

An

- vertreten durch -

(Redaktionell überarbeitet)

GZ 2009/1/4 - 103

Bescheid

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 23. Oktober 2009 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), RA Dr. Wulf Gordian Hauser (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) über das auf Antrag von conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herrn Günther Kerbler und KR Friedrich Scheck eingeleitete Anzeigeverfahren gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG betreffend die ECO Business-Immobilien AG, wie folgt entschieden:

Spruch

- 1. Conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herr Günther Kerbler und KR Friedrich Scheck sind gemeinsam vorgehende Rechträger iSd § 1 Z 6 ÜbG und haben die für das Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung erforderliche Zahl an Stimmrechten an ECO Business-Immobilien AG unbeabsichtigt iSv § 25 Abs 1 Z 3 2. Fall ÜbG**

überschritten sowie durch Übertragung eines Aktienpakets an einen Treuhänder unverzüglich rückgängig gemacht.

2. Zur Wahrung der Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft werden die folgenden Auflagen ausgesprochen:

a. Für die Dauer ihres gemeinsamen Vorgehens dürfen conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herr Günther Kerbler und KR Friedrich Scheck gemeinsam nicht mehr als 26 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte ausüben.

b. Conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herr Günther Kerbler und KR Friedrich Scheck haben bis zum 30. März 2010 einen Abbau der gemeinsamen Beteiligung an ECO Business-Immobilien AG (unter Einrechnung des beim Treuhänder hinterlegten Beteiligungsbesitzes) auf höchstens 30 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vorzunehmen. Dies kann durch eine oder allenfalls eine Kombination von mehreren der folgenden Maßnahmen durchgeführt werden:

i. Veräußerung von Aktien der ECO Business-Immobilien AG durch conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herrn Günther Kerbler oder den Treuhänder Dr. B. an Dritte.

ii. Auflösung der von Herrn Günther Kerbler gehaltenen Put/Call Optionen.

iii. Aufhebung der Zurechnung der im Handelsbestand der Wiener Privatbank SE gehaltenen Aktien der ECO Business-Immobilien AG (a) durch Abbau auf höchstens X Stück ECO Aktien, (b) durch Festlegung organisatorischer Maßnahmen zur Verhinderung der Ausübung von Stimmrechten sowie (c) durch Nichtausübung der Stimmrechte aus im Handelsbestand verbleibenden Aktien.

iv. Aufhebung der Zurechnung der von Fond 1 und Fond 2 gehaltenen Aktien der ECO Business-Immobilien AG durch

gänzliche Trennung von Veranlagungsentscheidung über und Stimmrechtsausübung aus diesen Aktien der ECO Business-Immobilien AG von der Wiener Privatbank SE, indem dem Veranlagungsbeirat ein gesellschaftsvertraglich abgesichertes Weisungsrecht über Investitionsentscheidungen und Stimmrechtsausübung eingeräumt wird.

- c. Der Übernahmekommission ist spätestens am dritten Börsetag nach Ablauf des 30. März 2010 ein von einem Sachverständigen zu bestätigender Bericht über die Erfüllung der Auflagen gemäß Spruchpunkt 2 lit b zu übermitteln.**
- d. Conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herr Günther Kerbler und KR Friedrich Scheck haben bis zum 31. Dezember 2012 der Übernahmekommission halbjährlich sowie 10 Börsetage vor jeder ordentlichen oder außerordentlichen Hauptversammlung der ECO Business-Immobilien AG ihren alleinigen als auch gemeinsamen Beteiligungsstand in Aktien der ECO Business-Immobilien AG unter Bestätigung eines Sachverständigen zu übermitteln.**

Gemäß § 25 ÜbG iVm Pkt 3.1. und 3.3. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Verordnung der Wiener Börse AG, BGBl II 2006/369) sind conwert Immobilien Invest SE, Wiener Privatbank SE, Mag. Johann Kowar, Herr Günther Kerbler und KR Friedrich Scheck solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,-- verpflichtet. Nach Abzug des gemäß Pkt 3.4. der Gebührenordnung zu entrichtenden und bereits geleisteten Gebührenvorschusses von EUR 5.350,-- ist gemäß Pkt 8.3. iVm 8.6. der Gebührenordnung der Restbetrag von EUR 16.050,-- 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 012-20993, BLZ 20111, zu entrichten.

Begründung

1. Verfahrenseinleitung

Im Zuge der von Amts wegen durchzuführenden Marktüberwachung wurde von der Geschäftsstelle der Übernahmekommission (im Folgenden „ÜbK“) im April 2009 festgestellt, dass Herr Ing. L., Mitarbeiter der Wiener Privatbank SE (im Folgenden „WPB SE“), als Stimmrechtsvertreter in der Hauptversammlung der ECO Business-Immobilien AG (im Folgenden „ECO AG“ oder „Zielgesellschaft“) am 21. Mai 2008 rund 34,75% des gesamten Grundkapitals der ECO AG, aufgeteilt auf mehrere Stimmrechtskarten, im Fremdbesitz vertreten hatte. Zur Klärung der Eigentumsverhältnisse wurde die Finanzmarktaufsichtsbehörde um Amtshilfe hinsichtlich der Stimmrechtskarten Nr. 65 bis 74 ersucht und wurden mit dem Stimmrechtsvertreter Gespräche geführt. Hierbei wurde festgestellt, dass Herr L. im Wesentlichen die Stimmrechte für WPB SE, conwert Immobilien Invest SE (im Folgenden „conwert SE“), Fond 1 (im Folgenden „Fond 1“), Fond 2 (im Folgenden „Fond 2“ und gemeinsam mit Fond 1 „die Fond 1/2“), WT 80 Beteiligungsmanagement GmbH & Co KG (im Folgenden „WT 80 KG“), M. Stiftung sowie die Herren Günther Kerbler und Mag. Johann Kowar ausgeübt hatte.

Nach ausführlichen Vorgesprächen zwischen der ÜbK und Vertretern der vorgenannten Rechtsträger wurde am 25. Juni 2009 durch conwert SE, WPB SE und die Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck eine Stellungnahme zum Sachverhalt sowie eine Anzeige gemäß § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG *in eventu* wegen unabsichtlicher Überschreitung der für das Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung erforderlichen Zahl an Stimmrechten an der ECO AG verfasst. In der Folge wurden weitere schriftliche Stellungnahmen eingebracht. Die Anzeige vom 25. Juni 2009 wurde am 11. August 2009 um einen Antrag der WPB SE ergänzt.

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde von allen Parteien verzichtet. Der 1. Senat der ÜbK hat am 14. Oktober 2009 über den Sachverhalt beraten und in der Folge den vorliegenden Bescheid beschlossen.

2. Anträge und Vorbringen der Parteien

3. Sachverhalt

Die ÜbK hat auf Grundlage der vorgelegten Urkunden folgenden

Sachverhalt

festgestellt:

3.1 ECO Business-Immobilien AG und ECO Management GmbH

ECO Business-Immobilien AG, eingetragen unter FN 241364y, ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien, Opernring 1, 1010 Wien, deren Aktien seit 17. März 2005 zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Marktsegment Prime Market notiert werden. Das Grundkapital der ECO AG beträgt EUR 341.000.000,- und ist in 34.100.000 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt.

Die ECO AG wurde im Oktober 2003 von ECO Management GmbH (im Folgenden „ECO GmbH“) und conwert Immobilien GmbH mit einem Grundkapital von EUR 2 Mio. gegründet. Durch einen Börsengang im Jahr 2005 konnte die Aktionärsstruktur verbreitert und das Grundkapital darauf folgend in mehreren Tranchen erhöht werden. Im Zuge der letzten Kapitalerhöhung im Juni 2007 wurden von conwert SE und ECO GmbH rund 60% der gesamten Kapitalerhöhung gezeichnet, wodurch conwert SE ihren Anteil von 15,3% auf 24,9% erhöhte.

Der Kursverlauf der ECO Aktie stellt sich in den letzten 12 Monaten wie folgt dar:



(Quelle: Website der Wiener Börse AG)

Das durchschnittliche Tageshandelsvolumen der ECO Aktie verzeichnete innerhalb der letzten sechs Monate große Schwankungen; überwiegend wurden rund 50.000 Stück pro Handelstag umgesetzt.

Dem Vorstand der ECO AG gehören derzeit Mag. Wolfgang Gössweiner und KR Friedrich Scheck an. Der Aufsichtsrat setzt sich aus sechs Kapitalvertretern zusammen: Dr. Alexander Schoeller (Vorsitzender des Aufsichtsrats), Mag. Kowar (Stellvertreter des Vorsitzenden des Aufsichtsrats), Univ.-Prof. Dr. Franz Hörmann, Ing. Andreas Nittel, KR Dipl.-Ing. Gottfried Johann Parizek und Thomas Rohr.

ECO AG ist als reine Besitzgesellschaft konzipiert. Die Verwaltung der ECO AG erfolgt seit Unternehmensgründung auf Basis eines Managementvertrages mit der ECO GmbH. Im Rahmen dieses Managementvertrages hat ECO GmbH alle Tätigkeiten des laufenden, ordentlichen Geschäfts der ECO AG sowie der Gesellschaften der ECO-Gruppe durchzuführen. Die ECO GmbH hat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft alle Weisungen des Vorstands der ECO AG bzw der jeweiligen vertretungsbefugten Organe der Gesellschaften der ECO-Gruppe, die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats der ECO AG, die Geschäftsordnung des Vorstands der ECO AG, die Satzung der Gesellschaft sowie alle entsprechenden gesetzlichen Vorschriften zu erfüllen und zu beachten.

ECO GmbH ist seit 13. Dezember 2007 eine Tochtergesellschaft der conwert SE.

3.2 Entwicklung des Beteiligungsstandes an ECO AG

Die historische Entwicklung des Beteiligungsstandes an ECO AG bei conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herrn Kerbler, KR Scheck, WT 80 KG und den Fond 1/2 stellt sich wie folgt dar:

	Mai.08		Mai.09		Aktuell	
	%	Stück	%	Stück	%	Stück
conwert SE	24,90%	8.490.900	24,90%	8.490.900	24,90%	8.490.900
ECO GmbH	0,01%	3.660	0,01%	3.660	0,01%	3.660
Mag. Kowar	0,32%	108.014	0,67%	229.014	0,67%	229.014
Kerbler	0,67%	227.786	0,67%	227.786	0,67%	227.786
K5	0,07%	25.000	0,07%	25.000	0,00%	0
WT 80 / KR Scheck	1,30%	444.971	1,30%	444.971	0,00%	0
Zwischensumme	27,27%	9.300.331	27,63%	9.421.331	26,25%	8.951.360
OPTIONEN						
PUT/CALL Kerbler	0,84%	287.000	0,84%	287.000	0,84%	287.000
PUT/CALL Scheck	1,15%	392.000	1,15%	392.000	0,00%	0
PUT/CALL Kowar	0,35%	121.000	0,00%	0	0,00%	0
Zwischensumme	2,35%	800.000	1,99%	679.000	0,84%	287.000
WPB SE						
WPB SE	3,16%	1.077.718	3,16%	1.077.718	3,05%	1.039.307
WPB / M. PS					0,67%	229.026
Zwischensumme	3,16%	1.077.718	3,16%	1.077.718	3,72%	1.268.333
Fond 1/2						
Fond 1	0,40%	137.330	0,40%	137.330	0,40%	137.330
Fond 2	1,79%	611.910	1,79%	611.910	1,79%	611.910
Zwischensumme	2,20%	749.240	2,20%	749.240	2,20%	749.240

3.3 Conwert Immobilien Invest SE

Conwert Immobilien Invest SE, eingetragen unter FN 212163f, ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien, Albertgasse 35, 1080 Wien, deren Aktien seit 28. November 2002 zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Marktsegment Prime Market

notiert werden. Das Grundkapital der conwert SE beträgt EUR 853.592.730,- und ist in 85.359.273 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt.

Im Geschäftsjahr 2007 hat conwert SE insgesamt 25 Immobilien-Management- und Immobilien-Dienstleistungsunternehmen von teils wesentlichen conwert SE Aktionären übernommen. Das Transaktionsvolumen für den Erwerb dieser Gesellschaften belief sich auf rund EUR 216 Mio. Der Erwerb wurde in einer außerordentlichen Hauptversammlung am 25. Oktober 2007 mit 99,8 % beschlossen.

Anschließend an diese Erwerbe hat Albertgasse 35 Beteiligungs GmbH & Co KG (im Folgenden „Albertgasse KG“ oder „Zweckgesellschaft“) Ende 2007 erfolgreich ein freiwilliges Angebot für 10% der conwert Aktien an die Aktionäre der conwert SE gerichtet (GZ 2007/1/6). Wesentliche Gesellschafter dieser Zweckgesellschaft waren ua Günther und Gabriele Kerbler, Mag. Kowar sowie KR Friedrich Scheck mit insgesamt rund 75,1%. Alle Gesellschafter haben für die Zeit nach Auskehr der von der Zweckgesellschaft erworbenen Aktien die gemeinsame Stimmrechtsausübung vereinbart. Einzelne Syndikatsmitglieder haben sich im Syndikatsvertrag Sonderrechte vorbehalten.

Die Aktionärsstrukturen vor und nach Durchführung des Teilangebots (GZ 2007/1/6) sowie die aktuelle Beteiligungsstruktur der Syndikatspartner bei conwert SE stellen sich wie folgt dar:

	Vor Teilangebot		Am 02.05.08		Aktuell*	
	%	Stück	%	Stück	%	Stück
Mag. Kowar	0,55%	465.450	1,80%	1.540.500	1,57%	1.338.575
Kowar KEG	0,09%	80.000	0,69%	589.450	1,00%	855.999
Günther Kerbler	1,22%	1.045.000	3,54%	3.025.025	2,81%	2.400.025
Gabriele Kerbler	0,44%	376.600	0,72%	613.150	0,34%	287.650
Kerbler Holding GmbH	4,86%	4.150.656	1,06%	900.656	0,00%	656
K5 PS / K5 GmbH	0,18%	150.000	2,32%	1.980.000	1,43%	1.220.000
T.T. GmbH	0,10%	85.000	0,10%	85.000	0,00%	0
KR Scheck / WT 80 KG	0,06%	50.000	1,38%	1.176.700	0,94%	798.300
Erika Scheck	0,00%	3.825	0,00%	3.825	0,00%	3.825

	7,61%	6.499.007	14,12%	12.050.244	11,18%	9.546.585

(* Angaben gemäß der Eingabe vom 24. Juni 2009)

Neben den angeführten Beteiligungen an conwert SE hat Kerbler Holding GmbH am 17. September 2008 mit Wirksamkeit zum 01. Juni 2008 mit Fond 1 eine Put Optionsvereinbarung über 381.300 Aktien der conwert SE, ausübbar bis 20. Jänner 2012, abgeschlossen. Kowar KEG hat Put/Call Optionsvereinbarungen über den Erwerb von 450.000 Stück Aktien der conwert SE abgeschlossen.

Die belgische Investmentfirma Fortis Investments hält derzeit 5,27% an conwert SE. Die übrigen Aktien befinden sich im Streubesitz.

Geschäftsführende Direktoren der conwert SE sind Mag. Johann Kowar (Generaldirektor), Mag. Claudia Badstöber, Jürgen Kelber, Thomas Rohr und Mag. Wolfgang Tutsch. Dem Verwaltungsrat gehören Herr Günther Kerbler (Vorsitzender), Dr. Thomas Prader, Dr. Michael Kraus, Mag. Franz Zwickl, Mag. Friedrich Kadnoska, Dr. Volker Riebel und Mag. Harald Nograsedk an.

3.4 Wiener Privatbank SE

Wiener Privatbank SE, eingetragen unter FN 84890 p, ist eine Europäische Gesellschaft mit Sitz in Wien, Geschäftsanschrift Hohenstaufengasse 5, 1010 Wien, deren Aktien seit 25. Juni 1992 zum Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Marktsegment Standard Market Auction notiert werden. Das Grundkapital der Wiener Privatbank beträgt EUR 33.486.187,06,- und ist in 4.606.078 auf Inhaber lautende Stückaktien zerlegt.

An WPB SE sind ua die K5 Beteiligungs GmbH, FN 312844s, mit 26,05%, Kerbler Holding GmbH, FN 49645h, mit 19,58%; Kowar KEG, FN 173771x, mit 9,68%, Günther Kerbler mit 6,01% und WT 80 KG mit 4,36% beteiligt. Die übrigen Aktien befinden sich im Streubesitz. Zwischen K5 Privatstiftung, FN 165016x, Kerbler Holding GmbH, Kowar KEG sowie WT 80 KG erfolgt in Bezug auf WPB SE die gemeinsame Stimmrechtsausübung. Zusammen halten diese Rechträger mehr als 60% des stimmberechtigten Grundkapitals an WPB SE.

Geschäftsführende Direktoren der WPB SE sind MMag. Dr. Helmut Hardt und Mag. Sascha Herczegh. Dem Verwaltungsrat gehören Mag. Franz Zwickl, Dr. Thomas Prader, Mag.

Friedrich Kadnoska, Günter Kerbler und DDr. Christian Schopper an. Ing. L. und Herr H. sind Mitarbeiter der WPB SE.

3.5 Günther Kerbler, Kerbler Holding GmbH, K5 Privatstiftung und T.T. Projektentwicklung GmbH

Hauptstifter der K5 Privatstiftung ist Herr Kerbler. Der Hauptstifter hat sich das Recht auf jederzeitige Änderung der Stiftungsurkunde sowie das Bestellungs- und Abberufungsrecht in Bezug auf den Stiftungsvorstand und den Stiftungsbeirat vorbehalten. Die K5 Privatstiftung ist die einzige Gesellschafterin der K5 Beteiligungs GmbH, eingetragen unter FN 312844s, deren Geschäftsführer Herr Dr. Thomas Prader ist. Herr Kerbler ist Geschäftsführer der Kerbler Holding GmbH deren Gesellschafter bis März 2008 ua auch Herr Kowar sowie die Kowar KEG waren. Derzeit sind K5 Privatstiftung und Frau Gabriele Kerbler Gesellschafter der Kerbler Holding GmbH. Geschäftsführer der T.T. Projektentwicklung GmbH, eingetragen unter FN 132205w, ist Herr Kerbler. Gesellschafter sind Herr Kerbler und K5 Privatstiftung. Herr Günther Kerbler ist derzeit Vorstandmitglied der S8 Privatstiftung, Verwaltungsrat der WPB SE und Vorsitzender des Verwaltungsrats der conwert SE.

3.6 Mag. Johann Kowar, Kowar KEG und Sonne Privatstiftung

Komplementär der Kowar KEG ist Mag. Kowar. Kommanditistin ist die Sonne Privatstiftung, eingetragen unter FN 172306t. Stifter der Sonne Privatstiftung ist Mag. Kowar. Ausweislich der Stiftungsurkunde hat sich der Stifter ein Änderungsrecht der Stiftungsurkunde vorbehalten.

Mag. Kowar ist Generaldirektor der conwert SE sowie Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden der ECO AG. Er war bis August 2008 Aufsichtsratsmitglied der WPB SE.

3.7 KR Friedrich Scheck, S8 Privatstiftung, WT 80 KG und WT 80 GmbH

Komplementär der WT 80 KG ist WT 80 Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung GmbH (im Folgenden „WT 80 GmbH“), Kommanditistin ist S8 Privatstiftung, eingetragen unter FN 285489m. KR Scheck ist einer der Stifter der S 8 Familienprivatstiftung. Die Stifter der S 8

Privatstiftung haben sich das Recht auf jederzeitige Änderung der Stiftungsurkunde und Widerruf der Stiftung vorbehalten. Einziger (geschäftsführender) Gesellschafter der WT 80 GmbH ist KR Scheck.

KR Scheck war bis 1. Juni 2009 Geschäftsführender Direktor der conwert SE und ist derzeit Vorstandsvorsitzender der ECO AG sowie Geschäftsführer der ECO GmbH.

KR Scheck bzw WT 80 KG haben mit 4. September 2009 sämtliche ECO Aktien veräußert und halten derzeit keine Aktien der Zielgesellschaft.

3.8 Der Handelsbestand der WPB SE

WPB SE hat ihren Bestand an ECO Aktien im Zuge ihrer Funktion als Spezialist und Market Maker aufgebaut. Der Gesamtbestand unterlag größeren Schwankungen. Im 2. Halbjahr 2007 baute die Bank den Handelsbestand an ECO Aktien stark aus. Ein kurzfristig vermögenswahrender Verkauf erfolgte nicht. Im Jahresabschluss zum 31. Dezember 2008 wies WPB SE unter Ausnützung ihres Bilanzierungswahlrechts 1.000.000 Stück als Finanzanlagevermögen aus. Dessen ungeachtet wurde der gesamte Bestand an ECO Aktien im Konzernabschluss nach Available-for-Sale Kriterien zum Ultimokurs bewertet. Herr Ing. L. hat in der Hauptversammlung am 21. Mai 2008 sämtliche im Handelsbestand gehaltene ECO Aktien im Fremdbesitz vertreten. Die Anmeldung und Ausübung der Stimmrechte aus diesen Aktien durch einen Mitarbeiter der WPB SE war nicht mit dem Vorstand der Bank akkordiert.

3.9 M. Privatstiftung

Die M. Anstalt ist eine ausländische Privatstiftung, welche bis ins Jahr 2009 229.026 Stück ECO Aktien hielt. Das Aktienpaket war aus einem Kreditgeschäft zugunsten der WPB SE verpfändet. Mit Uneinbringlichkeit der Kreditforderungen sind diese Aktien im Jahr 2009 zugunsten der WPB SE verfallen und wurden in den sonstigen Handelsbestand eingebucht. Zwischen der ausländische Privatstiftung und den anzeigerstattenden Rechtsträgern bestehen (so weit ersichtlich) keine über das Kreditgeschäft hinausgehenden Verbindungen.

3.10 Fond 1/2

Fond 2, eingetragen unter FN X, als auch Fond 1, eingetragen unter FN X, beide mit Geschäftsanschrift X, sind Publikumsbeteiligungsgesellschaften mit Fondcharakter, welche über eine mehrstufige Gesellschaftsstruktur von der WPB SE verwaltet werden.

Neben der Veranlagung in Einzelimmobilien halten seit dem Jahr 2005 Fond 2 611.910 Stück ECO Aktien und Fond 1 72.664 Stück ECO Aktien. Fond 1 hat die Beteiligung an ECO AG auf insgesamt 137.330 Stück Aktien ausgebaut. In der ECO AG Hauptversammlung am 21. Mai 2008 hat Herr Ing. L. sämtliche ECO Aktien der Fond 1/2 im Fremdbesitz vertreten.

Die Verwaltung der beiden Publikumsfonds obliegt der O-GmbH, FN X, welche mittelbar zu 100% im Eigentum der WPB SE steht. Geschäftsführer ist Herr H., welchem gleichzeitig die Leitung der Asset Management Abteilung der WPB SE obliegt.

Für beide Gesellschaften ist ein unabhängiger Veranlagungsbeirat, derzeit bestehend aus den Herren Mag. C, Ing. D. und Dr. E., eingerichtet. Dem obligatorischen Beirat der Fond 2 kommt gem Pkt 7.9 des Gesellschaftsvertrages die Prüfung der Veranlagungsvorschläge der Geschäftsführung sowie die Beratung und Unterstützung in allen Fragen der Veranlagung des Gesellschaftsvermögens zu, wobei nur die Belastung und Veräußerung von Liegenschaften der vorherigen Zustimmung des Beirats bedürfen. Dem fakultativen Beirat der Fond 1 obliegt gleichfalls die Beratung der Geschäftsführung in allen wichtigen Angelegenheiten, wobei er darüber hinaus die Einhaltung des Unternehmensgegenstandes zu überwachen und zur Einnahmen-Überschussrechnung sowie zur Ergebnisverwendung Stellung zu nehmen hat. Klargestellt wird, dass der Beirat der Fond 1 zu keinerlei Weisungen gegenüber der Geschäftsführung berechtigt ist. Dem Veranlagungsbeirat keiner der beiden Gesellschaften stehen bei Erwerb und Veräußerung von Wertpapieren oder in Bezug auf die Ausübung von Stimmrechten Weisungs- oder Zustimmungsrechte zu.

Eine Meldung gem § 92a BörseG iVm § 7 Transparenzverordnung wurde von WPB SE in Bezug auf die Fond 1/2 bisher nicht vorgenommen.

3.11 Put/Call Optionen

Im Rahmen der Kapitalerhöhung bei ECO AG im Juni 2007 schloss ECO GmbH am 28. Juni 2007 Put/Call Optionsvereinbarungen über 800.000 Stück ECO Aktien mit X KAG für den W-FOND ab. Einziger Fondinhaber ist die A AG.

W-FOND war Stillhalter einer jederzeit ausübaren Call Option mit Abschlussdatum vom 28. Juni 2007, Laufzeit bis 28. Dezember 2007, Prämie EUR 1,- je Aktie, einem Ausgabekurs von EUR X,- plus X% Zinsen jährlich, sowie einer ausschließlich physischen Lieferung der gegenständlichen Aktien. ECO GmbH hingegen war Stillhalterin einer deckungsgleichen Put Option.

Diese Doppeloption wurde unter Anpassung des Ausübungspreises mit 28. Dezember 2007 in 3 Tranchen auf WT 80 KG/KR Scheck, Herrn Kerbler sowie Mag. Kowar geteilt und auf 28. Dezember 2008 weitergerollt. Das Optionspaket von Mag. Kowar wurde mit 28. Dezember 2008 ausgeübt. Die Optionspakete der WT80 KG/KR Scheck und von Herrn Kerbler wurden abermals unter Zwischenschaltung eines Intermediärs auf 29. Dezember 2009 weitergerollt. Zwischenzeitlich wurde auch das Optionspaket von KR Scheck mit 4. September 2009 ausgeübt. Die gegenständlichen Aktien wurden an Dritte weiterveräußert.

	Stillhalter	Option	Ausübungspreis	Pr.	Abschluss	Laufzeit	Stück	Art
A	ECO GmbH	PUT	€ V,- + W% p.a.	€ 1,-	28.06.2007	28.12.2007	800.000	Am
A	W-FOND	CALL	€ V,- + W% p.a.	€ 1,-	28.06.2007	28.12.2007	800.000	Am
B1	WT 80 KG	PUT	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2007	28.12.2008	392.000	Am
B1	W-FOND	CALL	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2007	28.12.2008	392.000	Am
B2	Kerbler	PUT	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2007	28.12.2008	287.000	Am
B2	W-FOND	CALL	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2007	28.12.2008	287.000	Am
B3	Mag. Kowar	PUT	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2007	28.12.2008	121.000	Am
B3	W-FOND	CALL	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2007	28.12.2008	121.000	Am
C1	F. Scheck	PUT	€ Y,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2008	29.12.2009	392.000	Eur
C1	P. / W-FOND	CALL	€ Y,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2008	29.12.2009	392.000	Am
C2	Kerbler / P.	PUT	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2008	29.12.2009	287.000	Eur
C2	W-FOND	CALL	€ X,- + Z% p.a.	€ 1,-	28.12.2008	29.12.2009	287.000	Am

Die von W-FOND gehaltenen optionsgegenständlichen ECO Aktien wurden zu keiner Zeit zu einer Hauptversammlung der ECO AG angemeldet oder vertreten.

3.12 Treuhandvertrag

Auf Basis der mit der ÜbK geführten Vorgespräche haben conwert SE, WPB SE, Herr Kerbler, Mag. Kowar und die Kowar KEG (im Folgenden zusammen „Treugeber“) mit Notar Dr. B. (im Folgenden „Treuänder“) am 17. September 2009 einen geänderten Treuhandvertrag für ECO Aktien abgeschlossen, der den ursprünglichen Treuhandvertrag vom 25. Juni 2009 ersetzt. Die Treugeber werden infolge der Hinterlegung von 1.565.086 Stück ECO Aktien beim Treuänder das Stimmrecht aus den eingelieferten Aktien nicht ausüben können. Für den Fall, dass die ÜbK dem Vorbringen und der Rechtsauffassung der Treugeber nicht folgt und ein gemeinsames Vorgehen der Treugeber mit KR Scheck in Bezug auf ECO AG annimmt, wird der Treuänder die eingelieferten Aktien vermögenswährend und **marktschonend** verkaufen. Der Treuänder ist auf den ausgewiesenen Treuhanddepots alleine zeichnungsbefugt. Dem Treuänder ist die Ausübung der mit den Treuhandaktien verbundenen Stimm- und Herrschaftsrechte untersagt.

4. Beweiswürdigung

Die vorstehenden Feststellungen basieren auf den zum Akt genommenen Urkunden und der Gespräche mit Vertretern der Verfahrensparteien sowie mit Herrn Ö., X KAG.

5. Rechtliche Beurteilung

5.1 Zu Spruchpunkt 1

5.1.1 Kontrollierende Beteiligung

An das Erlangen einer Beteiligung, die gem § 22 Abs 2 ÜbG mehr als 30% der ständig stimmberechtigten Aktien vermittelt, ist die Pflicht zur Stellung eines Übernahmeangebots geknüpft. Die Angebotspflicht trifft gem § 22a ÜbG auch Aktionäre, die eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger bilden, sofern die Gruppenmitglieder zusammengerechnet über mehr als 30% der Stimmrechte an der Zielgesellschaft verfügen. Die Zusammenrechnung bzw wechselseitige Zurechnung der von den gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern gehaltenen Stimmrechte ergibt sich dabei aus § 23 Abs 1 ÜbG. Diese Zusammenrechnungsbestimmung führt dazu, dass eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger auch dann ein Pflichtangebot zu stellen hat, wenn die

Gruppenmitglieder zwar noch nicht bei Bildung der Gruppe bzw erstmaliger Zusammenrechnung über eine kontrollierende Beteiligung an der Zielgesellschaft verfügen, aber durch Zukäufe einzelner oder aller Mitglieder in der Folge die 30%-Schwelle überschreiten.

Als gemeinsam vorgehende Rechtsträger gelten gem § 1 Z 6 ÜbG Aktionäre, die auf Grundlage einer Absprache zusammenarbeiten, um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben. Insbesondere die Koordinierung der Stimmrechte führt nach dem Willen des Gesetzgebers zur Qualifikation des gemeinsamen Vorgehens.

In bestimmten Fällen sieht das Gesetz für die Beurteilung des gemeinsamen Vorgehens von Rechtsträgern widerlegliche Vermutungen vor. Diese sollen einerseits zur Anwendung kommen, wenn mehrere Rechtsträger eine Absprache über die Ausübung der Stimmrechte bei der Wahl in den Aufsichtsrat getroffen haben, und andererseits, wenn Rechtsträger eine kontrollierende Beteiligung an anderen Rechtsträgern halten (vgl zuletzt Stellungnahme der ÜbK vom 20.5.2009, GZ 2009/1/3 – 30; siehe auch *Huber/Alscher* in Huber (Hrsg) *Übernahmegesetz*², § 1 Rz 74f).

5.1.1.1 Herr Kerbler, Mag. Kowar, KR Scheck, WPB SE

Herr Günther Kerbler ist Alleingesellschafter ua der Kerbler Holding GmbH und geht daher aufgrund des ihm durch diese Beteiligung ermöglichten beherrschenden Einflusses auf diese Gesellschaft mit dieser gemeinsam vor. Gleiches gilt für die K 5 Beteiligungs GmbH. Als Stifter der K 5 Privatstiftung hat sich Herr Kerbler das Recht vorbehalten, jederzeit Änderungen der Stiftungserklärung vorzunehmen. Dieses Recht allein ermöglicht es Herrn Kerbler, maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der K 5 Privatstiftung auszuüben. Bei Vorliegen eines solchen unbeschränkten Änderungsvorbehalts ist daher grundsätzlich von einer beherrschten Privatstiftung iSd § 22 Abs 3 Z 2 ÜbG auszugehen (vgl *Zollner*, *GesRZ* 2003, 278 [281 f]; *ders*, *ÖBA* 2004, 831 [835 f]; *N. Arnold/Schuster*, *GesRZ* 2007, 303 [306]). Allfällige von Kerbler Holding GmbH und K 5 Privatstiftung an börsennotierten österreichischen Gesellschaften gehaltene Aktien sind daher aus übernahmerechtlicher Sicht Herrn Kerbler zuzurechnen. Im Konkreten sind daher die Anteile der von Herrn Kerbler persönlich und die von K 5 Privatstiftung direkt oder indirekt an ECO AG gehaltenen Anteile gem § 23 ÜbG zusammenzurechnen.

Mag. Johann Kowar ist Komplementär der Kowar KEG, als deren Kommanditistin Sonne Privatstiftung auftritt. Als Stifter der Sonne Privatstiftung hat sich Mag. Kowar das Recht zur Änderungen der Stiftungserklärung vorbehalten; er hat dadurch die Möglichkeit, maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Stiftung auszuüben. Bei Sonne Privatstiftung handelt es sich daher um eine von Mag. Kowar beherrschte Privatstiftung. Die von ihm unmittelbar und mittelbar – über die ihm zurechenbare Stiftung – gehaltenen Beteiligungen an Kowar KEG vermitteln ihm auch beherrschenden Einfluss bzw die Kontrolle über diese Gesellschaft. Sowohl Sonne Privatstiftung als auch Kowar KEG gehen daher mit Mag. Kowar gemeinsam vor, womit die von den genannten Rechtsträgern gehaltenen Beteiligungen diesen wechselseitig zuzurechnen sind.

KR Scheck ist einer der Stifter der S 8 Familienprivatstiftung. Die Stifter der S 8 Privatstiftung haben sich ein unbeschränktes Änderungsrecht vorbehalten. Im Sinne des soeben Ausgeführten gilt daher auch die S 8 Privatstiftung als von KR Scheck mitbeherrscht. KR Scheck ist die WT 80 GmbH zuzurechnen, da er als deren geschäftsführender Alleingesellschafter die Gesellschaft beherrscht. WT 80 GmbH ist wiederum unbeschränkt haftender Gesellschafter der WT 80 KG, als deren Kommanditist die S 8 Privatstiftung fungiert. WT 80 KG ist daher ebenfalls als ein gemeinsam mit KR Scheck vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren ist, womit deren Anteile an ECO AG wechselseitig zuzurechnen sind.

Herr Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck sind unmittelbar bzw mittelbar über Kerbler Holding GmbH, K 5 Beteiligungs GmbH, Kowar KEG und WT 80 KG an WPB SE beteiligt, wobei zwischen den vier letztgenannten Rechtsträgern in Bezug auf WPB SE die Stimmrechte gemeinsam ausgeübt werden. Diese Rechtsträger bilden daher in Bezug auf ihre Beteiligungen an WPB SE eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG. Nach der gem § 23 Abs 1 ÜbG gebotenen Zusammenrechnung der Anteile von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern hält die Gruppe an der Bank eine Beteiligung von über 60% der stimmberechtigten Aktien. Da dies eine kontrollierende Beteiligung gem § 22 Abs 2 ÜbG darstellt, greift insoweit die Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG, dass die Mitglieder dieser Gruppe mit der von ihnen beherrschten Gesellschaft und den von dieser beherrschten Tochtergesellschaften gemeinsam vorgehen. Da diese Vermutung im Laufe des Verfahrens nicht widerlegt wurde, sind die von den genannten Rechtsträgern gehaltenen Aktien an der ECO AG zusammenzurechnen.

Herr Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck haben keinen schriftlichen Syndikatsvertrag betreffend ihre Beteiligungen an ECO AG abgeschlossen. Das Nichtvorliegen eines solchen schriftlichen Vertrages über die gleichförmige und koordinierte Ausübung von Stimmrechten führt jedoch keineswegs dazu, dass Aktionäre nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren sind. Wäre dem so, könnte die Bestimmung, deren maßgeblicher Zweck der Umgehungsschutz ist (vgl. *Gall*, Acting in Concert und Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz, GesRZ 2008, 139), in der Praxis keine Wirksamkeit entfalten, weil Stimmbindungsvereinbarungen nur mehr mündlich getroffen würden. Stillschweigendes Einverständnis zwischen den Aktionären genügt für das Vorliegen einer Absprache iSv § 1 Z 6 ÜbG (*Huber/Alscher in Huber*, Übernahmegesetz², § 1 Rz 55; *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht², Rz 44).

Zwischen Herrn Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck besteht ein weites Netz an gemeinsamen Organfunktionen, Beteiligungen und Syndikatsverträgen an unterschiedlichsten Gesellschaften, die Anteile an der ECO AG halten. So ist Herr Kerbler Vorsitzender des Verwaltungsrats der conwert SE, Mag. Kowar ist Generaldirektor dieser Gesellschaft. Bis Juni 2009 war auch KR Scheck geschäftsführender Direktor der conwert SE. Bei WPB SE verfügt Herr Kerbler über ein Verwaltungsratsmandat, Mag. Kowar war bis zum August 2008 Mitglied des Aufsichtsrats dieser Gesellschaft. Herr Kerbler ist weiters in der von KR Scheck mitbeherrschten S 8 Privatstiftung als Mitglied des Stiftungsvorstands tätig. An der Zielgesellschaft selbst halten bzw. hielten sowohl Herr Kerbler, als auch Mag. Kowar und KR Scheck (Letztgenannter bis zum 4. September 2009) auch unmittelbar Aktien in beträchtlichem Ausmaß. KR Scheck ist zudem weisungsfreier Vorstandsvorsitzender der ECO AG und seit Juli 2004 weisungsgebundener Geschäftsführer der ECO GmbH. Vor dem Erwerb aller Geschäftsanteile der ECO GmbH durch conwert SE im Dezember 2007 waren unter anderem Herr Kerbler, Mag. Kowar, KR Scheck, K 5 Privatstiftung, S 8 Privatstiftung, Kowar KEG und WPB SE an der ECO GmbH wesentlich beteiligt. Herr Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck haben nach Internalisierung von Managementgesellschaften gemeinsam mit anderen Rechtsträgern im Jahr 2007 ein Teilangebot für 10% der Aktien der conwert SE veröffentlicht und nach erfolgreicher Abwicklung die daraus erworbenen Aktien syndiziert.

Diese engen personellen Verflechtungen in Zusammenhang mit gemeinsamen Beteiligungen an mehreren Unternehmen lassen den Schluss zu, dass die Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck betreffend ECO AG als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren sind. Die Übernahmekommission hat erst kürzlich ausgesprochen, dass

personelle Verflechtungen und Überschneidungen zwischen Rechtsträgern bei der Beurteilung des gemeinsamen Vorgehens eine besondere Bedeutung einnehmen. So sind bei der Beurteilung dieser Frage dann geringere Anforderungen zu stellen, wenn in den beteiligten Rechtsträgern dieselben Personen Organfunktionen innehaben und die Willensbildung mit beeinflussen können (vgl GZ 2009/1/1 - 36).

Der 1. Senat gelangt daher aufgrund des gebotenen Gesamteindrucks zur Ansicht, dass es sich bei den Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck in Bezug auf die Zielgesellschaft um gemeinsam vorgehende Rechtsträger gem § 1 Z 6 ÜbG handelt. Dies schlägt naturgemäß auf die von diesen beherrschten Rechtsträger durch.

5.1.1.2 Conwert SE

Conwert SE, mit rund 24,9% der Stimmrechte der größte Aktionär der ECO AG, ist eine Streubesitzgesellschaft, an der kein Aktionär oder keine Gruppe von Aktionären eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 ÜbG hält. Die Vermutung des gemeinsamen Vorgehens gem § 1 Z 6 ÜbG liegt daher für keinen Aktionär vor.

Die größte und stimmenstärkste Aktionärsgruppe bilden die über einen Stimmbindungsvertrag betreffend Conwert SE gemeinsam vorgehenden Rechträger der ehemaligen Albertgasse KG; sie halten insgesamt rund 11% der stimmberechtigten Aktien. Innerhalb dieses Syndikats kommt den Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck mit rund 75,4% der vom Syndikat erfassten Aktien ein beherrschender Einfluss zu. Das zeigt sich auch daran, dass andere Syndikatsmitglieder sich durch Sonderbestimmungen im Syndikatsvertrag gegen die starke Position dieser Herren absichern wollen.

Zu dieser Stellung als Aktionäre kommen die Organfunktionen einzelner Mitglieder hinzu. So ist Mag. Kowar Generaldirektor, Herr Kerbler Vorsitzender des Verwaltungsrats.

Zu entscheiden ist daher, ob eine Kombination von Beteiligung an der Gesellschaft, die nicht kontrollierend im Sinn des ÜbG ist, mit Organfunktionen in der Gesellschaft zum gemeinsamen Vorgehen iSv § 1 Z 6 ÜbG führen kann. Das ist im Ergebnis zu bejahen:

Zunächst weist der 1. Senat ausdrücklich darauf hin, dass trotz Wegfalls von § 9 Z 4 der 1. ÜbV (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 11. März 1999, Veröffentlichung Nr. 115) nicht der Umkehrschluss zu ziehen ist, dass Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nun keinesfalls mit ihrer jeweiligen Gesellschaft gemeinsam vorgehen (so zum

vergleichbaren Fall der Berater auch die Erläuterungen zur RV ÜbRÄG 2006, 5). Es besteht seit dem ÜbRÄG 2006 bloß keine diesbezügliche Vermutung.

Weiterhin liegt aber gemeinsames Vorgehen mit der Gesellschaft vor, wenn über die Organfunktion hinaus zusätzliche Umstände vorliegen, die einen finanziellen Interessengleichklang zwischen Organmitgliedern und Gesellschaft nahelegen. Ein solcher ist umso eher anzunehmen, je höher die Beteiligung der Organmitglieder an der Gesellschaft ist, insbesondere wenn in der Sache ein wesentlicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft auch über die Aktionärsstellung ausgeübt werden kann. In Zusammenhang mit der Einflussausübung über die Stellung als Organmitglied kann dafür gerade in einer Streubesitzgesellschaft auch ein deutlich unter der Kontrollschwelle liegendes Aktienpaket genügen.

Dem durch die Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck beherrschten Syndikat ist es, unterstützt durch die engen Organverflechtungen dieser drei Herren bei conwert SE und ihren Tochtergesellschaften, jedenfalls möglich, einen solchen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft zu nehmen. Dies manifestierte sich ua an der auf Bestreben der Syndikatsmitglieder durchgeführten Internalisierung der ehemaligen Managementgesellschaften. Dieser bedeutende faktische Einfluss, ergänzt durch die Besetzung wesentlicher Funktionen im Management der Gesellschaft, lassen nach Ansicht des 1. Senats den Schluss zu, dass die Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck auch mit conwert SE in Bezug auf ECO AG als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren sind. Ihre Beteiligungen an ECO AG sind daher gem § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen.

5.1.1.3 Der Handelsbestand der WPB SE

Wie bereits in GZ 2007/1/1-14 ausgesprochen, hat der Gesetzgeber anerkannt, dass Kreditinstituten im Rahmen von Wertpapiergeschäften eine besondere Funktion zukommt. Die §§ 16 und 26 ÜbG sehen daher für typische Bankgeschäfte Ausnahmen von übernahmerechtlichen Kernbestimmungen vor, um Banken in Ausübung ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit nicht unnötig zu behindern. Die Privilegierungen gründen dabei auf der Annahme, dass hierbei die Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber nicht beeinträchtigt werden, insbesondere wenn durch die Gewährung von Ausnahmen das Stimmrecht der Banken nicht erweitert wird.

Bis zum Inkrafttreten des ÜbRÄG 2006 war in § 11 Abs 2 der 1. ÜbV auch in Bezug auf die Hinzurechnung von Beteiligungen eine Ausnahmeregelung für Positionen des Handelsbuchs einschließlich aus Verpflichtungen als Market Maker oder Spezialist an einer österreichischen Wertpapierbörse vorgesehen. Voraussetzung hierfür war ua, dass das betroffene Kreditinstitut, abhängig vom Ausmaß des Aktienbestands, regelmäßig Meldungen an die ÜbK erstattete, eine Bestätigung vorlegte, dass durch diese Aktien weder das Kreditinstitut noch ein Dritter Kontrolle über die jeweilige Gesellschaft erlangen will und dass die Stimmrechte aus diesen Aktien tatsächlich nicht ausgeübt werden.

Auf Basis der in GZ 2007/1/1-14 vorgenommenen Aussage ist der 1. Senat auch zur Frage der Hinzurechnung von Aktien des Handelsbestands der Ansicht, dass bei Einführung des ÜbRÄG 2006 offenbar übersehen wurde, dass die Ausnahmen in § 11 Abs 2 der 1. ÜbV im Einzelfall auch Beteiligungen von über 30% umfassen konnten. Der ersatzlose Entfall der Ausnahmebestimmungen ist daher auch in diesem Fall als bloßes Redaktionsversehen zu werten, weswegen der Handelsbestand eines Kreditinstituts unter bestimmten Voraussetzungen auch in Zukunft keiner Zurechnung unterliegen soll.

Im vorliegenden Fall kann jedoch von keiner Durchbrechung der Zurechnung ausgegangen werden. Denn die Stimmrechte aus sämtlichen im Handelsbestand befindlichen ECO Aktien wurden in der Hauptversammlung am 21. Mai 2008 durch Herrn L., einem Mitarbeiter der WPB SE, ausgeübt. Der gesamte Handelsbestand von über 1 Mio Stück ECO Aktien entspricht mit rund 3,7% vom Grundkapital der ECO AG darüber hinaus nicht in Art und Umfang dem im Geschäftsbetrieb notwendigen Handelsbestand vergleichbarer Kreditinstitute. Letztlich erfolgte eine teilweise Umbuchung der ECO Aktien vom Handelsins Bankbuch. Dies ist trotz des grundsätzlichen Bilanzierungswahlrechts der Bank als ein Indiz dafür zu werten, dass die gegenständlichen ECO Aktien nicht oder nach dem Erwerb nicht mehr als kurzfristige Market Maker Bestände behandelt werden können.

Die im Handelsbestand der WPB SE gehaltenen ECO Aktien sind daher vorbehaltlich der Maßnahmen in Pkt 5.2 der Bank und den mit ihr gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern zuzurechnen.

5.1.1.4 ECO-Aktien der Fond 1/2

Neben der wechselseitigen Zurechnung von Anteilen, die gemeinsam vorgehende Rechtsträger an einer Zielgesellschaft halten, ist zu untersuchen, inwieweit dieser Gruppe

gemeinsam vorgehender Rechtsträger bzw einzelnen dieser Rechtsträger Stimmrechte an ECO AG darüber hinaus einseitig zuzurechnen sind. Gem § 23 Abs 2 ÜbG sind Stimmrechte einem Rechtsträger einseitig zuzurechnen, auf deren Stimmrechtsausübung dieser Rechtsträger Einfluss nehmen kann. Die Bestimmung ist generalklauselartig formuliert, enthält jedoch im Anschluss eine demonstrative Aufzählung konkreter Fälle der Zurechnung. Die Bestimmung hat dabei typischerweise Fälle vor Augen, in denen einer natürlichen oder juristischen Person Einfluss auf die Ausübung von Stimmrechten aus Aktien zukommt, die sich nicht in ihrem Eigentum befinden.

Die Fond 1/2 sind Publikumsbeteiligungsgesellschaften mit Fondcharakter. Bei der Komplementärin sowie bei der Kommanditistin der Fond 2 und der Fond 1 handelt es sich um Konzerngesellschaften der WPB SE. Die von den beiden Kommanditgesellschaften gehaltenen Aktien befinden sich somit mittelbar im Eigentum der WPB SE; die Kommanditistin hält jedoch den Geschäftsanteil auf Rechnung einer Vielzahl von Investoren, womit diese als wirtschaftliche Eigentümer zu bezeichnen sind.

Die gewählte Gesellschaftsstruktur ist aber am Maßstab des § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG zu messen, nach dem Beteiligungen zuzurechnen sind, die jemandem ein Stimmrecht verschaffen, ohne dass dieser Rechtsträger auch (wirtschaftlicher) Eigentümer der Aktien ist.

Im vorliegenden Fall erfolgt die Verwaltung der Publikumsfonds durch Tochtergesellschaften der WPB SE. Diese sind sowohl in Bezug auf die Veranlagung von Fondgeldern in Wertpapieren als auch auf die Ausübung der aus den Aktien entstammenden Stimmrechte vom für die Fond 1/2 eingerichteten Veranlagungsbeirat weisungsfrei. Dem Beirat obliegt diesbezüglich eine bloße Beratungs- und Überwachungsfunktion. Auch eine Meldung gem § 92a BörseG iVm § 7 Transparenzverordnung, wonach das Mutterunternehmen einer Verwaltungsgesellschaft seine Beteiligungen nicht mit den von der Verwaltungsgesellschaft verwalteten Beteiligungen zusammenrechnen muss, wenn die Verwaltungsgesellschaft die Stimmrechte unabhängig vom Mutterunternehmen ausübt, wurde von WPB SE in Bezug auf die Fond 1/2 bisher nicht vorgenommen.

Daher ist nach Ansicht des 1. Senats – anders als von WPB SE vorgebracht – die derzeitige Zusammensetzung des Veranlagungsbeirats der Fond 1/2 für die Frage der Zurechnung von ECO Aktien nicht relevant. Ausschlaggebend ist die mangelnde Trennung zwischen WPB SE und den Fond 1/2 sowie die Tatsache, dass die

Verwaltungsgesellschaften an die Weisungen des Veranlagungsbeirats bei der Gestionierung in Wertpapieren nicht gebunden sind. Die Ausübung der Stimmrechte aus im Fondvermögen gehaltenen ECO Aktien lag bis dato im alleinigen Ermessen der WPB SE und ihrer Mitarbeiter. Eine Struktur, die auf eine Trennung der beiden Publikumsfonds und ihrer Verwaltungsgesellschaften schließen lässt, sodass keine direkten und indirekten Weisungen jeglicher Art seitens WPB SE möglich sind, wurde nicht dargelegt. Vielmehr war es WPB SE bisher möglich, auf die Ermessensbefugnis der Verwaltungsgesellschaften Einfluss zu nehmen, um spezifische Geschäftsinteressen durchzusetzen.

Der 1. Senat sieht daher den Tatbestand des § 23 Abs 2 Z 2 ÜbG für erfüllt an und geht vorbehaltlich der Maßnahmen in Pkt 5.2 von einer Zurechenbarkeit der durch die Fond 1/2 gehaltenen ECO Aktien an die WBP SE aus.

5.1.1.5 Put/Call Optionen

Nach dem vorgelegten Sachverhalt gehen der Stillhalter (X KAG für W-FOND) der Call Option, der auch gleichzeitig Berechtigter aus der Put Option ist, und ECO GmbH bzw Herr Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck, welche die beiden gegengleichen Positionen eingenommen hatten, nicht gemeinsam iSv § 1 Z 6 ÜbG vor; eine wechselseitige Zurechnung nach § 23 Abs1 ÜbG kommt daher nicht in Frage.

Zu prüfen ist allerdings, ob Stimmrechte aus den optionsgegenständlichen Aktien der ECO GmbH bzw den in die optionsgegenständlichen Vertragspositionen eintretenden Personen bereits vor Ausübung durch eine der Vertragsparteien einseitig hinzuzurechnen sind (§ 23 Abs 2 ÜbG).

Bei der Beurteilung der Hinzurechnung ist die konkrete Ausgestaltung der Optionsvereinbarungen zu berücksichtigen. Die Vertragsparteien haben eine Doppeloption abgeschlossen. Hierbei hat nicht nur der Käufer ein in Form einer Call Option gekleidetes Ankaufsrecht, sondern der Verkäufer der Aktien auch ein in die Form einer Put Option gekleidetes Andienungsrecht, wobei Laufzeiten, Ausübungspreise, Prämien und sonstige Bedingungen ident sind. Es liegen bzw lagen gegengleiche und inhaltlich völlig deckungsgleiche Optionserklärungen hinsichtlich 800.000 Stück ECO Aktien vor. So steht bereits bei Abschluss einer Put/Call Option fest, dass es für eine der beiden Parteien wirtschaftlich sinnvoll sein wird, die Option auszuüben. Denn bleibt der Aktienkurs unter dem Ausübungspreis der Optionsvereinbarungen, muss – wirtschaftlich-rationales

Verhalten vorausgesetzt – W-FOND seine Put Option ausüben; liegt der Kurs darüber, muss ECO GmbH ihre Call Option ausüben. Demnach steht bereits bei Abschluss dieser Optionen der Erwerb der optionsgegenständliche Aktien durch ECO GmbH bzw durch die in ihre Rechtsposition eintretenden Personen fest.

Dem steht auch nicht entgegen, dass – Einvernehmen unter den Vertragsparteien vorausgesetzt – ein Weiterrollen dieser Optionen möglich ist. Diesfalls wird die jedenfalls feststehende physische Lieferung der Aktien unter Berücksichtigung der für W-FOND bestehenden Finanzierungskosten – ausgedrückt durch die Verzinsung mittels täglich steigenden Ausübungspreises – hinausgeschoben.

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise liegt daher ein Termin- bzw Kommissionsgeschäft vor. ECO GmbH bzw die in ihre Position eintretenden Parteien tragen das volle Kursrisiko, partizipieren jedoch auch alleinig an den Kurschancen, während sich für W-FOND das Vertragsverhältnis als reines Pensionsgeschäft darstellt. Das wirtschaftliche Risiko wird zur Gänze auf ECO GmbH, in deren Vermögenssphäre sich alle Kursgewinne und Verluste auswirken, als Zurechnungssubjekt verlagert (vgl *Huber in Huber*, § 23 Rz 23). W-FOND hält bzw hielt daher nach Ansicht des 1. Senats das Aktienpaket gem § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG für Rechnung der ECO GmbH bzw für die in ihre Rechtsposition eintretenden Personen.

Eine mangelnde Einflussnahme auf die Stimmrechtsausübung durch den Erwerber ändert an dieser Beurteilung nichts. § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG geht, anderes als die übrigen Ausnahmen des § 23 Abs 2 ÜbG, schon nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht von der ausdrücklichen Einräumung eines Einflusses auf die Stimmrechtsausübung aus (vgl auch *Huber in Huber*, § 23 Rz 25; GZ 2007/3/1-35).

Der Senat ist daher der Ansicht, dass eine derartige Einflussmöglichkeit bei der vorliegenden Gestaltung auch nicht zwingend festgehalten werden muss. Selbst wenn keine derartige rechtliche Verpflichtung des W-FOND gegenüber dem wirtschaftlichen Eigentümer besteht, reicht der Abschluss deckungsgleicher Put/Call Optionen nach Ansicht des Senats für eine Hinzurechnung bereits aus. Das den Doppeloptionen unterliegende Aktienpaket war daher bereits mit Abschluss der Optionsverträge der ECO GmbH bzw in der Folge den in ihre Position eintretenden Personen gem § 23 Abs 2 Z 1 ÜbG einseitig zuzurechnen.

5.1.1.6 Zwischenergebnis

Die anzeigerstattenden Rechtsträger sind, wie oben ausgeführt, gemeinsam vorgehende Rechträger iSd § 1 Z 6 ÜbG. Alle von diesen Rechtsträgern direkt oder indirekt gehaltenen ECO Aktien sind daher wechselseitig zuzurechnen. Hierdurch haben diese Rechtsträger im Laufe des Jahres 2007 eine für das Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung erforderliche Zahl an Stimmrechten an der Zielgesellschaft erlangt. Sie hielten gemeinsam bis zum Mai 2009 34,98% und halten unter Mitberücksichtigung des an den Treuhänder übertragenen Aktienpakets derzeit 33,01% der Stimmrechte.

5.1.2 Ausnahme von der Angebotspflicht

Dennoch besteht für conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herrn Kerbler und KR Scheck keine Angebotspflicht iSd § 22 Abs 1 ÜbG, da sie gem § 25 Abs 1 Z 3 2. Fall ÜbG die für das Entstehen einer kontrollierenden Beteiligung erforderliche Zahl an Stimmrechten unabsichtlich überschritten und nach Kenntnis des Sachverhalts unverzüglich rückgängig gemacht haben.

§ 25 ÜbG erfasst Fälle, in denen eine Angebotspflicht unsachlich erscheint, da eine Gefährdung von Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber nicht vorliegt (vgl *Huber* in *Huber* (Hrsg) *Übernahmegesetz*², § 25 Rz 1) oder durch entsprechend rasches Handeln und die Auferlegung von Auflagen verhindert werden kann. So sieht § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG für die Fälle des geplanten, aber vorübergehenden bzw des unabsichtlichen Überschreitens der Kontrollschwelle eine Ausnahme von der Angebotspflicht vor. In beiden Fällen ist die Ausnahme mit der mangelnden Kontrollerlangungsabsicht begründet, die sich insbesondere durch ein rasches Unterschreiten der Kontrollschwelle manifestieren muss.

Unabsichtlichkeit liegt dann vor, wenn den Beteiligten nicht bewusst ist, dass sie einen Tatbestand verwirklichen, der zur Angebotspflicht führt (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, ÜbG Rz 265; *Huber* in *Huber* (Hrsg) *Übernahmegesetz*², § 25 Rz 50). Die Beteiligten müssen daher über die Verwirklichung eines Sachverhalts irren, der grundsätzlich die Angebotspflicht auslöst. Die Vorwerfbarkeit des Irrtums darf hierbei jedenfalls nicht schaden.

Obwohl die Vielzahl an unterschiedlichen Erwerbskonstruktionen in ECO Aktien auf den ersten Blick wie eine absichtliche Verteilung auf mehrere Ebenen und Rechtsträger aussieht, sind die Transaktionen doch ohne Gesamtplanung durchgeführt worden. Durch

die Vielschichtigkeit und Mehrstufigkeit der rechtlichen Konstruktionen sind die relevanten Zusammenrechnungsvorschriften einfach übersehen worden.

Dafür spricht, dass bei Umgehungsabsicht jedenfalls die Stimmrechte aus den von WPB SE gehaltenen Aktien nicht in einer dermaßen ins Auge fallenden Art durch einen Vertreter der WPB SE gemeinsam mit den von conwert SE und der anderen Rechtsträgern gehaltenen Aktien ausgeübt worden wären. Auch ist zu beachten, dass die zusätzlichen Stimmrechte für die Kontrollausübung durch conwert SE überhaupt nicht notwendig gewesen wären. Vielmehr haben die Herren Kerbler, Mag. Kowar und KR Scheck durch ihre Kontrolle über die conwert SE mit deren Beteiligung von 24,9% angesichts der geringen Präsenz in den Hauptversammlungen ohnehin die einfache Stimmmehrheit; ein Erwerb bzw die Ausübung zusätzlicher Stimmrechte war daher für die Ausübung der Kontrolle über ECO AG gar nicht nötig. Schließlich konnte die Vielschichtigkeit und Mehrstufigkeit des Falls nicht zuletzt durch die Kooperationsbereitschaft mit den beteiligten Personen geklärt werden, die den Sachverhalt (so weit ersichtlich) vollumfänglich offengelegt und auch Beweise vorgelegt haben, die bei einer isolierten Einzelbetrachtung für ihren Rechtsstandpunkt nicht unbedingt günstig sein mussten. In Summe: Den Beteiligten war glaubhaft nicht bewusst, dass sie durch die übernahmerechtlichen Zurechnungsvorschriften die Kontrollschwelle überschritten hatten.

Auch die Tatsache, dass ein Gutachten zur Frage der Zusammenrechnung im Jahr 2007 eingeholt wurde, schadet nicht. Die darin enthaltenen Aussagen stellen nicht fest, dass eine Zusammenrechnung vorzunehmen ist, sondern legen zumindest bei oberflächlicher Lektüre das Gegenteil nahe, auch wenn der Gutachter sich letztlich für keine klare Rechtsansicht entscheidet. Ein vorsichtiges Studium des Gutachtens hätte vielleicht eine Rücksprache mit der ÜbK nahe gelegt. Dies ist für das gegenständliche Verfahren aber nicht ausschlaggebend, da selbst fahrlässiges Vorgehen grundsätzlich nichts daran ändert, dass die Kontrollerlangung unbeabsichtigt erfolgt ist.

Soll eine Ausnahme von der Angebotspflicht gem § 25 Abs 1 Z 3 F 2 ÜbG gewährt werden, so ist die Überschreitung der Kontrollschwelle ab Kenntnis des Sachverhalts unverzüglich rückgängig zu machen. Hierbei ist es ausreichend, wenn die Überschreitung beseitigt wird; ein Verkauf des ganzen Aktienbestands ist nicht notwendig.

Als Erstmaßnahme für eine Reduktion kommt nicht nur der Verkauf von Aktien sondern auch, wie von den beteiligten Personen durchgeführt, eine Auslagerung von Aktienpaketen

an einen Treuhänder in Betracht, wobei gesichert sein muss, dass Stimmrechte aus dem treuhändig verwalteten Aktienpaket nicht mehr ausgeübt werden können und die Verfügungsberechtigung über das Aktienpaket bis zur endgültigen Abschichtung ausschließlich beim Treuhänder liegt. Keinesfalls darf eine jederzeitige, einseitig ausübbar Rückübertragungsmöglichkeit der Aktien an die Treugeber vereinbart sein.

Die anzeigeerstattenden Rechtsträger haben nach Kenntnis des Sachverhalts und der vorläufigen Rechtsansicht der ÜbK im Juli 2009 einen den obigen Vorgaben entsprechenden Treuhandvertrag abgeschlossen, wodurch die Kontrollschwelle vorläufig unterschritten wurde. Nach zwischenzeitlicher Abschichtung von 832.721 Stück ECO Aktien durch KR Scheck im September 2009 wurde dieser Vertrag unter Verbleib von conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Kowar KEG und Herrn Kerbler geändert. Dies ändert an der unverzüglichen Rückgängigmachung nichts.

Dennoch ist aus Sicht des 1. Senats ein Verkauf der treuhändig gehaltenen Aktien an Dritte vorbehaltlich anderer Maßnahmen zur Reduzierung des gesamten durch conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herrn Kerbler und KR Scheck gehaltenen Aktienpakets zur endgültigen Reduktion bis 30. März 2010 erforderlich. Die Übertragung an einen Treuhänder kann aus übernahmerechtlicher Sicht auch bei unbeabsichtigter Überschreitung der Kontrollschwelle nur eine Zwischenlösung bei hohem Zeitdruck darstellen.

5.2 Zu Spruchpunkt 2

Für conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herrn Kerbler und KR Scheck besteht keine Angebotspflicht iSd § 22 Abs 1 ÜbG. Sie haben die kontrollierende Beteiligung unabsichtlich erworben und vorerst unverzüglich rückgängig gemacht. Die ÜbK kann jedoch gem § 25 Abs 3 ÜbG ihre Entscheidung unter Bedachtnahme der Gesamtumstände von Bedingungen und Auflagen abhängig machen. Zur Wahrung der Vermögensinteressen der übrigen Beteiligungspapierinhaber der Zielgesellschaft werden daher folgende Auflagen ausgesprochen:

5.2.1 Ruhen von Stimmrechten

Für die Dauer ihres gemeinsamen Vorgehens dürfen conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herr Kerbler und KR Scheck gemeinsam nicht mehr als 26 vom Hundert der auf die ständig

stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte ausüben. Diese in § 25 Abs 2 ÜbG grundsätzlich vorgesehene und durch die Parallelwertung in § 26a Abs 2 ÜbG ohnehin zwingend gebotene Maßnahme dient insbesondere dazu, die bereits faktisch vorliegende Kontrolle bei ECO AG nicht noch weiter auszubauen. Eine, wenn auch nur partielle Beendigung des gemeinsamen Vorgehens wird der ÜbK plausibel darzulegen sein und bedarf aus Sicht des 1. Senats mehr als der bloß einfachen Organentflechtung (vgl GZ 2009/1/1-36).

5.2.2 Beteiligungsabbau

Der endgültige Beteiligungsabbau ist nach Ansicht des 1. Senats eine der Gewährung der Ausnahme gem § 25 Abs 1 Z 3 inhärente Voraussetzung, wobei die Übertragung eines Aktienpakets an den Treuhänder Dr. B. als zulässige, jedoch bloß vorübergehende Maßnahme zu sehen ist und die anzeigerstattenden Rechtsträger nicht von einer endgültigen Reduktion ihres gemeinsamen Aktienpakets befreit.

conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herr Kerbler und KR Scheck haben daher bis zum 30. März 2010 einen endgültigen Abbau der gemeinsamen Beteiligung an ECO AG auf höchstens 30 vom Hundert der auf die ständig stimmberechtigten Aktien entfallenden Stimmrechte vorzunehmen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass KR Scheck bereits im September 2009 insgesamt 832.721 Stück ECO Aktien abgeschmolzen hat. Ausgehend von einem derzeit der ÜbK bekannten Gesamtbestand von 11.255.933 Stück ECO Aktien (33,01% vom Grundkapital der ECO AG) – hiervon werden 1.565.086 Stück Aktien zur vorübergehenden Unterschreitung der Kontrollschwelle treuhändig von Notar Dr. B. gehalten – sind daher zumindest 1.025.933 Stück ECO Aktien durch eine oder allenfalls eine Kombination von mehreren der folgenden Maßnahmen abzuschmelzen:

1. Veräußerung von Aktien der ECO AG durch conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herrn Kerbler oder den Treuhänder Dr. B. an Dritte. Dem gleichzuhalten ist auch die Veräußerung von durch diese Rechträger kontrollierten Gesellschaften, die Anteile an der ECO AG halten. Sollte die Anteilsreduzierung auch durch eine Veräußerung von nicht treuhändig gehaltenen Aktien oder durch die Maßnahmen 2 bis 4 erfolgen, können die treuhändig gehaltenen Aktien in einem die Kontrollschwelle nicht überschreitenden Ausmaß an die Treugeber rückübertragen werden.
2. Auflösung der von Herrn Günther Kerbler gehaltenen Put/Call Optionen.

3. Aufhebung der Zurechnung der im Handelsbestand der WPB SE gehaltenen Aktien der ECO AG (a) durch Abbau auf höchstens X Stück ECO Aktien, (b) durch Festlegung organisatorischer Maßnahmen zur Verhinderung der Ausübung von Stimmrechten sowie (c) durch Nichtausübung der Stimmrechte aus im Handelsbestand verbleibenden Aktien. Die Höchstgrenze von X Stück ECO Aktien wurde von WPB SE vorgeschlagen und erscheint auf Grund eines durchschnittlichen täglichen Stückumsatzes von 50.000 Stück ECO Aktien als angemessen. Eine Zurechnung unterbleibt, sobald die Reduktion des Aktienbestands auf maximal X Stück ECO Aktien erfolgt ist und sichergestellt wird, dass hinkünftig die Ausübung von Stimmrechten durch Anpassung der bankinternen Compliance Richtlinien – beispielsweise durch explizite Weisung des Vorstands und Dienstanweisung an die zuständigen Mitarbeiter der WPB SE – nicht mehr erfolgt. Klargestellt wird, dass eine Zurechnung jedenfalls wieder auflebt, wenn unter Verletzung der internen Weisung Stimmrechte in Zukunft ausgeübt werden sollten.
4. Aufhebung der Zurechnung der von Fond 1 und Fond 2 gehaltenen Aktien der ECO AG durch gänzliche Trennung von Veranlagungsentscheidung über und Stimmrechtsausübung aus diesen Aktien der ECO AG von der WPB SE, indem dem Veranlagungsbeirat ein gesellschaftsvertraglich abgesichertes Weisungsrecht über Investitionsentscheidungen und Stimmrechtsausübung eingeräumt wird. Begleitend ist eine Meldung gem § 92a BörseG iVm § 7 Transparenzverordnung an die FMA zu erstatten. Festgehalten wird, dass zwischen dem Veranlagungsbeirat und der WPB SE auch hinkünftig keine Verflechtungen bestehen dürfen und eine Privilegierung bei Einhaltung obiger Maßnahmen nur auf Grund der besonderen historischen Entwicklung (Übernahme der Fond 1/2 als Ergebnis eines öffentlichen Übernahmeangebots der Kerbler&Kowar Holding GmbH an die Aktionäre der Kapital&Wert Vermögensverwaltung AG, dessen wesentliche Tochtergesellschaften Wiener Privatbank Immobilieninvest AG, ECO GmbH und conwert Management GmbH waren, unter anschließender Verschmelzung der Kapital&Wert Vermögensverwaltung AG mit Wiener Privatbank Immobilieninvest AG) zulässig erscheint.

5.2.3 Berichtspflichten

Der ÜbK ist spätestens am dritten Börsetag nach Ablauf des 30. März 2010 ein von einem Sachverständigen zu bestätigender Bericht über die Erfüllung der Auflagen gem Spruchpunkt 2 lit b zu übermitteln.

Conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herr Kerbler und KR Scheck haben bis zum 31. Dezember 2012 der ÜbK halbjährlich sowie 10 Börsetage vor jeder ordentlichen oder außerordentlichen Hauptversammlung der ECO AG ihren alleinigen als auch gemeinsamen Beteiligungsstand in Aktien der ECO AG unter Bestätigung eines Sachverständigen zu übermitteln. Dies soll einerseits der ÜbK die Überwachung erleichtern und andererseits den Parteien Gelegenheit bieten, in Zukunft besonderes Augenmerk auf ihre Beteiligungsstruktur an ECO AG zu legen. Sollte vor diesem Zeitpunkt eine Partei aus der Gruppe gemeinsam vorgehender Rechträger ausscheiden, ist dies in der Offenlegungsverpflichtung entsprechend zu kommunizieren und zu berücksichtigen.

5.3 Zu Spruchpunkt 3

Für ein Verfahren gemäß § 25 ÜbG ist gemäß Pkt 3.1 iVm 3.3 der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der ÜbK (Veröffentlichungsblatt der Wiener Börse AG vom 12. Juni 2006, Nr. 110) bei bescheidmäßiger Erledigung eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400,-- zu entrichten. Gemäß Punkt 3.1 GebO trägt der Bieter die Kosten des Verfahrens. Bieter sind conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herr Kerbler und KR Scheck.

Nach Pkt 3.2. der GebO entsteht der Gebührenanspruch zu dem Zeitpunkt, zu dem die Bieter zur Anzeige des Sachverhalts an die ÜbK gem § 25 verpflichtet sind. Somit haben conwert SE, WPB SE, Mag. Kowar, Herr Kerbler und KR Scheck die Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,-- zu tragen.

Der am 25. Juni 2009 gemäß Pkt 3.4. GebO überwiesene Gebührevorschuss in der Höhe von EUR 5.350,-- ist auf die zu leistende Gebühr anzurechnen.

Nach Abzug des gemäß Pkt 3.4. der Gebührenordnung zu entrichtenden und bereits geleisteten Gebührevorschusses von EUR 5.350,-- ist gemäß Pkt 8.3. iVm 8.6. der Gebührenordnung der Restbetrag von EUR 16.050,-- 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 012-20993, BLZ 20111, zu entrichten.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis

Gegen diesen Bescheid ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zulässig, wobei diese Beschwerde innerhalb einer Frist von sechs Wochen ab Zustellung des Bescheides erhoben werden muss und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen ist. Spätestens bei Überreichung der Beschwerde ist eine Gebühr in der Höhe von EUR 220,- zu entrichten.

Wien, am 23. Oktober 2009

Univ.-Prof. Dr. Martin Winner

Für den 1. Senat der Übernahmekommission