



## Übernahmekommission

Austrian Takeover Commission

Seilergasse 8/3, 1010 Wien  
Telefon: +43/1/532 28 30 613  
Fax: +43/1/532 28 30 650  
E-Mail: [uebk@wienerbourse.at](mailto:uebk@wienerbourse.at)  
Web: [www.takeover.at](http://www.takeover.at)

*[Dieser Bescheid wurde vor Veröffentlichung redaktionell verändert]*

**GZ 2016/1/2-317**

**(conwert)**

Der 1. Senat der Übernahmekommission hat am 22.11.2016 unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Martin Winner im Beisein der Mitglieder Dr. Ursula Fabian (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 2 ÜbG), Dr. Rudolf Jettmar (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 3 ÜbG) und Mag. Heinz Leitsmüller (Mitglied gemäß § 28 Abs 2 Z 4 ÜbG) in einem von Amts wegen eingeleiteten Nachprüfungsverfahren gemäß § 33 ÜbG wie folgt entschieden:

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

- 1. Adler Real Estate AG, MountainPeak Trading Limited, Cevdet Caner, Westgrund AG und Petrus Advisers LLP haben gemäß § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG ein Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt.**
- 2. In Bezug auf die Parteien [AA S.A.M.], [BB GmbH], [GG], [FF Privatstiftung], [HH], [CC GmbH], [DD Limited], [KK], Mezzanine IX Investors S.A. und [JJ] wird das Nachprüfungsverfahren eingestellt.**
- 3. Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm den Punkten 5.1., 5.3., 8.1. und 8.4. der Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission (Verordnung der Wiener Börse AG, BGBl. II 2006/369; im Folgenden: „GebO“) sind Adler Real Estate AG, MountainPeak Trading Limited, Westgrund AG, Cevdet Caner und Petrus Advisers LLP solidarisch zur Entrichtung einer Gebühr in der Höhe von EUR 21.400,00 sowie von Barauslagen in der Höhe von [...], somit insgesamt zur Entrichtung eines Betrages in der Höhe von [...] 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 012-20993, BLZ 20111, IBAN AT602011100001220993, BIC GIBAATWW zu entrichten.**

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens .....</b>	<b>4</b>
1. Einleitung des Verfahrens .....	4
2. Parteistellung .....	6
<b>II. Parteilvorbringen und Antragstellung .....</b>	<b>6</b>
1. Parteilvorbringen.....	6
1.1. Stellungnahme der Adler Real Estate AG vom 4.4.2016.....	6
1.2. Eingabe von Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] vom 27.5.2016 .....	6
1.3. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung der Adler Real Estate AG vom 24.6.2016 .....	8
1.4. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung von Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] vom 24.6.2016 .....	9
1.5. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung von [EE S.A.] vom 24.6.2016 .....	10
1.6. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung von [KK] und [DD Limited].....	10
2. Anträge der Parteien .....	11
<b>III. Sachverhalt.....</b>	<b>12</b>
1. Allgemeines zu den Parteien .....	12
2. Geplante Transaktion im Herbst 2015 – Projekt „Paloma“.....	23
3. Außerordentliche Hauptversammlung der conwert Immobilien Invest SE am 17.3.2016 .....	30
4. Verbindungen zwischen Klaus Umek, Cevdet Caner und Adler Real Estate AG ..	31
5. Zur Rolle der übrigen Parteien .....	34
<b>IV. Beweiswürdigung .....</b>	<b>35</b>
<b>V. Rechtliche Beurteilung.....</b>	<b>35</b>
1. Verfahrensrechtliche Fragen.....	35
2. Zu Spruchpunkt 1: Verletzung der Angebotspflicht (§ 33 Abs 1 Z 2 ÜbG) .....	37
2.1. Wechselseitige Zurechnung gemäß § 23 Abs1 ÜbG – Gemeinsames Vorgehen (§ 1 Z 6 ÜbG).....	37
2.2. Vorliegen einer Absprache .....	39
2.3. Zusammenarbeit – Umsetzung der Absprache .....	43
2.4. Kontrollerlangung oder -ausübung.....	45
2.5. Ausnahme von der Angebotspflicht (§ 24 Abs 2 Z 2 ÜbG)? .....	48
2.6. Ausnahme von der Angebotspflicht (§ 25 Abs 1 Z 3 ÜbG)? .....	49
2.7. Gesamtergebnis .....	50
3. Zu Spruchpunkt 2: Einstellung des Verfahrens.....	51

4.	Zu Spruchpunkt 3: Gebühren .....	52
<b>VI.</b>	<b>Rechtsmittelbelehrung .....</b>	<b>52</b>

# B E G R Ü N D U N G

## I. Einleitung des Verfahrens und Parteien des Verfahrens

### 1. Einleitung des Verfahrens

1. Am 22.2.2016 gab es eine informelle Besprechung mit dem Management der **conwert Immobilien Invest SE** („conwert“ oder „Zielgesellschaft“) und dem Vorsitzenden sowie Mitgliedern der Geschäftsstelle der Übernahmekommission (Aktenvermerk vom 22.2.2016, ON 26). Das Management berichtete auf Nachfrage der Übernahmekommission von Kontakten mit **ADLER Real Estate AG** („Adler“), die seit August 2015 mittelbar über **MountainPeak Trading Limited** („MountainPeak“) eine Beteiligung an conwert iHv 24,79% hält.
2. Im Herbst 2015 hätten Gespräche zwischen conwert und Adler stattgefunden, in denen es vor allem darum gegangen sei, wie man Synergien zwischen conwert und Adler heben könne und ob gegebenenfalls ein *reverse takeover* möglich sei. Dieses und weitere Gespräche hätten meist im Beisein von **Cevdet Caner** stattgefunden, der nach Wahrnehmung des Managements der conwert als „verdeckter Chef“ von Adler auftrete. Der Plan sei gewesen, einen Großteil des Immobilienvermögens der Adler zu kaufen und als Gegenleistung dafür conwert-Aktien an die Adler zu transferieren, sodass Adler im Ergebnis über 50% an der conwert gehalten hätte. In mehreren Gesprächen sei es auch um die mögliche Neubesetzung des Verwaltungsrats der conwert gegangen. Cevdet Caner habe erklärt, dass ein Sitz mit Wijnand Donkers besetzt werden müsse, weil **Klaus Umek** von **Petrus Advisers LLP** („Petrus Advisers“) sonst bei der Transaktion „nicht mitspiele“. Petrus Advisers sei im Herbst 2015 mit rund 7,2% an conwert beteiligt gewesen. Im Dezember 2015 habe es ein Treffen zwischen Klaus Umek und Wolfgang Beck, dem geschäftsführenden Direktor von conwert, gegeben. Klaus Umek habe dort die geplante Transaktionsstruktur zwischen conwert und Adler sehr detailliert geschildert.
3. Die Transaktion sei letztlich nicht zustande gekommen, weil sich der Verwaltungsrat der conwert aufgrund unterschiedlicher Preisvorstellungen gegen deren Durchführung entschieden habe. Nach dem Scheitern der Gespräche habe Cevdet Caner damit gedroht, den gesamten Verwaltungsrat der conwert auszutauschen, falls seine Wünsche nicht erfüllt würden (Aktenvermerk vom 22.2.2016, ON 26).
4. Am 11.2.2016 verlangte Adler über ihre Tochtergesellschaft MountainPeak die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung der conwert (Pressemeldungen, ON 12). Die Tagesordnung dieser außerordentlichen Hauptversammlung sah eine Beschlussfassung darüber vor, drei der damals vier Mitglieder des Verwaltungsrats der conwert vorzeitig abzurufen. Gleichzeitig beantragte Moun-

tainPeak, dass Dirk Hoffmann, Hermann Wagner und Wijnand Donkers anstelle der abzuwählenden Mitglieder in den Verwaltungsrat gewählt werden. Zudem sollte die Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder von fünf auf vier reduziert werden. In diesem Zusammenhang telefonierte auch Klaus Umek am 15.2.2016 mit dem Leiter der Geschäftsstelle der Übernahmekommission (Aktenvermerk vom 15.2.2016, ON 15). Klaus Umek erklärte ua, dass Wijnand Donkers Konsulent für Petrus Advisers sei und sagte in diesem Telefonat wörtlich: „*Der (Anm: Wijnand Donkers) kommt von mir*“, „*Er agiert für mich*“, „*Er ist mein Mann*“.

5. Letztlich zog MountainPeak während der laufenden außerordentlichen Hauptversammlung am 17.3.2016 die Anträge zur Abwahl der Verwaltungsratsmitglieder sowie zur Reduktion der Verwaltungsratsmitglieder von fünf auf vier zurück (Pressemeldungen, ON 93). Im darauf folgenden Wahlgang wurde der von Adler vorgeschlagene Kandidat Dr. Dirk Hoffmann als fünftes Verwaltungsratsmitglied gewählt (Ad-hoc-Meldung von conwert, ON 92).
6. Adler und Petrus Advisers hielten im Herbst 2015 gemeinsam rund 32% der Anteile an conwert. Weitere Recherchen der Übernahmekommission ergaben, dass mit [DD Limited] und [BB GmbH] noch weitere Gesellschaften, die in einem persönlichen und/oder geschäftlichen Naheverhältnis zu Cevdet Caner und/oder Adler stehen, in diesem Zeitraum an conwert beteiligt waren. Gemeinsam mit diesen Gesellschaften hielten Adler und Petrus Advisers insgesamt rund 35,8% an conwert. Im Vorfeld der außerordentlichen Hauptversammlung im März 2016 sank zwar wegen einer bedingten Kapitalerhöhung das Beteiligungsausmaß dieser Personen/Gesellschaften, betrug aber immer noch 32,5% der Anteile an conwert (zu den Berechnungen siehe Pkt III. 1.7.). Es gab keine Beteiligungsmeldungen gemäß § 26a ÜbG oder nach den Bestimmungen des BörseG; ebenso wenig wurde ein Pflichtangebot gemäß §§ 22 ff ÜbG gestellt.
7. Aufgrund dieser Behauptungs- und Sachlage beschloss der 1. Senat der Übernahmekommission am 7.3.2016 die amtswegige Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 33 ÜbG (Niederschrift der 3. Senatssitzung, ON 56). **Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens** ist, ob Adler Real Estate AG, Herr Cevdet Caner und Petrus Advisers LLP sowie allfällige weitere Personen als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind und somit die Angebotspflicht gemäß §§ 22 ff ÜbG verletzt wurde. Dies betrifft insbesondere mögliche Absprachen rund um die geplante Transaktion im Herbst 2015 sowie im Vorfeld der außerordentlichen Hauptversammlung der conwert Immobilien Invest SE vom 17.3.2016. Die Einleitung des Verfahrens wurde am 9.3.2016 im Amtsblatt der Wiener Zeitung veröffentlicht (ON 75).

## **2. Parteistellung**

8. Nach weiteren Vorermittlungen der Übernahmekommission bestand – neben den genannten – noch bei folgenden weiteren Personen der Verdacht, dass sie hinsichtlich des Verfahrensgegenstands als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG qualifiziert werden könnten: [AA S.A.M.], [BB GmbH], [GG], [FF Privatstiftung], [HH], [CC GmbH], [DD Limited], [KK], Mezzanine IX Investors S.A., [JJ] und Westgrund AG. Ihnen war daher im Verfahren ebenfalls Parteistellung gemäß § 33 Abs 2 Z 1 bzw 2 ÜbG einzuräumen.
9. conwert Immobilien Invest SE ist als Zielgesellschaft gemäß § 33 Abs 2 Z 3 ÜbG Partei des Verfahrens.
10. Innerhalb der Aufruffrist gemäß § 33 Abs 3 ÜbG schloss sich kein Aktionär, der die Voraussetzungen des § 33 Abs 2 Z 4 ÜbG erfüllt, dem Verfahren an.

## **II. Parteivorbringen und Antragstellung**

### **1. Parteivorbringen**

#### **1.1. Stellungnahme der Adler Real Estate AG vom 4.4.2016**

11. Mit Stellungnahme vom 4.4.2016 (ON 118 Beilage ./1) brachte Adler vor, dass die Gesellschaft keiner Gruppe von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern iSd ÜbG angehöre und folglich auch kein Bieter sei. Auch liege mit Aktionären der conwert oder Dritten hinsichtlich der Koordinierung der Stimmrechtsausübung bei conwert keine Absprache iSd ÜbG vor. Es habe zu keinem Zeitpunkt eine schlüssige oder ausdrückliche Kommunikation gegeben, wonach Adler ein bestimmtes Verhalten von Aktionären der conwert während und nach der außerordentlichen Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 erwarten hätte können. Der Vorstand der Adler habe auch Dritten dazu weder eine Vertretungsbefugnis noch eine sonstige entsprechende Bevollmächtigung erteilt.

#### **1.2. Eingabe von Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] vom 27.5.2016**

12. Mit Eingabe vom 27.5.2016 (ON 194 Beilage ./1) brachten Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] vor, dass die Voraussetzungen einer Angebotspflicht nicht gegeben seien; das Verfahren sei daher nicht zuletzt mit Blick auf den Effizienzgrundsatz einzustellen. Cevdet Caner habe keine Absprache im Namen und/oder im Auftrag der Adler getroffen. Er habe nicht als „Shadow Director“ der Adler fungiert, der eine feindliche Übernahme der conwert hätte einfädeln wollen; er sei auch nicht der „Strippenzieher bei Adler“. In Wahrheit sei es conwert gewesen, die den ersten Kontakt zu Adler gesucht und eine Transaktion vorgeschlagen habe. Infolge des-

sen sei Cevdet Caner aufgrund seiner Markt- und Branchenkenntnis als Berater von Aktionärsseite beigezogen worden.

13. Cevdet Caner habe keine Vereinbarung mit Klaus Umek oder Petrus Advisers abgeschlossen. Klaus Umek sei als „*Activist Shareholder*“ marktbekannt, insbesondere aber nicht nur in Bezug auf die conwert und sei selbst aktiv auf Adler zugegangen, um Aktionäre der conwert kennen zu lernen. Dies habe aber mit einer Absprache zur Kontrollerlangung nichts zu tun.
14. Adler habe lediglich eine quotenmäßige Vertretung im Verwaltungsrat der conwert sowie die Bestellung unabhängiger Fachexperten im Interesse des Unternehmenswohls angestrebt, ohne – nach Kenntnis von Cevdet Caner – diesbezüglich eine Absprache getroffen zu haben. Nach ständiger Rechtsprechung der Übernahmekommission sei in solch einem Fall selbst eine allfällige Vermutung des gemeinsamen Vorgehens widerlegt, zumal die Beschlussanträge zur Wahl in den Verwaltungsrat gerade nicht auf Kontrollerlangung abgezielt hätten, sondern auf die Erlangung einer Minderheitsposition im Verwaltungsrat. Von einer Kontrolle des Verwaltungsrats durch Adler könne daher keine Rede sein. Es liege daher weder eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger vor, die sich in übernahme-rechtlich relevanter Weise abgesprochen und die Kontrollschwelle von 30% überschritten habe, noch seien Maßnahmen gesetzt worden, die als kontrollrelevant einzustufen sein könnten; ein Aktionär mit einer Beteiligung von mehr als 20% habe eine bloße Minderheitsposition im Aufsichtsrat erlangt. Selbst wenn das Vorliegen einer weitergehenden Absprache zur Besetzung der Mehrheit der Verwaltungsräte angenommen werden sollte, mangle es jedenfalls an deren Umsetzung; es sei in der fraglichen Hauptversammlung nur ein einziges Verwaltungsratsmitglied gewählt worden.
15. Die jüngeren Entwicklungen bei conwert würden zudem verdeutlichen, dass sich bei Gesellschaften ohne kontrollierenden Aktionär zwangsläufig gleichlaufende Interessenlagen und gleichlaufendes Stimmverhalten ergeben könnten. Dies würde nicht zur Begründung einer Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger führen. So habe auch der OGH betont, dass Gesellschafter ermutigt werden sollen, sich in einem bestimmten Umfang über die Gesellschaft auszutauschen, sofern damit nicht auf die Kontrolle über das Unternehmen abgezielt werde.
16. Die Einstellung des Verfahrens sei auch mit Blick auf die Wertungen des ÜbG, insbesondere zu Fällen der kurzfristigen und unbeabsichtigten Überschreitung der Kontrollschwelle nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG geboten: Wenn schon die tatsächliche Überschreitung der Kontrollschwelle von der Angebotspflicht ausgenommen sei, wenn diese wieder rückgängig gemacht werde, dann dürfe die Angebotspflicht umso weniger dann verhängt werden, wenn nur der Versuch unternommen werde, Kandidaten zur Wahl in den Verwaltungsrat vorzuschlagen, es aber letztlich nicht einmal zur Wahl dieser Kandidaten komme. Dieser Größenschluss verdeutliche,

dass eine Angebotspflicht im vorliegenden Fall mit den Grundprinzipien des Übernahmerechts völlig unvereinbar wäre.

17. Es bestehe im konkreten Fall auch keine abstrakte Gefährdung der Vermögensinteressen der Beteiligungspapierinhaber, zumal Adler nur eine Minderheitsposition im Verwaltungsrat einnehme. Von einer faktischen Kontrolle der conwert könne daher keine Rede sein. Eine Kontrolle der conwert durch Cevdet Caner oder die gänzlich unbeteiligte [FF Privatstiftung] werde ohnedies nicht einmal behauptet. Eine Gefährdung der Interessen der Aktionäre der conwert sei daher nicht erkennbar. Eine Angebotspflicht scheidet jedenfalls auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen von vornherein aus.

### **1.3. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung der Adler Real Estate AG vom 24.6.2016**

18. Nach Abschluss der Einvernahme der Parteien in der mündlichen Verhandlung brachte Adler mit Schriftsatz vom 24.6.2016 – entsprechend einer Aufforderung der Übernahmekommission – ergänzend vor, dass zu keinem Zeitpunkt eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG begründet worden sei, die zusammen eine kontrollierende Beteiligung iSd ÜbG an conwert gehalten habe. Dementsprechend bleibe für die Anwendung des § 23 Abs 1 ÜbG über eine wechselseitige Zurechnung kein Platz. Folglich seien auch die Voraussetzungen einer Angebotspflicht nach § 22a ÜbG zu verneinen und sei das gegenständliche Verfahren einzustellen.
19. Bei der Herbsttransaktion habe Adler zu keinem Zeitpunkt die Absicht verfolgt, die Geschicke von conwert gemeinsam mit anderen Rechtsträgern zu lenken und deren Geschäftspolitik nachhaltig zu beeinflussen. Adler habe auch keine Absprachen iSd § 1 Z 6 ÜbG mit anderen Aktionären der conwert getroffen, um eine feindliche Übernahme der conwert vorzubereiten. Die Kommunikation mit conwert gehe nicht über einen konstruktiven Dialog zwischen Aktionären und der Gesellschaft, den es zu ermöglichen gelte, hinaus. Die geführten Gespräche könnten nicht als Absprache zur Kontrollerlangung qualifiziert werden. Eine zu weitgehende Ausdehnung des Umgehungsschutzes auf solche Vorfeld- und Verdachtskonstellationen sei zu vermeiden. Eine Erstreckung der Angebotspflicht auf Sachverhalte, die keine oder nur mit geringer Wahrscheinlichkeit jene Gefahren erzeugen, die – im Wege der Angebotspflicht – einen gravierenden Eingriff in das Eigentumsrecht des Aktionärs rechtfertigen würden, sei nicht sachgerecht und problematisch.
20. Die im Herbst 2015 geführten Konsultationen hätten gerade nicht zu einer Absprache geführt. Die Gespräche seien aufgrund unterschiedlicher Vorstellungen zu Bewertungsthemen abgebrochen worden, lange bevor man überhaupt ins Detail der Transaktion gegangen sei. Die Gespräche seien über ein unverbindliches Stadium,

ein Brainstorming, nicht hinausgegangen. Ein „gemeinsames Nachdenken“, ohne die nachfolgende tatsächliche Setzung konkreter Schritte, sei vom ÜbG bewusst nicht erfasst. Es sei lebensfremd, dass eine börsennotierte Gesellschaft wie Adler, die selbst unter Beobachtung stehe und einem strengen Regelwerk unterliege, ein geheimes *Acting in Concert* eingehe, ohne die übernahmerechtlichen Bestimmungen zu beachten.

21. Zur außerordentlichen Hauptversammlung der conwert brachte Adler ergänzend vor, dass mit der Wahl von Wijnand Donkers gerade keine Ausübung von Kontrolle angestrebt worden sei, weil er aufgrund seiner fachlichen Qualifikation und Unabhängigkeit bloß eine optimale Besetzung für den Verwaltungsrat gewesen wäre. Die Kontaktaufnahme mit Klaus Umek hinsichtlich der Wahl von Wijnand Donkers habe den Zweck gehabt, einen Interessenkonflikt zu vermeiden. Hätten Adler und MountainPeak zuerst Wijnand Donkers als Kandidaten für den Verwaltungsrat von conwert nominiert, diesen Vorschlag aber in Folge aufgrund eines Interessenkonflikts wieder zurückziehen müssen, wäre der Vorstand von Adler mit einem aktienrechtlichen Sorgfaltsverstoß konfrontiert gewesen.
22. Adler und Petrus Advisers hätten im konkreten Fall nicht die Absicht verfolgt, die Geschicke von conwert gemeinsam zu lenken und deren Geschäftspolitik nachhaltig zu beeinflussen. Vielmehr sei die Wahl neuer Verwaltungsratsmitglieder vom alleinigen Interesse einer bestmöglichen Nutzung des Organs durch Fachleute getragen gewesen. Selbst die Wahl dreier neuer Verwaltungsratsmitglieder sei nicht auf die Erlangung von Kontrolle gerichtet gewesen. Hermann Wagner und Wijnand Donkers seien Adler nicht zurechenbar.

#### **1.4. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung von Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] vom 24.6.2016**

23. Mit Schriftsatz vom 24.6.2016 brachten Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] ergänzend vor, dass Cevdet Caner bei den Besprechungen zum Projekt „Paloma“ immer nur als Berater von Aktionären der Adler aufgetreten sei. Er habe sich selbst nie so dargestellt, als habe er bei Adler eine Rolle. Cevdet Caner sei keinesfalls Entscheidungsträger in diesem Unternehmen, sondern nur punktuell betreffend das Investment der Adler in conwert eingebunden gewesen und habe dabei als Berater für Aktionäre der conwert fungiert. Er habe zudem immer seine – schon auf gesetzlicher Basis – bestehende Verpflichtung zur Geheimhaltung eingehalten. Insbesondere habe Cevdet Caner mit Klaus Umek bzw Petrus Advisers weder über die angedachte Transaktion noch über die mögliche Zusammensetzung des Verwaltungsrats gesprochen. Es liege auch keine Vereinbarung oder sonstige Absprache mit Klaus Umek vor.
24. Rechtlich führten die Parteien aus, dass weder eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger vorliege, die sich in übernahmerechtlich relevanter Weise abge-

sprochen und die Kontrollschwelle von 30% überschritten hätte, noch seien sonst Maßnahmen gesetzt worden, die als kontrollrelevant einzustufen sein könnten. Im Ergebnis habe ein Kernaktionär mit einer Beteiligung von mehr als 20% eine bloße Minderheitsposition im Verwaltungsrat der conwert erlangt. Umso unbilliger erscheine die Einbeziehung eines bloßen Beraters eines mittelbaren Aktionärs. Es liege auch keine mittelbare Beteiligung vor, die Grundlage für eine relevante Einflussmöglichkeit sein könnte. [FF Privatstiftung] sei am gegenständlichen Verfahren gänzlich unbeteiligt.

25. Selbst wenn eine Absprache zur Besetzung der Mehrheit der Verwaltungsräte vorgelegen sein sollte, mangle es jedenfalls an deren Umsetzung. MountainPeak habe den Antrag auf Wahl von Hermann Wagner zurückgezogen. Wijnand Donkers habe bereits im Vorfeld der Hauptversammlung seine Kandidatur zurückgezogen. Die Wahl von Dirk Hoffmann begründe lediglich eine unbedenkliche Minderheitsposition für Adler im Verwaltungsrat der conwert. Auch für das Projekt Paloma liege keine Umsetzung der Absprache vor, sollte man diese annehmen. Die Transaktion sei in einer Frühphase letztlich auf Veranlassung der Zielgesellschaft gescheitert, die in der präferierten Variante nicht einmal von der Notwendigkeit zur Durchführung einer Hauptversammlung ausgegangen sei.

#### **1.5. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung von Mezzanine IX Investors S.A. vom 24.6.2016**

26. Mit Stellungnahme vom 24.6.2016 brachte Mezzanine IX Investors S.A. („Mezzanine IX“) vor, dass die Gesellschaft keinerlei Absprachen in Bezug auf conwert mit anderen unmittelbaren oder mittelbaren Aktionären der conwert getroffen und zu keinem Zeitpunkt Aktionäre der conwert in Hauptversammlungen vertreten und deren Stimmrechte ausgeübt habe. Eine Kontrollerlangung oder -ausübung sei faktisch aufgrund der durchgerechnet geringen Beteiligung überhaupt nicht möglich. Mezzanine IX sei somit nicht als gemeinsam vorgehender Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG mit den übrigen Parteien des Nachprüfungsverfahrens anzusehen.

#### **1.6. Stellungnahme zur mündlichen Verhandlung von [KK] und [DD Limited]**

27. Mit Schriftsatz vom 24.6.2016 brachten [KK] und [DD Limited] vor, dass [KK] keinerlei Kenntnis über eine allfällige Transaktion Projekt Paloma gehabt habe. Er sei mit keiner der Verfahrensparteien – weder zu den verfahrensrelevanten Zeiträumen im Herbst 2015 und im Februar/März 2016 noch zu sonstigen Zeitpunkten – im näheren Austausch über conwert, über Projekt Paloma oder über Wahlen in den Verwaltungsrat der Zielgesellschaft gestanden.
28. Rechtlich führten die Parteien aus, dass es in Bezug auf [KK] und [DD Limited] an jeglicher Absprache im Hinblick auf die Zielgesellschaft iSv § 1 Z 6 ÜbG mangle und keine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger mit sonstigen Verfahrens-

parteien vorliege. Eine Vermutung des gemeinsamen Vorgehens von [KK] und [DD Limited] mit sonstigen Verfahrensparteien könne nicht aus persönlichen Bekanntschaften von [KK] mit anderen Verfahrensparteien und vereinzelt früheren Zusammenarbeiten abgeleitet werden. Auch könne eine solche Vermutung nicht auf den Umstand gestützt werden, dass [KK] als Geschäftsführer der Pruß GmbH sowie als nicht selbständig vertretungsbefugter Director von [AA S.A.M.] (*Administrateur Délégué*) tätig und Aktionär von Bassan mit einer Beteiligung von 1% sei. Selbst wenn Absprachen von der Übernahmekommission festgestellt werden sollten, seien [KK] und [DD Limited] mangels einer Absprache zur Kontrollerlangung oder -ausübung im Hinblick auf die Zielgesellschaft nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger mit anderen Verfahrensparteien zu qualifizieren.

## **2. Anträge der Parteien**

29. Adler Real Estate AG, MountainPeak Trading Limited und Westgrund AG stellten in der Stellungnahme vom 24.6.2016 den Antrag, die Übernahmekommission möge das Verfahren zu GZ 2016/1/2 einstellen.
30. Cevdet Caner und [FF Privatstiftung] beantragten in der Stellungnahme vom 24.6.2016, das von der Übernahmekommission geführte Verfahren GZ 2016/1/2 einzustellen; *in eventu* das von der Übernahmekommission geführte Verfahren GZ 2016/1/2 in Bezug auf Herrn Cevdet Caner und die [FF Privatstiftung] einzustellen; *sowie in jedem Fall* der conwert Immobilien Invest SE gemäß § 33 Abs 5 ÜbG die Kosten des Verfahrens zur Gänze aufzuerlegen.
31. Mezzanine IX Investors S.A. beantragte in der Stellungnahme vom 4.4.2016, das Nachprüfungsverfahren in Bezug auf die Mezzanine IX Investors S.A. einzustellen; *in eventu* die Feststellung, dass die Mezzanine IX Investors S.A. mit den von der Übernahmekommission im Schreiben vom 8.3.2016 genannten Personen nicht als gemeinsam vorgehende Rechtsträger iSd § 1 Z 6 ÜbG angesehen werde und damit auch keine Angebotspflicht nach §§ 22 ff ÜbG verletzt habe; *sowie jedenfalls* der conwert Immobilien Invest SE die Kosten des Verfahrens gemäß § 33 Abs 5 ÜbG aufzuerlegen. Der Antrag wurde in der Stellungnahme vom 24.6.2016 vollinhaltlich aufrechterhalten.
32. [KK] und [DD Limited] stellten in der Stellungnahme vom 24.6.2016 die Anträge, die Übernahmekommission möge das zu GZ 2016/1/2 (conwert) geführte Nachprüfungsverfahren einstellen; *in eventu* die Übernahmekommission möge das zu GZ 2016/1/2 (conwert) geführte Nachprüfungsverfahren in Bezug auf [KK] und [DD Limited] einstellen; *in eventu* die Übernahmekommission möge feststellen, dass (i) [KK] und [DD Limited] nicht mit Adler Real Estate AG, Cevdet Caner, Petrus Advisers LLP und/oder allfälligen weiteren Personen als gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren seien, und (ii.) es [KK] und [DD Limited] zusammen mit Adler Real Estate AG, Cevdet Caner, Petrus Advisers LLP und/oder

allfälligen weiteren Personen nicht zu Unrecht unterlassen hätten, ein Pflichtangebot für sämtliche Beteiligungspapiere von conwert Immobilien Invest SE zu stellen; *sowie in jedem Fall* gemäß § 33 Abs 5 ÜbG die gesamten Kosten des Nachprüfungsverfahrens und alle sonstigen Kosten conwert Immobilien Invest SE als Zielgesellschaft aufzuerlegen.

### III. Sachverhalt

Die Übernahmekommission hat nach Durchführung des Beweisverfahrens folgenden Sachverhalt festgestellt:

#### 1. Allgemeines zu den Parteien

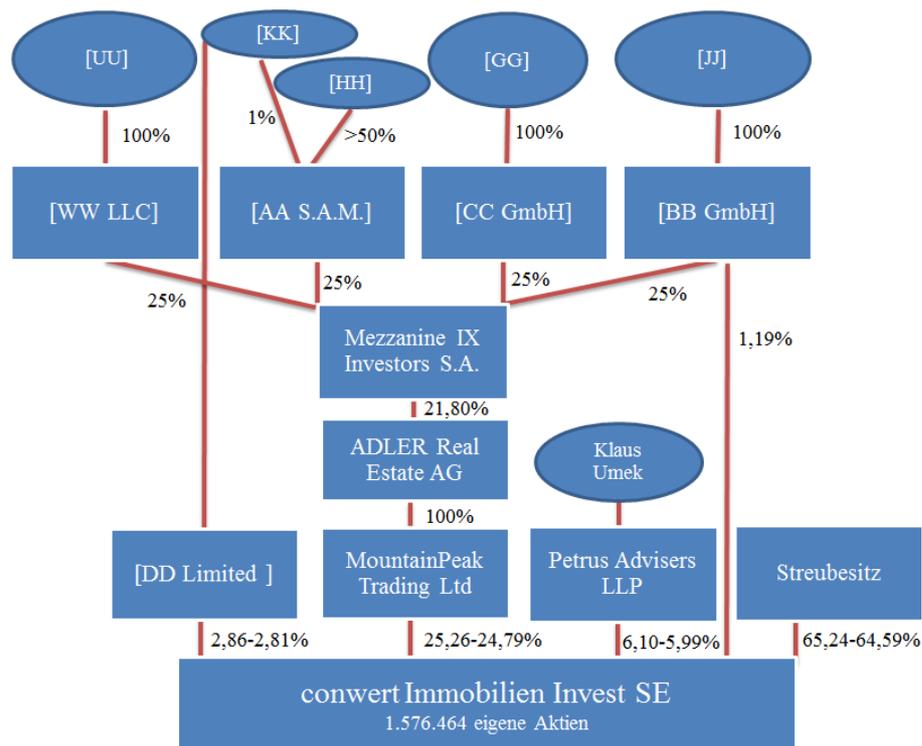
33. **conwert Immobilien Invest SE** („conwert“ oder „Zielgesellschaft“), eingetragen unter FN 212163f, ist eine monistische Societas Europaea (SE) mit Sitz in Wien. Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt rund EUR 509,5 Mio und ist in 101.906.213 ständig stimmberechtigte Stückaktien unterteilt, welche im Amtlichen Handel der Wiener Börse zugelassen sind und im Segment *Prime Market* notiert werden (Stand: 22.11.2016). conwert unterliegt daher gemäß § 2 ÜbG dem Vollenwendungsbereich des Übernahmegesetzes. Der derzeitige Aktienkurs liegt bei EUR 16,175 (Stand: 22.11.2016), woraus eine Marktkapitalisierung von rund EUR 1,648 Mrd resultiert.
34. Am 5.9.2016 gab Vonovia SE mittels öffentlicher ad-hoc-Mitteilung die Absicht bekannt, den Aktionären der conwert ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot zur Kontrollerlangung gemäß § 25a ÜbG zum Erwerb aller conwert-Aktien zu unterbreiten.
35. Den Verwaltungsrat der conwert bilden derzeit: Dr. Alexander Proschofsky (Vorsitzender), Peter Hohlbein (stellvertretender Vorsitzender), Mag. Erich Kandler (stellvertretender Vorsitzender), Dr. Dirk Hoffmann (Mitglied) und Andreas Lehner (Mitglied).
36. Geschäftsführende Direktoren sind derzeit Dr. Wolfgang Beck (CEO) und Mag. Thomas Doll (CFO).
37. Die Parteien waren im **verfahrensgegenständlichen Zeitraum Herbst 2015 (September – November)** wie folgt an conwert beteiligt (Angaben in % der Stimmrechte; Quellen: Angaben in den Antworten auf die Auskunftersuchen der Übernahmekommission von Petrus Advisers, ON 110; [KK], ON 114; [JJ], ON 117; Adler Real Estate AG, ON 122; zur Berechnungsgrundlage siehe Rz 39 f):

<u>Aktionär</u>	<u>September 2015</u>	<u>Oktober 2015</u>	<u>November 2015</u>
-----------------	-----------------------	---------------------	----------------------

Petrus Advisers LLP (5.111.139 Aktien*)	6,10%	6,10%	5,99%
MountainPeak Trading Ltd (21.160.921 Aktien)	25,26%	25,26%	24,79%
[DD Limited] (2.400.000 Aktien)	2,86%	2,86%	2,81%
[BB GmbH] GmbH (1.000.000 Aktien)	1,19%	1,19%	1,17%
<b>Gesamt</b>	<b>35,41%</b>	<b>35,41%</b>	<b>34,76%</b>

\*Niedrigste Aktienanzahl im entscheidungsrelevantem Zeitraum September 2015 – März 2016  
(Quelle: Response to the Austrian Takeover Commission von Petrus Advisers, ON 110).

38. Grafisch lassen sich die Verflechtungen der Verfahrensparteien im Herbst 2015 (September – November) wie folgt darstellen (Angaben in % der Stimmrechte):



39. Zum 31.12.2014 betrug die Gesamtzahl der conwert-Aktien 85.359.273 Stück (Quelle: Geschäftsbericht der conwert aus dem Jahr 2015). Zum 30.11.2015 betrug die Gesamtzahl der conwert-Aktien 86.937.232; zum 31.12.2015 dagegen 90.065.143 Stück (Quelle: Veröffentlichung der Gesamtzahl der Stimmrechte der conwert vom 30.11.2015 und 30.12.2015). Die Veränderungen resultierten jeweils durch die Ausgabe von Aktien aus bedingtem Kapital aufgrund der Ausübung von

Wandlungsrechten durch Inhaber von Wandelschuldverschreibungen. Von Jänner bis inklusive Oktober 2015 gab es keine Veröffentlichung der conwert hinsichtlich einer allfälligen Änderung der Gesamtzahl der Stimmrechte; die Gesamtzahl blieb in diesem Zeitraum demnach konstant bei 85.359.273 Stück. Bis zum Ende der Wandlungsfrist am 25.1.2016 machten weitere Wandelschuldverschreibungsinhaber vom Wandlungsrecht Gebrauch; am 31.1.2016 betrug die Gesamtzahl der Aktien damit 94.593.612 (Veröffentlichung der Gesamtzahl der Stimmrechte der conwert vom 29.1.2016). Mit ad-hoc-Meldung vom 30.9.2016 teilte conwert mit, dass die Gesamtzahl der Stimmrechte Ende des Monats September 2016 101.906.213 beträgt. Die Veränderungen seit 31.1.2016 resultierten aus der Ausgabe von Aktien aufgrund der Ausübung der Wandlungsrechte durch sämtliche Inhaber der 4,50%-Wandelschuldverschreibungen 2012-2018 der conwert.

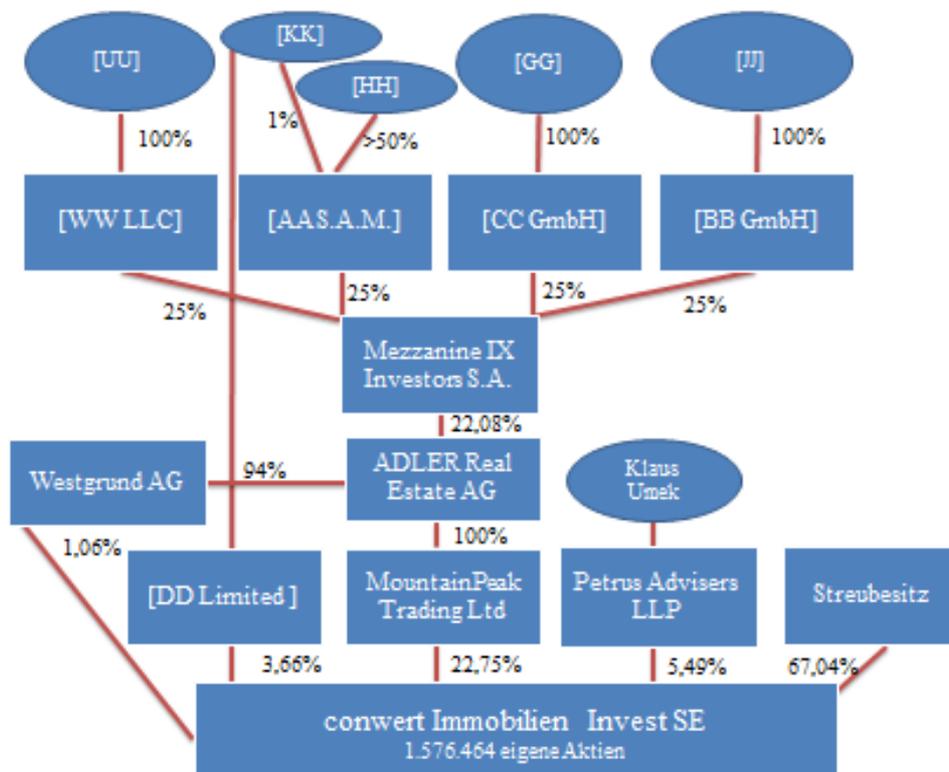
40. Zum Stichtag 31.12.2014 betrug die Anzahl der eigenen Aktien der conwert 2.576.464 Stück (Quelle: Geschäftsbericht der conwert aus dem Jahr 2015). Im ersten Halbjahr 2015 veräußerte conwert 1.000.000 Stück eigene Aktien; die außerbörsliche Transaktion wurde zum 29.5.2015 durchgeführt (Quelle: Geschäftsbericht der conwert aus dem Jahr 2015). Die Gesamtzahl der eigenen Aktien lag ab diesem Zeitpunkt daher nur mehr bei 1.576.464 Stück. Die Anzahl eigener Aktien blieb im entscheidungsrelevanten Zeitraum – dh bis zur außerordentlichen Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 – unverändert (Quelle: Finanzbericht 1-6/2016 der conwert).

<b><u>conwert</u> <u>Immobi-</u> <u>lien Invest</u> <u>SE</u></b>	<b><u>31.12.2014</u></b>	<b><u>Sept-Okt</u> <u>2015</u></b>	<b><u>30.11.2015</u></b>	<b><u>31.12.2015</u></b>	<b><u>31.1.2016</u></b>
Gesamtzahl der Aktien	85.359.273	85.359.273	86.937.232	90.065.143	94.593.612
Gesamtzahl abzüglich eigener Aktien	82.782.809	83.782.809	85.360.768	88.488.679	93.017.148

41. Damit veränderte sich der Stimmrechtsanteil der Parteien bis zur **außerordentlichen Hauptversammlung** der conwert am **17.3.2016** wie folgt:

<u>Aktionär</u>	<u>Aktienanzahl</u>	<u>Anteil am Grundkapital</u>	<u>Anteil der Stimmrechte</u>
Petrus Advisers LLP	5.111.139	5,40%	5,49%
MountainPeak Trading Ltd	21.160.921	22,37%	22,75%
[DD Limited]	3.400.000	3,59%	3,66%
Westgrund AG	985.000	1,04%	1,06%
<b>Gesamt</b>	<b>30.657.060</b>	<b>32,40%</b>	<b>32,96%</b>

42. Grafisch lassen sich die Verflechtungen der Verfahrensparteien vor der außerordentlichen Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 wie folgt darstellen (Angaben in % der Stimmrechte):



43. Die Verringerung der Aktienanzahl bei Petrus Advisers im Vergleich zum Herbst 2015 ist auf Verkäufe von einigen bis dahin von Petrus Advisers vertretenen Investoren zurückzuführen (Response to the Austrian Takeover Commission, ON 110 Beilage ./4). Die Erhöhung der Aktienanzahl bei [DD Limited] beruht auf einem

Erwerb von 1.000.000 Aktien von der [BB GmbH] (Stellungnahme von [KK], ON 114). Westgrund AG hatte mit Wertpapierdarlehensvertrag vom 7.3.2016 insgesamt 985.000 conwert-Aktien zivilrechtlich erworben. Die Aktien wurden erst nach Ende der außerordentlichen Hauptversammlung am 17.3.2016 wieder an den Darlehensgeber rückübertragen (Stellungnahme der Adler Real Estate AG, ON 122).

44. Mit ad-hoc-Meldung vom 30.9.2016 gab conwert bekannt, dass MountainPeak eine von Petrus Advisers Investment Fund L.P. eingeräumte *call option* zum Erwerb von 5.000.000 Stückaktien an conwert am 2.9.2016 ausgeübt hatte. Das *settlement* erfolgte in zwei Tranchen am 27. und 29.9.2016. Durch diesen Erwerb erhöhte sich die Kapitalbeteiligung der MountainPeak von bisher 22,37% auf 25,67% (Aktienanzahl: 26.160.921). Mit ad-hoc-Meldung vom 3.10.2016 gab conwert bekannt, dass Petrus Advisers nunmehr Stimmrechte aus insgesamt 1.677.016 Aktien der conwert zuzurechnen seien; dies entspreche 1,65% des Grundkapitals.
45. Die folgende Tabelle zeigt die **Aktionärspräsenzen** in den letzten ordentlichen Hauptversammlungen der conwert inklusive der außerordentlichen Hauptversammlung am 17.3.2016, den Stimmrechtsanteil, der für eine einfache Mehrheit erforderlich war sowie den Stimmrechtsanteil, der für eine  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit erforderlich war (Quelle: Hauptversammlungsprotokolle der conwert):

<u>Jahr der HV</u>	<u>HV-Präsenz in % vom GK</u>	<u>Erforderlicher Stimmrechtsanteil für eine einfache Mehrheit (in %)</u>	<u>Erforderlicher Stimm- rechtsanteil für eine <math>\frac{3}{4}</math>- Mehrheit (in %)</u>
2013	54,84	27,42	41,13
2014	68,86	34,43	51,64
2015	64,01	32,01	48,01
2016 (ao HV)	78,18	39,09	58,64
2016	71,11	35,56	53,33

46. **ADLER Real Estate AG** („Adler“) ist eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt am Main, Deutschland, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter HRB 7287. Die Aktien der Adler notieren am Regulierten Markt der Frankfurter Börse im Segment *Prime Standard*. Das Grundkapital beträgt EUR 47.680.793 und ist in ebenso viele Stückaktien zerlegt.
47. Der Vorstand der Adler besteht derzeit aus Arndt Krienen und Sven-Christian Frank. Von 11.2.2003 bis 9.6.2016 war Axel Harloff Mitglied des Vorstands. Das *Executive Committee* der Adler bilden neben den aktuellen Vorstandsmitgliedern Tomas de Vargas Machuca sowie Carsten Wolff. Tomas de Vargas Machuca ist

als Vorsitzender des *Executive Committee* seit 2013 für die Kapitalmarktaktivitäten von Adler verantwortlich; Carsten Wolff leitet seit Anfang 2003 die Abteilung Rechnungswesen und Finanzen (Quelle: Website der Adler [[www.adler-ag.com](http://www.adler-ag.com)], zuletzt abgerufen am 22.11.2016). Den Aufsichtsrat bilden Dr. Dirk Hoffmann (Vorsitzender), Thomas Katzuba von Urbisch (stellvertretender Vorsitzender) und Thilo Schmid (Mitglied).

48. Basierend auf aktuellen Stimmrechtsmeldungen lautet die **derzeitige Aktionärsstruktur** der Adler wie folgt (Quelle: Website der Adler [[www.adler-ag.com](http://www.adler-ag.com)], zuletzt abgerufen am 22.11.2016):

<u>Aktionär</u>	<u>Anteil am Grundkapital</u>
Klaus Wecken & Cie	25,15%
Mezzanine IX Investors S.A.	21,06%
Thomas Bergander	6,34%
Asset Value Investors Ltd	5,06%
Streubesitz	42,38%

49. **MountainPeak Trading Ltd** („MountainPeak“) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach zypriotischen Recht mit Sitz in Nikosia, Zypern, eingetragen im Handelsregister von Zypern unter HE342519. MountainPeak ist eine 100%ige Tochtergesellschaft von Adler und unmittelbar an conwert beteiligt. Adler hatte die Beteiligung an MountainPeak am 17.8.2015 zur Gänze von Longway Trading Limited erworben, einschließlich der bis heute von MountainPeak gehaltenen Aktien an conwert (Antworten auf die Auskunftersuchen der Übernahmekommission von Adler Real Estate AG, ON 122). Longway Trading Limited wurde von [TT] kontrolliert, der zum damaligen Zeitpunkt sein Aktienpaket an conwert veräußern wollte (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 27, ON 309). [TT] hatte dazu Cevdet Caner kontaktiert, der dann den Erwerb durch Adler zunächst vermittelte und auf Bitte von Axel Harloff – damals Einzelvorstand der Adler – auch begleitete (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 27).
50. **Westgrund AG** („Westgrund“) ist eine deutsche Aktiengesellschaft, an der Adler 74.735.335 Aktien hält; das entspricht einem Anteil am Grundkapital von rund 94% (Stellungnahme der Adler, ON 122). Vorstand der Westgrund ist Arndt Krienen. Der Aufsichtsrat besteht aus Franz Hölzle (Vorsitzender), Axel Harloff (Mitglied) und Carsten Wolff (Mitglied). Westgrund erwarb mit Wertpapierdarlehensvertrag vom 7.3.2016 insgesamt 985.000 conwert-Aktien. Dies entsprach einem Stimmrechtsanteil von 1,04% an conwert. Der Wertpapierdarlehensvertrag wurde

zum 23.3.2016 beendet und die 985.000 conwert-Aktien am 24.3.2016 aus dem Depot der Westgrund AG ausgebucht (Stellungnahme der Adler Real Estate AG, ON 122).

51. **Cevdet Caner**, geboren am 29.7.1973, wohnhaft in 4 Avenue Des Guelfes, 98000 Monaco, ist Mitstifter und selbständig vertretungsbefugtes Vorstandsmitglied der **[FF Privatstiftung]** mit Sitz in Linz und der Geschäftsanschrift Hauptplatz 15-16, Top 11, 1. Stock, 4020 Linz, eingetragen im Firmenbuch des Landesgerichts Linz unter FN 203484t. [FF Privatstiftung] hielt als Gründungsaktionärin bis November 2014 eine Beteiligung an der Mezzanine IX Investors S.A. im Ausmaß von 25% des Kapitals und der Stimmrechte (Stellungnahme von [FF Privatstiftung], ON 119 Beilage ./2). Cevdet Caner war der „Geburtshelfer“ von Adler, nachdem sich die Gesellschaft im Jahr 2012 zu einem Wohnimmobilienunternehmen neu ausgerichtet hatte (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 61, ON 310). Soweit es zweckmäßig ist, wird Cevdet Caner von Adler als „Intermediär“ eingesetzt (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 62). Auch der Abschluss von Geschäften wird von Adler häufig mit Cevdet Caner besprochen; er ist eine Art „Sparringpartner“ (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 61). Bei geschäftlichen Gesprächen, die Adler betreffen, präsentiert sich Cevdet Caner zwar als Berater der Aktionäre der Adler (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7; PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 27), er wird jedoch sowohl am Markt als auch innerhalb der Adler als „Spiritus Rektor“ oder Berater der Gesellschaft selbst wahrgenommen, der großen Einfluss auf die Geschäftsführung der Adler hat (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 46; Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 11, ON 311; Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 62). Er hat somit eine Berater- und Ideengeberfunktion für Adler (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 61). Möchte man mit Adler über Geschäftliches sprechen, muss man *de facto* mit Cevdet Caner reden (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seiten 33; PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7). Cevdet Caner selbst spricht von seiner „natürlichen Autorität“ im Umfeld der Adler, die er auf die Übernahme von Anteilen an der Mezzanine IX Investors L.P. (USA), den damals kontrollierenden Aktionär von Adler, im Jahr 2012 zurückführt (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 26 f).
52. Die Beteiligung der [FF Privatstiftung] wurde im November 2015 an **[AA S.A.M.] (Société anonyme monégasque)** mit Sitz in Monaco und der Geschäftsanschrift 9 Avenue JF Kennedy, 98000 Monaco, company number 10S05156, übertragen. [AA S.A.M.] steht im Mehrheitseigentum von **[HH]**, der Ehefrau von Cevdet Ca-

ner. Sie ist zugleich alleinvertretungsberechtigter Président Administrateur Délégué der [AA S.A.M.] [KK] und [GG] sind – nicht alleinvertretungsberechtigte – Administrateurs Délégués der [AA S.A.M.] Cevdet Caner ist beratend für die [AA S.A.M.] tätig. Aufgrund eines mit der [AA S.A.M.] abgeschlossenen – substantiellen – *Profit-Share-Agreements* hat er ein Interesse an der Weiterentwicklung der Adler und der conwert (Stellungnahme von Cevdet Caner, ON 119 Beilage ./1; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 26).

53. **Mezzanine IX Investors S.A.** („Mezzanine IX“) ist eine nach dem Recht des Großherzogtums Luxemburg errichtete Aktiengesellschaft. Mezzanine IX ist eine Beteiligungsgesellschaft und hält als solche Aktien der Adler. Der Zweck der Gesellschaft besteht insbesondere im Erwerb und der Verwaltung von Beteiligungen (Punkt 4.1. der Satzung, ON 113 Beilage ./3). Der Verwaltungsrat besteht aktuell aus Thomas Katzuba von Urbisch (Kategorie A Mitglied, Vorsitzender), Francois Lanners (Kategorie B Mitglied) und Yassine Khechini (Kategorie B Mitglied). An der Mezzanine IX sind folgende Aktionäre mit jeweils 25% beteiligt (Stellungnahme der Mezzanine IX, ON 113):
- [WW LLC]: eine nach dem Bundesstaat Texas gegründete Limited Liability Company; Manager und alleiniger Gesellschafter ist [UU];
  - [BB GmbH];
  - [CC GmbH];
  - [AA S.A.M.]

Der heutige Anteil von [AA S.A.M.] wurde bei Gründung der (luxemburgischen) Mezzanine IX von [FF Privatstiftung] gehalten (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 24). Die anderen drei Investoren – bzw die dahinter stehenden natürlichen Personen [UU], [GG] und [JJ] – wurden von Cevdet Caner organisiert und angesprochen, um beim Investment in die Mezzanine IX Investors L.P. (USA) mitzumachen (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 24). Dementsprechend kennt [UU] Cevdet Caner privat seit dem Jahr 2012 (PV [UU], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 22).

54. **[BB GmbH]** ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht mit Sitz in Berlin und der Geschäftsanschrift Potsdamer Platz 10, D-10785 Berlin. [JJ], wohnhaft in Salaberg 49, 3350 Haag, ist alleiniger Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der [BB GmbH]. [HH] ist die Schwester und Cevdet Caner ist der Schwager von [JJ] (Auskunftsschreiben von [JJ], ON 104 Beilage ./1). [BB GmbH] hält eine 25%ige Beteiligung an Mezzanine IX (oben Rz 53); der Einstieg in die Mezzanine IX wurde im Jahr 2012 über Cevdet Caner vermittelt (PV [JJ], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 52, 54). Welche Bedeutung das Investment der [BB GmbH] bei der Mezzanine IX im Verhältnis zu den anderen Investments von [JJ] hat, konnte in absoluten Zahlen nicht festgestellt werden; dasselbe gilt für die Eigenmittel der [BB GmbH], die zum Erwerb der Be-

teilung an Mezzanine IX erforderlich waren. [JJ] agiert fremdbestimmt und würde sein Handeln bezüglich seiner Investments jederzeit nach den Wünschen von Cevdet Caner ausrichten.

55. [BB GmbH], vertreten durch [JJ], erwarb im Juni 2015 auf Initiative von [KK] 1.000.000 Aktien an conwert von der [MM GmbH]; die Transaktion wurde von der Oddo Seydler Bank AG abgewickelt (PV [KK] und PV [JJ], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seiten 8, 54). [KK] ist Geschäftsführer der [MM GmbH]. Beim Settlement gab es jedoch Probleme, da die Aktien zunächst nicht auf ein Konto der [BB GmbH], sondern auf das Wertpapierkonto der Adler gebucht und erst nach Korrektur dieser Buchung durch den Händler der Oddo Seydler Bank auf ein Konto der [BB GmbH] übertragen wurden (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 9). Im Herbst 2015 war [BB GmbH] daher mit rund 1,17% an conwert beteiligt. Die gesamte Beteiligung an conwert veräußerte [BB GmbH] im März 2016 – 10 Tage vor der außerordentlichen Hauptversammlung der conwert – an [DD Limited], eine von [KK] kontrollierte Gesellschaft (PV [JJ], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 54). Der Erwerb wurde erneut von Oddo Seydler Bank AG abgewickelt; [KK] war bewusst, dass die Aktien von der [BB GmbH] stammten, da er [JJ] zuvor gefragt hatte, ob er ihm die Aktien veräußern möchte (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 9).
56. **[DD Limited]** ist eine zypriotische Limited Liability Company mit Sitz in Nicosia, Zypern, und der Registernummer HE 349973. Wirtschaftlicher Eigentümer der [DD Limited] ist [KK] (Stellungnahme von [KK], ON 114). Sämtliche Anteile an [DD Limited] werden für [KK] treuhändig durch KKLAW Nominees Limited, Nicosia, Zypern, HE 40923, gehalten. [DD Limited] hielt bei der außerordentlichen Hauptversammlung am 17.3.2016 3.400.000 Aktien an conwert; das entsprach einem Anteil von rund 3,59%. Die Aktien an conwert erwarb [DD Limited] in zwei Tranchen: Im Mai 2015 kaufte die Gesellschaft, vertreten durch [KK], zunächst über die – ebenfalls von [KK] kontrollierte – Delixo Trading Ltd 2.400.000 Aktien an conwert (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seiten 5 f). In Folge wurden die Aktien an die [DD Limited] übertragen. Am 7.3.2016 erwarb [DD Limited] von Oddo Seydler Bank AG insgesamt 1.000.000 Stück conwert Aktien und vergrößerte ihren Anteil an conwert damit auf 3.400.000 Aktien. Die Aktien stammten von der [BB GmbH] (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 9).
57. [KK] ist zudem alleiniger und somit selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer von [MM GmbH], Berlin, Deutschland, HRB 119425 ("M1"), welche derzeit 945.000 Stück Aktien an Adler hält. Ebenso ist [KK] alleiniger und selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer von Pruß GmbH, Berlin, Deutschland, HRB 54422 B ("Pruß"), welche derzeit insgesamt 3.667.000 Aktien an Adler hält; das entspricht ca 7,95% des Grundkapitals. Pruß hat zwei Gesellschafter: 51% des

Stammkapitals von Pruß werden von Mezzanine IX gehalten, 49% von IMFARR Beteiligungs GmbH, mit Sitz in Wien, eingetragen zu FN 301503m.

58. [KK] hält eine Beteiligung von 1% an der [AA S.A.M.] und ist zugleich nicht selbständig vertretungsbefugter Director (Administrateur Délégué; siehe bereits Rz 52). Die Beteiligung erwarb [KK] jedenfalls auch aus aufenthaltsrechtlichen Gründen (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 11). Er bat [HH], ihm eine Beteiligung an der [AA S.A.M.] zu ermöglichen, weil es das Erreichen einer Aufenthaltserlaubnis in Monaco erheblich erleichtert, wenn man Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft ist (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 25). An der Geschäftsführung der [AA S.A.M.] ist [KK] inhaltlich nicht beteiligt, sondern nur im Rahmen des formell Notwendigen (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 12). [KK] war ehemals Director der [NN Ltd.], mit Sitz in London. Die [NN Ltd.] steht im Eigentum von Cevdet Caner (Stellungnahme von Cevdet Caner, ON 119 Beilage ./1). Während seiner Zeit als Director bei [NN Ltd.] von 2009 bis 2012 arbeitete [KK] mit Cevdet Caner zusammen (Stellungnahme zum Auskunftsersuchen, ON 119 Beilage ./1; PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 5; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 25). Gemeinsam entwickelten sie einen *Hedge-Fonds*, das Projekt scheiterte jedoch aufgrund der Insolvenz einer beteiligten Investmentbank (PV [KK], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 5; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 25). [KK] und Cevdet Caner kennen sich seit über 13 Jahren (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 25).
59. [CC GmbH] ist eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Berlin mit der Geschäftsanschrift Kurfürstendamm 21, D-10719 Berlin. [CC GmbH] hält 25% der Anteile an Mezzanine IX. [GG], geboren am 9.5.1980, wohnhaft in Parc Saint Roman, 7 Avenue Saint Roman, 9800 Monaco, ist alleiniger, selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer sowie alleiniger Gesellschafter der Gesellschaft; damit ist er alleiniger wirtschaftlicher Berechtigter (*Ultimate Beneficial Owner*) von [CC GmbH] (Antwortschreiben von [GG], ON 148 Beilage ./1). [GG] ist Eigentümer der Meridian Capital Management, die einen Beratungsvertrag mit Adler abgeschlossen hat und in unterschiedlichen Bereichen Dienstleistungen für Adler erbringt (PV [GG] vom 3.6.2016, Beglaubigte Übersetzung, Seite 2 f; PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 70; Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 80 f). Einer seiner Mitarbeiter ist [RR], der im Herbst 2015 für Adler auch an mehreren Gesprächen mit conwert zur Transaktion „Paloma“ teilnahm (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 81; PV [GG] vom 3.6.2016, Beglaubigte Übersetzung, Seite 3).

60. [GG] ist spätestens seit Mitte 2010 als nicht-selbständig-vertretungsbefugter Director (Administrateur Délégué) der Bassan S.A.M tätig (PV [GG], Beglaubigte Übersetzung Seite 5). Er hält zudem 10% der Anteile an [AA S.A.M.] [GG] ist auch mit [HH] befreundet (PV [GG] vom 3.6.2016, Beglaubigte Übersetzung, Seite 4).
61. **Petrus Advisers LLP** („Petrus Advisers“) ist eine *private company limited by shares*, die von der *Financial Conduct Authority* (FCA) autorisiert und reguliert wird. Sitz der Gesellschaft ist London. Petrus Advisers berät seine Investoren im Hinblick auf nachhaltige Wertsteigerungen ihres Kapitals. Gründer und Managing Partner von Petrus Advisers ist **Mag. Klaus Umek**, geboren am 5.10.1971, wohnhaft in 49 Winchester Road, London. Petrus Advisers und befreundete, von Petrus vertretene Investoren sind seit 2009 Aktionäre der conwert (Response to the Austrian Takeover Commission, ON 110 Beilage ./4). Der Anteil der gemeldeten Aktienanzahl an conwert schwankt; im Juni 2015 betrug er 6.165.737; das entsprach rund 7,22% des Grundkapitals. Im März 2016 betrug die Aktienanzahl 5.111.139; das entsprach rund 5,49% der Stimmrechte. Derzeit sind Petrus Advisers 1.677.016 Aktien der conwert zuzurechnen; das entspricht 1,65% des Grundkapitals. Klaus Umek wird am Markt als „aktivistischer Investor“ wahrgenommen (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 33; PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seiten 27 f, 39).
62. **Wijnand Donkers** ist Industriepartner von Petrus Advisers (Response to the Austrian Takeover Commission, ON 110 Beilage ./4). Er unterstützt Petrus Advisers bei der Analyse von Investitionen in den Bereichen Immobilien und Öl & Gas. Wijnand Donkers hat eine Visitenkarte von Petrus Advisers mit der Bezeichnung „Industriepartner“ (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 37; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seiten 58 f). Er ist nach außen für Petrus Advisers vertretungsbefugt und kann, sofern es Projekte gibt, mit einem Gewinnanspruch rechnen (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seiten 58 f). Dies betraf zumindest in der Vergangenheit keine Projekte im Zusammenhang mit conwert (Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 5; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seiten 58, 59). Das Beratungsverhältnis soll in Zukunft vertraglich geregelt werden; derzeit finden dazu Gespräche zwischen Wijnand Donkers und Klaus Umek statt (Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 5). Wijnand Donkers steht in einem Naheverhältnis zu Klaus Umek (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 60). Dieses Naheverhältnis beschrieb Klaus Umek mit den Worten: „Der (Anm: Wijnand Donkers) kommt von mir“; „Er agiert für mich“; „Er ist mein Mann“ (Aktenvermerk vom 15.2.2016, ON 15). Wijnand Donkers nahm im Jänner 2016 gemeinsam mit Klaus Umek an Investorentreffen der conwert teil, bei denen er Wolfgang Beck traf (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen

Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 13; Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 5). Er wurde von Klaus Umek bereits im Juni 2015 darauf angesprochen, ob er interessiert wäre, entweder eine Non-Executive oder eine Executive Rolle in conwert zu übernehmen (Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 4, 8; PV Thomas Doll, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 19; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seiten 47).

## **2. Geplante Transaktion im Herbst 2015 – Projekt „Paloma“**

63. Am 17.9.2015 gab es in Berlin ein initiales Treffen zwischen Thomas Doll und Cevdet Caner, mit dem Gespräche über eine mögliche Transaktion („Projekt Paloma“) zwischen Adler und conwert begannen (Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). Das Treffen wurde von Martin Hellweger organisiert, einem gemeinsamen Bekannten von Cevdet Caner und Thomas Doll (PV Thomas Doll, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 18; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 30). Die Anfrage zu dem Treffen stammte von Cevdet Caner und hatte das grundsätzliche Ziel, dass Adler zeitlich nach dem Kauf ihrer Anteile an conwert auch Kontakt zum operativen Management herstellt (PV Thomas Doll, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 18). Es wurde über Möglichkeiten gesprochen, wie man beide Unternehmen kombinieren könnte, etwa indem conwert Assets von Adler kauft und im Gegenzug hierfür Aktien an Adler ausgibt (PV Thomas Doll, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 18). Cevdet Caner schlug vor, über eine Sacheinlage nachzudenken, bei der Immobilien von Adler in conwert eingebracht würden (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 32). Die Idee einer Transaktion, bei der conwert von Adler einen Teil der Immobilien erwirbt, wurde in der Folge von Wolfgang Beck aufgegriffen und in weiteren Gesprächen mit Adler forciert (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 82; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 32). Wolfgang Beck war schon vor dem Einstieg von Adler an Möglichkeiten interessiert, die zu einem Wachstum der conwert durch Immobilienzukäufe führen (Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 6). Cevdet Caner trug den Transaktionsvorschlag in weiterer Folge an Axel Harloff heran (PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 70 f). Ob in diesem Zusammenhang eine Verschwiegenheits- oder Insidervereinbarung mit Cevdet Caner abgeschlossen wurde, konnte nicht festgestellt werden. Cevdet Caner wurde dann von Axel Harloff gebeten, ihn bei dieser Transaktion zu unterstützen (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 29).
64. Ein zweites Treffen fand am 29.9.2015 wiederum in Berlin statt; Teilnehmer waren Wolfgang Beck, Thomas Doll, Axel Harloff, [RR] und Cevdet Caner (Stellung-

nahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). Diskutiert wurden einerseits die genaueren Parameter der Transaktionsstruktur, etwa wie viele Assets der Adler von conwert gekauft werden sollen. Wolfgang Beck wiederholte dort seine Vorstellung, dass conwert Immobilien von Adler kaufen sollte (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 31). Die Beteiligten erwarteten sich von der Transaktion Synergieeffekte, weil Adler etwa 80% der Hausverwaltung ausgelagert hat, während conwert auf eine 100%ige *Inhouse*-Verwaltung zurückgreift (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 31; Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 86). Auch über das *Pricing* wurde gesprochen (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7). Da es sich um zwei börsennotierte Gesellschaften handelt, ging man zunächst davon aus, dass die Transaktion auf Basis des *Net Asset Value (NAV)* beider Unternehmen erfolgen könnte (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 31; PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7; PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 72; Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 82). Dieser Vorschlag stammte von Cevdet Caner (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 82). Cevdet Caner führte für Adler die wesentlichen Inhalte dieses sowie der nachfolgenden Gespräche (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7; PV Thomas Doll, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 19) und zeigte auch ein persönliches Interesse am Closing der Transaktion (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 77).

65. Das nächste Treffen fand am 7.10.2015 in London statt; Teilnehmer waren Wolfgang Beck, Thomas Doll, [RR] und Cevdet Caner (Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 34). Dabei ging es vor allem um technische Fragen zur Abwicklung der möglichen Transaktion. Da für die Beteiligten klar war, dass der Deal einer außerordentlichen Hauptversammlung der conwert vorgelegt werden müsste, wurde auch über eine mögliche künftige Zusammensetzung des Verwaltungsrats gesprochen, über die gleichzeitig in der außerordentlichen Hauptversammlung abgestimmt werden könnte (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7). Cevdet Caner plante, dass drei von sechs Mitgliedern auf Adler entfallen sollten und ein bis zwei Mitglieder auf Petrus Advisers (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7). Er nannte als möglichen Kandidaten für Adler Dirk Hoffmann und als möglichen Kandidaten für Petrus Advisers Wijnand Donkers. Letzterer sei ein Wunschkandidat von Klaus Umek; seine Wahl in den Verwaltungsrat wäre nötig, damit Klaus Umek gut gestimmt und bei der Transaktion mitmachen würde (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 7 f; Schreiben von conwert, ON 79 Beilage ./1). Nach Ansicht von Cevdet Caner sollte

- die Transaktion kurzfristig, wenn möglich noch im Jahr 2015 durchgeführt werden (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 32).
66. Das nächste Treffen fand statt bei einem Abendessen in Berlin am 20.10.2015 zwischen Wolfgang Beck, Thomas Doll, Axel Harloff, [RR] und Cevdet Caner, wo es um technische Themen der Transaktion ging (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 8).
67. Das erste größere Treffen gab es anschließend in London am 26.10.2015. Teilnehmer waren für conwert Wolfgang Beck, Thomas Doll und Clemens Billek, der Leiter der Abteilung *Investor Relations – Konzernkommunikation*, sowie mehrere Finanz- und Rechtsberater. Für Adler nahmen Axel Harloff, Arndt Krienen, Tomas de Vargas Machuca, Carsten Wolff, [RR] sowie mehrere Finanz- und Rechtsberater teil (Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). Bei diesem Meeting beschrieb Wolfgang Beck auf Basis einer Präsentation von JP Morgan die Möglichkeit, dass ein *Voting-Cap* für Adler nach Vollzug der geplanten Transaktion vorgesehen werden könnte, damit die Stimmrechte an conwert auf maximal 30% beschränkt werden (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 86 f). Grund war die Befürchtung, dass bei einer vollständigen Konsolidierung der conwert durch Adler das Investmentgrad-Rating („*Loan-To-Value Ratio*“, „*LTV*“) der conwert bei einer Investment Rating Agentur verloren gehen könnte, basierend auf einem „*Look-Through-Principle*“ (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 86; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 35). Ob es noch weitere Gründe für den Vorschlag eines *Voting-Cap* gab, konnte nicht festgestellt werden. Adler war sich bewusst, dass die Transaktion zu einer Beteiligung an conwert von bis zu 60% führen und daher ein Pflichtangebot an die Aktionäre der conwert auslösen hätte können; ein derartiges Angebot wäre für Adler aber unproblematisch gewesen und hätte grundsätzlich auch finanziert werden können (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 88; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 34 f). Eine Übernahme ohne Kontrollmöglichkeit – verursacht durch das *Voting-Cap* – erschien für Adler wirtschaftlich nicht nachvollziehbar; der Vorschlag wurde aber zunächst nicht ablehnend, sondern neutral bewertet (Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 87). Cevdet Caner war bei diesem Treffen nicht dabei, weil er nicht wollte, dass über die beteiligten Banken im Markt verbreitet wird, dass er in die Transaktion involviert ist (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 8).
68. Am 4.11.2015 gab es zunächst ein Treffen in Berlin zwischen Wolfgang Beck und Thomas Doll einerseits sowie Axel Harloff, Arndt Krienen, Carsten Wolff, [RR] sowie Cevdet Caner andererseits. Dort wurden technische Details der Transaktion

besprochen, man sprach aber auch bereits über die Bewertung der *Assets* der Adler (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 8). Nach dem Treffen diskutierten Wolfgang Beck, Thomas Doll und Cevdet Caner bei einem gemeinsamen Abendessen über die mögliche Zusammensetzung des Verwaltungsrats. Cevdet Caner betonte erneut, dass Wijnand Donkers zu berücksichtigen sei, weil Klaus Umek sonst nicht für die Transaktion gewonnen werden könne (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9). Ferner berichtete Cevdet Caner, dass er regelmäßig mit Klaus Umek telefoniere und dieser Druck auf ihn ausübe (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9; Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). Cevdet Caner hielt fest, dass Wolfgang Beck und Thomas Doll nur die außerordentliche Hauptversammlung organisieren müssten und er sich um die 75%ige Mehrheit kümmern werde, damit die Transaktion beschlossen werden könne (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9). Aus dem Zusammenhang war klar, dass auch Klaus Umek – im Gegenzug für die Nominierung und den Einzug von Wijnand Donkers in den Verwaltungsrat – die Transaktion mit seinen Stimmen unterstützen würde; er also Teil dieser Absprache war (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9).

69. Ein weiteres Treffen gab es in London (Flughafen London-Heathrow) am 20.11.2015 zwischen Wolfgang Beck, Thomas Doll und Cevdet Caner. Dort kam es zu ersten Unstimmigkeiten wegen der bilanziellen Bewertung der *Assets* von Adler, die von conwert als zu hoch betrachtet wurde (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9). Diese Bedenken teilte Wolfgang Beck Cevdet Caner bei diesem Treffen auch mit. Während des Treffens wurde Cevdet Caner von Klaus Umek angerufen, worauf Cevdet Caner mit einer entsprechenden Handbewegung auf sein Handy aufmerksam machte (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9). Cevdet Caner erklärte in den Meetings wiederholt, dass Klaus Umek ständig anrufe und sich nach dem Stand der Transaktion erkundige (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9).
70. Weitere Treffen gab es in Wien am 26.11.2015 sowie in London am 1.12.2015. In beiden Treffen standen kommerzielle und technische Details der Transaktion im Vordergrund (Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1).
71. Im Büro von Wolfgang Beck gab es am 2.12.2015 ein Treffen zwischen ihm und Klaus Umek. Unter anderem wurde auch über die mögliche Transaktion zwischen conwert und Adler gesprochen (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 50; PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 10). Klaus Umek zeigte sich dabei über wesentliche Parameter der Transaktion – Kauf von *Assets* gegen Tausch von Aktien, auch mit groben Zahlenangaben – informiert und es war ihm bewusst, dass Adler

nach Durchführung der Transaktion über 50% an conwert halten könnte (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 10).

72. Über die Details der Transaktion war Klaus Umek von Cevdet Caner informiert worden. Es gab mehrfach Telefonate zwischen ihnen, zunächst im September 2015 (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seiten 33, 38), aber auch im Oktober und November. Diese Gespräche nutzte Klaus Umek, um an Informationen über die geplante Transaktion zu gelangen. Wolfgang Beck fragte Klaus Umek beim Treffen am 2.12.2015 nicht, woher er diese Details kannte (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 15). Klaus Umek wies Wolfgang Beck darauf hin, dass er an einem Übernahmeangebot der Adler Interesse hätte (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 66). Dazu wurden im Anschluss an das Treffen auch Preisberechnungen von Klaus Umek erstellt, die er an Alexander Proschofsky übermittelte (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 66). Durch ein Übernahmeangebot würden die Aktien der conwert jedenfalls handelbar bleiben, woraus das grundsätzliche Interesse von Klaus Umek an der Durchführung einer Transaktion zwischen conwert und Adler resultierte (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 28 f).
73. Die nächsten zwei Treffen gab es in Berlin am 11. und 16.12.2015 zwischen Wolfgang Beck, Thomas Doll, Axel Harloff, Arndt Krienen, Carsten Wolff, [RR] und Cevdet Caner. Es gab zwischen den Parteien unterschiedliche Preisvorstellungen für die Durchführung der Transaktion, die auf Auffassungsunterschiede bei der Bewertung der Immobilien der Adler zurückzuführen waren (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11). Aus Sicht der conwert konnte unter den gegebenen betriebswirtschaftlichen Parametern die Transaktion nicht abgeschlossen werden (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 26). Arndt Krienen schlug als Alternative vor, dass conwert die Westgrund erwerben könnte (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 74). Auch diese Variante wurde jedoch von conwert bei einer Telefonkonferenz am 18.12.2015 abgelehnt (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11; Schreiben von conwert, ON 79 Beilage ./1). Spätestens zu diesem Zeitpunkt war die Transaktion gescheitert (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11). Adler führte das Scheitern auf eine fehlerhafte Immobilienbewertungsmethode von Wolfgang Beck zurück (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 35 f; PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 76; Zeugenaussage [RR], Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 83).
74. In einem Telefonat zwischen Erich Kandler (Verwaltungsratsmitglied der conwert) und Klaus Umek am 27.12.2015 äußerte Klaus Umek seine Enttäuschung über das

Scheitern der Transaktion zwischen conwert und Adler (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 27 f; Schreiben von conwert, ON 79 Beilage ./1). Er kritisierte Wolfgang Beck, weil er zu lange auf Urlaub gewesen sei, und verlangte darüber hinaus die Abberufung von Thomas Doll und anderen leitenden Personen bei conwert (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 38; Schreiben von conwert, ON 79 Beilage ./1). Wolfgang Beck wurde bereits im November 2015 von Klaus Umek medial kritisiert (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 41). Beim Gespräch am 27.12.2015 gab Klaus Umek Erich Kandler auch zu verstehen, dass er Details der Transaktion kannte und sehr überrascht war, dass conwert die Transaktion ablehnte (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 28). Klaus Umek insistierte in diesem Gespräch, „etwas müsse passieren“ und man könne nicht bis zum 27.1.2016 warten (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 28; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 56). Am 27.1.2016 hätte ein Treffen zwischen Adler und conwert stattfinden sollen, das dann aber auf den 3.2.2016 verlegt wurde (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 32).

75. Klaus Umek telefonierte auch danach regelmäßig mit Erich Kandler (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 55). In einem dieser Telefonate sprach ihn Erich Kandler auf die Gefahr eines möglichen Aktien-Überhangs (*Overhang*) bei conwert an (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 29). Ein solcher Aktienüberhang ist in diesem Zusammenhang dahin zu verstehen, dass das Angebot von conwert-Aktien die Nachfrage übersteigt, sodass deren Veräußerbarkeit nicht gewährleistet wäre. Klaus Umek antwortete darauf, dass dies nicht passieren dürfe (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 29). Als Investor war für Klaus Umek eine ständige Handelbarkeit der conwert-Aktien von großer Bedeutung. Ob in Gesprächen mit Erich Kandler auch das vorgeschlagene *Voting-Cap* diskutiert wurde bzw ob Klaus Umek wusste, dass ein *Voting-Cap* Teil der Transaktion sein könnte, konnte nicht festgestellt werden.
76. Zu Beginn des Jahres 2016 setzte sich Wolfgang Beck telefonisch mit Cevdet Caner in Verbindung, woraufhin ein Treffen zwischen ihnen in London am 20.1.2016 folgte. Es wurde über das Scheitern der Transaktion diskutiert. Cevdet Caner erklärte dazu, dass nun Adler-nahe Kandidaten in den Verwaltungsrat der conwert entsendet werden müssten, weil Adler in der Gesellschaft vertreten sein müsse (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 39). Cevdet Caner wurde anschließend von Axel Harloff gebeten, Barry Gilbertson (damals Vorsitzender des Verwaltungsrats der conwert) zu kontaktieren, um mit ihm über einen möglichen Rücktritt als Verwaltungsrat zu verhandeln – was er

auch tat (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 40; Schreiben von conwert, ON 79 Beilage ./1).

77. Die Diskussion um mögliche Vertreter von Adler im Verwaltungsrat der conwert wurde dann bei einem Treffen in Berlin am 3.2.2016 fortgesetzt (Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). Anwesend waren Barry Gilbertson, Alexander Proschofsky, Erich Kandler, Peter Hohlbein und Wolfgang Beck einerseits, Dirk Hoffmann, Axel Harloff, Arndt Krienen, [RR] und Cevdet Caner andererseits. Ausgangspunkt der Diskussion war der Vorschlag, dass Adler zwei von insgesamt fünf Sitzen im Verwaltungsrat der conwert haben und auch den Vorsitzenden stellen sollte (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 64). Der Vorschlag wurde von conwert abgelehnt: Zwei Sitze waren für einen Aktionär mit der Beteiligungshöhe von Adler nach Ansicht der conwert zu viel; der Vorsitz wurde aus Gründen der „Corporate Governance“ abgelehnt (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11). Das Management der conwert schlug dagegen vor, dass Adler jedenfalls ein Mitglied nominieren könne (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11). In einem Vieraugengespräch zwischen Barry Gilbertson und Dirk Hoffmann („Chairman zu Chairman“) unterbreitete Adler dann den Kompromissvorschlag, dass conwert ein einziges Verwaltungsratsmitglied von Adler akzeptiert, das aber auch zum Vorsitzenden gewählt wird (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 65 f). Für Adler sollte Dirk Hoffmann entsendet werden. Auch dieser Vorschlag wurde von conwert abgelehnt, weil man der Ansicht war, dass der Aufsichtsratsvorsitzende eines konkurrierenden Unternehmens nicht zugleich Vorsitzender im Verwaltungsrat der conwert sein könne (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11). Das Treffen am 3.2.2016 endete ohne abschließendes Ergebnis.
78. Im anschließenden Schriftverkehr wiederholte Arndt Krienen – bereits als Vorstand von Adler – mit E-Mail vom 8.2.2016 den Wunsch von Adler, dass der (damals) vakante fünfte Sitz des Verwaltungsrats der conwert mit einem Kandidaten von Adler besetzt und dieser auch zum Vorsitzenden des Verwaltungsrats gewählt werde (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 78; Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). In einem weiteren E-Mail vom 8.2.2016 stellte Dirk Hoffmann in Aussicht, dass in einer außerordentlichen Hauptversammlung ein komplett neuer Verwaltungsrat gewählt werden könnte, wenn conwert dem Vorschlag von Adler nicht zustimme (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 63; Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1). Am selben Tag (8.2.2016) trafen sich Axel Harloff, [RR], Arndt Krienen und Cevdet Caner zu einem Abendessen in London, zu dem auch Klaus Umek kam (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 78). Für Arndt Krienen war die Teilnahme von Klaus Umek überraschend, weil ihm die Teilnahme nicht angekündigt worden

war, sondern Klaus Umek plötzlich auftauchte (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 78). In zwei Telefonkonferenzen am 9.2.2016 zwischen Wolfgang Beck, Barry Gilbertson einerseits und Dirk Hoffmann und Cevdet Caner andererseits scheiterten die Gespräche dann endgültig (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 11). Die – ablehnende – Position der conwert wurde in einem E-Mail vom 9.2.2016 von Barry Gilbertson an Arndt Krienen zusammengefasst; hingewiesen wurde insbesondere darauf, dass es für conwert aus wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht in Betracht komme, dass Dirk Hoffmann nicht nur zum einfachen Mitglied, sondern zugleich auch zum Vorsitzenden des Verwaltungsrats der conwert gewählt werde (Stellungnahme der conwert, ON 79 Beilage ./1).

### **3. Außerordentliche Hauptversammlung der conwert Immobilien Invest SE am 17.3.2016**

79. Als Reaktion auf das Scheitern der Gespräche beantragte MountainPeak mit Schreiben vom 11.2.2016 die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung der conwert. Es wurde die vorzeitige Abberufung von drei der (damals) vier amtierenden Verwaltungsratsmitgliedern vorgeschlagen: Barry Gilbertson, Peter Hohlbein und Alexander Proschofsky (Pressemeldungen, ON 12). Sie sollten durch die Kandidaten Dirk Hoffmann, Hermann Wagner und Wijnand Donkers ersetzt werden. Ferner wurde vorgeschlagen, die Satzung dahingehend zu ändern, dass die maximale Anzahl an Verwaltungsratsmitgliedern nur mehr vier statt fünf betrage. Diese Vorschläge der Adler waren emotional geprägt und folgten auch der Überlegung, dass man mit einem „größeren Hammer draufhaut“, wenn nicht einmal die Minimalvorstellungswünsche des größten Aktionärs bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats berücksichtigt werden (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 66). Der Aktienkurs der conwert entwickelte sich aus Sicht der Adler generell erfreulich (PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 74).
80. Die Idee der Kandidatur von Hermann Wagner stammte von Dirk Hoffmann, der ihn aus der gemeinsamen Aufsichtsratsstätigkeit bei der DEMIRE AG kannte (Zeugenaussage Dirk Hoffmann, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 67). Der Wunsch der Kandidatur von Dirk Hoffmann kam von Axel Harloff. Dirk Hoffmann würde als Verwaltungsratsmitglied der conwert im Interesse der Adler handeln (PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 74).
81. Wijnand Donkers wurde Anfang Februar 2016 von Cevdet Caner kontaktiert und gefragt, ob er bereit wäre, für den Verwaltungsrat der conwert zu kandidieren (Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 10). Wijnand Donkers wurde bereits im August 2015 von Klaus Umek zu einem Treffen mit Tomas de Vargas Machuca mitgenommen, um ihn als

möglichen Kandidaten für den Verwaltungsrat der conwert vorzustellen (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 47; Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 8). Mit Axel Harloff sprach Wijnand Donkers nie über die Kandidatur zum Verwaltungsrat (Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 13).

82. Am 5.3.2016 telefonierte Klaus Umek mit Erich Kandler und forderte ihn im Gespräch auf, es solle einen Vorschlag der conwert geben, Barry Gilbertson durch Wijnand Donkers zu ersetzen, weil er Barry Gilbertson für keinen geeigneten Kandidaten halte (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 36 f).
83. In der außerordentlichen Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 zog MountainPeak die Anträge zur Abwahl der Verwaltungsratsmitglieder sowie zur Reduktion der Verwaltungsratsmitglieder von fünf auf vier zurück (Pressemeldungen, ON 93). Im darauf folgenden Wahlgang wurde der von Adler vorgeschlagene Kandidat Dirk Hoffmann als fünftes Verwaltungsratsmitglied gewählt (Ad-hoc-Meldung von conwert, ON 92). Während der Hauptversammlung wurde bereits von Wilhelm Rasinger, dem Präsident des IVA, an Adler appelliert, Adler möge die Vorschläge für die vorzeitige Abberufung der amtierenden Verwaltungsratsmitglieder zurückziehen und lediglich die Zuwahl von Dr. Hoffmann als einfaches Mitglied beantragen; ein solcher Antrag würde von ihm auch unterstützt (AV über die außerordentliche Hauptversammlung vom 17.3.2016, ON 94).

#### **4. Verbindungen zwischen Klaus Umek, Cevdet Caner und Adler Real Estate AG**

84. Nach dem Einstieg von Adler in conwert gab es im August 2015 ein erstes Zusammentreffen zwischen Klaus Umek und Tomas de Vargas Machuca, der damals bei Adler für den Bereich *Investor Relations* zuständig war (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 46, 62; PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 33). Auch Wijnand Donkers wurde von Klaus Umek zu diesem Treffen mit Tomas de Vargas Machuca mitgenommen, um ihn als möglichen Kandidaten für den Verwaltungsrat der conwert vorzustellen (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 47; Zeugenaussage Wijnand Donkers, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.9.2016, Seite 8). Bei diesem Treffen erfuhr Klaus Umek bereits, dass Adler die Überlegung hatte, eine Transaktion, Fusion oder sonstige Vereinigung mit conwert durchzuführen (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 48). Klaus Umek machte deutlich, dass er Adler als neuem Aktionär der conwert freundlich gegenübersteht und an einem Übernahmeangebot Interesse hätte (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 48). Bei diesem Treffen wurde Klaus Umek

von Tomas de Vargas Machuca auch auf Cevdet Caner hingewiesen (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 34). Tomas de Vargas Machuca sagte, dass Cevdet Caner ein gewichtiges Wort bei Adler mitzureden habe (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 46). Daraufhin suchte Klaus Umek den Kontakt zu Cevdet Caner, wozu Klaus Umek ihn auch mittels eines „*Background-Checks*“ überprüfte (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 63).

85. Es kam dann anschließend zu mehreren Telefonaten und spätestens Mitte September 2015 zweimal in London zu persönlichen Treffen zwischen Klaus Umek und Cevdet Caner (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 33; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 47). Auch danach erkundigte sich Klaus Umek in zahlreichen Telefonaten bei Cevdet Caner zu den Absichten der Adler mit conwert und zum Stand der Verhandlungen über die geplante Transaktion. So versuchte er, Cevdet Caner etwa am 20.11.2015 telefonisch zu erreichen, als dieser sich gerade mit Wolfgang Beck und Thomas Doll über die Transaktion unterhielt (PV Wolfgang Beck, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 9). Neben allgemeinen Informationen über das Verhältnis zwischen conwert und Adler (PV Cevdet Caner, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 33) gab Cevdet Caner in diesen Gesprächen Klaus Umek auch Details zur geplanten Transaktion bekannt. Diese Informationen ließ Klaus Umek in das Gespräch mit Wolfgang Beck am 2.12.2015 einfließen, bei dem er sich über die wesentlichen Parameter der Transaktion detailliert informiert zeigte.
86. Cevdet Caner erwartete sich, dass Klaus Umek bei einer Hauptversammlung das Anliegen von Adler unterstützen würde. Deshalb versuchte Cevdet Caner gegenüber dem Management der conwert, die Wahl von Wijnand Donkers in den Verwaltungsrat der conwert durchzusetzen. Er ging davon aus, dass Klaus Umek die Transaktion unterstützt, sofern Wijnand Donkers in den Verwaltungsrat gewählt würde. Diese Erwartungshaltung war berechtigt, weil Klaus Umek bereits im August 2015 zu verstehen gegeben hatte, dass er Adler freundlich gegenüberstehe und eine Wahl von Wijnand Donkers anstrebe. Cevdet Caner konnte somit davon ausgehen, dass Klaus Umek die Ziele von Adler auch bei einer möglichen Hauptversammlung der conwert unterstützen werde, bei der über die Transaktion abgestimmt wird.
87. Ein weiteres Treffen zwischen Cevdet Caner und Klaus Umek fand Ende Dezember 2015 in Kitzbühel statt, als Klaus Umek gerade auf Urlaub mit seiner Familie war (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 47). Welchen Inhalt dieses Treffen hatte, konnte nicht festgestellt werden. Am 27.12.2015 telefonierte Klaus Umek mit Erich Kandler und schlug ihm ein Treffen bis Neujahr vor, an dem Vertreter von conwert und Adler sowie er selbst teilnehmen sollten (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom

3.6.2016, Seite 28; Schreiben von conwert, ON 79). Das Treffen sollte in Kitzbühel stattfinden, da er – Klaus Umek – und ein „maßgeblicher Vertreter von Adler“ dort bzw in der Nähe urlauben würden (PV Erich Kandler, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 28; Schreiben von conwert, ON 79; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 47). Mit dem „maßgeblichen Vertreter von Adler“ war Cevdet Caner gemeint, der Klaus Umek Ende Dezember 2015 im Kitzbühel besuchte, als er dort mit seiner Familie auf Urlaub war (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 47).

88. Anfang Februar 2016 gab es eine telefonische Kontaktaufnahme von Axel Harloff mit Klaus Umek (PV Axel Harloff, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 75). Klaus Umek wurde über die konkreten Pläne der Adler informiert, den gesamten Verwaltungsrat der conwert auszutauschen (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 57). Klaus Umek wies dabei darauf hin, dass er eine Abwahl von Erich Kandler ablehne, was von Adler auch akzeptiert wurde (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 57). Vorgeschlagen wurde dann von Adler die Abwahl von lediglich drei Mitgliedern sowie dass Wijnand Donkers als möglicher Kandidat in Betracht komme. Damit versuchte Adler, das Wohlwollen von Klaus Umek zu „kaufen“ und ihn „gefügig zu machen“ (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 58, 60). Klaus Umek stand dem Vorschlag einer Wahl von Wijnand Donkers positiv gegenüber (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 57, 60). Er gab Adler zu verstehen, dass er auch die Wahl der anderen zwei Kandidaten billige und den Vorschlag von Adler auf der Hauptversammlung unterstützen würde. Aus Klaus Umeks Sicht war die Bestellung von Wijnand Donkers im Gegenzug für die Abwahl von Barry Gilbertson ein tragbarer Kompromiss; er wollte opportunistisch agieren, weil es für ihn keinen Sinn gemacht hätte, einer übermächtigen Mehrheit von Adler in der Hauptversammlung gegenüber zu stehen (AV Telefonat mit Dr. Edelman vom 15.2.2016, ON 15; PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 57 f). Wijnand Donkers stand in einem Naheverhältnis zu Klaus Umek, das dieser gegenüber dem Leiter der Geschäftsstelle der Übernahmekommission mit folgenden Worten beschrieb: „*Der (Anm: Wijnand Donkers) kommt von mir*“; „*Er agiert für mich*“; „*Er ist mein Mann*“ (AV vom 15.2.2016, ON 15). Klaus Umek wusste zu diesem Zeitpunkt, dass Fidelity und andere Aktionäre das Anliegen von Adler ebenfalls unterstützen würden (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 57). Für Adler war die Zustimmung von Klaus Umek zur geplanten Abberufung wichtig, weil er als „aktivistischer Investor“ mit guten Beziehungen zu anderen Aktionären der conwert bekannt war und damit zur notwendigen 75%-Mehrheit hätte beitragen können.

89. Nach den Gesprächen mit Adler hielt Klaus Umek Rücksprache mit anderen Aktionären der conwert, etwa Fidelity, um herauszufinden, ob die Abwahl der amtierenden Verwaltungsratsmitglieder Aussicht auf Erfolg habe (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 61). Er kam zum Schluss, dass das Anliegen von Adler zumindest nicht aussichtslos ist. Klaus Umek versuchte danach, auf Alexander Proschofsky einzuwirken, um einen Kompromiss zu erzielen, wobei er in Gesprächen darauf hinwies, dass Adler versuche, ihn mit Wijnand Donkers zu „ködern“ und ob es Gegenvorschläge der conwert gebe (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 61). Nachdem Klaus Umek kurz vor der außerordentlichen Hauptversammlung erfuhr, dass mehrere institutionelle Investoren doch die Seite von conwert unterstützen würden, war er der Ansicht, dass Adler die notwendige 75%-Mehrheit für die vorzeitige Abwahl der Verwaltungsratsmitglieder nicht erreichen werde (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 63). Er bat Wijnand Donkers letztlich, seine Kandidatur zurückzuziehen; dem Wunsch kam dieser auch nach (PV Klaus Umek, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2016, Seite 59). Formal wurde die Kandidatur erst während der Hauptversammlung zurückgezogen.
90. Ein Treffen in einem Restaurant gab es zwischen Klaus Umek, Axel Harloff, [RR], Arndt Krienen und Cevdet Caner am 8.2.2016 (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 78). Für Arndt Krienen war die Teilnahme von Klaus Umek bei dem Abendessen überraschend, weil er ihm nicht angekündigt war, sondern plötzlich auftauchte (PV Arndt Krienen, Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.6.2016, Seite 78).

## **5. Zur Rolle der übrigen Parteien**

91. Es konnte nicht festgestellt werden, ob die weiteren Parteien dieses Verfahrens [AA S.A.M.], [BB GmbH], [FF Privatstiftung], [HH], [DD Limited], [KK], Mezzanine IX Investors S.A. und [JJ] in die geplante Transaktion „Paloma“ im Herbst 2015 oder die Vorgänge rund um die außerordentliche Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 involviert waren. Insbesondere konnte nicht festgestellt werden, ob [KK], [HH] und [JJ] von den Gesprächen zwischen conwert und Adler über eine mögliche Transaktion wussten oder ihnen klar war, dass es dazu auch mehrfache Kontaktaufnahmen zwischen Cevdet Caner und Klaus Umek gab. Genauso wenig konnte festgestellt werden, ob sie von den Zerwürfnissen zwischen conwert und Adler und den daran anknüpfenden Vorgängen rund um die außerordentliche Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 erfuhren oder daran beteiligt waren.
92. [GG] wusste in seiner Funktion als Eigentümer der Meridian Capital Management zwar von der Transaktion spätestens Ende 2015 (PV [GG] vom 3.6.2016, Beglaubigte Übersetzung, Seite 2 f, ON 309a und ON 214 Beilage ./2). Ob er darüber

hinaus an der Transaktion mitwirkte oder sonst involviert war, konnte nicht festgestellt werden. Es konnte nicht festgestellt werden, dass er mit Cevdet Caner über die Transaktion sprach. Dasselbe gilt für die [CC GmbH].

#### IV. Beweiswürdigung

[...]

#### V. Rechtliche Beurteilung

##### 1. Verfahrensrechtliche Fragen

114. Nach § 30 Abs 2 ÜbG ist das Verfahren vor der Übernahmekommission nach dem AVG zu führen; in Bezug auf die mündliche Verhandlung sind die §§ 24 und 25 VwGVG sinngemäß anzuwenden. § 25 Abs 6 VwGVG bestimmt, dass die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise **in der mündlichen Verhandlung** aufzunehmen sind. Bei Fällung des Erkenntnisses ist nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist (§ 25 Abs 7 Satz 3 VwGVG). Darin kommt der **Grundsatz der Unmittelbarkeit** für die mündliche Verhandlung zum Ausdruck (vgl. *Grabenwarter/Fister*, *Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit*<sup>4</sup> [2014] 230; *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup> [2014] Rz 1053). Gemäß § 17 VwGVG iVm § 40 Abs 1 AVG sind der Verhandlung alle bekannten Beteiligten sowie die erforderlichen Zeugen und Sachverständigen beizuziehen (*Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>5</sup> Rz 1053). **Zeugen, Sachverständige** und **Auskunftspersonen** sind somit grundsätzlich in der mündlichen Verhandlung selbst einzuvernehmen (*Eigner*, *Das Verfahren und der neue Instanzenzug im Übernahmerecht nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012*, wbl 2014, 605 [612]). Das Gesetz lässt offen, auf **welche Art** diese Personen einzuvernehmen sind, weil es nur den naheliegenden (Regel-)Fall vor Augen hat, dass diese persönlich vor Ort erscheinen und dort aussagen. Eine Einvernahme zu Beweis Zwecken unter Verwendung von technischen Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung ist dagegen im VwGVG (noch<sup>1</sup>) nicht ausdrücklich vorgesehen (vgl. dagegen bereits § 277 ZPO; § 247a StPO), sie ist aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen.
115. Der dritte Verhandlungstag am 29.9.2016 bestand ausschließlich aus der Einvernahme des Zeugen Wijnand Donkers. Die Einvernahme wurde im Wege einer Skype-Videokonferenz durchgeführt, wodurch Wijnand Donkers per Video zuge-

---

<sup>1</sup> Vgl. aber den Vorschlag für eine Novellierung des § 25 Abs 7 VwGVG: Art 1 Z 6 der Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz, das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz, das Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 und die Rechtsanwaltsordnung geändert werden (zu den Erläuterungen siehe ErläutRV 1255 BlgNR 25. GP 4).

schaltet und sowohl von den Senatsmitgliedern als auch den Parteien direkt befragt werden konnte. Obwohl nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen, ist diese Art der Einvernahme zweifellos verfahrensrechtlich zulässig. Zunächst ist hervorzuheben, dass die Übernahmekommission für einen reibungslosen technischen Ablauf sorgte. Die Kamera wurde im Verhandlungsraum so positioniert, dass der Zeuge ständigen Blickkontakt zu den Senatsmitgliedern hatte. Umgekehrt war Wijnand Donkers auf einer großen Videoleinwand für alle im Verhandlungssaal anwesenden Personen optisch gut erkennbar. Nach vollständiger Herstellung der Verbindung gab es bis zum Ende der Einvernahme eine durchgehende und ununterbrochene Bildübertragung. Auch die Tonqualität war gut und klar verständlich. Die Sprachübertragung von Wijnand Donkers wurde über die integrierte Laptop-Hardware hinaus mit zwei Aktiv-Lautsprecherboxen verstärkt und durch zwei direkt daneben positionierte Mikrofone aufgezeichnet. Die Tonqualität war kontinuierlich gut; es gab keine externen Interferenzen oder sonstige Störgeräusche. Schließlich wurde der Ton auch nicht durch Hintergrundgeräusche verzerrt. Die Äußerungen von Wijnand Donkers waren jederzeit leicht verständlich, was bereits der Umstand belegt, dass aufgrund der Tonbandaufzeichnung ein vollständiges Wortprotokoll erstellt werden konnte. Einwendungen von Wijnand Donkers gegen dieses Protokoll betrafen lediglich die Schreibweise seiner Adresse und einzelne Jahreszahlen. Von keinem einzigen Verfahrensbeteiligten wurde während der Verhandlung die Tonqualität bemängelt. Dass die akustische Qualität der Einvernahme nun nachträglich in den Protokolleinwendungen von Adler, MountainPeak und Westgrund gerügt wird, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar, wäre es den Parteien und ihren Vertretern während der Verhandlung doch jederzeit möglich gewesen, Wijnand Donkers zur Wiederholung allfälliger ihnen unverständlicher Passagen seiner Aussage aufzufordern. Objektiv ist diese Behauptung jedenfalls unzutreffend, wozu nochmals auf die Qualität der Tonbandaufzeichnung verwiesen wird.

116. Verfahrensrechtlich spricht ebenfalls nichts gegen eine Videoübertragung, zumal ein ausdrückliches gesetzliches Verbot von Videoübertragungen weder im AVG noch im VwGVG existiert. Im Gegenteil: Die Übernahmekommission hat damit in besonderer Weise den Grundsatz der Unmittelbarkeit beachtet, wonach immer das **unmittelbarste Beweismittel** heranzuziehen ist (vgl. VwGH 31.1.2014, 2013/02/0227). Die Alternative wäre gewesen, auf eine mündliche Einvernahme von Wijnand Donkers zu verzichten und stattdessen sein schriftliches Antwortschreiben vom 22.8.2016 gemäß § 46 Abs 3 Z 1 VwGVG **zu verlesen**. Das wäre zulässig gewesen, weil der VwGH bei **ausländischen Zeugen** davon ausgeht, dass die Behörde versuchen muss, mit ihnen in Kontakt zu treten und ein Erscheinen oder zumindest eine schriftliche Erklärung von ihnen zu erwirken, die dann eben gemäß § 46 Abs 3 VwGVG in der mündlichen Verhandlung verlesen werden kann (VwGH 17.12.2013, 2012/09/0104; vgl. auch *Köhler* in Raschauer/Wessely [Hrsg], Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz<sup>2</sup> [2016] § 46 VwGVG Rz 7 mwN). Genau das ist im vorliegenden Fall geschehen: Die Übernahmekommission war um ein persönliches Erscheinen von Wijnand Donkers bemüht, weshalb zunächst seine

Kontaktdaten ermittelt wurden und er anschließend mit Bescheid vom 8.8.2016 für die mündliche Verhandlung zum 26.8.2016 geladen wurde (ON 263). Nachdem er seine Teilnahme mit Antwortschreiben vom 22.8.2016 abgesagt hatte (ON 270), wurde die mündliche Verhandlung vertagt und im Einvernehmen mit ihm versucht, einen neuen Termin zu finden, an dem er auch persönlich teilnehmen hätte können. Nach telefonischer Kontaktaufnahme wurde im Einvernehmen mit Wijnand Donkers der 29.9.2016 als neuer Verhandlungstermin festgelegt (ON 275b). Nach Zustellung der Zeugenladung sagte er aber auch diesen Termin schriftlich am 24.9.2016 erneut ab und bot von sich aus stattdessen eine Vernehmung über Skype an (ON 298). Eine nochmalige Vertagung wäre im Hinblick auf das übernahmerechtliche Beschleunigungsgebot (§ 3 Z 5 ÜbG) untunlich gewesen, weshalb sich die Übernahmekommission zur Durchführung einer Skype-Videokonferenz entschloss. Damit wurde das **Fragerecht der Parteien zu sämtlichen verfahrenswesentlichen Punkten gewahrt**, was bei einer Verlesung des schriftlichen Antwortschreibens nicht gegeben gewesen wäre. Durch die Videokonferenz konnte ein unmittelbarer Eindruck des Zeugen Wijnand Donkers erlangt und zugleich der Grundsatz des Parteiengehörs gemäß Art 6 EMRK bestmöglich aufrechterhalten werden.

## 2. Zu Spruchpunkt 1: Verletzung der Angebotspflicht (§ 33 Abs 1 Z 2 ÜbG)

### 2.1. Wechselseitige Zurechnung gemäß § 23 Abs1 ÜbG – Gemeinsames Vorgehen (§ 1 Z 6 ÜbG)

117. Gemäß § 23 Abs 1 ÜbG sind gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern (§ 1 Z 6 ÜbG) die von ihnen gehaltenen Beteiligungen wechselseitig zuzurechnen. Überschreitet diese Beteiligung die Kontrollschwelle iHv 30% der Stimmrechte (§ 22 Abs 2 ÜbG), entsteht grundsätzlich die Pflicht, die Überschreitung der Übernahmekommission anzuzeigen und innerhalb von 20 Börsetagen ab Kontrollerlangung ein Pflichtangebot für alle Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu stellen (§ 22 Abs 1 ÜbG). Der Gesetzgeber folgte dabei der Einsicht, dass es für die Minderheitsaktionäre unerheblich ist, ob die Kontrolle über die Zielgesellschaft bloß durch *einen* Rechtsträger ausgeübt wird, oder das Schicksal der Gesellschaft „über ihre Köpfe hinweg“ durch eine zusammenarbeitende Gruppe bestimmt wird, sodass sie sich in einer Gesellschaft wiederfinden können, an der sie nicht länger beteiligt bleiben wollen (*Kraus*, Die Angebotspflicht im Syndikat [2011] 139). Die allgemeinen mit der Angebotspflicht verfolgten Regelungszwecke sollen nicht durch eine formale Fragmentierung einer Kontrollposition ausgehebelt werden können (*Huber*, Überlegungen zum gemeinsamen Vorgehen, GesRZ 2010, 13 [16]). Der Alleinkontrolle durch einen Aktionär ist die Bündelung von Einfluss und Stimmrechtsmacht in einer Gruppe von Aktionären somit gleichzusetzen. Es muss daher ein wirksamer **Umgehungs- und Konzerneingangsschutz** für Minderheitsaktionäre sichergestellt werden, indem die Angebotspflicht auch dann eingreift, wenn eine Gruppe gemeinsam vorgehender Rechtsträger Einfluss bündelt

und eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 ÜbG hält (ÜbK GZ 2009/1/4–103; *Winner*, Die Zielgesellschaft in der freundlichen Übernahme [2002] 98; *Huber/Alscher* in Huber, Kommentar zum ÜbG<sup>2</sup> [2007] § 1 Rz 45 f; *Gall*, Die Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz [2003] 57; *ders.*, Acting in Concert und Angebotspflicht nach dem Übernahmegesetz, GesRZ 2008, 139 [139]; *Kraus*, Angebotspflicht 140 mwN auch aus Deutschland).

118. 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.
119. Eine Beteiligung an der Zielgesellschaft ist für eine Qualifikation als gemeinsam vorgehender Rechtsträger **nicht notwendig**; vielmehr können nach hA **auch Nichtaktionäre Parteien einer Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG** sein (ausführlich zum Problem *Kraus*, Angebotspflicht 172 ff; vgl auch *Gall*, GesRZ 2008, 140; ebenso für die insofern vergleichbare deutsche Rechtslage *von Bülow* in Kölner Kommentar zum WpÜG<sup>2</sup> [2010] § 30 Rz 209; *Schneider* in Assmann/Pöttsch/Schneider, WpÜG<sup>2</sup> [2013] § 30 Rz 170). Dafür spricht nicht nur der Wortlaut des § 1 Z 6 ÜbG, der diese Voraussetzung nicht enthält, sondern die Annahme scheint teleologisch geradezu zwingend, weil § 1 Z 6 ÜbG eine (gemeinsame) Einflussnahme, die auf Kontrollerlangung oder -ausübung gerichtet ist, verhindern soll. Dies setzt eine Beteiligung an der Zielgesellschaft aber nicht voraus, weil etwa auch ein Nichtaktionär rechtliche oder faktische Einflussmacht auf das Verhalten anderer Aktionäre haben kann; ob ihm diese Möglichkeit aus einer eigenen Beteiligung zukommt, spielt dagegen keine Rolle (*Düchting*, Acting in Concert [2009] 273). Ferner kann auch ein Nichtaktionär in bestimmten Konstellationen ein Interesse an der Einflussnahme auf die Zielgesellschaft haben. Das könnte ein Nichtaktionär beispielsweise erreichen, indem er sich durch parallele Verhaltensabstimmungen einen kontrollierenden Einfluss auf die Zielgesellschaft verschafft (vgl *Kraus*, Angebotspflicht 178 f). Die Nichterfassung von Abstimmungsvorgängen mit einem Nichtaktionär würde den angestrebten Minderheitenschutz des Übernahmerechts daher konterkarieren. Dem entspricht auch die bisherige Rechtsprechung der Übernahmekommission, die bereits in früheren Entscheidungen ausgesprochen hat, dass es für die Angebotspflicht nach § 1 Z 6 iVm § 22a Z 1 ÜbG keine Voraussetzung ist, dass die an der Absprache beteiligten Rechtsträger unmittelbar Aktien an der Zielgesellschaft halten (ÜbK GZ 2013/2/1–146; GZ 2007/3/3–157; ebenso *Huber* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22a Rz 15).
120. Konsequenterweise ist daher auch bei einem Nichtaktionär, der iSd § 1 Z 6 ÜbG als gemeinsam vorgehender Rechtsträger zu qualifizieren ist, eine wechselseitige Zurechnung nach § 23 Abs 1 ÜbG geboten. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass auch **Cevdet Caner**, obwohl er nicht an conwert beteiligt ist, **grund-**

**sätzlich den Tatbestand des § 1 Z 6 ÜbG erfüllen kann**, sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen.

121. Für Konzerngesellschaften gilt gem § 1 Z 6 Satz 2 Fall 1 ÜbG die Vermutung, dass Rechtsträger gemeinsam vorgehen, wenn der eine am anderen eine kontrollierende Beteiligung iSd § 22 Abs 2 und 3 ÜbG hält. Dementsprechend sind **Adler, Westgrund** und **MountainPeak** für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum jedenfalls als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren: MountainPeak ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft von Adler; an Westgrund hält Adler seit Juni 2015 94,9%. Vorbringen der Parteien, dass die gesetzliche Vermutung des § 1 Z 6 ÜbG bei MountainPeak oder Westgrund widerlegt sein könnte, wurde nicht erstatet. Dafür gibt es nach Ansicht des Senats auch keinerlei Anhaltspunkte.

## 2.2. Vorliegen einer Absprache

122. Die Prüfung, ob zwei oder mehrere Personen iSd § 1 Z 6 ÜbG gemeinsam vorgehen, gliedert sich nach der bisherigen Judikatur der Übernahmekommission in zwei Schritte (zuletzt etwa GZ 2014/1/8–74): In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob zwischen den Parteien 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, aber mit drohenden moralischen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Konsequenzen, die zu einer faktischen Bindung führen („*gentlemen’s agreements*“), sowie ein sonstiges „abgestimmtes Verhalten“ grundsätzlich den Tatbestand von § 1 Z 6 ÜbG (vgl ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 5; ÜbK GZ 2014/1/8–74; GZ 2013/1/4–103; GZ 2013/2/1–146; GZ 2007/3/3–157; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> [2007] Rz 44; *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 54; *Winner*, ÖJZ 2006, 659 [663]; *Leser*, Acting in Concert im Übernahmerecht [2009] 45; *Kraus*, Angebotspflicht 188 ff). Würde man nur rechtlich verbindliche Vereinbarungen unter das Tatbestandsmerkmal „Absprache“ subsumieren, liefe der von § 1 Z 6 ÜbG intendierte Umgehungsschutz weitgehend leer, weil sich die Parteien den Rechtsfolgen entziehen könnten, indem sie ihre Absprache ohne rechtliche Verbindlichkeit ausgestalten. Eine Absprache kann daher sowohl schriftlich als auch mündlich, aber auch konkludent erfolgen.
123. Die Absprache muss darauf gerichtet sein, dass die Beteiligten **koordiniert ihre Interessen** wahrnehmen (*Schneider* in Assmann/Pöttsch/Schneider, WpÜG<sup>2</sup> § 30 Rz 176). Wie *Huber/Alscher* (in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 55) ausführen, genügt für das Vorliegen einer Absprache 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 (dem folgend ÜbK GZ 2007/3/3–157; vgl auch GZ 2014/1/8–74; *Winner*, Gemeinsames Vorgehen im Übernahmerecht, in FS Jud

[2012] 801 [806]). Mit diesem Kriterium ist die – tatbestandsmäßige – „Absprache“ auch vom bloßen gesellschaftsbezogenen Informationsaustausch zwischen Aktionären abzugrenzen, der die Voraussetzungen des § 1 Z 6 ÜbG nicht erfüllt (*Kraus*, *Angebotspflicht* 202 f mwN).

124. Keine Anforderungen stellt § 1 Z 6 ÜbG auch hinsichtlich der **Art und Weise**, wie es zum Abschluss der Absprache kommen muss, sodass sie auch unter **Einschaltung einer dritten Person** abgeschlossen werden kann, die den Kontakt zwischen den Aktionären **vermittelt** und damit eine gegenseitige Verständigung in Bezug auf die Zielgesellschaft ermöglicht (vgl. *Kraus*, *Angebotspflicht* 192; für Deutschland ebenso *von Bülow* in *Kölner Kommentar zum WpÜG<sup>2</sup>* § 30 Rz 214; *Diekmann* in *Baums/Thoma* [Hrsg], *Kommentar zum WpÜG II* § 30 Rz 68; *Raloff*, *Acting in Concert* [2007] 178 f). Das entspricht fundamentalen privatrechtlichen Prinzipien, denn wer seinen wirtschaftlichen Nutzen im Rechtsverkehr verbessern kann, indem er Gehilfen – wie eben Vermittler – heranzieht, soll auch die mit der Einschaltung der Gehilfen verbundenen Nachteile tragen und sich insbesondere deren Verhalten zurechnen lassen (*F. Bydlinski*, *System und Prinzipien des Privatrechts* [Nachdruck 2011] 207 f). Der Vermittler selbst kann ebenso Partei der Absprache sein; dies wird in der Literatur für den Fall bejaht, dass er nicht bloß die Rolle eines „unbeteiligten Dritten“ einnimmt (*Kraus*, *Angebotspflicht* 192).
125. Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt, ist das Vorliegen einer Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG zwischen Adler, Cevdet Caner und Petrus Advisers **zu bejahen**. Ziel war es, im gemeinsamen und koordinierten Zusammenwirken das Management der conwert zur Durchführung von einer selber gewünschten Transaktion zu bewegen.
126. Im Verhältnis zwischen **Adler** und **Cevdet Caner** unterliegt es zunächst aufgrund folgender Feststellungen keinem Zweifel, dass sich die Parteien iSd § 1 Z 6 ÜbG abgesprochen und dabei koordiniert ihre Interessen verfolgt haben:
- Cevdet Caner hat aufgrund seines substantiellen *Share-Profit-Agreements* mit [AA S.A.M.] ein mit Adler gleichlaufendes wirtschaftliches Interesse an einer positiven Entwicklung der Adler, konkret hatte er auch ein positives Interesse am Abschluss der Transaktion;
  - Cevdet Caner hat für Adler nicht nur den Einstieg in die conwert vermittelt, sondern auch den Transaktionsvorschlag nach dem Treffen mit Thomas Doll an Axel Harloff herangetragen;
  - Cevdet Caner wurde von Axel Harloff gebeten, ihn bei der Transaktion zu unterstützen;
  - Cevdet Caner hat wesentliche Vorschläge zur Strukturierung der Transaktion in die Diskussion eingebracht und wollte auch den Zeitplan zur Durchführung vorgeben;

- Cevdet Caner hat mit Vertretern der Adler gemeinsam an fast allen Treffen mit dem Management der conwert teilgenommen und dort regelmäßig auch die wesentliche Rolle bei den Gesprächen eingenommen, zum Teil hat er sich auch ohne den Vorstand der Adler mit dem Management der conwert getroffen, um die Transaktion zu besprechen;
- Cevdet Caner war häufig erste Anlaufstelle, wenn das Management der conwert Kontakt zu Adler aufnehmen wollte;
- Cevdet Caner nannte in Gesprächen mögliche Kandidaten für Adler, die in den Verwaltungsrat der conwert einziehen könnten;
- Cevdet Caner wurde nach dem Scheitern der Transaktion von Axel Harloff gebeten, Barry Gilbertson (damals Vorsitzender des Verwaltungsrats der conwert) zu kontaktieren, um mit ihm über einen möglichen Rücktritt zu verhandeln;
- Cevdet Caner kontaktierte auch Wijnand Donkers für Adler, damit dieser sich als neuer Kandidat für den Verwaltungsrat der conwert zur Verfügung stellt;
- Cevdet Caner hat grundsätzlich einen großen Einfluss auf die Geschäftsführung der Adler.

127. Es ist damit eine Absprache zwischen Cevdet Caner und Adler in Bezug auf **beide Verfahrensgegenstände** – die Transaktion im Herbst 2015 sowie die außerordentliche Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 – zu bejahen.

128. Auch zwischen **Petrus Advisers** und **Adler** lag eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG vor. Die Absprache wurde über **Cevdet Caner** vermittelt, der aufgrund seiner herausragenden Stellung bei Adler auch **selbst Partei der Absprache** war. Dies sowie die koordinierte Interessenwahrnehmung zwischen diesen Personen ergibt sich aus folgenden Feststellungen:

- Klaus Umek machte bereits beim ersten Treffen im August 2015 mit Adler deutlich, dass er Adler als neuem Aktionär der conwert freundlich gegenübersteht;
- die Kontaktaufnahme mit Klaus Umek erfolgte in der Absicht, sich seine Unterstützung als aktivistischer Aktionär für den beabsichtigten Zusammenschluss mit conwert zu sichern;
- Cevdet Caner präsentierte Wijnand Donkers gegenüber conwert als bevorzugten Kandidaten für den Verwaltungsrat der conwert;
- Cevdet Caner versuchte bei seinen Gesprächen mit conwert, diesen Vorschlag mit dem Argument durchzusetzen, dass Klaus Umek die Transaktion sonst nicht unterstützen würde;
- Cevdet Caner konnte und durfte auch erwarten, dass Klaus Umek bei einer Hauptversammlung der conwert, aber auch außerhalb das Anliegen von Adler unterstützen würde, sofern Wijnand Donkers in den Verwaltungsrat gewählt wird;

- Klaus Umek erkundigte sich laufend – auch im Oktober und November 2015 – bei Cevdet Caner zu den Absichten der Adler mit conwert;
- Cevdet Caner gab in diesen Gesprächen Klaus Umek Details zur geplanten Transaktion bekannt;
- Klaus Umek konnte diese Informationen in das Gespräch mit Wolfgang Beck am 2.12.2015 einfließen lassen;
- Klaus Umek versuchte Ende 2015, ein Treffen zwischen conwert und Adler im Beisein von Cevdet Caner in Kitzbühel zu organisieren, den er als maßgeblichen Vertreter von Adler sah;
- als Klaus Umek erfuhr, dass die Transaktion zwischen Adler und conwert zu scheitern drohte, übte er Druck auf das Management der conwert aus, damit eine Transaktion mit Adler doch noch zustande kommt;
- Axel Harloff versuchte im Februar 2016 mit der Nominierung von Wijnand Donkers als möglichen Kandidaten für den Verwaltungsrat der conwert, das Wohlwollen von Klaus Umek zu „kaufen“ und ihn „gefügig zu machen“;
- Cevdet Caner kontaktierte dann auf Bitte von Axel Harloff auch Wijnand Donkers, damit dieser sich als neuer Kandidat für den Verwaltungsrat der conwert zur Verfügung stellt;
- Klaus Umek stand diesem Vorschlag positiv gegenüber und gab Adler damit zu verstehen, dass er den Vorschlag auch auf der Hauptversammlung unterstützen würde;
- für Adler war die Zustimmung von Klaus Umek für die geplante Abberufung wichtig, weil er als „aktivistischer Investor“ mit guten Beziehungen zu anderen Aktionären der conwert bekannt ist und damit zur notwendigen 75%-Mehrheit hätte beitragen können.

129. Die Feststellungen des Senats machen deutlich, dass Adler und Cevdet Caner berechtigter Weise auf die Unterstützung von Klaus Umek zählen konnten, im Gegenzug aber sein Wunschkandidat, nämlich Wijnand Donkers, in den Verwaltungsrat der conwert nominiert werden sollte. Der Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG steht auch nicht entgegen, dass zwischen conwert und Adler ein *Voting-Cap* diskutiert wurde, das allenfalls ein Übernahmeangebot an die Aktionäre der conwert verhindert hätte. Das hätte das Interesse von Klaus Umek an der Durchführung der Transaktion zwar relativiert, weil er in diesem Fall keine sichere Ausstiegsmöglichkeit aus der Gesellschaft gehabt hätte. Jedoch setzt eine Absprache **keine ausschließlich gleichgerichtete** Interessenverfolgung voraus; auch ein koordiniertes Verfolgen unterschiedlicher Interessen durch die beteiligten Rechtsträger ist tatbestandsmäßig iSd § 1 Z 6 ÜbG (vgl. *Kraus*, *Angebotspflicht* 193; *Raloff*, *Acting in Concert* 192 f). Dementsprechend hat die ÜBK bereits mehrfach festgestellt, dass auch die **fremdnützige Zusammenarbeit** auf Basis einer Absprache oder die bloße **Beihilfe** bei der Kontrollerlangung und/oder -ausübung tatbestandsmäßig ist (GZ 2013/1/4–103; GZ 2013/2/1–146; GZ 2007/3/3–157; zust. *Huber/Alscher* in *Huber*, *ÜbG*<sup>2</sup> § 1 Rz 60; *Gall*, *GesRZ* 2008, 141; *Kraus*, *Angebotspflicht* 193 mwN aus Deutschland). Durch die Nominierung Wijnand Donkers in den Verwal-

tungsrat der conwert hätte Klaus Umek schließlich auch nach einem Verbleib in der conwert sein Investment gewahrt, etwa wenn eine Angebotspflicht der Adler durch ein *Voting-Cap* verhindert worden wäre. Im vorliegenden Fall ist freilich zu berücksichtigen, dass Klaus Umek nach den Feststellungen von einem allfälligen *Voting-Cap* der Adler ohnehin **keine Kenntnis** hatte. Es wurde somit auch nicht festgestellt, dass die Interessen von Klaus Umek und Adler zu irgendeinem Zeitpunkt divergierten. Vielmehr waren beide Parteien jedenfalls an der Durchführung der Transaktion interessiert.

130. Dass die Absprache nur auf die Durchführung einer einzelnen Transaktion ziele, steht der Qualifikation als gemeinsam vorgehende Rechtsträger nicht entgegen: Selbst eine **einmalige Koordination** zwischen den Aktionären kann eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG begründen, wenn als Ergebnis dieser (einmaligen) Koordination die Einflussnahme auf die Gesellschaft dauerhaft möglich ist (*Winner* in FS Jud 807; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> [2015] § 24 Rz 34; *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 46; *Köppl*, Acting In Concert, wbl 2012, 1 [6] mwN; differenzierend *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 67 ff). Auch der insofern eindeutige Wortlaut des § 1 Z 6 ÜbG lässt keinen Zweifel daran, dass bereits *eine einzige* Abrede – also ein einziger Abstimmungsvorgang/der Abschluss einer einzigen Abrede – bereits tatbestandsmäßig ist (*Kraus*, Angebotspflicht 227). Anders als in Deutschland kennt das österreichische Übernahmegesetz keine Privilegierung für sog „Einzelfallabsprachen“ (vgl § 30 Abs 2 WpÜG). Es ist somit nicht auf die Dauerhaftigkeit einer Koordination, sondern auf die Dauerhaftigkeit der Auswirkungen dieser Koordination abzustellen (GZ 2013/2/1–146; *Winner* in FS Jud 807 f; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> 852). Im vorliegenden Fall hätte die Absprache zu einer erheblichen und dauerhaften Auswirkung auf die Unternehmensstruktur der conwert geführt (unten Rz 138).

### 2.3. Zusammenarbeit – Umsetzung der Absprache

131. Die Rechtsträger müssen gemäß § 1 Z 6 ÜbG auf Grundlage der Absprache auch **zusammenarbeiten**. Die „Zusammenarbeit“ ist ein kumulatives Tatbestandsmerkmal, das freilich oft nicht klar von der „Absprache“ getrennt werden kann (*Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 66). Auch im vorliegenden Fall trat die Absprache objektiv erst durch die gemeinsame und koordinierte Zusammenarbeit in Erscheinung. In der Literatur wird dieses Tatbestandsmerkmal als Anknüpfungspunkt für die Frage verwendet, ob bereits der *Abschluss* einer Absprache tatbestandsmäßig ist oder ob diese zusätzlich zumindest ansatzweise *umgesetzt* werden muss (vgl dazu *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 58; *Gall*, GesRZ 2008, 141; *Kraus*, Angebotspflicht 230 ff; *Köppl*, wbl 2012, 5). Damit hängt der **Anfangszeitpunkt** der wechselseitigen Stimmrechtszurechnung gemäß § 23 Abs 1 ÜbG zusammen, weil diese Rechtsfolge die – erstmalige – Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 1 Z 6 ÜbG voraussetzt.

132. Im vorliegenden Fall muss zu diesem Meinungsstreit aber nicht Stellung genommen werden, weil die Absprache zwischen Adler, Cevdet Caner und Petrus Advisers zur Durchführung der Transaktion bereits umgesetzt wurde. Dieser Zeitpunkt ist spätestens mit dem ersten großen Treffen am **29.9.2015** in Berlin festzulegen, an dem Wolfgang Beck, Thomas Doll, Axel Harloff, [RR] und Cevdet Caner teilnahmen. Dass die Transaktion letztlich vom Management der conwert abgelehnt wurde und damit scheiterte, ist für die Tatbestandsmäßigkeit der Absprache irrelevant: Nach einhelliger Ansicht ist es gleichgültig, ob die Zusammenarbeit **tatsächlich zum Erfolg führt**, also Kontrolle über die Zielgesellschaft ausgeübt oder erlangt wird (*Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 58; ÜbK GZ 2009/1/1–36; für Deutschland ebenso von *Bülow* in Kölner Kommentar zum WpÜG<sup>2</sup> § 30 Rz 214; *Löhdefink*, Acting in Concert und Kontrolle im Übernahmerecht [2007] 302). Das folgt systematisch auch aus dem Grundtatbestand der Angebotspflicht in § 22 Abs 1 ÜbG. Die Norm stellt bewusst nur auf das „Erlangen“ einer kontrollierenden Beteiligung ab, ob die Stimmrechte auch tatsächlich zur Ausübung von Kontrolle ausgeübt werden, ist dagegen unerheblich (*Huber* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 22 Rz 14). Die Angebotspflicht gewährt den Minderheitsaktionären somit nach der Systematik des ÜbG einen **präventiven Schutz vor einer möglichen Kontrollausübung** (*Gall*, Angebotspflicht 77; *Kraus*, Angebotspflicht 234). Insofern begründet daher bereits eine abstrakte Gefährdung der Minderheitsaktionäre durch auf Kontrollerlangung oder –ausübung gerichtete Absprachen ein gemeinsames Vorgehen iSd § 1 Z 6 ÜbG. Diese Gefährdung lag bereits mit Beginn der Umsetzung der Absprache vor. Auf die Eintrittswahrscheinlichkeit der Transaktion kommt es dabei nicht an: Das diesbezügliche Vorbringen der Parteien vermengt zwei Fragen, nämlich einerseits, wann eine Absprache bereits (teilweise) **umgesetzt** wurde, was von deren Zielsetzung abhängt, und andererseits ob die Absprache auch **erfolgreich** war, also zur Kontrollerlangung geführt oder Kontrollausübung ermöglicht hat. Im vorliegenden Fall war – wie dargelegt – die Absprache zwar schon umgesetzt, allerdings wurde das Ziel von Adler, Cevdet Caner und Klaus Umek nicht erreicht, nämlich den Verwaltungsrat der conwert zum Abschluss der Transaktion zu bewegen (unten Rz 138).
133. **Zwischenergebnis:** Es ist damit eine Absprache zwischen **Adler** und **Petrus Advisers**, vermittelt durch **Cevdet Caner**, in Bezug auf **beide Verfahrensgegenstände** – die Transaktion im Herbst 2015 sowie die außerordentliche Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 – zu bejahen. Die Absprache zur Durchführung der geplanten Transaktion im Herbst 2015 wurde jedenfalls teilweise umgesetzt, und zwar spätestens am **29.9.2015**. Dass die Transaktion letztlich vom Management der conwert abgelehnt wurde und damit scheiterte, ist für die Tatbestandsmäßigkeit der Absprache irrelevant.

## 2.4. Kontrollerlangung oder -ausübung

134. Nachdem eine Absprache zwischen Adler, Cevdet Caner und Petrus Advisers bejaht wird, ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob die Parteien auf der Grundlage dieser Absprache auch zusammenarbeiten, „**um die Kontrolle über die Zielgesellschaft zu erlangen oder auszuüben**“ (§ 1 Z 6 ÜbG). Die Definition entspricht weitgehend Art 2 Abs 1 lit d) der Übernahme-Richtlinie (RL 2004/25/EG). Sie geht nur insoweit darüber hinaus, als es nicht nur um den Kontrollerwerb geht, sondern auch die Koordination der Ausübung der Kontrolle erfasst ist. Dies ist europarechtlich zulässig, da Art 3 Abs 2 lit b) Üb-RL zusätzliche Bedingungen und strengere Vorschriften als nach der Richtlinie ermöglicht (vgl *Winner* in FS Jud 805). Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob der Wortlaut als ausschließlich *subjektives Tatbestandselement* zu begreifen ist, sodass die an der Absprache beteiligten Personen auch die Absicht zur Kontrollerlangung oder -ausübung haben müssen (vgl *Diregger*, Börsenrechtliche Beteiligungspublizität vs gemeinsames Vorgehen – OGH bestätigt die Übernahmekommission, wbl 2016, 13 [15]: „Kontrollerlangungsabsicht“; differenzierend *Kraus*, Angebotspflicht 214 ff: abstrakt kontrollrelevante Absprachen indizieren subjektive Absicht der Beteiligten). Selbst wenn man von einem subjektiv geprägten finalen Element ausgeht, hatten Adler, Cevdet Caner und Petrus Advisers zweifellos auch die Absicht, im Wege der Absprache Kontrolle über conwert zu erwerben und folglich auszuüben.
135. Der OGH und die ÜbK haben bereits ausgesprochen, dass § 1 Z 6 ÜbG ein **materieller Kontrollbegriff** zugrunde liegt (OGH 6 Ob 97/15f = GesRZ 2015, 395 = wbl 2016, 13; ÜbK GZ 2009/1/1–36, 6; GZ 2009/1/4–103; GZ 2014/1/8–74; vgl auch *Huber/Alscher* in Huber, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 62 f; *Kraus*, Angebotspflicht 207 ff; krit dazu jüngst *Diregger*, wbl 2016, 15; aA auch *Gall*, GesRZ 2008, 142; *Maierhofer* in Temmel, Börsegesetz Praxiskommentar [2011] § 92 Rz 84). Auf die Kritik an dieser Judikatur muss im vorliegenden Fall nicht eingegangen werden, weil die an der Absprache beteiligten Personen – Adler und Petrus Advisers – gemeinsam im hier relevanten Zeitraum ohnehin auch die formelle Kontrollschwelle nach § 22 Abs 2 ÜbG überschritten haben.
136. Die Kontrolle kann gemäß § 1 Z 6 ÜbG *insbesondere* durch die Koordination von Stimmrechten ausgeübt oder erlangt werden. Die Koordination von Stimmrechten auf Hauptversammlungen der Zielgesellschaft ist in der Praxis auch eine häufige Form der Kontrollausübung oder -erlangung, aber eben nicht die einzige, was der demonstrative Gesetzeswortlaut entsprechend berücksichtigt. Aktionäre können die Führung der Gesellschaft nicht nur in, sondern auch **außerhalb der Hauptversammlung** beeinflussen, etwa durch eine informelle Einflussnahme auf die Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft (vgl *Diregger*, Terra incognita - zivilrechtliche Sanktionen bei unterlassenem Pflichtangebot, GesRZ 2010, 19 [20]). Vor allem in der deutschen Praxis gab es immer wieder Fälle, in denen Aktionäre versuchten, auch außerhalb der Hauptversammlung die Verwaltung unter Hinweis auf

die bestehende Stimmrechtsmacht unter Druck zu setzen und zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen (vgl. *von Bülow* in Kölner Kommentar zum WpÜG<sup>2</sup> § 30 Rz 228). Der deutsche Gesetzgeber reagierte darauf im sog. „Risikobegrenzungs-gesetz“ mit einer Neufassung von § 30 Satz 2 WpÜG: Nach Satz 2 Fall 2 leg. cit. führt nun auch ein Zusammenwirken „in sonstiger Weise“ zur Zurechnung von Stimm-rechten, sofern dieses mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Zielgesellschaft erfolgt. Nach österrei-chischem Recht sind solche Absprachen ohne weiteres vom weiten Wortlaut des § 1 Z 6 ÜbG erfasst. Im vorliegenden Fall haben Adler, Cevdet Caner und Klaus Umek außerhalb der Hauptversammlung, jedoch auf Basis ihrer gesellschaftsrecht-lich vermittelten Einflussmöglichkeiten versucht, den Verwaltungsrat zum Ab-schluss der Transaktion zu bewegen.

137. Zu prüfen ist noch, ob diese Absprache im konkreten Fall auch **objektiv** zur Kon-trollerlangung/-ausübung **geeignet** war (vgl. OGH 6 Ob 97/15f = GesRZ 2015, 395 = wbl 2016, 13; ÜbK GZ 2014/1/8–74; *Huber/Alscher* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 63; krit. *Diregger*, wbl 2016, 15). Schon nach Ansicht des Gesetzgebers muss „*die Ab-stimmung des Stimmverhaltens auf die Kontrollausübung gerichtet sein; sollte da-her eine Abstimmung bloß erfolgen, um eine Kapitalerhöhung zu beschließen oder einen sonstigen Beschluss zu fassen, der nicht auf die dauernde Beeinflussung der Geschäftsführung abzielt, so führt dies nicht zum gemeinsamen Vorgehen im Sinne von § 1 Z 6 ÜbG*“ (ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP. 5). *E contrario* muss der quali-tative Beschlussgegenstand also objektiv zur dauerhaften Beeinflussung der Ge-schäftsführung geeignet sein (siehe bereits ÜbK GZ 2014/1/8–74); das gilt – ähn-lich wie in Deutschland – auch für Absprachen außerhalb der Hauptversammlung. Diese Voraussetzung liegt etwa vor, wenn durch den Abstimmungsgegenstand die Ausrichtung der Geschäfte der Zielgesellschaft wesentlich und dauerhaft verändert wird, sodass die Unternehmenspolitik dadurch eine tiefgreifende Änderung erfährt (vgl. ÜbK GZ 2013/1/4-103).
138. Im vorliegenden Fall war die Absprache nach Ansicht des Senats **kontrollrelevant** iSd § 1 Z 6 ÜbG. Wäre die Absprache erfolgreich umgesetzt worden und hätte das Management der conwert in die Durchführung der Transaktion eingewilligt, wäre es zu einer tiefgreifenden Änderung der Unternehmensstruktur gekommen. Zur Durchführung der Transaktion wäre voraussichtlich eine Sachkapitalerhöhung der conwert erforderlich gewesen, die nochmals eine koordinierte Ausübung der Stimmrechte erfordert hätte; freilich mit der öffentlichen Unterstützung des Mana-gements der conwert. Es bestand daher ein auf **Kontrollerlangung gerichteter Gesamtplan der Parteien** (vgl. *Huber/Alscher* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 1 Rz 69). Die Sachkapitalerhöhung hätte in Folge zu einem erheblichen Anstieg des Immobilien- vermögens von conwert geführt, im Gegenzug wäre Adler zum neuen dominieren- den Großaktionär geworden. Das Immobilienportfolio der conwert wäre um einen erheblichen Teil deutscher Immobilien erweitert worden, wodurch die Geschäftstät- tigkeit neu auf den deutschen Markt ausgerichtet worden wäre. Solche **Struktur-**

**maßnahmen** sind jedenfalls objektiv zur dauerhaften Beeinflussung der Geschäftsführung geeignet (vgl auch *Kraus*, Angebotspflicht 212 mwN). Dazu ist auch nochmals der Zweck des Pflichtangebots hervorzuheben: Droht eine Neuausrichtung der Geschäftspolitik und Unternehmensorganisation gegen den Willen der Minderheitsaktionäre, ist der Verbleib in der Gesellschaft nicht mehr von der ursprünglichen Investitionsentscheidung der Aktionäre gedeckt (*Gall*, Angebotspflicht 76; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 24 Rz 3). Es kann im vorliegenden Fall keineswegs davon ausgegangen werden, dass die mit der Durchführung der Transaktion verbundene Strukturänderung noch von der ursprünglichen Investitionsentscheidung der Aktionäre gedeckt gewesen wäre.

139. Auch die Absprache über die Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern einer *Societas Europaea* ist kontrollrelevant; dies wird gemäß § 1 Z 6 ÜbG Satz 2 ÜbG sogar widerleglich vermutet (vgl dazu bereits GZ 2014/1/8–74). Im konkreten Fall bestand eine solche Absprache für die außerordentliche Hauptversammlung der conwert am 17.3.2016 zwischen Adler und Petrus Advisers. Es kann dahingestellt bleiben, ob es den Parteien gelungen ist, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen, etwa weil sich aus der Person der Nominierten ergibt, dass aufgrund deren besonderer fachlicher Eignung **und** Unabhängigkeit bloß eine optimale Besetzung des Aufsichtsrats angestrebt wurde (vgl etwa ÜbK GZ 2011/1/1-21). Genauso muss nicht darauf eingegangen werden, welche rechtliche Bedeutung es hat, dass MountainPeak den Antrag auf Wahl von Hermann Wagner und Wijnand Donkers im Vorfeld der Hauptversammlung zurückzog. Kontrollrelevant war nämlich schon die – zeitlich vorgelagerte – Absprache über die letztlich nicht zustande gekommene Transaktion „Paloma“.
140. **Zwischenergebnis:** Die Absprache zwischen **Adler, Cevdet Caner und Petrus Advisers** war iSd § 1 Z 6 ÜbG **kontrollrelevant**, war also darauf gerichtet, Kontrolle über die conwert zu erlangen oder auszuüben. Das gilt jedenfalls für die Transaktion im Herbst 2015: Hätte das Management der conwert in die Durchführung der Transaktion eingewilligt, wäre es im Zuge der notwendigen Sachkapitalerhöhung zu einer tiefgreifenden Änderung der Unternehmensstruktur gekommen und die Beteiligung des schon bislang größten Aktionärs erheblich ausgebaut worden. Es bestand daher ein auf **Kontrollerlangung gerichteter Gesamtplan**. Die Stimmrechte waren daher erstmals am **29.9.2015** gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen. Zu dieser Zeit hielten Adler mittelbar über MountainPeak 25,26% und Petrus Advisers 6,10% der Stimmrechte an conwert; **insgesamt also 31,36%** (oben Rz 37). Damit wurde bei wechselseitiger Stimmrechtszurechnung gemäß § 23 Abs 1 ÜbG eine **kontrollierenden Beteiligung iSd § 22 ÜbG** erlangt, womit an diesem Tag grundsätzlich auch **erstmalig die Angebotspflicht** gemäß **§ 22a Z 1 ÜbG** entstand. Es kann somit auch dahingestellt bleiben, ob die Absprache über die Nominierung von Kandidaten für den Verwaltungsrat der conwert in Hinblick auf die außerordentliche Hauptversammlung am 17.3.2016 ebenfalls kontrollrelevant war.

## 2.5. Ausnahme von der Angebotspflicht (§ 24 Abs 2 Z 2 ÜbG)?

141. Die Angebotspflicht besteht gemäß § 24 ÜbG nicht, wenn die Beteiligung an der Zielgesellschaft iSv §§ 22 bis 22b ÜbG keinen beherrschenden Einfluss auf diese vermitteln kann oder wenn der Rechtsträger, der diesen Einfluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise letztlich ausüben kann, nicht wechselt. § 24 ÜbG regelt Ausnahmen von der Angebotspflicht, wenn zwar die formelle Kontrollschwelle überschritten wurde, in materieller Hinsicht aber kein kontrollrelevantes Ereignis eingetreten ist (vgl ErläutRV 1344 BlgNR 22. GP 15).
142. Zu prüfen ist, ob die Ausnahme nach § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG greift. Demnach vermittelt eine Beteiligung an der Zielgesellschaft dann keinen beherrschenden Einfluss wenn die Aktien aufgrund der üblichen Anwesenheit der anderen Aktionäre in der Hauptversammlung der Zielgesellschaft nicht die Mehrheit der Stimmrechte vermitteln. Diese Vorschrift erfasst jedoch vorrangig Konstellationen, in denen die Kontrolle durch die **Ausübung von Stimmrechten** auf der Hauptversammlung der Zielgesellschaft ausgeübt wird. Dagegen ist die Vorschrift nicht auf Fälle zugeschnitten, in denen Aktionäre die Führung der Gesellschaft **außerhalb der Hauptversammlung** beeinflussen, etwa – wie im vorliegenden Fall – durch eine informelle Einflussnahme auf die Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft (oben Rz 136 ff). Damit können sich die Parteien nicht auf die Ausnahme von der Angebotspflicht gemäß § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG berufen.
143. Selbst wenn man diese Ansicht nicht teilt, richtet sich die Beurteilung des § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG stets nach dem **Zeitpunkt der Absprache**. Ausgangspunkt ist daher der 29.9.2015. Deshalb kann nicht das Ergebnis der nächsten Hauptversammlung relevant sein, sondern es muss ebenso wie nach dem Konzept des (früheren) § 3 der 1. Übernahmeverordnung („1. ÜbV“) auf **historische Präsenzquoten** abgestellt werden (vgl auch *Huber* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 13). Die Beurteilung hat daher *ex-ante* auf Grundlage historischer Gegebenheiten zu erfolgen. Um die nach dem Gesetz geforderte „übliche Anwesenheit“ der anderen Aktionäre zu ermitteln, bietet es sich – wie nach § 3 der 1. ÜbV – an, auf die Präsenzen **der letzten drei ordentlichen Hauptversammlungen** abzustellen. Da sich die *Beteiligungsstruktur* der conwert im Laufe der letzten Jahre nicht geändert hat, sind auch allfällige Bereinigungen der Hauptversammlungspräsenzen nicht erforderlich (vgl zu diesem Aspekt *Huber* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 24 Rz 17).
144. Diese Festlegung ist allerdings eine bloße **Zweifelsregel**, weil der Gesetzgeber des ÜbRÄG 2006 von einem starren Durchrechnungszeitraum bewusst abgesehen hat (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> 236; ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 15: „es kann hilfsweise auf die letzten Hauptversammlungen abgestellt werden“). Ferner musste nach § 3 der 1. ÜbV der Stimmrechtsanteil in *jeder* der letzten drei ordentlichen Hauptversammlungen überschritten worden sein, damit das Vorliegen einer kontrollierenden Beteiligung vermutet wurde. Nach dem geltenden § 24 Abs

2 Z 2 ÜbG ist dagegen von einer **wertenden Betrachtung** auszugehen (*Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> 236), die darauf abstellt, ob bei Berücksichtigung der historischen Präsenzquoten typischerweise davon auszugehen ist, dass die kontrollierende Beteiligung auch die Mehrheit der Stimmrechte vermittelt.

145. Mit einem kumulierten Stimmrechtsanteil von 31,36% hätte die Beteiligung von Adler und Petrus ihnen auf der ordentlichen Hauptversammlung der conwert im Jahr 2013 eine einfache Stimmrechtsmehrheit verschafft (oben Rz 45). Damit sind die Voraussetzungen für die Ausnahme von der Angebotspflicht jedenfalls nicht erfüllt. Denn nachdem diese Parteien bereits auf einer der letzten drei Hauptversammlungen mit ihrem Stimmrechtsanteil eine einfache Mehrheit erzielt hätten, konnten sie bei einer ex-ante Betrachtung davon ausgehen, dass es auch in Zukunft wahrscheinlich ist, dass sie mit ihrem Stimmrechtsanteil auf Hauptversammlungen der conwert eine einfache Stimmrechtsmehrheit erzielen werden. Mangels weiterer anderer Aktionäre mit gleich hoher Stimmkraft (vgl § 24 Abs 2 Z 1 ÜbG) sowie sonstiger Ausnahmen (vgl § 24 ÜbG) hätten die gemeinsam vorgehenden Rechtsträger somit auch **materielle Kontrolle** über conwert gehabt. Die Ausnahme von der Angebotspflicht nach § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG besteht daher nicht.

## 2.6. Ausnahme von der Angebotspflicht (§ 25 Abs 1 Z 3 ÜbG)?

146. Nach § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG besteht eine Ausnahme von der Angebotspflicht, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
- vorübergehende oder unbeabsichtigte Überschreitung der formellen Kontrollschwelle und
  - die Überschreitung wird unverzüglich rückgängig gemacht.
147. Beide Alternativen (vorübergehende oder unbeabsichtigte Überschreitung) kommen jedoch hier nicht in Betracht: Eine **unbeabsichtigte** Überschreitung der Kontrollschwelle lag nicht vor, zumal die Beteiligten gerade **bewusst** versucht haben, ihre kontrollierende Beteiligung durch Einflussnahme auf das Management der conwert auszuüben und damit die Kontrollschwelle iSd § 22 ÜbG bewusst überschritten haben. Auch eine bloß **vorübergehende Überschreitung** lag nicht vor. Neben der vorübergehenden Überschreitung muss nach dem klaren Willen des Gesetzgebers nämlich die vorübergehende Überschreitung zusätzlich auch **geplant gewesen sein** (vgl ErläutRV 1344 BlgNR 22. GP 16). Die Ausnahme von der Angebotspflicht wäre etwa dann anzuwenden, wenn eine kontrollierende Beteiligung bloß vorübergehend erworben wurde, um sie in Folge wieder zu veräußern (vgl *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht<sup>2</sup> Rz 265; *Huber* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 25 Rz 47). Häufig geschieht dies im Zuge von Umstrukturierungen.
148. Nach *Huber* ist von diesem Ausnahmetatbestand nicht generell die nachträgliche Reduktion der Beteiligung unter die Kontrollschwelle erfasst (*Huber* in *Huber*, ÜbG<sup>2</sup> § 25 Rz 48). Das ist nach Ansicht des Senats zwingend: Wollte man generell

die bloß vorübergehende – allenfalls ungeplante – Überschreitung für den Entfall der Angebotspflicht ausreichen lassen, bestünden gravierende Schutzlücken im Übernahmerecht und es würde Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet. Das zeigt der vorliegende Sachverhalt: Parteien könnten sich absprechen und versuchen, einen beherrschenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Zielgesellschaft auszuüben. Gelingt ihnen das aus irgendwelchen Gründen nicht, könnten sie sich umgehend auf die Ausnahme von der Angebotspflicht berufen, weil sie die Kontrollschwelle ja nur „vorübergehend“, eben solange, als auch die kontrollrelevante Absprache bestanden hat, überschritten haben. Damit wäre auch die einhellige Ansicht obsolet, wonach es gleichgültig ist, ob die Zusammenarbeit von gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern **tatsächlich zum Erfolg führt**, also Kontrolle über die Zielgesellschaft ausgeübt oder erlangt wird (oben Rz 132).

## 2.7. Gesamtergebnis

149. In Bezug auf die geplante **Transaktion im Herbst 2015** („Projekt Paloma“) bestand zwischen **Adler** und **Petrus Advisers** eine Absprache iSd § 1 Z 6 ÜbG. Die Absprache wurde durch **Cevdet Caner** vermittelt, der selbst Partei dieser Absprache war. Durch die Absprache versuchten Adler, Cevdet Caner und Klaus Umek, das Management der conwert zum Abschluss der Transaktion zu bewegen. Die Absprache zur Durchführung der geplanten Transaktion im Herbst 2015 wurde jedenfalls teilweise umgesetzt, und zwar spätestens am **29.9.2015**. Sie war zudem auch **kontrollrelevant** iSd § 1 Z 6 ÜbG: Hätte das Management der conwert in die Durchführung der Transaktion eingewilligt, wäre es im Zuge der notwendigen Sachkapitalerhöhung zu einer tiefgreifenden Änderung der Unternehmensstruktur gekommen und die Beteiligung des schon bislang größten Aktionärs erheblich ausgebaut worden. Dass die Zusammenarbeit zwischen Adler, Petrus Advisers und Cevdet Caner nicht zum Erfolg führte, weil das Management der conwert nicht in den Abschluss der Transaktion einwilligte, ist für die Beurteilung des gemeinsamen Vorgehens nach § 1 Z 6 ÜbG nicht ausschlaggebend. **Adler, Petrus Advisers** und **Cevdet Caner** sind daher als **gemeinsam vorgehende Rechtsträger** iSd § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren. Zu dieser Gruppe gehören auch Westgrund und Mountain Peak, weil aufgrund der Konzernzugehörigkeit dieser Gesellschaften die Vermutung des § 1 Z 6 Satz 2 Fall 1 ÜbG greift und diese Vermutung nicht widerlegt wurde.
150. Die Stimmrechte dieser Parteien waren daher erstmals am **29.9.2015** gemäß § 23 Abs 1 ÜbG wechselseitig zuzurechnen. Zu dieser Zeit hielten Adler mittelbar über MountainPeak 25,26% und Petrus Advisers 6,10% der Stimmrechte an conwert; **insgesamt also 31,36%**. Damit wurde bei wechselseitiger Stimmrechtszurechnung gemäß § 23 Abs 1 ÜbG eine **kontrollierenden Beteiligung iSd § 22 ÜbG** erlangt, womit an diesem Tag grundsätzlich auch **erstmalig die Angebotspflicht** gemäß § 22a Z 1 ÜbG entstand.

151. Eine **Ausnahme von der Angebotspflicht** (§ 24 Abs 2 Z 2 ÜbG; § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG) liegt nicht vor. Die Anwendung des § 24 Abs 2 Z 2 ÜbG scheidet bereits daran, dass im vorliegenden Fall Adler, Cevdet Caner und Klaus Umek versuchten, die Führung der Gesellschaft außerhalb der Hauptversammlung zu beeinflussen, indem es zu einer informellen Einflussnahme auf die Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft kam. Der Tatbestand von § 25 Abs 1 Z 3 ÜbG ist ebenfalls nicht erfüllt, weil die Überschreitung der formellen Kontrollschwelle weder unbeabsichtigt noch vorübergehend im Sinne dieser Vorschrift war.
152. Adler, MountainPeak, Cevdet Caner, Westgrund und Petrus Advisers haben daher gemäß § 33 Abs 1 Z 2 ÜbG ein **Pflichtangebot zu Unrecht nicht gestellt**.

### 3. Zu Spruchpunkt 2: Einstellung des Verfahrens

153. Die folgenden Parteien waren laut den Feststellungen nicht an der Absprache zwischen Adler, Cevdet Caner und Petrus Advisers beteiligt: **[AA S.A.M.]**, **[BB GmbH]**, **[GG]**, **[FF Privatstiftung]**, **[HH]**, **[CC GmbH]**, **[DD Limited]**, **[KK]**, **Mezzanine IX Investors S.A.** und **[JJ]**.
154. Ob **[KK]**, **[HH]** und **[JJ]** als mit Cevdet Caner gemeinsam vorgehende Rechtsträger gemäß § 1 Z 6 ÜbG zu qualifizieren sind, ist daher nicht mehr zu untersuchen. Für ein gemeinsames Vorgehen sprechen vor allem die persönlichen und familiären Beziehungen zwischen diesen Personen, aber auch die organmäßigen Verflechtungen etwa in **[AA S.A.M.]** sowie der Mezzanine IX. So ist **[KK]** etwa – nicht alleinvertretungsberechtigter – Administrateur Délégué der **[AA S.A.M.]** und an der Gesellschaft auch geringfügig beteiligt. **[HH]** ist die Frau, **[JJ]** der Schwager von Cevdet Caner. **[JJ]** ist darüber hinaus erst über Vermittlung von Cevdet Caner in die Mezzanine IX eingestiegen und würde sein Handeln bezüglich seiner Investments jederzeit nach den Wünschen von Cevdet Caner ausrichten. Das betraf im Herbst 2015 etwa die Beteiligung der **[BB GmbH]** an conwert. Auch **[KK]** und Cevdet Caner kennen sich bereits seit über 13 Jahren. Selbst wenn jedoch **[HH]**, **[JJ]** und Wolfgang als gemeinsam vorgehende Rechtsträger zu qualifizieren wären, könnte ihnen keine Verletzung der Angebotspflicht vorgeworfen werden, weil sie an der Kontrollerlangung nicht mitwirkten. Schon aus diesem Grund entfallen gemäß § 23 Abs 3 ÜbG die Pflicht zur Stellung eines Angebots sowie alle sonstigen Pflichten eines Bieters für diese Personen.
155. Das Nachprüfungsverfahren war daher hinsichtlich dieser Parteien einzustellen. Da das Vorliegen eines Einstellungsgrunds strittig war, erachtet es der erkennende Senat für zweckmäßig, darüber nicht nur in Form eines Aktenvermerks, sondern bescheidmäßig abzusprechen (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG<sup>2</sup> § 66 Rz 57).

#### **4. Zu Spruchpunkt 3: Gebühren**

156. Für ein Verfahren gemäß § 33 ÜbG vor der Übernahmekommission ist gemäß Punkt 5.1. der Verordnung der Wiener Börse AG über die Gebührenordnung für das Verfahren vor der Übernahmekommission („GebO“) eine Gebühr in Höhe von EUR 21.400 zu entrichten.
157. Gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. GebO trägt grundsätzlich der Bieter die Kosten des Verfahrens einschließlich der Gebühren des Sachverständigen. Bieter im Sinne dieser Bestimmung ist Adler Real Estate AG. Überdies haften gemäß Punkt 8.1 GebO gemeinsam vorgehende Rechtsträger für die Gebühren und Barauslagen solidarisch; in diesem Verfahren sind dies MountainPeak Trading Limited, Cevdet Caner und Petrus Advisers LLP. Für eine Überwälzung der Verfahrenskosten gemäß § 33 Abs 5 Satz 2 ÜbG nach Billigkeit auf die Zielgesellschaft ist kein Grund ersichtlich.
158. Für die Veröffentlichung der Einleitung des Verfahrens im Amtsblatt der Wiener Zeitung gemäß § 33 Abs 3 iVm § 11 Abs 1a ÜbG, die Saalmiete für die mündliche Verhandlung samt dazugehöriger Tontechnik und die Übersetzungsarbeiten am Verhandlungsprotokoll sind Barauslagen in der Höhe [...] angefallen. Diese sind gemäß § 33 Abs 5 ÜbG iVm Punkt 5.3. und 8.4. GebO ebenfalls von der Bieterin und den solidarisch haftenden gemeinsam vorgehenden Rechtsträgern zu tragen. Insgesamt betragen die von den genannten Parteien zu ersetzenden Kosten des Verfahrens damit EUR [...].
159. 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.

#### **VI. 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 22.11.2016

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