöSt) von EVN an WSTW abgegolten und bei WSTW versteuert. Die Zurechnung folge aus dem derzeitigen Beteiligungsverhältnis an EVN von rund 51% (NLH) zu rund 28,35% (WSTW). Daher könnten die positiven steuerlichen Ergebnisse der EVN zu rund 35,73% an WSTW verrechnet werden. Auf Ebene der WSTW würden diese Ergebnisse der EVN mit den laufenden (und vorgetragenen) Verlusten der WSTW verrechnet und so im

Ergebnis „entsteuert“ werden. WSTW erhalte also die Steuerumlage von EVN, müsse aber selbst auf Grund der „Entsteuerung“ keine Ertragsteuer bezahlen.

- c) WSTW wäre bereit, ihren Steuervorteil, den sie durch diese steuerliche Beteiligungsgemeinschaft erhalte, je [...] zwischen EVN und WSTW zu teilen, indem die von EVN an WSTW zu zahlende Steuerumlage entsprechend reduziert werde. EVN würde daher durch die steuerliche Gruppenbesteuerung im Ergebnis [...] weniger Ertragsteuern zahlen.
- d) Um dies zu erreichen, müssten NLH und WSTW als Aktionäre der EVN eine Beteiligungsgemeinschaft in Form eines Beteiligungssyndikats gem § 9 Abs 3 letzter Spiegelstrich KStG bilden und mit EVN eine steuerliche Gruppe bilden. Wesentliche steuerrechtliche Voraussetzung sei, dass NLH und WSTW als Aktionäre der EVN ihr Stimmrecht insbesondere im Rahmen jeder ordentlichen oder außerordentlichen Hauptversammlung betreffend sämtliche Beschlussgegenstände der Hauptversammlung jeweils einheitlich ausüben. Würden NLH und WSTW als Aktionäre der EVN ihr Stimmrecht betreffend sämtliche Beschlussgegenstände der Hauptversammlung nicht gleich ausüben, wären nach der Ansicht der Finanzverwaltung die Voraussetzungen für eine Beteiligungsgemeinschaft nicht erfüllt.

8. Zur Bildung der steuerlichen Beteiligungsgemeinschaft müssten folgende Schritte umgesetzt werden:

- a) Abschluss eines **Beteiligungsgemeinschaftsvertrags** zwischen NLH und WSTW, damit die einheitliche Stimmausübung als Aktionäre der EVN sichergestellt werde;
- b) Abschluss eines **Gruppen- und Steuerausgleichsvertrags** zwischen NLH, WSTW und EVN.

## 2. Kernpunkte des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags

9. Der Beteiligungsgemeinschaftsvertrag solle den steuerrechtlichen Anforderungen genügen, um die für WSTW und EVN vorteilhafte Gruppenbesteuerung unter Nutzung von Verlusten und Verlustvorträgen zu ermöglichen. Demgemäß würden sich NLH und WSTW verpflichten, ihr Stimmrecht betreffend sämtliche Beschlussgegenstände nach Maßgabe des Vertrags einheitlich auszuüben, insbesondere im Rahmen jeder ordentlichen oder außerordentlichen Hauptversammlung, unabhängig davon, wer den Beschlussantrag beantragt habe. Dabei werde das schon bestehende Stimmgewicht von NLH und WSTW als Aktionäre der EVN abgebildet und es komme zu keiner Verschiebung der Kontrollverhältnisse bei EVN. Zur Stimmbildung sehe der Beteiligungsgemeinschaftsvertrag im Einzelnen vor:

- a) Für Hauptversammlungsbeschlüsse, die mit **einfacher Mehrheit** zu fassen sind:
- wenn **NLH für** den Beschlussantrag stimmt, **dann muss WSTW auch für** den Beschlussantrag stimmen; wenn **NLH gegen** den Beschlussantrag stimmt, dann muss **WSTW auch gegen** den Beschlussantrag stimmen;
  - wenn entweder WSTW oder NLH einem Stimmverbot unterliegen (oder wenn die Stimmabgabe durch die ausschlaggebende Partei sonst eine Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Beschlusses begründet), dann darf die jeweils andere Partei ihr Stimmrecht frei ausüben.
- b) Für Hauptversammlungsbeschlüsse, die mit einer Mehrheit von **mindestens 75%** zu fassen sind:
- wenn entweder WSTW oder NLH gegen den Beschlussantrag stimmen, dann muss die jeweils andere Partei auch gegen den Beschlussantrag stimmen;
  - wenn
    - weder WSTW noch NLH gegen den Beschlussantrag stimmen und
    - NLH für den Beschlussantrag stimmt, dann muss WSTW auch für den Beschlussantrag stimmen;
  - wenn entweder WSTW oder NLH einem Stimmverbot unterliegt (oder wenn die Stimmabgabe durch die ausschlaggebende Partei sonst eine Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Beschlusses begründet), dann darf die jeweils andere Partei ihr Stimmrecht frei ausüben.
- c) **Bei der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern** [*wird das Sonderregime des § 87 Abs 4 AktG zur Bestellung eines Minderheitenvertreters unter Aufrechterhaltung der steuerlichen Erfordernisse der einheitlichen Stimmausübung, aber ohne Eingriff in die Kontrollverhältnisse bei EVN nachgebildet*]. [...]
10. Wenn in der Hauptversammlung ein Beschlussantrag gestellt werde, der nicht vor der Hauptversammlung veröffentlicht worden sei, sei die ausschlaggebende Partei verpflichtet, die Ausübung ihres Stimmrechtes der anderen Partei in der Hauptversammlung zweifelsfrei mitzuteilen. Die Abstimmung erfolge wie oben beschrieben.
11. Die Parteien würden sich wechselseitig verpflichten, ihr Stimmverhalten der anderen Partei rechtzeitig vor der Hauptversammlung mitzuteilen.
12. Die Parteien würden vereinbaren, dass jede darüber hinausgehende Koordination oder Vorabstimmung über die Ausübung ihrer Stimmrechte gemäß dieser Vereinbarung explizit ausgeschlossen und untersagt sei; und würden sich

verpflichten, keine Handlung zu setzen, die die Ausübung der Stimmrechte in der Hauptversammlung der EVN verhindern könnte.

13. Klargestellt werde [im] Beteiligungsgemeinschaftsvertrag, dass
  - a) Auskunfts-, Antrags- oder sonstigen Aktionärsrechte von NLH und WSTW von dem Beteiligungsgemeinschaftsvertrag unberührt bleiben; und
  - b) sämtliche das Eigentum und die Inhaberschaft betreffende Rechte an den jeweils von den Parteien gehaltenen Aktien unberührt bleiben und insbesondere keine Veräußerungs- oder Verfügungsbeschränkungen, Vorkaufs- oder Aufgriffsrechte, Pfandrechte, Optionen oder sonstige Belastungen durch diese Vereinbarung begründet werden; die Parteien sind hinsichtlich der Inhaberschaft der Aktien völlig frei.
14. Der Beteiligungsgemeinschaftsvertrag werde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und sei grundsätzlich jederzeit kündbar; die Parteien würden aber – aus steuerrechtlichen Gründen – bis zum Ablauf des 31.12.20[...] auf ihr ordentliches Kündigungsrecht verzichten. Der Beteiligungsgemeinschaftsvertrag würde jedenfalls enden, sobald (i) NLH höchstens 50% oder zumindest 75% oder (ii) WSTW höchstens 25% oder zumindest 50% der ständig stimmberechtigten Aktien der EVN hält oder ihr sonst zurechenbar werden; oder (iii) der neue Gruppen- und Steuerausgleichsvertrag rechtmäßig beendet wird. Somit werde sichergestellt, dass der Vertrag nur gelte, solange die bestehenden Beteiligungsverhältnisse gegeben seien und durch die Beteiligungsgemeinschaft nur die ohnehin bestehenden Machtverhältnisse abgebildet werden. Sobald also zB NLH nicht mehr die alleinige einfache Mehrheit hielte (was verfassungsrechtlich ohnehin derzeit nicht möglich wäre), würde der Vertrag ohne weiteres und sofort enden.

### **3. Kernpunkte des Gruppen- und Steuerausgleichsvertrags**

15. EVN sei seit Jahren in die steuerliche Unternehmensgruppe der NLH einbezogen. Nunmehr solle EVN in eine steuerliche Beteiligungsgemeinschaft iSd § 9 Abs 1 KStG zwischen NLH und WSTW einbezogen werden. Dazu müsse nach Abschluss eines Vertrags über die Errichtung einer Beteiligungsgemeinschaft iSd § 9 Abs 3 letzter Teilstrich KStG zwischen NLH und WSTW ein neuer Gruppen- und Steuerausgleichsvertrag abgeschlossen werden, um den geänderten Verhältnissen zu entsprechen. Deshalb solle der bisherige Gruppen- und Steuerausgleichsvertrag zwischen NLH und EVN an die neuen Verhältnisse angepasst werden.
16. Wesentlicher Inhalt des Gruppen- und Steuerausgleichsvertrags sei, dass die an der Spitze der künftigen steuerlichen Gruppe stehende Beteiligungsgemeinschaft zwischen NLH und WSTW als Gruppenträger das steuerliche Ergebnis der EVN als Gruppenmitglied mit dem jeweils eigenen Steuerergebnis zusammenrechnen werde. Das Gruppenmitglied (EVN) habe für diesen Zweck das eigene steuerliche Ergebnis

zu ermitteln. Dieses Ergebnis werde dem steuerlichen Ergebnis der Gruppenträger (das heißt NLH und WSTW jeweils im Verhältnis ihrer Beteiligung an EVN zueinander) zugerechnet und auf diese überwält.

17. Da das steuerliche Ergebnis an die Gruppenträger überwält werde, schulde das Gruppenmitglied an die Gruppenträger für die Übernahme des steuerlichen Ergebnisses (und damit für die Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung der Körperschaftsteuer) eine Steuerumlage. Die Gruppenbesteuerung ermögliche dem Gruppenträger, das eigene Steuerergebnis mit jenem des Gruppenmitglieds zu saldieren. Nur der Saldo sei beim jeweiligen Gruppenträger als Gesamtbetrag der Körperschaftsteuer zu unterziehen. Das bedeute, die steuerlichen Verluste des einen könnten die steuerlichen Gewinne des anderen ausgleichen. Aus dieser Saldierung würden sich vorteilige steuerliche Effekte beim jeweiligen Gruppenträger ergeben. [...] dieses Effekts solle beim jeweiligen Gruppenträger verbleiben, die restlichen [...] sollen vom jeweiligen Gruppenträger an EVN als Gruppenmitglied in Form einer Reduktion der Steuerumlage zurückgegeben werden.
18. Der Gruppen- und Steuerausgleichsvertrag regle die Verrechnungs- und Zahlungsmodalitäten und adressiere steuerliche Erfordernisse, wie etwa die Fälligkeit der Steuerumlage und Vorauszahlungen, die Änderung der für die Ermittlung der Steuerumlage maßgeblichen Grundlagen, die Änderung der in die Unternehmensgruppe einbezogenen Unternehmen oder welche Informationen von EVN an die Gruppenmitglieder zur Erfüllung deren steuerlicher Pflichten zu übermitteln seien. Der Gruppen- und Steuerausgleichsvertrag sehe unter anderem vor, dass jegliche Übermittlung von aktuellen und individuellen strategischen Informationen durch EVN an WSTW jedenfalls untersagt sei.
19. Der Gruppen- und Steuerausgleichsvertrag werde für unbestimmte Zeit abgeschlossen und könne von jeder Partei nach Ablauf eines Kündigungsverzichtes bis zum Ablauf des 30.09.20[...] unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten jeweils mit Wirkung zum Ende des Wirtschaftsjahres der EVN gekündigt werden.

### **III. RECHTSVORBRINGEN**

#### **A. Wesentliche Erläuterungen**

20. Die Antragstellerin bringt vor, dass es ausschließliches Ziel der Beteiligungsgemeinschaft sei, den anwendbaren steuerrechtlichen Anforderungen der einheitlichen Stimmausübung zu genügen. In die bestehende Stimmgewichtung

im Aktionariat der EVN werde nicht eingegriffen; ein solcher Eingriff sei auch dezidiert nicht beabsichtigt.

21. Der Beteiligungsgemeinschaftsvertrag lege deshalb fest, dass jene Partei, die nach den Mehrheitserfordernissen bei EVN bereits ohnehin „**ausschlaggebend**“ sei, im Ergebnis das **Stimmverhalten von NLH und WSTW bestimme**. Es werde nur jene Beschlusslage abgebildet, die sich auch ohne Abschluss der Verträge durch Gesetz und/oder Satzung gebildet hätte, aber eben in einheitlicher Stimmausübung.
22. Im Beteiligungsgemeinschaftsvertrag werde jede vorausgehende **Koordination** oder Vorabstimmung zwischen den Parteien **ausgeschlossen**. Eine solche sei explizit nicht gewünscht; die einheitliche Stimmausübung wäre lediglich eine steuerliche Notwendigkeit. Jede Partei würde für sich anhand der Tagesordnung der Hauptversammlung ihren Willen autonom bilden und sei auch bei Vorschlägen für die Gestaltung der Hauptversammlung und den Aktionärsrechten völlig frei.
23. Die steuerliche Beteiligungsgemeinschaft sei **keine Plattform für kontrollrelevante** Absprachen zwischen den Parteien und schaffe auch keine Anreize für eine Abstimmung des Stimmverhaltens zwischen den Parteien:
  - a) Gemäß § 15 (2) der Satzung der EVN beschließe die Hauptversammlung der EVN, sofern das Gesetz nicht zwingend eine andere Mehrheit vorschreibe, mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen und in Fällen, in denen eine Kapitalmehrheit erforderlich sei, mit einfacher Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Damit sei der Katalog der Maßnahmen, die nicht ohnehin mit der einfachen Mehrheit beschlossen werden und daher nicht der alleinigen Entscheidungsgewalt der NLH unterliegen, äußerst eingeschränkt.
  - b) Das NÖ Landesbeteiligungsgesetz lege im Verfassungsrang fest, dass die NÖ Landesregierung für das Land Niederösterreich als Gesellschafter der NÖ Holding GmbH und als mittelbarer Eigentümer der NLH einer Veräußerung von Beteiligungen an der EVN durch die NLH oder einer Kapitalmaßnahme bei der EVN nicht zustimmen dürfe, wenn dadurch der Anteil der Beteiligung der NLH an der EVN unter 51% fallen würde. Soweit eine Maßnahme im Ergebnis zum Unterschreiten der Beteiligungsgrenze von 51% führen könnte, dürfe das Land Niederösterreich nicht zustimmen. Wenn ein Beschluss die Zielsetzungen des Gesetzes unterliefe und im Ergebnis dem Land Niederösterreich den Einfluss auf die niederösterreichische Energieversorgung entzöge, sei aus teleologischen Gründen die Zustimmung zu versagen.
  - c) Hauptversammlungsbeschlüsse der EVN, die einer Mehrheit von zumindest 75% unterliegen und bei denen sich NLH somit nicht ohnehin aus eigenem durchsetzen kann, seien daher entweder (i) landesverfassungsrechtlich unzulässig, (ii) aktienrechtlich nur sehr schwer umsetzbar, (iii) praktisch schlicht nicht relevant (iv) oder würden ohnehin ein Pflichtangebot gemäß § 22 ff ÜbG auslösen.

- d) Praktisch gebe es keine Beschlussmaterien, bei denen NLH die „Mitwirkung“ der WSTW bei der Beschlussfassung benötige. Selbst wenn NLH und WSTW gemeinsam kontrollrelevant agieren wollten und die steuerliche Beteiligungsgesellschaft dafür als Plattform dienen sollte, fehle jeglicher Anreiz und jegliche Relevanz. Es gebe schlicht kein „Tauschpotential“ für wechselseitige Abstimmungen, weil WSTW der NLH nichts „anbieten“ könnte, was für NLH relevant wäre. WSTW sei daher unter keinen Umständen eine „Königsmacherin“.
- e) Dies belege auch die historische Praxis, aus welcher sich ergebe, dass bei der EVN mit einer einzigen (irrelevanten) Ausnahme in den letzten 15 Jahren kein einziger Hauptversammlungsbeschluss auf der Agenda der EVN-Hauptversammlung gestanden sei, bei dem eine Mehrheit von 75% (oder mehr) erforderlich gewesen wäre. NLH konnte die gewünschten Beschlussgegenstände daher ohnehin im Alleingang bewirken.
24. Die Beteiligungsgemeinschaft und die steuerlichen Begünstigungen könnten daher auch kein verdeckter Disziplinierungsmechanismus bei der Stimmabgabe in die eine oder andere Richtung sein. Keine der beiden Parteien werde dazu angehalten oder motiviert, im Sinne der anderen Partei zu stimmen, weil sonst die andere Partei durch Beendigung der Beteiligungsgemeinschaft eine Sanktion in Form der Beseitigung der Steuergruppe (und damit des Wegfalls des Steuervorteils) ausüben könnte.

## **B. Rechtliche Beurteilung**

25. Die Antragstellerin bringt vor, dass die Koordination der Stimmrechte von WSTW und NLH zur Ausübung oder Erlangung von Kontrolle iSd § 1 Z 6 ÜbG über die EVN nicht intendiert, nicht vereinbart und auch nicht Folge der Verträge sei.
26. Im Beteiligungsgemeinschaftsvertrag werde auch das Sonderregime des § 87 Abs 4 AktG abgebildet, und zwar unter Aufrechterhaltung der steuerlichen Erfordernisse der einheitlichen Stimmausübung, aber ohne Eingriff in die Kontrollverhältnisse bei EVN. [...]
27. In der Vergangenheit hätten sowohl die Rechtsvorgängerin von WSTW als auch NLH grundsätzlich immer von ihrem Stimmrecht Gebrauch gemacht; auch WSTW würde sich des Stimmrechts nicht enthalten. Eine gezielte Stimmenthaltung, die eine Koordination der Stimmrechte indizieren würde, liege nicht vor, im Gegenteil. Laut dem Beteiligungsgemeinschaftsvertrag seien die Parteien sogar dazu verpflichtet, von ihrem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Aber selbst wenn sich WSTW vertragswidrig freiwillig der Stimme enthielte, wäre dies übernahmerechtlich irrelevant: Die Präsenz in der Hauptversammlung der EVN habe in den letzten 10 Jahren im Durchschnitt ca 85% betragen. Damit hätte NLH bei einer Enthaltung von

WSTW aber bereits regelmäßig über eine Mehrheit von deutlich mehr als 75% verfügt und hätte infolgedessen bereits in der Vergangenheit praktisch alleine Beschlussgegenstände beschließen können, für die eine Mehrheit von zumindest 75% der Stimmen notwendig gewesen wäre.

28. Vergleiche man die Willensbildung in der EVN vor und nach Abschluss der Verträge, sei offenkundig, dass die Hauptversammlungsbeschlüsse in der EVN nach Vertragsabschluss zwar mit einer höheren Stimmenmehrheit gefasst werden würden und der Vertrag stets eine einheitliche Entscheidung herbeiführen würde, **die Entscheidungskompetenz** hinsichtlich der einzelnen Beschlussgegenstände allerdings **unverändert** bliebe. Durch die rein steuerrechtlich getriebene Absprache zwischen WSTW und NLH entstehe somit keine andere oder größere abstrakte Gefahrensituation für die Minderheitsaktionäre der EVN, die nicht auch schon ohne eine solche Absprache existiere; denn sowohl vor als auch nach Abschluss der Verträge würden die Minderheitsaktionäre der EVN demselben kontrollierenden Aktionär gegenüberstehen, nämlich NLH. Damit seien die Verträge für die Kontrollerlangung in der EVN nicht kausal und eine kontrollrelevante Absprache und gemeinsames Vorgehen gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu verneinen.
29. Selbst wenn im gegenständlichen Sachverhalt von der Bildung eines Syndikats im Sinne des § 22a Z 1 ÜbG ausgegangen werden würde, sei der Ausnahmetatbestand des § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG verwirklicht. Durch den Abschluss und die Umsetzung der Verträge werde die Willensbildung bei der EVN nicht von einem anderen Rechtsträger oder von einer anderen Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger beherrscht. Die EVN werde vor und nach Abschluss der Verträge unverändert von der NLH beherrscht.

#### IV. ANTRAG

30. Vor diesem Hintergrund beantragte WSTW eine Stellungnahme nach § 29 Abs 1 ÜbG, dass der Abschluss und die Umsetzung der Verträge die Parteien zu diesen Verträgen nicht zu gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern gemäß § 1 Z 6 ÜbG qualifiziert und auch kein Pflichtangebot gemäß § 22 ff ÜbG betreffend Aktien an der EVN AG auslöst.
31. Mit Telefonat vom [...] hat die Antragstellerin auf die vorgesehene Monatsfrist für die Abgabe einer Stellungnahme der ÜbK verzichtet.

#### V. SACHVERHALT

32. Die ÜbK geht von der Richtigkeit und Vollständigkeit des Vorbringens der Antragstellerin aus.

## VI. RECHTLICHE BEURTEILUNG DES SENATS

### A. Bildung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger (§ 22a Z 1 ÜbG)

#### 1. Rechtliche Ausgangslage

33. NLH und WSTW könnte eine Angebotspflicht treffen, wenn es durch die steuerliche Beteiligungsgemeinschaft zur Bildung einer Gruppe iSd § 22a Z 1 ÜbG kommt. Diese **Eingangskontrolle** setzt voraus, dass eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger begründet wird, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung erlangt (oder hält). Implizit verweist der Tatbestand damit auf die Definition der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger in § 1 Z 6 ÜbG. Die herrschend anerkannte Grundkonstellation ist der Abschluss eines Syndikatsvertrags zwischen mehreren bisher unabhängig voneinander handelnden Gesellschaftern einer **bislang iSd § 22 Abs 2 ÜbG kontrollfreien Zielgesellschaft** (*Winner*, ÖJZ 2006, 659, 664 f; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 198; *Huber in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 22a Rz 21; *Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat, 395).
34. Dieser Fall liegt nicht vor, weil **NLH schon bisher eine kontrollierende Beteiligung** an der EVN hält.
35. Nach unstrittiger Ansicht erfüllt aber auch der Übergang von **alleiniger auf gemeinsame Kontrolle** den Tatbestand des § 22a Z 1 ÜbG (ÜbK GZ 2009/1/3 [*Erste Bank*]; GZ 2009/2/7 [*KTM Power Sports*]; *Winner*, ÖJZ 2006, 659, 664 f; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 198; *Huber in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 22a Rz 21; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 137). Dies kann mit den **neuen Herrschaftsverhältnissen gerechtfertigt werden**, mit denen sich die **Minderheitsaktionäre konfrontiert** sehen, wenn es zum Wechsel von alleiniger formeller auf eine gemeinsame formelle Kontrolle kommt. Hat also vor Abschluss des Syndikatsvertrags einer der Beteiligten **bereits über eine formell kontrollierende Beteiligung verfügt** und kann der Rechtsträger diese nur mehr gemeinsam mit den übrigen Partnern des Syndikatsvertrags ausüben, ist § 22a Z 1 ÜbG erfüllt (*Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat, 397).
36. Dass § 22a Z 1 ÜbG auch die gemeinsame Kontrolle durch Gruppenbildung erfasst, rechtfertigt der Zweck des Pflichtangebots, den Minderheitsaktionären bei veränderten Kontrollverhältnissen eine Deinvestitionsmöglichkeit zu gewähren. Der allein kontrollierende Gesellschafter konnte nämlich bei geschäftspolitischen Entscheidungen bislang ausschließlich seine Interessen verfolgen, muss aber nach der Gruppenbildung auch die Interessen der anderen Gruppenmitglieder beachten (vgl *Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat 397). Demnach droht die Gefahr, dass die Unternehmensstrategie neu ausgerichtet wird.

37. Bei den Tatbeständen von § 22a Z 1 und 2 ÜbG kommt der **formelle Kontrollbegriff** zur Anwendung (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 196; *Gall in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 41; *Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat 423). Es ist (formal) zu fragen, ob bei Bildung der Gruppe die Schwelle von 30% überschritten ist. Um – so *Gall* – für die „entsprechende Einzelfallgerechtigkeit“ zu sorgen, wenn sich bei materieller Betrachtung die Kontrollsituation nicht ändert, normiert § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG eine **Ausnahme von der Angebotspflicht**, wenn die Willensbildung in der Zielgesellschaft nicht von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht werden kann (*Gall in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 41). Die Ausnahme soll Fälle von der Angebotspflicht erfassen, in denen bei materiell-wirtschaftlicher Betrachtung kein Kontrollwechsel vorliegt (*Huber in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 22a Rz 29 [mit unklarem Verweis auf *Huber/Alscher*, *ecolex* 2006, 574, 575]; siehe auch *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 196). Im Schrifttum wird meist die Begründung eines **Subordinationssyndikats** genannt, bei dem der bislang Kontrollierende auch weiterhin alleine alle maßgeblichen Entscheidungen treffen und den Syndikatspartner in den wesentlichen Angelegenheiten überstimmen könne (*Gall in Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 43; *Winner*, ÖJZ 2006, 659, 664 f; *Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat 398).

38. Zweck dieser Regelungstechnik der formellen Kontrollschwelle mit materieller Ausnahme ist ua die dadurch (siehe § 24 Abs 1 letzter Satz ÜbG) ausgelöste **Mitteilungspflicht** an die ÜbK, um eine Prüfung durch die ÜbK zu ermöglichen (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 197).

## 2. **Gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG**

39. Davon ausgehend ist zunächst zu prüfen, ob NLH und WSTW durch den Abschluss des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags eine „Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger“ iSd § 1 Z 6 ÜbG begründen. Die Antragstellerin verneint dies mit der Begründung, dass die Absprache nicht auf Kontrollerlangung oder -ausübung gerichtet sei, sondern ausschließlich der Umsetzung der steuerrechtlichen Erfordernisse diene (siehe Rz 22 ff).

40. Der Senat teilt diese Auffassung nicht. Durch die Absprache wird künftig das Stimmrecht auf jeder ordentlichen und außerordentlichen Hauptversammlung **bei allen in Betracht kommenden Beschlussgegenständen** der EVN einheitlich ausgeübt; die Vertragsparteien sind zur Stimmabgabe verpflichtet. Dies betrifft damit auch **kontrollrelevante** Beschlüsse, womit die Kriterien nach § 1 Z 6 ÜbG erfüllt sind. Die Koordination der Stimmrechte nennt schon das Gesetz als den prototypischen Fall einer tatbestandsmäßigen Absprache. Die Parteien schließen zwar eine „darüber hinausgehende Koordination oder Vorabstimmung“ explizit aus; jedoch kommt dieser Klausel materiell keine Bedeutung zu, weil die Absprache „**alle**“ und damit auch alle kontrollrelevanten Beschlussgegenstände erfasst.

Übernahmerechtlich hat diese Einschränkung daher keine Bedeutung, weil schon der Grundfall der Klausel für eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG ausreicht.

41. Genauso spielt keine Rolle, dass das Beteiligungssyndikat steuerlich motiviert ist, weil **nicht alleine das Motiv darüber entscheidet**, ob eine kontrollrelevante Absprache vorliegt; sondern maßgeblich ist, ob die Vertragspartner die **Möglichkeit** haben, Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben. Dies ist vorliegend zu bejahen.
42. Die Antragstellerin führt zwar aus, dass die Koordination der Stimmrechte von WSTW und NLH zur Ausübung oder Erlangung von Kontrolle über die EVN „nicht intendiert“ sei. Dies bezieht sich aber wieder nur auf das steuerliche Motiv der Gestaltung. Die Syndikatspartner werden zweifellos „Kontrolle ausüben“; nur dass sie es einheitlich tun, hat einen steuerrechtlichen Hintergrund.
43. Ein subjektives Tatbestandsmerkmal, das Rechtsträgern einen „Entlastungsbeweis“ ermöglicht, wenn sie keine – wie auch immer definierte – „Absicht“ zur Kontrollausübung haben, ist im Übrigen auch nicht mit der Systematik des ÜbG vereinbar (genauer *Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat 214 f; für differenzierende Lösung aaO 216; aA wohl *Diregger*, wbl 2016, 13, 15; offenlassend ÜbK GZ 2016/1/2-317 [*conwert*]).
44. **Zwischenergebnis:** NLH und WSTW begründen durch den Abschluss des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags eine **Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger** (§ 1 Z 6 iVm § 22a 1 Z 1 ÜbG). Im konkreten Fall wird durch die wechselseitige Zurechnung nach § 23 Abs 1 ÜbG die kontrollierende Beteiligung an der EVN auf 79,36% erhöht.

### 3. Ausnahme nach § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG

45. Die Ausnahme ist nach dem Wortlaut erfüllt, wenn bei Abschluss oder Auflösung eines Stimmbindungsvertrags die Willensbildung in der Zielgesellschaft **nicht von einem anderen Rechtsträger oder einer anderen Gruppe von Rechtsträgern beherrscht** werden kann.
46. Das Hauptargument der Antragstellerin lautet, dass die **Stimmausübung nur dem steuerlichen Beteiligungssyndikat** genügen müsse. Die Parteien würden aber **nicht in das existierende Stimmgewicht** im Aktionariat der EVN eingreifen. Es werde nur jene Beschlusslage abgebildet, die auch ohne Vertragsabschluss bestehe, aber eben in einheitlicher Stimmausübung. Ferner gebe es kaum Beschlussgegenstände, die NLH nicht ohnehin alleine durchsetzen könne und damit nicht ihrer alleinigen Entscheidungsgewalt unterliegen würden. Die Vertragsparteien versuchen also einerseits die steuerrechtlichen Anforderungen der einheitlichen Stimmausübung zu

erfüllen, ohne andererseits von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle im übernahmerechtlichen Sinn zu wechseln.

47. Nach Ansicht des Senats ist das im konkreten Fall nicht ausgeschlossen, weil die steuerrechtlichen Voraussetzungen für eine Gruppe („Beteiligungssyndikat“) eher niedrig sind und ein Kontrollbezug nicht ausdrücklich gefordert wird (vgl. zum notwendigen Inhalt des Syndikatsvertrags etwa *Urtz in Achatz/Kirchmayr*, KStG § 9 Rz 114; KStR 2013 Rz 1026). Die „gemeinsame Kontrolle“ iSv Art 3 Fusionskontroll-VO ist lediglich eine alternative Form einer Beteiligungsgemeinschaft, auf welche die Vertragsparteien nicht zurückgreifen. Es bedarf allerdings einer genaueren Prüfung, ob die Kontrollverhältnisse tatsächlich unverändert bleiben und ob es zu einem Verlust von Aktionärsrechten kommt.

#### a. Keine Änderung der Kontrollverhältnisse

48. Die **Kontrollverhältnisse** werden durch den Vertragsabschluss zunächst auch tatsächlich **nicht verändert**, weil die Stimmrechte den Beteiligungsverhältnissen entsprechen und keine Partei zusätzliche Rechte erhält, die für einen „gewöhnlichen“ Syndikatsvertrag typisch sind (zB Vorkaufs-, und Aufgriffsrechte, Pfandrechte, Optionen etc). Die Gestaltung entspricht daher grundsätzlich einem kapitalistischen Subordinationssyndikat, in dem der kleinere und insofern „subordinierte“ Aktionär bei Abstimmungen (mit einfachem Mehrheitserfordernis) unterliegt. Demgemäß soll WSTW nach dem Beteiligungsgemeinschaftsvertrag bei Beschlussgegenständen **mit einfacher Mehrheit** kein Vetorecht haben. NLH ist in diesen Angelegenheiten die „ausschlaggebende Partei“ für die Stimmabgabe.
49. Bei Beschlussgegenständen mit **qualifizierter Mehrheit** (> 75%) ist vertraglich vorgesehen, dass WSTW ihr **Vetorecht**, das ihrer aktuellen Beteiligung an der EVN entspricht (rund 28,35%), behält. Die Kontrollverhältnisse ändern sich also wiederum nicht und derjenige Aktionär, der vor dem Abschluss des Beteiligungssyndikats die „ausschlaggebende Partei“ war, bleibt es auch weiterhin.
50. Selbiges soll auch die Regelung zum Minderheitenvertreter nach § 87 Abs 4 AktG bezwecken (siehe Rz 9, 26), weshalb sie nach Ansicht des Senats unbedenklich ist. Sie soll WSTW einen Minderheitenvertreter nach § 87 Abs 4 AktG garantieren, sofern WSTW den Kandidaten auch ohne Abschluss des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags alleine hätte durchsetzen können, also jeweils abhängig von der HV-Präsenz. So standen etwa in der letzten Hauptversammlung der EVN am 21.01.2021 alle Aufsichtsratspositionen zur Wahl. Durch die Präsenz in der Hauptversammlung stieg das Stimmgewicht von WSTW ausreichend an, damit sie einen Kandidaten nach § 87 Abs 4 AktG durchsetzen konnte. Das Land NÖ hat – nach Angaben der Antragstellerin in Kenntnis der zu erwartenden Präsenz – der Wahl eines Kandidaten von WSTW zugestimmt, sodass der Kandidat von

WSTW mit rund 97,6% der abgegebenen Stimmen in den Aufsichtsrat gewählt wurde.

## b. Verlust von Aktionärsrechten

51. Ferner ist nach Ansicht des Senats zu fragen, ob eine Vertragspartei durch den Abschluss der Beteiligungsgemeinschaft **Rechte verliert oder auf Rechte verzichtet**, was eine Änderung der Machtverhältnisse oder eine kontrollrelevante Absprache indizieren könnte. Im Beteiligungsgemeinschaftsvertrag wird zwar klargestellt, dass die „*Auskunfts-, Antrags- oder sonstigen Aktionärsrechte der Parteien von dieser Vereinbarung unberührt bleiben*“. Zu fragen ist allerdings, ob dies auch aktienrechtlich so ist.
52. Auf den ersten Blick stellt sich die Frage, ob WSTW ihr **Anfechtungsrecht** dadurch verlieren könnte, dass sie bei Beschlüssen, die mit einfacher Mehrheit zu fassen sind, nunmehr selbst wenn sie materiell nicht für den Beschlussgegenstand wäre für diesen stimmen müsste, sofern NLH dies tut. Der Beschluss würde unverändert zu Stande kommen, da NLH solche Beschlüsse wie bisher mit einfacher Mehrheit fassen könnte. WSTW wäre nun allerdings verpflichtet, einheitlich mit NLH und somit für den Beschluss zu stimmen. Wenngleich dies eine aktienrechtliche Frage und somit nicht von der ÜBK abschließend zu beurteilen ist, stellt sich nach Ansicht des Senats die Frage, ob WSTW dadurch Rechte wie ihr Widerspruchsrecht oder ihr Anfechtungsrecht verliert und bejahendenfalls, ob dies übernahmerechtliche Konsequenzen nach sich zieht.
53. Ebenso wie es nicht zwingend als Widerspruch zu werten ist, wenn ein Aktionär gegen einen Beschluss stimmt (*Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 196 Rz 27*), ist eine Anfechtung nach wohl überwiegender Meinung auch bei Zustimmung zum Beschluss nicht jedenfalls rechtsmissbräuchlich und daher zulässig (*Schäfer in Münchener Kommentar zum AktG<sup>5</sup> § 245 Rz 60; Noack/Zetzsche in Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup> § 245 Rz 175; Hüffer/Koch, AktG<sup>13</sup> § 245 Rz 27; für die GmbH: Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 41 Rz 84*). Argumentiert wird damit, dass das Stimmverhalten alleine keinen Aufschluss darüber gibt, ob der Aktionär für bzw gegen den (formalen) HV-Beschluss oder die Maßnahme an sich ist. Anderes gilt nach dem BGH und der wohl in Deutschland überwiegenden Ansicht dann, wenn der Aktionär ein widersprüchliches Verhalten setzt und trotz signalisierter Zustimmung den Beschlussgegenstand wegen Mängeln im vorbereitenden Verfahren (wie Einberufungsmängeln, Fehler bei der Leitung der Hauptversammlung etc) anfigt (BGH II ZR 24/09). In diesem Fall sei eine Anfechtung trotz Zustimmung rechtsmissbräuchlich (unklar *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 196 Rz 17* die sich unter Verweis auf die deutsche Lehre – die allerdings nach der Rechtsmissbräuchlichkeit differenziert – gegen eine Anfechtung nach einer Zustimmung aussprechen).

54. Nach der Lehre erscheint es daher wohl möglich, trotz Zustimmung einen Beschluss anfechten zu können. Widersprüchliches Verhalten könnte durch WSTW wohl durch entsprechende Wortmeldung und Protokollierung in der Hauptversammlung vermieden werden. Auf Nachfrage des Senats ist nunmehr auch in den Beteiligungsgemeinschaftsvertrag aufgenommen worden, dass die jeweils andere Partei in der Ausübung ihres Stimmrechts frei ist, wenn die Stimmabgabe durch die ausschlaggebende Partei eine Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Beschlusses begründen würde.
55. Unabhängig von der aktienrechtlichen Beurteilung ist fraglich und nach Ansicht des Senats zu verneinen, dass (allein) der Verlust des Anfechtungsrechts in dieser Konstellation zu einer „Änderung der Aktionärsrechte“ mit der Angebotspflicht als Folge führt. In der Praxis wird wohl davon auszugehen sein, dass WSTW unter Berufung auf Pkt [...] (in der Stimmrechtsausübung frei) gegen den Beschluss stimmen und im Folgenden anfechten würde, wenn die Stimmabgabe durch NLH zu einer Anfechtung oder Nichtigkeit des Beschlusses führen würde.
56. Ebenso stellt sich die Frage, ob dem **Verlust der „Enthaltungsmöglichkeit“** eine übernahmerechtliche Bedeutung zukommt. Im vorliegenden Fall stellt sich nicht die Frage, ob eine Enthaltung ein gemeinsames Vorgehen begründet. Dies ist nach Ansicht der ÜbK dann der Fall, wenn durch eine gezielte Enthaltung ein bestimmtes Beschlussergebnis herbeigeführt wird (ÜbK GZ 2007/3/3 [RHI]; *Huber in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 64*). Vielmehr ist das Gegenteil zu fragen, ob die Verpflichtung zur Stimmrechtsausübung ein gemeinsames Vorgehen begründen kann. Wie ausgeführt (siehe Rz 27) ist es nach Abschluss des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags für die Vertragsparteien nämlich nicht mehr möglich, sich der Stimme zu enthalten. Gemäß Pkt [...] haben sich die Parteien nicht nur verpflichtet, sich nicht freiwillig der Stimmausübung zu enthalten. Sobald die „ausschlaggebende Partei“ ihr Verhalten signalisiert, ist die andere Partei dazu verpflichtet, ihr Stimmrecht entsprechend auszuüben. Dieses Erfordernis ergibt sich aus der (steuerrechtlich notwendigen) einheitlichen Stimmrechtsausübung.
57. Die Pflicht zur **einheitlichen Stimmabgabe** kann sich **theoretisch** auf die Mehrheitsverhältnisse auswirken, und zwar wenn sich WSTW bei einem 75%-Mehrheitsbeschluss enthalten und damit gewissermaßen ihr Vetorecht aufgeben würde. Stimmt nämlich dann NLH für den Beschlussantrag, dann müsste auch WSTW dafür stimmen. Das bedeutet, dass NLH die notwendige Drei-Viertel-Mehrheit durch Mitwirken der WSTW („Königsmacherin“) erreicht. Das könnte bei rein formaler Sicht als kontrollrelevante Änderung gewertet werden; möglich wären mit dieser qualifizierten Mehrheit auch Änderungen des Unternehmensgegenstands (§ 146 Abs 1 AktG); Kapitalmaßnahmen (§§ 149 ff AktG); Umgründungsmaßnahmen oder sogar die Auflösung der Gesellschaft (§ 203 Abs 1 Z 2 AktG).

58. Der Senat ist aber der Ansicht, dass sich bei wirtschaftlicher Betrachtung **die Machtverhältnisse auch dadurch nicht ändern**. Einerseits erscheint es fraglich, ob sich ein Aktionär bei derart für die Gesellschaft (kontroll)relevanten Beschlüssen (75%-Mehrheit) vernünftigerweise enthalten und damit freiwillig auf sein Vetorecht verzichten würde; nur dann wäre WSTW verpflichtet, wie NLH zu stimmen. Stimmt WSTW gegen den Beschluss, ist sie die „ausschlaggebende Partei“ und NLH hätte ebenso gegen den Beschluss zu stimmen.
59. Ferner schaffen die landesverfassungsrechtlichen Vorgaben gemäß §§ 1 und 2 NÖ Landesbeteiligungsgesetz eine **besondere Aktionärsposition für NLH**, die nach Ansicht des Senats ebenso gegen einen **Kontrollwechsel** in diesem Fall spricht. NLH dürfte den meisten Maßnahmen gar nicht zustimmen, wenn und weil damit die verfassungsrechtlichen Zielvorgaben des NÖ Landesbeteiligungsgesetz verfehlt würden. Das betrifft etwa Änderungen des Unternehmensgegenstands, weil dann womöglich „keine sichere Stromversorgung zu fairen Bedingungen“ für Niederösterreich mehr sichergestellt wäre; oder Kapitalmaßnahmen, mit denen der Anteil der NLH unter 51% sinken würde; schließlich auch Übertragungen des gesamten Gesellschaftsvermögens oder die Auflösung der Gesellschaft (inklusive Liquidation). Die Antragstellerin hat auch dargelegt, dass bei der EVN mit einer Ausnahme in den letzten 15 Jahren kein einziger Hauptversammlungsbeschluss auf der Tagesordnung der EVN-Hauptversammlung stand, bei dem eine Mehrheit von 75% erforderlich gewesen wäre (77.–92. Hauptversammlung der EVN; vom 12.01.2006 bis zum 21.01.2021). Die Ausnahme war eine Beschlussfassung über genehmigtes Kapital, bei der sichergestellt wurde, dass der Anteil der Beteiligung der NLH an der EVN auch nach der Kapitalerhöhung nicht unter 51% fallen wird.
60. **Zwischenergebnis:** Da es nach Ansicht des Senats weder zu einer Änderung der Kontrollverhältnisse noch zu einem Verlust wesentlicher Aktionärsrechte kommt, wird bei materieller Betrachtung die Willensbildung in der Zielgesellschaft nach Abschluss des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags nicht von einem anderen Rechtsträger beherrscht. EVN wird nach wie vor vom selben Rechtsträger, nämlich NLH, beherrscht. Die Vetorechte von WST werden nicht ausgebaut oder verändert. Deshalb ist nach Ansicht des Senats der **Ausnahmetatbestand des § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG erfüllt**.

## **B. Ergebnis**

61. Nach Ansicht der Senats bilden NLH und WSTW nach Abschluss des Beteiligungsgemeinschaftsvertrags eine **Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 22a Z 1 ÜbG iVm § 1 Z 6 ÜbG**. Das steuerliche Motiv der Syndikatsbildung ist hierfür nicht ausschlaggebend und kann ein gemeinsames Vorgehen nicht ausschließen. Die Parteien können sich allerdings auf den

**Ausnahmetatbestand nach § 24 Abs 3 Z 4 ÜbG** berufen, weil die bisherigen Kontrollverhältnisse unverändert bleiben. Die Vertragsparteien behalten bloß jene Rechte, die ihnen schon aufgrund ihrer Beteiligung an der EVN zustehen. Durch die Pflicht zur einheitlichen Stimmabgabe kann zwar in manchen Konstellationen eine Drei-Viertel-Mehrheit für NLH entstehen. Dies wird nach Ansicht der Senats aber keine praktische Bedeutung haben. Der Vertragsabschluss löst nicht die Pflicht gemäß § 22 ff ÜbG aus, den Beteiligungspapierinhabern der EVN AG ein Angebot zu legen.

## **VII. UNVERBINDLICHKEIT DER STELLUNGNAHME**

62. Abschließend weist der 1. Senat darauf hin, dass seine Stellungnahmen gemäß § 29 Abs 1 ÜbG keine rechtliche Bindungswirkung entfalten und – wie bereits erwähnt – von der Richtigkeit und Vollständigkeit des Vorbringens der Antragsteller ausgegangen wird.

Wien, am 27.09.2021

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