

VIEHBÖCK BREITER SCHENK & NAU

RECHTSANWÄLTE

EMAIL

An: DI Martin Krill
Martin.Krill@profes.at
CC:

Von: Dr. Gustav Breiter

DR. GÜNTHER VIEHBÖCK
MAG. MARIA-CHRISTINA NAU
DR. LUKAS SCHENK
DR. GUSTAV BREITER
MMAG. DR. FLORIAN LINDER

VIEHBÖCK BREITER SCHENK & NAU
RECHTSANWÄLTE OG
FN: 220673W
LANDESGERICHT WR. NEUSTADT

WIEN
JASOMIRGOTTSTRASSE 6
A-1010 WIEN
TEL +43 1 535 24 53
FAX +43 1 535 28 10

MÖDLING
BAHNHOFSPLATZ 1A
STG. I, TOP 5
A-2340 MÖDLING
TEL +43 2236 22 050
FAX +43 2236 49 239

OFFICE@VBSN.AT
WWW.VBSN.AT

Stellungnahme zum Unternehmensgegenstand der
oekostrom AG und der oekostrom GmbH für Vertrieb,
Planung und Energiedienstleistungen
Mödling, am 16. Dezember 2016

H:\AKTEN\Krill-RB\K161215Krill

Sehr geehrter Herr DI Krill,

Sie haben uns ersucht, zu folgendem Sachverhalt und Fragen Stellung zu nehmen:

Sachverhalt:

Die Firma „oekostrom AG für Energieerzeugung und -handel“, FN 183552 f [1], folgend kurz oekostrom AG, bzw. deren 100%-Tochterfirma „oekostrom GmbH für Vertrieb, Planung und Energiedienstleistungen“, FN 188769 b [2], folgend kurz oekostrom GmbH, hat Ihren Angaben zu Folge bis zum 15. 11. 2016 lediglich Strom erzeugt aus 100% erneuerbaren Energieträgern wie Wasser, Wind, PV und Biomasse/Biogas verkauft.

Am 15. 11. 2016 startete die oekostrom AG zusätzlich den Vertrieb des Gasprodukts „gas future“. Dies u.a. mit der Bewerbung „Österreichs erster Tarif zur Förderung der Windgastechologie“ auf deren Homepage

<http://oekostrom.at/> oder laut deren Positionspapier [3]. Das verkaufte Gas ist 100% fossiles, also nicht erneuerbares, Erdgas. In [3] ist auf der letzten Seite oben ausgeführt: *„Das Gas für das Produkt gas future stammt zu 100 Prozent aus physischen Erdgasquellen in Niederösterreich.“*

Laut Positionspapier [3] Seite 3: *„... Die oekostrom AG verpflichtet sich mit einem Teil der Erlöse aus dem Gasverkauf Fördermaßnahmen für die Entwicklung der Windgastechnologie durchzuführen. ...“* Konkrete Anteile des Verkaufserlöses für die Förderung der Windgastechnologie sind nicht genannt.

Was unter Windgastechnologie zu verstehen ist, ist auf Seite 2 des Positionspapiers [3] angeführt. Dort ist auch folgende Einschätzung der oekostrom AG angeführt: *„... die Windgastechnologie ... wird daher als eine der Schlüsseltechnologien auf dem Weg hin zu 100% erneuerbarer Energiezukunft betrachtet.“*

In der von Ihnen zur Verfügung gestellten Satzung der oekostrom AG [4] ist unter II. Unternehmensgegenstand Folgendes ausgeführt:

„II. Unternehmensgegenstand

- (1) Der Gegenstand des Unternehmens ist die Versorgung mit Energie aus erneuerbaren Quellen. Dies umfasst
 1. den Ein- und Verkauf sowie die Verteilung von Energie aus Anlagen, die auf Basis erneuerbarer Energien betrieben werden, die Vermittlung von solchen Geschäften sowie die Produktion von Energie mittels derartiger Anlagen;
 2. den Erwerb und die Anmietung von vorhandenen oder herzustellenden Anlagen zur Erzeugung von Energie, die auf Basis erneuerbarer Energieträger betrieben werden, im In- und Ausland;
 3. alle mit der Energieversorgung zusammenhängende Dienstleistungen und Energiespardienstleistungen, deren Planung und Umsetzung
- (2) Die Gesellschaft ist zu allen Maßnahmen und Geschäften, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig oder nützlich erscheinen, berechtigt. Die Gesellschaft ist insbesondere berechtigt, Zweigniederlassungen im In- und Ausland zu errichten und sich an Unternehmen mit ähnlichem Gegenstand im In- und Ausland zu beteiligen. Ausgenommen von der Tätigkeit der Gesellschaft sind Bankgeschäfte im Sinne des Bankwesengesetzes.“

Im Firmenbuchauszug [1] ist seit Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch als Geschäftszweig angeführt: *„Versorg. m Energie aus erneuerb. Quellen“*.

Im Gesellschaftsvertrag der oekostrom GmbH vom 14. 10. 2013 [5] steht unter „§ 3 Gegenstand“ auszugsweise – vollständig in [5] zu ersehen:

„Gegenstand des Unternehmens ist

- a) Der An- und Verkauf sowie die Vermittlung von Strom aus erneuerbaren Energien“.

Am 6. 10. 2015 wurde in einer außerordentlichen Generalversammlung der oekostrom GmbH die Errichtungserklärung der Gesellschaft [5] neu gefasst (einziger Tagesordnungspunkt). Unter Punkt „III. Gegenstand der Gesellschaft“ steht unter „1. Gegenstand der Gesellschaft auszugsweise – vollständig in [5] zu ersehen:

„1. Gegenstand der Gesellschaft sind

- a) An- und Verkauf sowie Vermittlung von Energie“.

Es wurde somit im Vergleich zum Gesellschaftsvertrag vom 14. 10. 2013 der erste Punkt des Unternehmensgegenstandes „Der An- und Verkauf sowie die Vermittlung von Strom aus erneuerbaren Energien“ geändert auf „An- und Verkauf sowie Vermittlung von Energie“.

Im Begriff „Energie“ ist somit seither aus allgemeinem Sprachgebrauch auch der fossile Energieträger Erdgas umfasst, im früheren Begriff „Strom aus erneuerbaren Energien“ ist dieser nicht erfasst gewesen, da fossile Energieträger Erdgas nicht zu den erneuerbaren Energien zählt. Es besteht hier eine klare, allgemein anerkannte und in der Energiewirtschaft bewusst gewählte Abgrenzung zwischen erneuerbaren Energien wie Wasserkraft, Windkraft, Sonnenenergie, Biomasse/Biogas oder Ähnliches und fossilen Energieträgern wie die über Millionen von Jahren gebildeten Energieträger Erdöl, Erdgas oder Kohle.

Kunden wählen Produkte oft sehr bewusst nach den Kriterien „erneuerbare Energiequellen“ oder eben nicht. Auch Aktionäre wählen die Beteiligung an Unternehmen teils bewusst nach dem Kriterium, ob sich ein Unternehmen nur im Bereich erneuerbarer Energiequellen betätigt, oder auch andere Energiequellen (wie fossile oder atomare) zulässt. Nach eigenen Angaben zählen Sie, Herr Krill, zu einem Aktionär der oekostrom AG, dem die ausschließliche Ausrichtung auf erneuerbare Energien ein besonders Anliegen ist; der Verkauf von fossilen Energieträgern durch die oekostrom AG, aus welchem Grund auch immer, ist für Sie persönlich inakzeptabel.

Sie, Herr Krill, haben im öffentlich einsehbaren Aktionärsforum auf der Homepage der oekostrom AG an die Vorstände der oekostrom AG, Mag. Lukas Stühlinger und Rene Huber, MBA, die Frage gestellt, inwieweit der Verkauf des Erdgasprodukts „gas future“ mit der Satzung der oekostrom AG zusammenpasst. Darauf haben diese im Aktionärsforum am 3. 12. 2016 wie folgt geantwortet – auszugsweise, Volltext unter [7]:

„... Wir haben natürlich rechtlich prüfen lassen ob die Umsetzung satzungskonform ist, bevor wir mit dem Projekt gestartet haben.

Zunächst ist festzustellen, dass Sie die falsche Satzung geprüft haben. Sie müssen bitte jene der oekostrom GmbH heranziehen.

Aber auch wenn Sie die Satzung der oekostrom AG heranziehen, ist das Vorgehen satzungskonform. Wie Sie ja selbst ausgeführt haben, lautet Punkt II.(2) der Satzung: „Die Gesellschaft ist zu allen Maßnahmen und Geschäften, die zur Errichtung des Gesellschaftszwecks notwendig oder nützlich erscheinen, berechtigt.“ Die Umsetzung eines Produktes, das die Power-to-Gas Technologie fördert, gehört ganz klar in diese Kategorie. ...“

Aus der Bewerbung des Produkts „gas future“ ersieht man (siehe auch unten angeführte Unterlagen), dass dieses vorrangig durch die oekostrom AG beworben wird. Der Liefervertrag [8], auf welchem ebenfalls der Name oekostrom AG hervorgehoben wird, wird aber mit der oekostrom GmbH, einer 100%-igen Tochter der oekostrom AG laut [2], abgeschlossen – siehe Kleingedrucktes am Ende des Vertrages.

Laut Geschäftsbericht 2015 [9] handelt es sich bei der oekostrom AG um ein wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmen, das in den letzten Jahren das Jahresergebnis auf EUR 885.130,- in 2015 steigern konnte; auch der Verkauf von Ökostrom an Endkunden (zu 100% aus erneuerbaren Energien) ist in den letzten Jahren deutlich auf nunmehr 189 GWh in 2015 gestiegen – siehe Seite 13 des Geschäftsberichts „1. Kennzahlen“.

Seit dem Jahr 2015 wird auch eine Dividende von EUR 2,- pro Aktie, also in Summe bei 113.227 Aktien gesamt EUR 226.454,- pro Jahr an die Aktionäre ausgeschüttet.

Fragestellungen und Antworten:

Auf Basis des oben angeführten Sachverhalts und der zu Grunde liegenden Unterlagen (siehe unten angeführt) ersuchten Sie uns, folgende Fragestellungen aus rechtlicher Sicht zu beurteilen:

- 1) **Darf die oekostrom AG auf Basis derer Satzung laut [4] Energie vertreiben, die ganz oder teilweise nicht zu 100% aus erneuerbarer Energie stammt?**

Die Regelung in der Satzung, 1. Kapitel II (1) ist eindeutig. Unternehmensgegenstand ist die Energieversorgung aus erneuerbaren Quellen.

Die Antwort ist also: Nein.

- 2) **Im Speziellen: Darf die oekostrom AG auf Basis derer Satzung laut [4] das Produkt „gas future“ vertreiben, das zu 100% fossiles Erdgas ist?**

Siehe oben: dies ist mit der Satzung nicht in Einklang zu bringen.

- 3) **Darf die oekostrom GmbH als 100%-iges Tochterunternehmen der oekostrom AG Energie vertreiben, die ganz oder teilweise nicht zu 100% aus erneuerbarer Energie besteht?**

Zieht man lediglich die Erklärung über die Errichtung der oekostrom GmbH heran, wäre dies zulässig. Der Gegenstand dieser Gesellschaft ist ja gemäß dem geänderten Punkt III 1. lit a „der An- und Verkauf sowie Vermittlung von Energie“. Laut Gesellschaftervertrag vom 14. 10. 2013, wo der Unternehmensgegenstand noch „Der An- und Verkauf sowie die Vermittlung von Strom aus erneuerbaren Energien“ war, wäre es in Hinblick auf den Unternehmensgegenstand laut Gesellschaftsvertrag rechtlich nicht zulässig, fossiles Erdgas zu verkaufen. Dieser wurde zwar per 6. 10. 2015 in einer außerordentlichen Generalversammlung geändert. In einer Gesamtschau (vgl. unten die Fragen 5-7) ist das Ergebnis dennoch ein anderes.

- 4) **Im Speziellen: Darf die oekostrom GmbH als 100%-iges Tochterunternehmen der oekostrom AG das Produkt „gas future“ vertreiben, das zu 100% fossiles Erdgas ist?**

Siehe oben: dies wäre – zunächst einmal nur anhand der Erklärung über die Errichtung betrachtet – zu bejahen. Da es aber nicht alleine auf diese ankommen kann (vgl. die weiterführenden Erwägungen in den Punkten 5-7) lautet die Antwort im Ergebnis: nein.

- 5) In deren Stellungnahme zur Satzungskonformität vom 3.12.2016 führen die Vorstände der oekostrom AG an, dass nach der falschen Satzung geprüft wurde, es wäre die Satzung der oekostrom GmbH relevant, nicht die der oekostrom AG. Ist es zulässig, dass ein Produkt nach einer Satzung bzw. Unternehmenserklärung einer 100%-igen Tochtergesellschaft vertrieben werden darf, wenn aber die Satzung der Muttergesellschaft dies ausschließt? Welche Satzung genießt hier Vorrang?

Die Ansicht der Vorstände der AG ist durchaus als formalistisch zu bezeichnen: freilich ist zunächst einmal die Erklärung über die Errichtung der GmbH heranzuziehen, wenn es um die Beurteilung geht, ob geschäftliche Aktivitäten vom Unternehmensgegenstand umfasst sind oder nicht.

Dabei darf aber Folgendes nicht übersehen werden:

- Die GmbH ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der AG.
- Der Geschäftsgegenstand der AG ist aber enger („Energie aus erneuerbaren Quellen“) als derjenige der GmbH („Energie“). Die AG hätte also – durch Änderung der GmbH-„Satzung“ – bewirkt, dass der Unternehmensgegenstand de facto erweitert würde, obwohl die AG bzw. der Vorstand immer noch dem engeren Unternehmensgegenstand verpflichtet ist. Mit anderen Worten: der Unternehmensgegenstand der AG würde durch die gewählte „Auslagerung“ an die Tochtergesellschaft unterlaufen. Dies ist rechtlich unzulässig.
- Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die Situation umgekehrt vorstellt: eine AG mit weitem Unternehmensgegenstand („Energie“) gründet eine Tochter mit speziellem Unternehmensgegenstand („Erneuerbare“) – dagegen kann niemand etwas einwenden, da ja der Unternehmensgegenstand der Muttergesellschaft der weitere ist und den speziellen mit umfasst. Im vorliegenden Fall ist es genau umgekehrt!

Fazit: Es ist unzulässig, durch einen weiter gefassten Unternehmensgegenstand einer Tochtergesellschaft den enger gefassten Unternehmensgegenstand der Muttergesellschaft zu erweitern. Die von der Tochtergesellschaft vertriebenen Produkte müssen somit auch in Einklang mit der Satzung bzw. dem Unternehmensgegenstand der Muttergesellschaft stehen.

- 6) In deren Stellungnahme zur Satzungskonformität vom 3. 12. 2016 führen die Vorstände der oekostrom AG an, dass auch wenn nach der Satzung der oekostrom AG geprüft würde, der Gasverkauf satzungskonform wäre. Es wird auf Punkt II. (2) des Unternehmensgegenstandes verwiesen: „Die Gesellschaft ist zu allen Maßnahmen und Geschäften, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig oder nützlich erscheinen, berechtigt. ...“

Rechtfertigt dieser Passus, dass das gegensätzliche Produkt, nämlich der fossile Energieträger Erdgas, von der oekostrom AG vertrieben werden darf, um den eigentlichen Unternehmensgegenstand laut Satzung „Versorgung mit Energie aus erneuerbaren Quellen“ umzusetzen? Es wird argumentiert, mit dem Verkauf des Erdgases wird ein Förderbeitrag eingehoben, mit dem das Produkt „Windgas“ (Gas aus erneuerbarer Windenergie hergestellt) gefördert werden soll, welches zur zukünftigen Versorgung mit erneuerbaren Energien beitragen soll.

Die Frage ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass es sich bei der oekostrom AG um ein wirtschaftlich erfolgreiches Unternehmen handelt, das (mit dem bisherigen Vertrieb von Produkten ausschließlich auf Basis erneuerbarer Energien) wächst, Gewinne macht und Dividenden an die Aktionäre ausschüttet?

In der gesellschaftsrechtlichen Kommentarliteratur ist anerkannt, dass Klauseln dieser Art kein Freibrief sind, den Unternehmensgegenstand aufzuweichen oder gar ins Gegenteil zu verkehren. Derartige Ermächtigungen zu „Hilfsgeschäften“ haben sich im Rahmen des Unternehmensgegenstandes zu halten (Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht 523 Rz 3/36).

Im vorliegenden Fall ergibt sich dies im Übrigen aus der Satzung selbst. Liest man Abs. 2 weiter, steht dort, dass sich die AG an „Unternehmen mit ähnlichem Gegenstand“ beteiligen darf. Darin wird aber keine Erweiterung, sondern ein Verweis auf den Unternehmensgegenstand gesehen (Kalss, aaO).

Die bloße „Förderung“ der Energie aus erneuerbaren Quellen kann kein Argument sein, den Unternehmensgegenstand – letztlich beliebig oder sogar gegenteilig – zu erweitern. Mit derselben Berechtigung könnte ja sonst in jedes x-beliebige Geschäft eingestiegen werden, wenn nur ein bestimmter Ertragsteil im Bereich der „Erneuerbaren“ investiert würde. Dass diese Argumentation absurd ist, ist offensichtlich.

Ein solches Verständnis würde dem Vorstand ein Ermessen einräumen, das ihm nicht zukommt. Im Gegenteil, der **Unternehmensgegenstand ist für den Vorstand verbindlich** (vgl. *Gruber*, in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz § 17 Rz 12 und § 70 Rz 4: „Beschränkung der Leitungsgewalt“).

Dazu kommt, dass eine solche **mittelbare Förderung** der Energie aus erneuerbaren Quellen entgegen den Anforderungen der Satzung in II Abs. 2 **weder „notwendig“ noch „nützlich“** ist:

Dass dies „notwendig“ wäre, kann angesichts der positiven Zahlen der AG nicht behauptet werden.

Und dass dies „nützlich“ wäre, kann schon deshalb nicht behauptet werden, weil fossile Energieträger bekanntlich in Konkurrenz zu erneuerbaren stehen. Ein Einsatz von fossilen Energieträgern behindert also die Versorgung mit erneuerbaren und fördert diese nicht. Mehr Anbieter von fossilen Energieträgern, wie der zusätzliche Verkäufer oekostrom AG, „nützen“ somit der Versorgung mit Energie aus fossilen Quellen und schaden somit derjenigen aus erneuerbaren Quellen, was aber der Unternehmensgegenstand der oekostrom AG ist.

Gegen einen Nutzen spricht auch die naheliegende Verwirrung des Kunden, wo doch die AG als Muttergesellschaft einem engeren – positiv besetzten – Unternehmensgegenstand unterliegt als die von ihr zu 100% beherrschte Tochtergesellschaft. Der **Firmenwortlaut beider Gesellschaften** enthält den Begriff „oekostrom“! Letzteres wäre im Übrigen mit Blickrichtung auf Firmenbuchgesetz, unlauteren Wettbewerb und Konsumentenschutz näher zu untersuchen.

Fazit: Für die oekostrom AG ist die mittelbare Förderung von erneuerbaren Energien durch einen Förderbeitrag aus dem Verkauf der fossilen Energie Erdgas keine Rechtfertigung, Erdgas verkaufen zu dürfen. Der Verkauf von Erdgas ist mit der Satzung der oekostrom AG nicht in Einklang zu bringen.

Es ist offensichtlich, dass ein solcher „Förderbeitrag“ überhaupt nur deshalb „gewidmet“ wird, um die Außerachtlassung des Unternehmensgegenstands (vermeintlich) rechtfertigen zu können.

- 7) Unter welchen Voraussetzungen wäre es der oekostrom AG gestattet, ein fossiles Energieprodukt wie Erdgas zu verkaufen?

Müsste dazu die Satzung der oekostrom AG dahingehend geändert werden, dass aus dem Gegenstand des Unternehmens „Versorgung mit Energie aus erneuerbaren Quellen“ die „erneuerbaren Quellen“ zu eliminieren wären?

Ja, das wäre die korrekte Vorgangsweise. Zu prüfen wäre dann aber auch, inwieweit der Firmenwortlaut und die Verwendung von Marke/Logo anzupassen wäre.

- 8) Ist bis zu einer Satzungsänderung, welche den Verkauf von fossilem Erdgas umfasst, der Erdgasverkauf der oekostrom AG und/oder der oekostrom GmbH rechtlich unzulässig, umgehend einzustellen und bereits abgeschlossene Erdgaslieferverträge umgehend aufzulösen?

Im Außenverhältnis sind abgeschlossene Rechtsgeschäfte dennoch wirksam; insofern sind die Erdgaslieferverträge wirksam, solange diese nicht wegen eines Willensmangels (Irrtum etc.) erfolgreich angefochten werden. Im Innenverhältnis ist die Vorgangsweise aus den aufgezeigten Gründen unzulässig zumal das gegenständliche Produkt auch unter dem Logo „oekostrom AG“ vertrieben wird und Ökostrom ist es ja keinesfalls, nicht einmal Ökoenergie, sondern der gegenteilige fossile Energieträger Erdgas.

Um zu einer Satzungskonformität zurück zu kehren, müsste ein weiterer Gasverkauf unterbunden und müssten bestehende Gaslieferverträge aufgelöst werden.

Folgende Dokumente waren ua. Basis für die Beantwortung Ihrer Fragestellungen:

- [1] Firmenbuchauszug der Firma „oekostrom AG für Energieerzeugung und -handel“, FN 183552 f vom 28. 11. 2016
- [2] Firmenbuchauszug der Firma „oekostrom GmbH für Vertrieb, Planung und Energiedienstleistungen“, FN 188769 b vom 5. 12. 2016
- [3] Positionspapier der oekostrom AG „Warum die oekostrom AG jetzt ein Gasprodukt anbietet – gas future – Österreichs erster Tarif zur Förderung der Windgas-technologie“ vom 15. 11. 2016
- [4] Satzung der Firma „oekostrom AG für Energieerzeugung und -handel“, FN 183552 f in der konsolidierten Fassung 12. 6. 2015
- [5] Gesellschaftsvertrag der Firma „oekostrom AG für Energieerzeugung und -handel“, FN 183552 f vom 14. 10. 2013

[6] Protokoll der außerordentlichen Generalversammlung der Firma „oekostrom AG für Energieerzeugung und -handel“, FN 183552 f vom 6. 10. 2015 mit dem einzigen Tagesordnungspunkt „Neufassung der Errichtungserklärung“ inkl. der „Erklärung über die Errichtung“

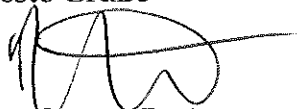
[7] Antwort der Vorstände Stühlinger und Huber auf die Anfrage nach Satzungs-konformität des Verkaufs von „gas future“ im Aktionärsforum der oekostrom AG vom 3. 12. 2016

[8] oekostrom Vertrag gas future Stand 4. 12. 2016

[9] Nachhaltigkeits- und Geschäftsbericht der oekostrom AG 2015 vom 19. 4. 2016

Für Weiteres stehe ich gerne zur Verfügung.

Beste Grüße

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'G. Breiter', with a long horizontal stroke extending to the right.

Dr. Gustav Breiter