



*[geringfügig redaktionell verändert]*

*[Der Bescheid war im Zeitpunkt seiner Veröffentlichung am 19.3.2015 noch nicht rechtskräftig]*

An  
[...]  
(zustellbevollmächtigt)

**GZ 2014/1/8 – 74**  
**(CWI)**

## **B E S C H E I D**

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 18.3.2015 unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner im Beisein der Mitglieder Richterin des OLG Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Helmut Gahleitner (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) in einem auf Ersuchen des Handelsgerichts Wien eingeleiteten Verfahren gemäß § 29 Abs 2 ÜbG wie folgt entschieden:

## **S P R U C H**

- 1. Die von Dkfm. Karl Ehlerding, Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding gehaltenen Beteiligungspapiere der conwert Immobilien Invest SE sind diesen Aktionären nicht gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen.**
- 2. Die von Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding gehaltenen Beteiligungspapiere der conwert Immobilien Invest SE sind Dkfm. Karl Ehlerding nicht gemäß § 23 Abs 2 ÜbG einseitig zuzurechnen.**
- 3. Gemäß der Punkte 5.1., 7.1. und 8.1. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission sind Dkfm. Karl Ehlerding und Cube Invest GmbH solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,- verpflichtet. Dieser Betrag ist gemäß Punkt 8.3. und 8.6. GebO innerhalb von 10 Bankarbeitstagen ab dieser Vorschreibung zur Zahlung fällig und auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer IBAN AT602011100001220993, BIC GIBAATWW zu entrichten.**

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>1</b>	<b>Parteienvorbringen und Antragstellung .....</b>	<b>2</b>
<b>2</b>	<b>Sachverhalt .....</b>	<b>3</b>
2.1	Allgemeines .....	3
2.2	Die KWG-Transaktion .....	4
2.3	12. ordentliche Hauptversammlung der conwert am 8. Mai 2013 .....	7
2.4	13. ordentliche Hauptversammlung der conwert am 7. Mai 2014 .....	8
<b>3</b>	<b>Beweiswürdigung .....</b>	<b>11</b>
<b>4</b>	<b>Rechtliche Beurteilung .....</b>	<b>11</b>
4.1	Verfahrensrechtliche Fragen .....	11
4.2	Zu Spruchpunkt 1: Zusammenrechnung gemäß § 23 Abs 1 ÜbG – gemeinsames Vorgehen	12
4.2.1	Vorliegen einer Absprache .....	12
4.2.2	Kontrollerlangung oder -ausübung .....	13
4.2.3	Abweichende Interpretation des gemeinsamen Vorgehens im börserechtlichen Kontext .....	17
4.3	Zu Spruchpunkt 2: Einseitige Zurechnung gemäß § 23 Abs 2 ÜbG .....	18
4.4	Zu Spruchpunkt 3: Gebühren .....	20
<b>5</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung .....</b>	<b>21</b>

## BEGRÜNDUNG

### **1 Parteienvorbringen und Antragstellung**

[...]

## 2 Sachverhalt

Die Übernahmekommission hat nach Durchführung des Beweisverfahrens folgenden Sachverhalt festgestellt:

### 2.1 Allgemeines

**conwert Immobilien Invest SE** („conwert“ oder „Zielgesellschaft“), eingetragen unter FN 212163f, ist eine monistische *Societas Europaea* (SE) mit Sitz in Wien. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt EUR 426.796.365 und ist in 85.359.273 Stückaktien unterteilt, welche im Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *Prime Market* notiert werden. Conwert unterliegt daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollenwendungsbereich des Übernahmegesetzes. Der derzeitige Aktienkurs liegt bei EUR 12,395 (Stand: 13.3.2015), woraus eine Marktkapitalisierung von rund EUR 1,058 Mrd resultiert. Am 16.2.2015 waren beim Börsenkurs der conwert deutliche Aufwärtsbewegungen festzustellen, die auf die Bekanntgabe der Absicht der Deutsche Wohnen AG, ein freiwilliges Angebot zur Kontrollerlangung gemäß § 25a ÜbG zu legen, zurückzuführen sind.

Den Verwaltungsrat der conwert bilden derzeit Mag. Kerstin Gelbmann (Vorsitzende), DI Alexander Tavakoli (stellvertretender Vorsitzender) und Mag. Dr. Evelin Steinberger-Kern (Mitglied). Darüber hinaus wurden in der Hauptversammlung vom 7.5.2014 Dr. Alexander Schoeller sowie Dr. Martina Postl in den Verwaltungsrat gewählt; diese wurden aufgrund gerichtsanhängiger und hier entscheidungsgegenständlicher Anfechtungsklagen noch nicht ins Firmenbuch eingetragen (siehe dazu noch unter 2.4.).

Geschäftsführende Direktoren sind derzeit Mag. Thomas Doll und Mag. Clemens Schneider.

Conwert hielt zum Zeitpunkt der 13. ordentlichen Hauptversammlung am 7.5.2014 2.576.464 eigene Aktien. Dies entspricht einem Anteil des Grundkapitals von 3,02%.

**Cube Invest GmbH** („Cube Invest“), eingetragen unter FN 233810p, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt EUR 35.000. Alleingesellschafter-Geschäftsführer ist Dr. Alexander Proschofsky. Cube Invest ist Kläger im Anfechtungsprozess vor dem HG Wien mit der GZ 34 Cg 40/14k.

**Petrus Advisers LLP** („Petrus Advisers“) ist eine von der *Financial Conduct Authority* (FCA) regulierte Investmentgesellschaft mit Sitz in London, die Investoren im Hinblick auf nachhaltige Wertsteigerungen ihres Kapitals berät. Gründer und Managing Partner von Petrus Advisers ist Klaus Umek.

**Dkfm. Karl Ehlerding**, geb. am 25.7.1942, ist ein Hamburger Kaufmann und mit Ingrid Ehlerding, geb. 4.2.1948, verheiratet. Seine beiden Söhne sind Karl Philipp Ehlerding, geboren am 20.10.1981 und John Frederik Ehlerding, geb. am 28.6.1986. Dkfm. Ehlerding ist Kläger im Anfechtungsprozess vor dem Handelsgericht Wien zu AZ 34 Cg 49/14h (davor AZ 23 Cg 35/14v).

Die Verfahren 34 Cg 40/14k und 34 Cg 49/14h wurden zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und das Verfahren 34 Cg 40/14k zum führenden bestimmt. In diesem verbundenen Verfahren ist Cube Invest Erstkläger und Dkfm. Karl Ehlerding Zweitkläger. Zur Frage der Verletzung der börserechtlichen Meldepflicht nach § 92 Z 7 BörseG unterbrach das Handelsgericht Wien mit Beschluss vom 26.11.2014 das Verfahren und übermittelte den Akt am 14.1.2015 der Übernahmekommission zur Beurteilung der Vorfrage, ob die Aktien von John Frederik, Karl Philipp und Dkfm. Karl Ehlerding gemäß § 23 Abs 1 oder 2 ÜbG zusammenzurechnen sind.

Die hier relevante **Aktionärsstruktur der Zielgesellschaft** stellt sich wie folgt dar:

<b>Aktionär</b>	<b>Anzahl der Aktien</b>	<b>Anteil am Grundkapital</b>	<b>Anteil der Stimmrechte</b>
Haselsteiner Familienprivatstiftung bzw Albona Limited	21.160.921	24,79%	25,56%
Dkfm. Karl Ehlerding	1.381.956	1,62%	1,67%
Ingrid Ehlerding	225.000	0,26%	0,27%
Karl Philipp Ehlerding	2.105.642	2,47%	2,54%
John Frederik Ehlerding	1.802.642	2,11%	2,18%
Cube Invest GmbH	1.000.000	1,17%	1,21%
Petrus Advisers LLP	5.752.822	6,74%	6,95%
FIL Limited („Fidelity“)	4.285.009	5,02%	5,18%
Eigene Aktien	2.576.644	3,02%	-

Ein Großteil der Aktien der Haselsteiner Familienprivatstiftung (16.880.701) wird von der Albona Limited gehalten, einer der Haselsteiner Familienprivatstiftung zurechenbaren Tochtergesellschaft.

## **2.2 Die KWG-Transaktion**

Nach ersten Gesprächen im Sommer 2012 fanden im November 2012 erstmals Verhandlungen zwischen Dkfm. Karl Ehlerding und der conwert statt, die den möglichen Erwerb der von Dkfm. Karl Ehlerding und seinen Söhnen gehaltenen Aktienmehrheit im Ausmaß von rund 50% (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Gerichtsprotokoll vom 25.11.2014, Seite 14) an der Kommunale Wohnen AG („KWG“) durch conwert betrafen. Der gleichzeitige und gemeinsame Verkauf der KWG-Aktien wurde durch Dkfm. Karl Ehlerding initiiert (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Gerichtsprotokoll vom 25.11.2014, Seite 23). Das Vermögen von John Frederik und Karl Philipp Ehlerding ist rechtlich und wirtschaftlich vom Vermögen ihres Vaters getrennt (Beilage ./8, Seiten 11 ff; Beilage ./13; PV Dkfm. Karl Ehlerding und Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 10, 17, 29, 46, 48).

Während der laufenden Vertragsverhandlungen traten für die Verkäufer neben Dkfm. Karl Ehlerding auch Dr. Roland Rausch sowie Stavros Efremidis, der damalige Vorstandsvorsitzende der KWG, auf. Von Seiten der conwert waren Johannes Meran, Mag. Thomas Doll, Dr. Stefan Staubach sowie RA Dr. Peter Huber in die Verhandlungen involviert. John Frederik und Karl Philipp Ehlerding waren im Detail nicht über die einzelnen Verhandlungsschritte informiert. Sie traten auch nicht in Erscheinung; vielmehr wurden die Verhandlungen von Dkfm. Karl Ehlerding alleine geführt, da er der Ideenträger der Transaktion und auch Gründer der KWG war (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 47). Er handelte damit als „Sprachrohr“ seiner Söhne (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 37). Die Söhne gaben jedoch eine Preisspanne vor, an die Dkfm. Karl Ehlerding intern gebunden war (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 37, 47). Es kam während der Verhandlungen zu telefonischen Rücksprachen zwi-

schen Dkfm. Karl Ehlerding und seinen Söhnen (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 37). John Frederik und Karl Philipp Ehlerding stimmten dem letztlich ausgehandelten Preis zu. Ob es darüber hinaus Weisungen der Söhne an Dkfm. Karl Ehlerding gab, konnte nicht festgestellt werden. Der Verkauf der KWG-Aktien wurde aber innerhalb der Familie Ehlerding besprochen (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 47). Auf ausdrücklichen Wunsch von Johannes Meran wurde am Vorabend der Unterfertigung des Vertrags, am 20.12.2012, Dr. Hans Peter Haselsteiner aufgrund seiner langjährigen Verhandlungsroutine in die Vertragsverhandlungen eingebunden (Zeugeneinvernahme Johannes Meran, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 27). Die Verhandlungen wurden sodann in der STRABAG-Konzernzentrale weitergeführt. Dies führte zu einer Verringerung des Kaufpreises um EUR 0,50, den die conwert für die KWG-Aktien leisten musste (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 7). Dkfm. Karl Ehlerding verständigte davon Karl Philipp und John Frederik Ehlerding telefonisch; sie stimmten der Verringerung des Kaufpreises zu (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 17).

Nach mehreren vorangegangenen Entwürfen, die vom 14. und 18.12.2012 datieren (Beilagen ./5 und ./6), wurde letztlich am 21.12.2012 ein Aktienkaufvertrag zwischen Dkfm. Karl Ehlerding als Verkäufer und conwert als Käuferin über 9.000.000 KWG-Aktien geschlossen (Beilage ./7). Anders als im Entwurf vom 14.12.2012 (Beilage ./5) scheint in der Endfassung der Vertragsurkunde nicht mehr die „Familie Dkfm. Karl Ehlerding“ als Verkäuferin auf, sondern ausschließlich Dkfm. Karl Ehlerding selbst.

Die Gegenleistung der conwert bestand einerseits aus einer Barabfindung iHv EUR 40 Mio, andererseits aus der Lieferung von 3.500.000 conwert-Aktien aus dem Bestand ihrer eigenen Aktien. Die finanziellen Möglichkeiten der conwert ließen eine Gegenleistung, die ausschließlich in Bargeld bestand, nicht zu. Zusätzlich wurde Dkfm. Karl Ehlerding mit Optionsvereinbarung vom 18.1.2013 eine Call-Option zum Erwerb von weiteren 1.000.000 Stück conwert-Aktien zum Preis von EUR 10 je Aktie eingeräumt (Beilage ./9). Diese Option wurde bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 25.2.2015 nicht ausgeübt; ihre Laufzeit endet am 31.12.2015. Der Abschluss der Optionsvereinbarung wurde von Dkfm. Karl Ehlerding initiiert. Dkfm. Karl Ehlerding verpflichtete sich ferner im Aktienkaufvertrag unter Pkt 1.7., im Kalenderjahr 2013 seinen Bestand an conwert-Aktien durch Erwerb über die Börse um zumindest 1.000.000 Stück bis zu einem Höchstpreis von EUR 10,75 zu vermehren. Die Erfüllung dieser Verpflichtung lag im Interesse der conwert und sollte verhindern, dass Dkfm. Karl Ehlerding seine Aktien unmittelbar nach der Transaktion veräußert. Die Verpflichtung war ein Surrogat für eine Behalteverpflichtung (*lock in*) für Dkfm. Karl Ehlerding (Zeugeneinvernahme Johannes Meran, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 21). Die Erfüllung dieser Pflicht war durch Vorlage eines Depotauszugs nachzuweisen.

Ein weiterer Kaufvertrag wurde am selben Tag zwischen Stavros Efremidis und der conwert über 400.000 KWG-Aktien geschlossen. Die Gegenleistung der conwert bestand aus 275.000 eigenen Aktien sowie einer Barkomponente iHv EUR 1.300.000.

Obwohl Dkfm. Karl Ehlerding im Aktienkaufvertrag vom 21.12.2012 als alleiniger Verkäufer der KWG-Aktien angeführt war, sollten die kaufgegenständlichen Aktien nicht bloß von ihm, sondern auch von seinen Söhnen, Karl Philipp und John Frederik Ehlerding, sowie weiteren Verkäufern geliefert werden. Das wurde Johannes Meran offengelegt und war der conwert somit spätestens im Zeitpunkt des Closing bekannt (Zeugeneinvernahme Johannes Meran, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 20; Beilage ./J1). Dementsprechend wurden von conwert die als Gegenleistung ge-

dachten conwert-Aktien („Aktienkomponente“) und Barmittel („Barkomponente“) auch auf die Depots der Söhne übertragen bzw ausgezahlt. Die entsprechenden Depotanweisungen waren bereits im Closing Memorandum vom 18.1.2013 zum Aktienkaufvertrag vom 21.12.2012 vorgesehen (Beilage ./8).

Die Aufteilung der Bar- und Aktienkomponente richtete sich nach den unterschiedlichen Interessen der veräußernden Aktionäre. John Frederik Ehlerding wollte etwa aufgrund seiner persönlichen Veranlagungsstrategie einen größeren Bargeldanteil erhalten (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 33), während Dkfm. Karl Ehlerding aufgrund seines Vertrauens in die conwert ein längerfristiges Investment anstrebte und daher einen größeren Aktienanteil annahm. Das Hauptziel von Karl Philipp Ehlerding bestand bei der KWG-Transaktion wiederum darin, einen möglichst großen Baranteil zu bekommen (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 44). Dass die Aufteilung der Bar- und Aktienkomponente innerhalb der Familienmitglieder im alleinigen Ermessen von Dkfm. Karl Ehlerding lag, konnte nicht festgestellt werden.

Ebenso wurde die Verpflichtung zum Kauf von weiteren 1.000.000 conwert-Aktien nicht durch alleinige Erwerbe von Dkfm. Karl Ehlerding erfüllt, sondern auch durch die Familienmitglieder Ingrid, Karl Philipp und John Frederik. Zusammen erwarb die Familie Ehlerding im Zeitraum von Oktober 2013 bis Dezember 2013 insgesamt 1.000.042 Aktien an der conwert. Die anteilige Erfüllung der Zukaufspflichtung beruhte auf einer von allen Familienmitgliedern getragenen internen Übereinkunft und erfolgte nach ihrer Guthabenlage (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 40). Den Söhnen von Dkfm. Karl Ehlerding war stets – und damit auch zum Zeitpunkt des Closing – bewusst, dass für sie diese Zukaufspflichtung familienintern besteht (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 38, 40, 45).

Dkfm. Karl Ehlerding bestätigte die Erfüllung der Zukaufspflichtung durch sämtliche Familienmitglieder auf Nachfrage der conwert mit Schreiben vom 20.12.2013 (Beilage ./10). Die Zielgesellschaft erhob gegen die Erfüllung durch mehrere Familienmitglieder keine Einwände.

Außerhalb der Zukaufspflichtung kaufte Dkfm. Karl Ehlerding aufgrund der günstigen Marktlage weitere Aktien der conwert, ohne hierzu aus dem Aktienkaufvertrag verpflichtet gewesen zu sein (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 9). Ein weiterer Ausbau der Beteiligung war zum damaligen Zeitpunkt nicht geplant.

John Frederik Ehlerding erwarb ebenfalls auf freiwilliger Basis im Jahr 2013 weitere Aktien an der conwert; einen weiteren Ausbau plante er nicht (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 33 und 38 f).

Auch Karl Philipp Ehlerding kaufte auf freiwilliger Basis im Jahr 2013 weitere Aktien der conwert; einen weiteren Ausbau plante auch er nicht (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 45).

Dkfm. Karl Ehlerding und Karl Philipp Ehlerding würden bei einem für sie angemessenen Preis ihre Beteiligung an conwert verkaufen. (PV Dkfm. Karl Ehlerding und Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 12, 45).

Zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung am 25.2.2015 war bekannt, dass die Mitglieder der Familie Ehlerding im Rahmen des freiwilligen Angebots zur Kontrollerlangung der Deut-

sche Wohnen AG einen Großteil ihrer Aktien an diese verkaufen werden (Beteiligungsmitteilung gemäß §§ 91 ff BörseG der Deutsche Wohnen AG vom 18.2.2015).

### **2.3 12. ordentliche Hauptversammlung der conwert am 8. Mai 2013**

Dkfm. Karl Ehlerding, Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding waren bei der 12. ordentlichen Hauptversammlung der conwert am 8.5.2013 nicht persönlich anwesend. John Frederik Ehlerding befand sich in diesem Zeitraum beruflich in Erbil, Nordirak. Stimmrechtsbevollmächtigter für die insgesamt 2.273.600 (= 2,66% des Grundkapitals) angemeldeten Aktien der Familie war Nikolai Dumbisky, ein Mitarbeiter in verschiedenen Gesellschaften der Familie Ehlerding. Die Finanzierung seiner Arbeit wird von den Mitgliedern der Familie Ehlerding anteilig übernommen (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Gerichtsprotokoll vom 25.11.2014, Seite 11). Karl Philipp Ehlerding erteilt Nikolai Dumbisky regelmäßig neue Einzelvollmachten für seine Wertpapierdepots; eine Generalvollmacht hat er nicht (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 50). Ingrid Ehlerding war in der Hauptversammlung nicht vertreten, ihre Aktien waren auch nicht angemeldet.

Dkfm. Karl Ehlerding bevollmächtigte zunächst Nikolai Dumbisky für die Stimmrechte aus seinen Aktien. Vertreter für die Aktien von John Frederik und Karl Philipp Ehlerding war Dkfm. Karl Ehlerding, der allerdings Nikolai Dumbisky wiederum eine Untervollmacht für die Aktien seiner Söhne erteilte, weil er – wie erwähnt – nicht persönlich bei der Hauptversammlung anwesend war (Beilage ./11). Für die Hauptversammlung der conwert am 8.5.2013 wurden Nikolai Dumbisky von Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding mündliche Weisungen zum gewünschten Abstimmungsverhalten erteilt (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 31, 43). Primäre Informationsquelle für den Aktionär John Frederik Ehlerding war dabei sein Vater Dkfm. Karl Ehlerding (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 29). Die Aktionäre Dkfm. Karl Ehlerding, John Frederik und Karl Philipp Ehlerding übten ihre Stimmrechte zu sämtlichen Beschlusspunkten einheitlich und gleichförmig aus. Im Vorfeld der ordentlichen Hauptversammlung kam es auch zu familieninternen Besprechungen über das Abstimmungsverhalten (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 28, 43).

Im Mittelpunkt stand Tagesordnungspunkt 7 zur Beschlussfassung über eine Satzungsänderung auf Erhöhung der Höchstzahl an Verwaltungsratsmitgliedern von fünf auf sechs. Diese Satzungsänderung sollte verhindert werden, um den nach Auffassung der Familie Ehlerding bestehenden Einfluss der Haselsteiner Familien-Privatstiftung bzw deren Begünstigten Dr. Hans Peter Haselsteiner in der conwert zurückzudrängen (PV Dkfm. Karl Ehlerding und Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 6, 43). Die Befürchtung war, dass auch die neu geschaffene Position von einem Vertrauten der Haselsteiner Familien-Privatstiftung besetzt und der Einfluss von Dr. Hans Peter Haselsteiner daher stiege (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 29). Zudem wurde die fachliche Qualifikation des dafür vorgesehenen Verwaltungsratskandidaten (Tagesordnungspunkt 8) in Zweifel gezogen. Deswegen erhielt Nikolai Dumbisky von den Mitgliedern der Familie Ehlerding die Weisung, gegen die geplante Satzungsänderung der conwert zu stimmen (Zeugeneinvernahme Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 43). Die Satzungsänderung wurde mangels der dafür notwendigen 75%-Mehrheit in der Hauptversammlung nicht beschlossen.

Cube Invest, Petrus Advisers und die Mitglieder der Familie Ehlerding stimmten bei dieser Hauptversammlung nicht bei allen Beschlussgegenständen gleichförmig (PV Mag. Kerstin Gelbmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 32).

#### **2.4 13. ordentliche Hauptversammlung der conwert am 7. Mai 2014**

Nach der 12. ordentlichen Hauptversammlung wurde Dkfm. Karl Ehlerding von Dr. Alexander Proschofsky kontaktiert (PV Dr. Alexander Proschofsky, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 6). Weder vor noch nach dieser Kontaktaufnahme unterhielten diese Personen geschäftliche Beziehungen (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 8; PV Dr. Alexander Proschofsky, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 7).

Im Sommer 2013 kam es zum ersten Treffen zwischen Dr. Alexander Proschofsky und Dkfm. Karl Ehlerding. Dabei besprach man die Entwicklungen iZm conwert. Bis zur 13. ordentlichen Hauptversammlung kam es noch zu höchstens drei weiteren Begegnungen (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 8). Bei einem dieser Treffen im Sommer 2013 war auch Dr. Hans Peter Haselsteiner anwesend, wo ebenfalls über die conwert gesprochen wurde. Die Initiative für dieses Treffen stammte von Dr. Alexander Proschofsky (Zeugeneinvernahme Dr. Hans Peter Haselsteiner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 52). Knapp vor der Hauptversammlung 2014 wollte Dr. Hans Peter Haselsteiner ein weiteres Treffen mit Dkfm. Karl Ehlerding initiieren; zu diesem Treffen kam es jedoch nicht (Zeugeneinvernahme Dr. Hans Peter Haselsteiner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 52; PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 14).

Am 7.5.2014 fand die streitgegenständliche ordentliche Hauptversammlung 2014 der conwert statt. Die Familie Ehlerding (Dkfm. Karl, Karl Philipp, John Frederik und Ingrid Ehlerding) war mit insgesamt 5.514.790 Aktien angemeldet; das entspricht 6,46% des Grundkapitals. Persönlich anwesend war nur Dkfm. Karl Ehlerding. Er vertrat sowohl seine Söhne als auch seine Frau. Bei der Ausübung der Stimmrechte für seine Frau Ingrid Ehlerding unterlag er keinen Weisungen, wohl aber war er an die Weisungen seiner Söhne gebunden (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 5, 11, 32, 43 f). Dkfm. Karl Ehlerding hatte für 1.103.900 seiner Aktien Dr. Roland Rausch Vollmacht erteilt.

Der Tagesordnungspunkt 6 betraf die Wahl in den Verwaltungsrat der conwert (Beilage ./B). Zwei der fünf Mitglieder, Johannes Meran und Dr. Franz Pruckner, waren Ende 2013 und Anfang 2014 zurückgetreten, weshalb zwei neue Verwaltungsratsmitglieder gewählt werden mussten. Der Verwaltungsrat der conwert schlug hierfür Dr. Alexander Schoeller und Dr. Martina Postl vor (Beilage ./F).

Auf Gegenvorschlag der Cube Invest standen auch Peter Hohlbein und der Alleingesellschafter-Geschäftsführer der Cube Invest Dr. Alexander Proschofsky zur Wahl. Die Aktionäre der conwert wurden medial, ua durch Inserate in der Financial Times (Beilage ./26), von Dr. Alexander Proschofsky und anderen Aktionären aufgerufen, für diese beiden Personen und gegen Dr. Alexander Schoeller und Dr. Martina Postl zu stimmen, um vom Mehrheitsaktionär der conwert, der Haselsteiner Familienprivatstiftung, unabhängige Personen mit Erfahrung im Immobiliensektor in den Verwaltungsrat zu wählen. Die Kandidaten sollten nach Vorstellung von Dkfm. Karl Ehlerding als unabhängige Fachleute ihr Wissen in die conwert einbringen (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 16). Auch den sonstigen Mitgliedern der Familie Ehlerding



ging es bei der Unterstützung der von Cube Invest vorgeschlagenen Kandidaten darum, die fachliche Expertise im Verwaltungsrat der conwert durch vom Mehrheitsaktionär unabhängige Personen zu erhöhen (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 38). Dr. Alexander Proschofsky wusste bereits vor der Hauptversammlung, dass er von Dkfm. Karl Ehlerding bei der Wahl zum Verwaltungsrat unterstützt wird (Protokoll ÜbK vom 25.2.2015, Seite 7). Die Wahl von Dr. Alexander Proschofsky wurde zudem im Vorfeld der Hauptversammlung innerhalb der Familie Ehlerding besprochen (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.11.2014, Seiten 30 f, 43 f). So wurde auch John Frederik Ehlerding auf die Kandidaten Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein erstmals durch die Information seines Vaters aufmerksam (Zeugeneinvernahme John Frederik Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015; Seite 30). Der Vorschlag, für Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein zu stimmen, stammte ursprünglich ebenfalls von Dkfm. Karl Ehlerding (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 11). John Frederik und Karl Philipp Ehlerding informierten sich auch noch aus weiteren Quellen über diese Kandidaten, um zur Förderung ihres Investments eine fundierte Entscheidungsgrundlage zu erhalten (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 30 f, 43 f). John Frederik und Karl Philipp Ehlerding erteilten daraufhin ihrem Vater die mündliche Weisung, dass bei der Hauptversammlung für Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein gestimmt werden soll (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seiten 31, 43 f). Für die übrigen Beschlusspunkte hatte Dkfm. Karl Ehlerding die Weisung, im Sinne der Vorschläge des Verwaltungsrats zu stimmen.

Peter Hohlbein wurde von der Cube Invest vorgeschlagen, nachdem sich Dr. Alexander Proschofsky von seiner fachlichen Eignung überzeugt hatte. Dr. Alexander Proschofsky hat Peter Hohlbein erstmals im April 2014 kennengelernt (PV Dr. Alexander Proschofsky, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 5). Es kam zu einem Treffen in Berlin, wo sich Peter Hohlbein bereit erklärt hatte, für den Verwaltungsrat der conwert zu kandidieren.

John Frederik und Karl Philipp Ehlerding kennen weder Dr. Alexander Proschofsky noch Peter Hohlbein persönlich (Zeugeneinvernahme John Frederik und Karl Philipp Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 31, 44). Sie unterhielten und unterhalten auch keine geschäftlichen Beziehungen zu diesen Personen (PV Dr. Alexander Proschofsky, Protokoll ÜbK vom 25.2.2015, Seite 7). Dkfm. Karl Ehlerding lernte Peter Hohlbein erstmals unmittelbar vor der streitgegenständlichen Hauptversammlung am 7.5.2014 am Versammlungsort kennen (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 6, 8). Zuvor war er ihm nur aus Zeitungsberichten bekannt.

Die internationalen Stimmrechtsberater (*proxy advisors*) Institutional Shareholder Services Inc („ISS“) (Beilage ./J), Glass Lewis & Co., LLC und auch der Interessenverband für Anleger („IVA“) sprachen sich in ihren Empfehlungen für die Kandidaten Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein aus. Eine Einflussnahme durch Cube Invest auf ISS konnte nicht festgestellt werden.

In der Wahl konnten sich schlussendlich die vom Verwaltungsrat der conwert vorgeschlagenen Kandidaten Dr. Alexander Schoeller und Dr. Martina Postl knapp durchsetzen:

Im ersten Wahlgang wurde Dr. Alexander Schoeller mit einer Mehrheit von 51,47% gewählt.

<b>Wahl Schoeller oder Hohlbein für Sitz 4:</b>			<b>Gesamtzahl gültiger Stimmen</b>
			<b>52.890.698</b>
FÜR-Stimmen Schoeller:	108 Aktionäre	27.224.936 Stimmen	51,47%
FÜR-Stimmen Hohlbein:	284 Aktionäre	24.838.470 Stimmen	46,96%
NEIN-Stimmen:	21 Aktionäre	827.292 Stimmen	1,56%
Stimmenthaltungen:	24 Aktionäre	372.884 Stimmen	-

Da Dr. Martina Postl im ersten Wahlgang zwar mit 49,50% der abgegebenen Stimmen eine relative, aber keine absolute Mehrheit erreichte, erfolgte ein zweiter Wahlgang, bei dem 62,60% für ihre Wahl in den Aufsichtsrat stimmten:

<b>Wahl Postl oder Proschofsky für Sitz 5:</b>			<b>Gesamtzahl gültiger Stimmen</b>
			<b>52.968.866</b>
FÜR-Stimmen Postl:	119 Aktionäre	26.217.925 Stimmen	49,50%
FÜR-Stimmen Proschofsky:	271 Aktionäre	24.816.887 Stimmen	46,85%
NEIN-Stimmen:	25 Aktionäre	1.934.054 Stimmen	3,65%
Stimmenthaltungen:	23 Aktionäre	371.881 Stimmen	-

<b>Wahl Postl für Sitz 5:</b>			<b>Gesamtzahl gültiger Stimmen</b>
			<b>41.857.843</b>
JA-Stimmen:	134 Aktionäre	26.201.940 Stimmen	62,60%
NEIN-Stimmen:	173 Aktionäre	15.655.903 Stimmen	37,40%
Stimmenthaltungen:	119 Aktionäre	11.478.122 Stimmen	-

Dieser Abstimmung ging eine Generaldebatte voraus. Unmittelbar vor der Abstimmung über diese Tagesordnungspunkte wurden die Stimmrechte der Mitglieder der Familie Ehlerding wegen eines behaupteten Verstoßes gegen börsengesetzliche Meldepflichten von der Vorsitzenden der Hauptversammlung, der Verwaltungsratsvorsitzenden Frau Mag. Kerstin Gelbmann, gesperrt (PV Dkfm. Karl Ehlerding, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 32; Beilage ./12, Seite 27 ff). Dkfm. Karl Ehlerding wurde mit dem Vorwurf zu diesem Zeitpunkt erstmals konfrontiert. Frau Mag. Gelbmann hielt eine Kontaktaufnahme vor der Hauptversammlung mit der Familie Ehlerding nicht für erforderlich, weil eine Meldung zu diesem Zeitpunkt dazu geführt hätte, dass die Aktionäre ihr Stimmrecht ohnehin erst sechs Monate später hätten ausüben können (PV Mag. Kerstin Gelbmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 19). Ihre Rechtsansicht stützte Frau Mag. Gelbmann auf zwei ihr vorliegende Rechtsgutachten; mit der Übernahmekommission hatte sie zuvor keinen Kontakt aufgenommen. Anschließend verkündete sie das Ruhen sämtlicher Stimmrechte der Mitglieder der Familie Ehlerding, womit diese ihre Stimmrechte nicht ausüben konnten.

Der stellvertretende Vorsitzende des Verwaltungsrats DI Alexander Tavakoli wusste schon vor der Hauptversammlung, dass die Stimmrechte der Familie Ehlerding gesperrt werden sollten (PV Mag.

Kerstin Gelbmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 22). Das Verwaltungsratsmitglied Dr. Evelin Steinberger-Kern hatte davon keine Kenntnis (PV Mag. Kerstin Gelbmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12.2.2015, Seite 22). Ob es im Vorfeld der Hauptversammlung zu Gesprächen oder Telefonaten mit Aktionären gekommen war, konnte nicht festgestellt werden.

Da die Mitglieder der Familie Ehlerding für die Kandidaten Proschofsky und Hohlbein stimmten, war der Ausschluss der Stimmrechte durch die Vorsitzende für die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder entscheidend; nur durch das Ruhen der Stimmrechte der Familie Ehlerding war es möglich, dass die Kandidaten Dr. Alexander Schoeller und Dr. Martina Postl mit ausreichenden Stimmen gewählt werden konnten. Wären die insgesamt 5.515.240 Stück Aktien der Familie Ehlerding nicht ruhend gestellt worden, hätten sich die Kandidaten Dr. Proschofsky und Hohlbein im jeweils ersten Wahlgang mit einer absoluten Mehrheit durchgesetzt.

Erst nach dieser Hauptversammlung kam es zu Kontakten zwischen Dkfm. Karl Ehlerding und Klaus Umek von Petrus Advisers. Geschäftliche Beziehungen gibt und gab es zwischen diesen Personen keine. Vor der Hauptversammlung kannte kein Mitglied der Familie Ehlerding den Aktionär Klaus Umek. Dr. Alexander Proschofsky kannte Klaus Umek zwar schon lange vor der Hauptversammlung am 8.5.2014, es bestehen aber keine geschäftlichen Beziehungen zwischen diesen Personen (PV Dr. Alexander Proschofsky, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015, Seite 11). Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass es zwischen den Aktionären Unterredungen oder Gespräche mit Bezug zur 13. ordentlichen Hauptversammlung der conwert gab. Es konnte nicht festgestellt werden, dass die Aktionäre Dkfm. Karl Ehlerding, Cube Invest und Petrus Advisers eine gemeinsame Strategie zur Zerschlagung und Liquidation der conwert entwickelt oder verfolgt hätten.

### **3 Beweiswürdigung**

Die vorstehenden Feststellungen basieren auf den jeweils in Klammer angeführten Beweismitteln sowie auf folgenden weiteren Erwägungen:

[...]

### **4 Rechtliche Beurteilung**

#### **4.1 Verfahrensrechtliche Fragen**

Mit Beschluss vom 26.11.2014 wurde das Verfahren vor dem HG Wien gemäß § 29 Abs 2 ÜbG unterbrochen. Damit sollte ein Feststellungsbescheid herbeigeführt werden, mit dem die Vorfrage für die Meldepflicht gemäß § 92 Z 7 BörseG beurteilt wird, ob die Aktien der Familie Ehlerding gemäß § 23 Abs 1 oder 2 ÜbG zuzurechnen sind.

Gemäß § 29 Abs 1 ÜbG kommt der ÜbK das Auslegungsmonopol hinsichtlich der Bestimmungen des Übernahmegesetzes (ÜbG) zu. Alle das ÜbG betreffenden Rechtsfragen sollen von der ÜbK geklärt werden. § 29 Abs 2 ÜbG präzisiert diese Zuständigkeit der ÜbK wie folgt:

*„Hängt die Entscheidung in einem zivilgerichtlichen Verfahren von der noch nicht vorliegenden Entscheidung einer Vorfrage ab, die nach diesem Bundesgesetz zu treffen ist, so hat das*

*Gericht das Verfahren zu unterbrechen und einen Feststellungsbescheid der Übernahmekommission betreffend die Vorfrage herbeizuführen. An diesen Bescheid, der über die Vorfrage abspricht, ist das Gericht gebunden.“*

Die Bindungswirkung für das Gericht kann freilich nur von einem rechtskräftigen Bescheid ausgehen (Schragerl in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 190 ZPO Rz 14 mwN).

## **4.2 Zu Spruchpunkt 1: Zusammenrechnung gemäß § 23 Abs 1 ÜbG – gemeinsames Vorgehen**

### **4.2.1 Vorliegen einer Absprache**

Gemäß § 23 Abs 1 ÜbG sind gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern die von ihnen gehaltenen Beteiligungen wechselseitig zuzurechnen. 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. Der Begriff der Absprache umfasst alle Formen von Absprachen zwischen Aktionären unabhängig von ihrer Form oder ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit (vgl. Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 54 f).

Die Prüfung, ob zwei oder mehrere Personen gemeinsam vorgehen, lässt sich in die folgenden beiden Schritte gliedern:

In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob zwischen den Mitgliedern der Familie Ehlerding eine **Absprache** iSd § 1 Z 6 ÜbG vorliegt. Der Begriff der *Absprache* ist dabei weit auszulegen. Es ist darunter keineswegs nur eine vertragliche Vereinbarung zu verstehen; vielmehr erfüllen auch bloße Koordinierungen ohne rechtliche Bindungswirkung („*gentlemen’s agreements*“) sowie ein sonstiges „abgestimmtes Verhalten“ grundsätzlich den Tatbestand von § 1 Z 6 ÜbG (vgl. ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5; GZ 2013/1/4-103, 27; GZ 2013/2/1-146, 40; GZ 2007/3/3-157, 33; Dregger/Kalss/Winner, Übernahmerecht<sup>2</sup>, Rz 44; Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 54; Winner, ÖJZ 2006, 659 [663]; Leser, Acting in Concert im Übernahmerecht [2009] 45; Kraus, Die Angebotspflicht im Syndikat [2011] 188 ff). Wie Huber/Alscher (in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 55) zutreffend ausführen, genügt hierfür jede – sei es auch nur schlüssige – Kommunikation zwischen den beteiligten Rechtsträgern über ihr jeweiliges (Stimm-)Verhalten, aufgrund derer die Beteiligten vernünftigerweise ein kommunikationskonformes Verhalten erwarten können. Auch eine einmalige Kommunikation zwischen den Aktionären kann eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG darstellen, da es stets auf die Dauer und Nachhaltigkeit der Auswirkungen dieser Absprache und nicht auf die Dauer und Häufigkeit der Absprache selbst ankommt (Winner in FS Jud, 801 [807]). Die gleichförmige Stimmausübung in der Hauptversammlung kann als Indiz für das Vorliegen einer Absprache herangezogen werden (Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 56).

Diese Voraussetzung ist im gegebenen Fall erfüllt: Wenngleich keine ausdrückliche gesetzliche Vermutung existiert, dass die Beteiligung einzelner Familienmitglieder an einer Zielgesellschaft gemeinsam durch eine Absprache miteinander verbunden sind, ist es umgekehrt natürlich nicht ausgeschlossen, dass sich das Vorliegen einer Absprache aus anderen Gründen ergibt. *In concreto* folgt die Absprache der Mitglieder der Familie Ehlerding aus mehreren Aspekten. Neben einer engen familiären Verbundenheit zwischen Karl Philipp, John Frederik und Dkfm. Karl Ehlerding bestehen auch gemeinsame geschäftliche Aktivitäten der Familienmitglieder. Das zeigt zunächst das gemeinsame Engagement als Investoren bei bestimmten Projekten wie etwa einer gemeinsamen Investition der Familie in KWG und die gemeinsame Veräußerung dieser Beteiligung an conwert im Rahmen der

KWG-Transaktion. Dkfm. Karl Ehlerding hat dort als Verhandlungsführer die Interessen seiner Söhne wahrgenommen. Diese Art der familieninternen Herangehensweise bei gemeinsamen Investments setzt sich bei conwert fort. So ist Dkfm. Karl Ehlerding für seine Söhne die erste Quelle, wenn sie sich über die verschiedenen Tagesordnungspunkte bei Hauptversammlungen der conwert informieren möchten. Vorschläge zum gemeinsamen Abstimmungsverhalten stammen in erster Linie von Dkfm. Karl Ehlerding, diese werden dann auch im Vorfeld der Hauptversammlung regelmäßig familienintern diskutiert. Die Stimmrechte wurden in Folge in der Hauptversammlung 2013 über den gemeinsamen Bevollmächtigten Nikolai Dumbisky gleichförmig ausgeübt. In der streitgegenständlichen Hauptversammlung 2014 war das zumindest angestrebt; Dkfm. Karl Ehlerding sollte als Bevollmächtigter seiner Söhne die Stimmrechte im Sinne der familieninternen Diskussionen ausüben. Letztlich kam es bloß wegen des Ausschlusses der Stimmrechte nicht dazu. Damit besteht ein offenkundiger Kausalzusammenhang zwischen den familieninternen Vorbesprechungen und dem nachfolgenden Abstimmungsverhalten, was auf eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG schließen lässt. Dass das Vermögen der Aktionäre Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding rechtlich und wirtschaftlich von dem ihres Vaters getrennt ist, kann daran nichts ändern, weil eine einheitliche Zusammensetzung des Vermögens für das Vorliegen einer Absprache nicht relevant ist. Ebenso schadet es nicht, dass Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding ihrem Vater eine abweichende Weisung hinsichtlich des Stimmverhaltens hätten erteilen können bzw die angestrebte Stimmrechtsausübung durch eine Weisung determiniert haben. Eine bestimmte rechtliche Qualität der Absprache ist – wie erwähnt – nämlich gerade nicht erforderlich, worunter auch eine rechtliche Möglichkeit zur Durchsetzung des abgestimmten Verhaltens gegenüber dem jeweils anderen Partner fällt (vgl *Kraus*, Angebotspflicht 189).

**Zwischenergebnis:** Zwischen Dkfm. Karl Ehlerding, Karl Philipp und John Frederik Ehlerding liegt damit eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG vor.

#### 4.2.2 Kontrollerlangung oder -ausübung

Jedoch fehlt es – wie in der Folge auszuführen ist – am zweiten Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Vorgehens, nämlich der Kontrollrelevanz der Absprache.

In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob die Mitglieder der Familie Ehlerding auf der Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, „um die **Kontrolle** über die Zielgesellschaft zu **erlangen oder auszuüben**“ (§ 1 Z 6 ÜbG). Nach dem letzten Satz dieser Vorschrift wird das gemeinsame Vorgehen **vermutet**, wenn mehrere Rechtsträger eine Absprache über die Ausübung ihrer Stimmrechte bei der Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats [Anm.: einer Aktiengesellschaft] getroffen haben. Diese Vermutung ist gemäß Art 9 Abs 1 lit c (ii) der SE-VO (VO [EG] Nr. 2157/2001) auf die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats einer monistischen *Societas Europaea* sinngemäß anzuwenden. Das ergibt sich bereits aus einem Größenschluss, weil den Mitgliedern des Verwaltungsrats der SE – anders als dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft – selbst Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht zukommt (vgl § 43 SEG) und der Verwaltungsrat ein Weisungsrecht an die geschäftsführenden Direktoren hat. Sieht das Gesetz aufgrund der typischen Kontrollrelevanz von Wahlen zum Aufsichtsrat eine Vermutung vor, dass die an einer Absprache beteiligten Personen gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG sind, muss dies daher *a minore ad maius* umso mehr für Wahlen in den Verwaltungsrat einer monistischen SE gelten.

Die **Vermutung** des gemeinsamen Vorgehens ist jedoch **widerleglich** (vgl *Winner*, ÖJZ 2006, 663; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht Rz 45; *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 74 und 80; *Kraus*, Angebotspflicht 284 ff).

Die Widerlegung ist unter Beachtung von § 1 Z 6 erster Satz ÜbG zu prüfen (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5). Die gesetzliche Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gilt daher dann als widerlegt, wenn die Absprache über die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern im konkreten Fall nicht auf die Erlangung oder Ausübung von Kontrolle gerichtet ist. Eine Absprache über die Ausübung von Stimmrechten bei der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats darf daher nicht die Beherrschung (iSd § 1 Z 6 erster Satz ÜbG) der Zielgesellschaft zum Ziel haben. Dies ist dann der Fall, wenn die beteiligten Rechtsträger mit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern **nicht** die Absicht verfolgen, die **Geschicke der Gesellschaft gemeinsam zu lenken oder deren Geschäftspolitik nachhaltig zu beeinflussen** (GZ 2007/3/3-157; *Gall*, GesRZ 2008, 139 [145]). Gleiches gilt, wenn mit der bloß **fremdnützigen Unterstützung** eines Rechtsträgers bei der Wahl von Mitgliedern des Verwaltungsrates nicht die darüber hinaus gehende Unterstützung bei der Beherrschung der Zielgesellschaft durch den anderen Rechtsträger beabsichtigt wird oder einhergeht und auch insgesamt keine Möglichkeit zur Beherrschung eingeräumt werden soll (idS auch *Huber/Alscher* in *Huber*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 70; vgl weiters GZ 2007/3/3-157). In allen zu beurteilenden Fällen ist eine **Gesamtbetrachtung** vorzunehmen, sodass stets die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind (*Gall*, GesRZ 2008, 139 [144]; GZ 2009/1/3-30; *Winner* in FS Jud, 801 [809]).

Der Nachweis, dass die Absprache nicht auf die Beherrschung iSd § 1 Z 6 erster Satz ÜbG abzielt, kann sich nach den Materialien (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 5) etwa aus der Person des Gewählten ergeben, wenn aufgrund dessen **besonderer fachlicher Eignung und Unabhängigkeit bloß eine optimale Besetzung des Aufsichtsrats** angestrebt wird (vgl etwa GZ 2011/1/1-21). Die Kriterien zur Beurteilung der Unabhängigkeit sind im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt. Das ist nachvollziehbar: Eine abstrakte Grenzziehung birgt die Gefahr in sich, dass den individuellen Verhältnissen des zu beurteilenden Sachverhalts mangels Flexibilität nicht hinreichend Rechnung getragen werden kann (*Kraus*, Angebotspflicht 286). Gerade bei Fragen im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit eines potentiellen Aufsichts- oder wie hier Verwaltungsratsmitglieds kommt es daher ebenfalls in besonderem Maß auf die Umstände des Einzelfalles an (GZ 2011/1/1-21). Abzustellen ist darauf, ob das potentielle Mitglied des Aufsichts- oder Verwaltungsrats in einem geschäftlichen, persönlichen, familiären Verhältnis oder einer sonstigen Beziehung zu den Beteiligten der Absprache steht, die einen Interessenkonflikt begründet, der ihr Urteilsvermögen beeinflussen könnte.

Im konkreten Fall sind die Kandidaten Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein als von den Mitgliedern der Familie Ehlerding **unabhängig** zu qualifizieren: Es konnte keine Form einer allfälligen persönlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Abhängigkeit der genannten Personen von den Mitgliedern der Familie Ehlerding festgestellt werden. An dieser Beurteilung können vereinzelte Treffen zwischen Dr. Alexander Proschofsky und Dkfm. Karl Ehlerding, um die Entwicklungen bei conwert zu besprechen, nichts ändern. Diese sind vielmehr im Sinne einer guten *Corporate Governance*. Andernfalls wäre es nicht möglich, sich über einen Kandidaten für den Verwaltungsrat näher zu informieren, ohne dass dies zugleich zu einem gemeinsamen Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG führt. Es bestehen weiters keine Hinweise darauf, dass diese Kandidaten, für die die Mitglieder der Familie Ehlerding gestimmt hätten, die geforderte besondere **fachliche Eignung** nicht aufweisen. Dafür spricht auch, dass diese Kandidaten von den Stimmrechtsberatern ISS, Glass, Lewis & Co. LLC sowie vom IVA empfohlen wurden.

Damit ist die **Vermutung** des gemeinsamen Vorgehens iSd § 1 Z 6 ÜbG mangels Kontrollrelevanz **widerlegt**. Das übersieht die conwert in ihren Ausführungen, wenn sie betont, die Kategorie des „unabhängigen Minderheitenvertreters“ habe nach der ständigen Entscheidungspraxis der ÜbK nur dann eine eigenständige Bedeutung, wenn die Bestellung derartiger Kandidaten keinerlei Kontrollrelevanz

aufweist. Abgesehen davon, dass damit zwei unterschiedliche Möglichkeiten (Begründung einer Minderheitenposition im Aufsichtsrat einerseits, fachlich bestmögliche und unabhängige Besetzung des Aufsichtsrats andererseits) zur Widerlegung des § 1 Z 6 ÜbG vermengt werden, wird die gesetzlich vermutete Kontrollrelevanz im Falle eines unabhängigen Kandidaten gerade beseitigt. Mit der Wahl von Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein, die diese Eigenschaften aufweisen, steht gleichzeitig fest, dass insofern keine kontrollrelevante Beeinflussung der Geschäftspolitik der conwert angestrebt wird. Anders als von conwert vorgebracht, ist das „Aufbrechen einer bestehenden Machtposition des Kernaktionärs“ dafür nicht ausschlaggebend. Jede Wahl eines unabhängigen Verwaltungsratsmitglieds führt zwangsläufig dazu, dass der Einfluss des Kernaktionärs zurückgedrängt wird, sofern die noch amtierenden Verwaltungsratsmitglieder von ihm nicht unabhängig sind. Vielmehr ist die Wahl eines unabhängigen Verwaltungsratsmitglieds eine wichtige Möglichkeit der Minderheitsaktionäre, einen Gegenpol zum Kernaktionär zu schaffen. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus der von der conwert zitierten Stellungnahme der ÜBK zu GZ 2011/1/1-21. Dort ging es um die Wahl von zwei Aufsichtsratsmitgliedern, die von der Antragstellerin vorgeschlagen wurden. In beiden Fällen konnte die Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG widerlegt werden, und zwar einerseits aufgrund der fachlichen Eignung und der Unabhängigkeit des Kandidaten, andererseits aufgrund der Gewährung einer Minderheitsposition im Aufsichtsrat.

Selbst wenn man die Unabhängigkeit von Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein anders beurteilen wollte, änderte dies nichts an der rechtlichen Beurteilung. Der Gesetzgeber hatte bei Erlassung des Vermutungstatbestands gemäß § 1 Z 6 ÜbG jene Personen vor Augen, die auf Grundlage einer Absprache zusammenwirken und die aufgrund ihrer Beteiligungshöhe gemeinsam die jeweiligen Aufsichtsratsmitglieder in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft auch regelmäßig durchsetzen können. Es erscheint daher fraglich, ob eine Gruppe von Aktionären mit einer Beteiligung von insgesamt 6,46% des Grundkapitals, die auf Grundlage einer Absprache zusammenwirkt, überhaupt in der Lage ist, die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu „erlangen oder auszuüben“. Das hängt freilich auch maßgeblich davon ab, welchen Kontrollbegriff man § 1 Z 6 ÜbG unterstellt. In der Literatur wird hierzu vertreten, dass der formelle Kontrollbegriff gemäß § 22 Abs 2 ÜbG einschlägig sei; lediglich falls der formelle Kontrollbegriff nicht anwendbar ist, komme der materielle Kontrollbegriff gemäß § 81a Abs 1 Z 6 BörseG zur Anwendung (*Maierhofer in Temmel, BörseG § 92 Rz 84*). Auch *Gall* ist der Ansicht, dass der formelle Kontrollbegriff hier einschlägig sein soll, wendet jedoch als notwendiges Korrektiv die Regeln über das gemeinsame Vorgehen analog an, sofern die Beteiligung der Gruppenmitglieder insgesamt unterhalb der formellen Kontrollschwelle liegt und es die Zwecke des Gesetzes gebieten (*Gall, GesRZ 2008, 139 [142]*). Von anderen wird vertreten, dass der Kontrollbegriff in § 1 Z 6 ÜbG im Gegensatz zu jenem der *kontrollierenden Beteiligung* in § 22 Abs 2 ÜbG ein materieller sei, sodass auch die nicht auf einer formell kontrollierenden Beteiligung beruhende Erlangung der Kontrolle über den Aufsichtsrat und damit über die Bestellung des Vorstands der Zielgesellschaft tatbestandsmäßig ist; dabei sei jedoch eine gewisse objektive Erfolgsaussicht vorauszusetzen, sodass objektiv untaugliche Versuche der Kontrollerlangung bei einer *ex ante*-Beurteilung noch kein gemeinsames Vorgehen begründen (*Huber/Alscher in Huber, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 1 Rz 62 f; Kraus, Angebotspflicht 207 ff*).

Nach Ansicht des erkennenden Senats ist der letztgenannten Ansicht zuzustimmen, wonach bei der Beurteilung des **gemeinsamen Vorgehens** gemäß § 1 Z 6 ÜbG ein **materieller Kontrollbegriff** heranzuziehen ist. Dieser ist vom Begriff der *kontrollierenden Beteiligung* in § 22 Abs 2 und 3 ÜbG zu unterscheiden. Es kann somit auch dann *Kontrolle* iSd § 1 Z 6 ÜbG ausgeübt werden, wenn die an einer Absprache beteiligten Personen gemeinsam nicht die formelle Kontrollschwelle nach § 22 Abs 2 ÜbG

überschreiten (vgl dazu bereits die einschlägige Spruchpraxis der ÜbK in GZ 2009/1/1-36, 6; GZ 2009/1/4-103, 18 f). Maßgeblich für die Beurteilung, ob materielle Kontrolle vorliegt, können zB die regelmäßige Präsenz des Streubesitzes in der Hauptversammlung, das Vorhandensein anderer Paketaktionäre, die Einflussmöglichkeiten bei der Besetzung von Leitungs- und Aufsichtsorganen, aber auch Sonderrechte sein, die den Beteiligten der Absprache durch die Satzung der Zielgesellschaft gewährt werden (*Kraus, Angebotspflicht* 209). Dabei ist jedoch stets erforderlich, dass die Absprache objektiv zur Kontrollerlangung/-ausübung bzw Verhinderung eines Übernahmeangebots geeignet ist. Das umfasst sowohl eine *qualitative* als auch *quantitative* Komponente: Zum einen muss der Beschlussgegenstand objektiv zur dauerhaften Beeinflussung der Geschäftsführung geeignet sein. Andererseits müssen die beteiligten Rechtsträger bei einer objektiven, *ex ante* vorzunehmenden Beurteilung auf Grundlage der vorliegenden Aktionärsstruktur in der Lage sein können, Kontrolle über die Zielgesellschaft auszuüben. Es käme sonst zu einer uferlosen Ausweitung des § 1 Z 6 ÜbG, für die zur Wahrung der Schutzzwecke des Übernahmerechts keine Notwendigkeit besteht. Entgegen der oben zitierten Kommentierung betont die conwert, dass für eine solche Differenzierung weder der Wortlaut noch die Materialien zu § 1 Z 6 ÜbG einen Anhaltspunkt bieten. Das überzeugt nicht, zumal sich die Einschränkung des Kontrollbegriffs aus einer *teleologischen* Interpretation des § 1 Z 6 ÜbG ergibt.

Dieser materielle Kontrollbegriff steht auch im Einklang mit einer früheren Entscheidung der ÜbK: In der Entscheidung betreffend die Gesellschaft ECO Business-Immobilien AG („ECO“) wurde die Muttergesellschaft der ECO, nämlich conwert, von einem Syndikat kontrolliert, dessen Mitglieder insgesamt rund 11% der Stimmrechte hielten; das Syndikat stellte damit die größte Gruppe im Aktionariat der conwert dar (GZ 2009/1/4-103, 18 f). In den ordentlichen Hauptversammlungen der Jahre 2007, 2008 und 2009 der conwert waren 18,71%, 29,33% und 23,13% der Aktionäre anwesend. Bei einer *ex ante* vorzunehmenden Beurteilung ist der Versuch, diese Gesellschaft mit 11% des stimmberechtigten Grundkapitals zu kontrollieren, jedenfalls nicht untauglich.

Anders ist jedoch der vorliegende Sachverhalt gelagert: Die Mitglieder der Familie Ehlerding halten rund 6,46% der Aktien der conwert. Dem stehen Aktienpakete der Haselsteiner Familien-Privatstiftung gegenüber, die einen Anteil des Grundkapitals von 24,40% vermitteln. Eine Absprache ausschließlich zwischen den Mitgliedern der Familie Ehlerding ist daher objektiv nicht geeignet, die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben. Die Mitglieder der Familie Ehlerding verfügen ferner nicht über andere Möglichkeiten wie beispielsweise Derivate, mit denen sie ihre Beteiligung an der Zielgesellschaft auf eine Höhe aufstocken könnten, die ihnen eine solche Möglichkeit der Kontrollerlangung oder -ausübung ermöglichen würde; die Option aus der KWG-Transaktion, 1.000.000 Aktien (rund 1,2% des Grundkapitals) von conwert zu erwerben, ist hierfür jedenfalls nicht geeignet. Ebenso wenig konnten entsprechende subjektive Absichten der Familie Ehlerding festgestellt werden. Im Gegenteil: Die Mitglieder der Familie Ehlerding verpflichteten sich, im Rahmen der Übernahme der Deutsche Wohnen AG gegenüber Deutsche Wohnen AG, einen Teil ihrer Aktien in das Übernahmeangebot einzuliefern (*tender commitment*).

Die Ansicht der conwert, dass das Verhalten der Familie Ehlerding kontrollrelevant sei, weil das Paket der Familie Ehlerding gerade wegen des gleichlaufenden Stimmverhaltens mit anderen Aktionären das „Zünglein an der Waage“ und damit beschlussentscheidend gewesen sei, überzeugt nicht: Denn *ex ante* kann bei Publikumsgesellschaften nie festgestellt werden, ob man bei der Abstimmung zu einem Tagesordnungspunkt schlussendlich das „Zünglein an der Waage“ sein wird.



Die Kontrollrelevanz ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus einer Absprache zwischen der Familie Ehlerding und anderen Rechtsträgern, wie etwa Petrus Advisers. Die Kontaktaufnahme zwischen diesen Aktionären erfolgte erst nach der streitgegenständlichen Hauptversammlung und war nicht Ursache, sondern augenscheinlich ein Resultat des Stimmrechtsausschlusses durch die Vorsitzende der Hauptversammlung, Mag. Kerstin Gelbmann. Unabhängig von weiteren Überlegungen ist diese Beurteilung auch nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Übernahmekommission, dessen Umfang durch den Unterbrechungsbeschluss des HG Wien festgelegt wurde.

**Ergebnis:** Die Mitglieder der Familie Ehlerding sind **keine gemeinsam vorgehenden Rechtsträger** iSd § 1 Z 6 ÜbG, da die von der Familie Ehlerding favorisierten Verwaltungsratskandidaten Dr. Alexander Proschofsky und Peter Hohlbein als unabhängige Experten zu qualifizieren sind und die gesetzliche Vermutung dadurch widerlegt wurde. Damit scheidet auch eine Zusammenrechnung nur zwischen Karl Philipp und John Frederik Ehlerding aus. Selbst wenn man hinsichtlich der Unabhängigkeit und der fachlichen Eignung der beiden Kandidaten zu einem anderen Ergebnis gelangt, ist das Verhalten der Mitglieder der Familie Ehlerding auf Basis eines materiellen Kontrollbegriffs nicht kontrollrelevant, weshalb eine wechselseitige Zurechnung gemäß § 23 Abs 1 ÜbG ausscheidet.

#### **4.2.3 Abweichende Interpretation des gemeinsamen Vorgehens im börserechtlichen Kontext**

Die conwert bringt zudem vor, dass der Begriff des gemeinsamen Vorgehens anders zu interpretieren sei, sofern er *qua* Verweis in § 92 Z 7 BörseG zur Anwendung gelange, weil die verwiesene Norm stets im Gefüge der verweisenden Norm zu interpretieren sei. Für den Zurechnungstatbestand des § 92 Z 7 BörseG iVm § 23 Abs 1 ÜbG iVm § 1 Z 6 ÜbG sei aus teleologischen Gründen ein Streben nach oder die Ausübung von Kontrolle nicht erforderlich, weil ansonsten dem „klaren Zweck der verweisenden börserechtlichen Bestimmung“, nämlich der Verhinderung eines „unerkannten Anschleichens“ bei börsenotierten Gesellschaften und der Schaffung einer „abstrakten“ (gemeint wohl: *konkreten*) Vorfeldtransparenz bei sich anbahnenden Kontrolltransaktionen, nicht Rechnung getragen würde.

Zunächst ist festzuhalten, dass damit die Auslegung des § 92 Z 7 BörseG angesprochen ist, die im vorliegenden Verfahren von der ÜbK mangels Zuständigkeit nicht geklärt werden kann. Dies liegt vielmehr in der ausschließlichen Zuständigkeit des Gerichts. Eine für das Gericht verbindliche Wirkung der nachfolgenden Ausführungen ist zu dieser Frage daher jedenfalls ausgeschlossen.

In der Sache spricht bereits der Wortlaut des § 92 Z 7 BörseG dagegen, der zielgerichtet auf § 23 Abs 1 und Abs 2 ÜbG verweist, ohne ein differenziertes inhaltliches Verständnis auch nur anzudeuten. Anders als in Fällen sogenannter „Verweisungsanalogien“ wird das Verweisungsobjekt (hier: § 23 Abs 1 und 2 ÜbG) in der Verweisungsnorm (§ 92 Z 7 BörseG) daher ohne inhaltliche Veränderung übernommen (vgl *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik [1970] 75 ff und 231). Darin unterscheidet sich das vorliegende Problem auch vom Beispiel aus der Methodenlehre von *F. Bydlinski*, auf das die conwert verweist (vgl *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe<sup>2</sup> [1991] 459). Dort geht es um den Aufwandersatzanspruch des unredlichen Besitzers. § 336 ABGB verweist für das Ausmaß des Anspruchs auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag, lässt aber offen, welche Bestimmung der §§ 1035 ff ABGB damit gemeint ist (vgl dazu *Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 336 Rz 2). Da sich aber die notwendige Geschäftsführung und jene im Notfall in ihren Rechtsfolgen unterscheiden, führt das zwangsläufig zu Auslegungsschwierigkeiten der Verweisungsnorm, da bereits das Verweisungsobjekt unklar ist. Wie soeben dargelegt, gibt der Wortlaut des § 92 Z 7 BörseG aufgrund des exakten Verweises auf § 23 Abs 1 und 2 ÜbG keinen

derartigen Spielraum, womit das zivilrechtliche Zusammenspiel von § 336, §§ 1035 ff und § 331 ABGB keinesfalls mit der börserechtlichen Beteiligungspublizität verglichen werden kann.

Dass der Begriff der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger auch im Zusammenhang mit § 92 Z 7 BörseG nicht anders zu verstehen ist als im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 23 ÜbG, deckt sich – entgegen dem Vorbringen der conwert – auch mit dem *Telos* der Vorschrift: Der Verweis in § 92 Z 7 BörseG auf die übernahmerechtlichen Zurechnungsbestimmungen möchte sicherstellen, dass eine gemeinsame Meldung auch dann zu erstatten ist, wenn zwei Aktionäre gemeinsam auf Grundlage eines *gentlemen's agreement* die Kontrolle über die Gesellschaft ausüben, indem sie gemeinsam die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats mit Personen besetzen, die von ihnen persönlich, wirtschaftlich oder auf sonstige Weise nicht unabhängig sind. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn zwei Aktionäre jeweils 20% der stimmberechtigten Aktien einer Gesellschaft halten und gemeinsam die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichtsrats mit nicht von ihnen unabhängigen Personen bestellen. Überdies sollte auch eine Vorfeldtransparenz hergestellt werden, die Aktionärsstrukturen offenlegt, die nach allgemeinen Erfahrungswerten *kontrollrelevant* werden könnten. Es soll somit insbesondere der Aufbau von Mehrheits- oder Konzernstrukturen frühzeitig erkannt werden (*Kalss in Kämmerer/Veil*, Übernahme- und Kapitalmarktrecht in der Reformdiskussion, 141 [148 f]; *Maierhofer in Temmel*, BörseG § 91 Rz 4 mwN). Dadurch kann ein heimliches „Anschleichen“ unterbunden werden, was ein wesentlicher Beweggrund – wenn nicht sogar der Anlassfall – des Gesetzgebers zur Änderung des BörseG im Jahr 2012 (BGBl I 2012/83) war. Wenn aber § 92 Z 7 BörseG einen schleichenden und zugleich kontrollrelevanten Beteiligungsaufbau offenlegen möchte, bliebe völlig unklar, warum auch gemeinsam vorgehende Rechtsträger von der Meldepflicht erfasst werden sollen, deren Verhalten gerade nicht auf Kontrollerlangung oder -ausübung iSd § 1 Z 6 ÜbG gerichtet ist. Ein derartiges Verständnis würde § 92 Z 7 BörseG vielmehr zu einem Sprungbrett machen, mit dem eine unvorhersehbare Ausuferung der Meldepflichten einherginge. Die Begründung einer solch weitreichenden Meldepflicht ist indes nicht von § 92 Z 7 BörseG bezweckt. Die Vorschrift ist als bloßer Auffangtatbestand gedacht, der § 92 Z 1 - 6 ergänzen und allenfalls verbleibende Schutzlücken schließen soll. Es droht daher entgegen der Ansicht der conwert keineswegs die Gefahr, dass die unteren börserechtlichen Meldeschwellen, vor allem jene bei 4% und 5%, vollkommen ausgehöhlt werden.

Es mag zutreffen, dass selbst im ÜbG je nach Regelungskontext teilweise nicht auf „Kontrolle“ der gemeinsam vorgehenden Rechtsträger abzustellen ist, sodass uU ein insofern flexibles Verständnis des § 1 Z 6 ÜbG geboten sein kann. Das kann aber immer nur bestimmten Sacherfordernissen geschuldet sein, wie es etwa bei § 16 ÜbG der Fall sein mag. Für die börserechtliche Beteiligungspublizität gemäß § 92 Z 7 BörseG sind solche Gründe – wie dargelegt – jedoch nicht ersichtlich. Richtig ist auch, dass im Schrifttum *de lege ferenda* gefordert wird, allein auf das Kriterium der Absprache unabhängig von deren Kontrollrelevanz abzustellen. Aus dieser rechtspolitischen Forderung kann freilich nicht der Schluss gezogen werden, dass die *lex lata* anders zu interpretieren sei (vgl dazu *Maierhofer in Temmel*, BörseG § 92 Rz 85). Auch an anderer Stelle in der Literatur wird klargestellt, dass zwar die *ratio* der Änderung des BörseG im Jahr 2012 aus den Materialien klar erkennbar ist; dennoch sind die börserechtlichen Offenlegungsvorschriften mit jenen des Übernahmerechts nicht akkordiert (*Kalss*, Creeping-in und Beteiligungspublizität nach österreichischem Recht in *Kämmerer/Veil*, Übernahme- und Kapitalmarktrecht in der Reformdiskussion, 141 [148]).

#### **4.3 Zu Spruchpunkt 2: Einseitige Zurechnung gemäß § 23 Abs 2 ÜbG**

§ 92 Z 7 BörseG verweist hinsichtlich der Feststellung der Stimmrechtsanteile auch auf § 23 Abs 2 ÜbG. Während sich gemeinsam vorgehende Rechtsträger ihre Beteiligung nach § 23 Abs 1 ÜbG

*wechselseitig* zurechnen lassen müssen, geht es bei der *Hinzurechnung* gemäß § 23 Abs 2 ÜbG um die **einseitige Zurechnung der Stimmrechte** eines Dritten beim Bieter (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 190). Konkret ist also zu fragen, ob der Tatbestand des § 23 Abs 2 ÜbG erfüllt ist, sodass Dkfm. Karl Ehlerding die Stimmrechtsanteile seiner Söhne („Dritte“ iSd § 23 Abs 2 ÜbG) einseitig zuzurechnen sind.

Nach § 23 Abs 2 ÜbG ist einem Rechtsträger bei der Anwendung von §§ 22 bis 22b ÜbG eine Beteiligung einseitig zuzurechnen, wenn der Rechtsträger oder ein mit ihm gemeinsam vorgehender Rechtsträger (§ 1 Z 6) auf die Ausübung von Stimmrechten Dritter direkt oder indirekt „*Einfluss ausüben kann*“. Diese Generalklausel wird um eine demonstrative Aufzählung von Tatbeständen ergänzt, in denen die Hinzurechnung jedenfalls erfolgen soll (vgl. *Huber in Huber*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 23 Rz 17). Indes hat eine Generalklausel nach allgemeinen Grundsätzen nicht die Aufgabe, fehlende Merkmale der demonstrativ angeführten Tatbestände zu ersetzen, sondern sie dient dazu, die Zurechnung wegen gesetzlich nicht erfasster, aber an Gewicht den Spezialtatbeständen gleichwertiger Sachverhalte zu ermöglichen. Für die Zurechnung ist daher nicht jede erdenkliche Möglichkeit einer – wörtlich verstandenen – „Einflussnahme“ ausreichend, diese muss vielmehr ein bestimmtes Gewicht erreichen, das mit den demonstrativ angeführten Tatbeständen in § 23 Abs 2 ÜbG vergleichbar ist. In letzter Konsequenz träge sonst auch einen Stimmrechtsberater wie ISS eine börserechtliche Meldepflicht, weil er durch seine Empfehlungen auf die Stimmrechtsausübung der Streubesitzaktionäre „Einfluss nimmt“ und es damit zur Zurechnung nach § 92 Z 7 BörseG iVm § 23 Abs 2 ÜbG käme.

Das übersieht conwert, wenn sie etwa betont, dass die Söhne den Rat von Dkfm. Karl Ehlerding bei der Stimmrechtsausübung einholen, oder aufgrund seiner hohen Fachkenntnis seinen Rat berücksichtigen, und aufgrund dieser „Einflussnahme“ bereits eine einseitige Zurechnung nach § 23 Abs 2 ÜbG ableitet. Das sind zwar Umstände, die bei der Beurteilung einer „Absprache“ iSd § 1 Z 6 ÜbG durchaus von Bedeutung sind (siehe oben Pkt 4.2.1.), nicht aber für die einseitige Zurechnung nach § 23 Abs 2 ÜbG. Andernfalls bekäme § 23 Abs 2 ÜbG die Funktion eines „Auffangtatbestands“ zu § 23 Abs 1 ÜbG: Gibt es – wie im vorliegenden Fall – zwischen mehreren Rechtsträgern eine Absprache, der aber das Kontrollelement iSd § 1 Z 6 ÜbG fehlt und es deshalb zu keiner wechselseitigen Zurechnung nach § 23 Abs 1 ÜbG kommt, würde das bloße Vorliegen einer Absprache *eo ipso* zur einseitigen Zurechnung nach Abs 2 *leg cit* führen. Das entspricht nicht dem *Telos* der Vorschrift.

Soweit die conwert darauf verweist, dass nach der Entscheidungspraxis der Übernahmekommission auch persönliche Bekanntschaft und geschäftliche Beziehungen außerhalb der Beteiligung an der Zielgesellschaft als deutliche Indizien für eine Zurechnung gemäß § 23 Abs 2 ÜbG herangezogen würden, liegt darin eine verkürzte und unzutreffende Interpretation der *ratio decidendi* jener Entscheidungspraxis. Insbesondere in GZ 2013/1/4-103 war die einseitige Zurechnung nach § 23 Abs 2 ÜbG überhaupt nicht entscheidungsgegenständlich.

Zu prüfen bleibt eine einseitige Zurechnung nach § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG. Die Vorschrift sieht eine Zurechnung für jene Beteiligungen vor, die von einem Dritten für Rechnung des Eigentümers gehalten werden. Hierbei handelt es sich nicht – wie es der Wortlaut vermuten lassen könnte – um ein abschließliches Abstellen auf Treuhandkonstruktionen; vielmehr sollen im Rahmen der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Übernahmerecht all jene Fälle davon erfasst werden, die das wirtschaftliche Risiko des Haltens von Beteiligungspapieren von Dritten (Eigentümer) zur Gänze oder teilweise auf das Zurechnungsobjekt verlagern. Dies wird danach zu beurteilen sein, in wessen Vermögenssphäre sich Kursgewinne oder -verluste auswirken und wer wirtschaftlich in den Genuss der Dividenden und des Liquidationserlöses kommt (*Huber in Huber*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 23 Rz 23).

Demnach kann bei einem Wertpapierdarlehen, im Rahmen dessen das Eigentum auf den Darlehensnehmer übertragen wird (vgl. *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 984 Rz 1; *Stabentheiner*, Das neue Darlehensrecht des ABGB, ÖJZ 2010, 935 [938]), selbst dann eine Zurechnung der Aktien zum Darlehensgeber erfolgen, wenn Letzterem vertraglich kein Einfluss auf die Ausübung der Stimmrechte zukommen soll. Denn nach der zutreffenden Ansicht im Schrifttum war der Gesetzgeber bei Erlassung der Bestimmung der Ansicht, dass die ökonomische Risikoverlagerung auf den Beteiligten auch eine Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung indiziert, sodass § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG als unwiderrufliche Vermutung verstanden werden muss (*Huber* in *Huber*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 23 Rz 25). Auch ein Genussrecht über einen überwiegenden Anteil des laufenden Gewinns und des Liquidationserlöses kann eine solche Zurechnung begründen (vgl. zu weiteren Gestaltungsformen zur Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an einen Dritten *Klampfl*, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23 [23 f]).

Eine solche Verlagerung des wirtschaftlichen Eigentums konnte nicht festgestellt werden. Dkfm. Karl Ehlerding, Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding sind jeweils rechtliche und wirtschaftliche Eigentümer der von ihnen gehaltenen Aktien. Dass vertragliche Vereinbarungen zwischen den genannten Personen bestehen, die eine wirtschaftliche Verlagerung auf Dkfm. Karl Ehlerding indizieren würden, hat auch die Conwert nicht behauptet.

Conwert stützt sich zuletzt auch darauf, dass Dkfm. Ehlerding von seinen Söhnen Stimmrechtsvollmachten für die Hauptversammlungen 2013 und 2014 erhalten habe und damit der Tatbestand des § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG erfüllt sei. Nach dieser Bestimmung ist eine Beteiligung zuzurechnen, aus der das Zurechnungssubjekt Stimmrechte ausüben kann, ohne Eigentümer zu sein.

Vorweg ist festzuhalten, dass dem Gesetzgeber hier ein *Redaktionsversehen* unterlaufen ist: Ausweislich der klaren Gesetzesmaterialien soll § 23 Abs 2 ÜbG Sachverhalte aufgreifen, die bisher in § 5 der 1. ÜbV geregelt waren und „ihren Praxistest bestanden haben“, wozu zB das Depotstimmrecht der Banken gehört (ErlRV 1334 BlgNR XXII. GP, 14 f). Auf dieses Depotstimmrecht zielt Z 2 leg cit ab, die aber – anders als noch § 5 Abs 1 Z 4 1. ÜbV – nicht mehr die Einschränkung vorsieht, dass eine Zurechnung nur dann stattfindet, wenn das Stimmrecht „ohne ausdrückliche Weisung“ ausgeübt werden kann. Dennoch ist davon auszugehen, dass diese Einschränkung auch für § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG normativ beachtlich ist, weil sonst bereits das Vorliegen einer Stimmrechtsvollmacht, mit der keinerlei materielle Entscheidungsbefugnis verbunden ist, zu einer Zurechnung führen würde (*Huber* in *Huber*, Übernahmegesetz<sup>2</sup> § 23 Rz 29). Wie *Huber* aaO zutreffend ausführt, würde damit der Grundgedanke des § 23 Abs 2 – die übernahmerechtliche Korrektur eines Auseinanderfallens von wirtschaftlichen und formal-rechtlichen Zuordnungen – in sein Gegenteil verkehrt. Nach den Feststellungen waren die Stimmrechtsvollmachten von Dkfm. Karl Ehlerding jedoch mit mündlichen Weisungen seiner Söhne verbunden. Damit sind die Voraussetzungen für die Zurechnung nach § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG nicht erfüllt.

**Ergebnis:** Die Beteiligung von Karl Philipp Ehlerding und John Frederik Ehlerding ist Dkfm. Karl Ehlerding nicht gemäß § 23 Abs 2 ÜbG einseitig zurechenbar.

#### 4.4 Zu Spruchpunkt 3: Gebühren

Für ein Feststellungsverfahren zur Entscheidung einer Vorfrage gemäß § 29 Abs 2 ÜbG sind gemäß Punkt 7.1. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission („Üb-GebO“) die in Punkt 5 (Verfahren gemäß § 33 ÜbG) enthaltenen Bestimmungen sinngemäß anzuwenden.

Für ein Verfahren gemäß § 33 ÜbG vor der Übernahmekommission ist gemäß Punkt 5.1. Üb-GebO eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400,- zu entrichten.

Zur Tragung der Gebühr gemäß Punkt 5.1. Üb-GebO ist grundsätzlich der Bieter verpflichtet. Die Gebühr wird jedoch insoweit der Zielgesellschaft ganz oder zum Teil nach Billigkeit auferlegt, als diese einen Antrag oder Gegenantrag gestellt hat und überhaupt oder ab einem bestimmten Zeitpunkt voraussehen konnte, dass ihr Antrag einen nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand verursacht.

Fraglich ist, wer im gegenständlichen Verfahren „Bieter“ iSd genannten Bestimmung und damit Gebührenschuldner ist. Da es sich nicht um ein Angebotsverfahren handelt und darüber hinaus Dkfm. Karl Ehlerding, Karl Philipp Ehlerding, John Frederik Ehlerding und Cube Invest auch nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger qualifiziert wurden, kann man auch nicht im weitesten Sinn davon sprechen, dass es einen „Bieter“ in diesem Verfahren gibt. Zur Bestimmung des Gebührenschuldners ist daher auf die Wertungen verwandter Gebührenordnungen zurückzugreifen.

Gemäß § 7 GGG ist in einem zivilgerichtlichen Verfahren der Antragsteller zahlungspflichtiger Gebührenschuldner. Überträgt man diese Wertung in die Üb-GebO, sind die im Ausgangsverfahren klagenden Parteien Dkfm. Karl Ehlerding und Cube Invest als Gebührenschuldner zu bestimmen. In sinngemäßer Anwendung des Punkt 8.1. haften Dkfm. Karl Ehlerding und Cube Invest für die Entrichtung der Gebühr solidarisch. Für eine abweichende Billigkeitsentscheidung iSv Punkt 5.3. Üb-GebO aufgrund von Anträgen, die zu einem nicht zweckentsprechenden Verfahrensaufwand geführt haben, enthält der Sachverhalt keine Hinweise.

Festgehalten wird, dass es sich bei der Festsetzung der Gebühren nach Üb-GebO lediglich um eine vorläufige Tragung durch die Kläger handelt. Der endgültige Zuspruch der Kosten und Gebühren hat durch das über den Anfechtungsprozess entscheidende Gericht nach den Vorschriften der ZPO zu erfolgen.

Gemäß Pkt 8.3. GebO sind sämtliche Gebühren und Zahlungen zehn Bankarbeitstage nach Vorschreibung durch die ÜbK zur Zahlung fällig. Die Zahlung hat gemäß Pkt 8.6. GebO auf das Konto der Wiener Börse AG bei der Erste Bank der Österreichischen Sparkassen AG mit der Nummer IBAN AT602011100001220993, Swift Code GIBAATWW, zu erfolgen.

## **5 Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann Rekurs an den Obersten Gerichtshof gemäß § 30a ÜbG erhoben werden. Dieser ist binnen einer Frist von vierzehn Tagen ab Zustellung dieses Bescheids bei der Übernahmekommission einzubringen. Der elektronische Rechtsverkehr der Justiz (ERV) kann dabei nicht genutzt werden.

Wien, am 18.3.2015

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