



Verfügung 553/01

vom 18. Dezember 2013

Gesuch von Nicole Loeb Furrer und Ellan Holding AG um Feststellung des Nichtbestehens einer Angebotspflicht betreffend Loeb Holding AG

Sachverhalt:

A.

Loeb Holding AG (**Loeb Holding** oder **Zielgesellschaft**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Loeb Holding bezweckt den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen irgendwelcher Art an Unternehmen des In- und Auslandes. Das Grundkapital besteht aus 693'400 Namenaktien Serie A mit einem Nennwert von je CHF 0.60 (**Stimmrechtsaktien**), 180'660 Namenaktien Serie B mit einem Nennwert von je CHF 6 (**Stammaktien**; zusammen mit den Stimmrechtsaktien **Aktienkapital**) sowie 266'702 Inhaber-Partizipationsscheine (Symbol: LOEP) mit einem Nennwert von je CHF 6 (**PS**). Die PS, welche 51.62 % des gesamten Kapitals von Loeb Holding umfassen, sind an der SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) gemäss Domestic Standard kotiert (SIX: LOEP). Die Stimmrechts- und Stammaktien sind nicht kotiert. Die Stammaktien sollen ab 6. Januar 2014 auf der OTC-X Plattform der Berner Kantonalbank (**BEKB**) gehandelt werden. Die Loeb Holding hält 4 Tochtergesellschaften zu 100 % und zwar aus den Bereichen Detailhandel (Loeb AG und Krompholz AG) und Immobilien (Imlo Immobilien AG und Warlo Immobilien AG; alle vier Tochtergesellschaften zusammen mit Loeb Holding die **Loeb Gruppe**).

B.

Der Verwaltungsrat von Loeb Holding besteht aus Peter Everts, Zollikofen/BE (Präsident), Marc Loeb, Luzern/LU (Vizepräsident), Nicole Loeb Furrer, Muri/BE, Richard Schneider, Pfeffingen/BL, Nicolas Rouge, Giez/VD und David Paraskevopoulos, Lausanne/VD. Das einzige exekutive Mitglied des Verwaltungsrates ist Nicole Loeb Furrer, welche als Delegierte des Verwaltungsrates die Loeb Holding leitet. Nicole Loeb Furrer ist zudem Verwaltungsratspräsidentin der Tochtergesellschaften Loeb AG und Krompholz AG.

C.

Hauptaktionär von Loeb Holding ist die Fralo Holding AG (**Fralo**), eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Muri bei Bern/BE, die von François Loeb im Jahr 1987 gegründet wurde. François Loeb führte über lange Jahre das operative Geschäft der Loeb Gruppe. Fralo hält gegenwärtig 86.92 % der Stimmrechte (bzw. 54.3 % des Aktienkapitals resp. 26.27 % des gesamten Kapitals) an Loeb Holding. Die übrigen 13.08 % der Stimmrechte (bzw. 45.7 % des Aktienkapitals resp. 22.11 % des gesamten Kapitals) von Loeb Holding – es handelt sich dabei ausschliesslich um Stammaktien – werden von diversen Mitgliedern der Familie Loeb (**Minderheitsaktionäre**) gehalten.

D.

Am 20. Dezember 2001 schlossen François Loeb und seine Kinder Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer einen ersten Aktionärsbindungsvertrag (**ABV 1**) betreffend die Aktien und Partizipations-



scheine der Fralo (und einer weiteren Gesellschaft). Mit Bezug auf Fralo bezweckte der ABV 1 die unentgeltliche Übertragung eines Grossteils der in François Loeb's Besitz stehenden Aktien und Partizipationsscheine der Fralo auf Nicole Furrer Loeb und Marc Loeb im Hinblick auf die Nachfolgeregelung in der Loeb Gruppe. Nicole Furrer Loeb und Marc Loeb erhielten die übertragenen Beteiligungsrechte zu Gesamteigentum; sie übten diese gleichberechtigt und gemeinsam aus. Im Weiteren wurde die Zusammensetzung des Verwaltungsrates von Fralo wie folgt geregelt: Der Verwaltungsrat besteht aus vier Personen, wobei François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer berechtigt und verpflichtet sind, selbst im Verwaltungsrat Einsitz zu nehmen. François Loeb steht zudem das Amt des Präsidenten mit Stichentscheid zu. François Loeb war darüber hinaus berechtigt, den vierten Verwaltungsrat zu bezeichnen.

E.

Am 16. Mai 2006 schlossen François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer einen weiteren Aktionärsbindungsvertrag (**ABV 2**) betreffend die Aktien und Partizipationsscheine der Fralo, welcher den ABV 1 ersetzte. François Loeb reduzierte seine Beteiligung zugunsten von Nicole Loeb Furrer und Marc Loeb und deren bisheriges Gesamteigentum an den Beteiligungsrechten der Fralo (vgl. Sachverhalt lit. D) wurde aufgelöst. Danach hielten François Loeb 28.39 %, Nicole Loeb Furrer 42.59 % und Marc Loeb 29.02 % der Stimmrechte an Fralo. Nicole Loeb Furrer erhielt zudem eine Tauschoption, welche ihr das Recht einräumte, unter bestimmten Voraussetzungen ab dem 1. Januar 2010 über einen Aktientausch mit François Loeb die Stimmenmehrheit an Fralo zu erlangen. Die Besetzung des Verwaltungsrates von Fralo wird im ABV 2 wie folgt geregelt: Er besteht nach wie vor aus vier Personen, wobei François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer berechtigt und verpflichtet sind, selbst darin Einsitz zu nehmen. François Loeb steht immer noch das Amt des Präsidenten mit Stichentscheid zu. Anders als unter dem ABV 1 ist François Loeb jedoch nicht mehr berechtigt, den vierten Verwaltungsrat zu bezeichnen. Dieser wird neu von François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer im Konsens bestimmt. Falls kein Konsens zu Stande kommt, wird aufgrund der Beteiligungsrechte an Fralo entschieden. Der ABV 2 wurde in der Folge mit vier Anhängen ergänzt und an die jeweils eingetretenen Entwicklungen angepasst.

F.

Im Januar 2010 übte Nicole Loeb Furrer die Tauschoption gemäss ABV 2 aus (vgl. Sachverhalt lit. E). Die aktuellen Beteiligungsverhältnisse an Fralo gestalten sich infolgedessen wie folgt: François Loeb hält 0.06 % der Stimmrechte an Fralo. Marc Loeb hält – über die von ihm zu 100 % gehaltene Malo AG mit Sitz in Muri bei Bern/BE (**Malo**) – 29.02 % der Stimmrechte an Fralo. Nicole Loeb Furrer hält – über die von ihr zu 100 % gehaltene Ellan Holding AG mit Sitz in Muri bei Bern/BE (**Ellan**) – 70.92 % der Stimmrechte an Fralo. Der aktuelle Verwaltungsrat von Fralo besteht aus François Loeb (Präsident), Marc Loeb (Vizepräsident), Nicole Loeb Furrer und Marc Nufer. Für die Besetzung des Verwaltungsrats sowie bezüglich des Stichentscheids gilt nach wie vor die Regelung in ABV 2 (vgl. Sachverhalt lit. E).



G.

Am 3. September 2013 ergänzten François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer den ABV 2 um einen weiteren Anhang (**Anhang 5 zum ABV 2**). Darin wurde vereinbart, die von der Fralo gehaltenen Stimmrechts- und die Stammaktien der Loeb Holding kapitalmässig je hälftig auf die Gesellschaften von Nicole Loeb Furrer und von Marc Loeb, also auf die Ellan bzw. die Malo zu übertragen, indem diese von der Fralo als Sachdividende folgendermassen ausgeschüttet werden: Sämtliche 639'400 Stimmrechtsaktien sollen an die Ellan und die 66'410 Stammaktien zusammen mit 2'930 PS an die Malo ausgeschüttet werden. Fralo soll bestehen bleiben und das teilweise Nutzniessungsrecht an den Dividenden erträgen der Aktien der Loeb Holding erhalten. Nach dieser Ausschüttung wird Nicole Loeb Furrer über die Ellan 79.33 % der Stimmrechte und 13.42 % des Kapitals an der Loeb Holding halten. Marc Loeb wird über die Malo 7.6 % der Stimmrechte und 12.85 % des Kapitals an der Loeb Holding halten. François Loeb wird keine Aktien der Loeb Holding halten. Die Sachdividende soll an der Generalversammlung der Fralo am 19. Dezember 2013 beschlossen werden.

H.

Mit Gesuch vom 10. Dezember 2013 stellten Nicole Loeb Furrer und Ellan (zusammen die **Gesuchstellerinnen**) den Antrag, es sei festzustellen, dass die geplante Ausschüttung der Stimmrechts- und Stammaktien der Loeb Holding als Sachdividende der Fralo (vgl. Sachverhalt lit. G) für die Gesuchstellerinnen keine Angebotspflicht bezüglich Loeb Holding auslöst. Weiter sei festzustellen, dies gelte auch für den Zukauf weiterer Beteiligungspapiere von Loeb Holding unter Vorbehalt des Falles, dass Nicole Loeb Furrer vorgängig die Schwelle von 33 1/3 % der Stimmrechte unterschreite. Loeb Holding unterstützt diesen Antrag.

I.

Die Stellungnahme des Verwaltungsrats von Loeb Holding wurde der Übernahmekommission vor dessen Publikation zur Prüfung vorgelegt.

J.

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Luc Thévenoz (Präsident), Susan Emmenegger und Susanne Haury von Siebenthal gebildet.

—

Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:

1. Anwendbarkeit der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote

[1] Gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. a BEHG gelten die Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote für Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind.



[2] Vorliegend sind die PS von Loeb Holding, welche Beteiligungspapiere i.S.v. Art. 22 BEHG darstellen (Art. 2 lit. e BEHG), an der SIX kotiert (vgl. Sachverhalt lit. A). Damit finden die Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote auf Loeb Holding Anwendung.

2. Kontrollwechsel bei Loeb Holding

[3] Gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG muss diejenige Person, welche direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die sie bereits besitzt, den Grenzwert von 33 1/3 % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, überschreitet, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft unterbreiten. Für die Frage der zu einer Angebotspflicht führenden gemeinsamen Absprache gilt Art. 10 Abs. 1 und 2 BEHV-FINMA sinngemäss. Entscheidend ist dabei, ob die Absprache „im Hinblick auf die Beherrschung“ erfolgt (Art. 31 BEHV-FINMA).

2.1 Ausgangslage

[4] Die Loeb Holding wird seit der Gründung der Fralo im Jahr 1987 von dieser als Mehrheitsaktionärin beherrscht. Fralo wiederum wurde seit ihrer Gründung von François Loeb beherrscht.

[5] An dieser Situation änderte der Abschluss des ABV 1 im Jahr 2001 nichts, der die Nachfolgeregelung in die Wege leitete. Unter dem ABV 1 konnte François Loeb den vierten Verwaltungsrat bezeichnen und er hatte überdies den Stichtscheid (vgl. Sachverhalt lit. D). Damit beherrschte er den Verwaltungsrat der Fralo und damit auch die von der Fralo gehaltenen Stamm- und Stimmrechtsaktien der Loeb Holding und somit die Loeb Holding selbst.

[6] Mit Abschluss des ABV 2 am 16. Mai 2006 änderte sich diese (alleinige) Kontrolle von François Loeb in eine gemeinsame Kontrolle von François Loeb, Nicole Loeb Furrer und Marc Loeb, da gemäss ABV 2 der vierte Verwaltungsrat von Fralo nicht mehr von François Loeb, sondern gemeinsam bzw. bei Fehlen eines Konsens nach Massgabe der Beteiligung an Fralo bestimmt wird (vgl. Sachverhalt lit. E). Aufgrund der damals bestehenden Beteiligungsverhältnisse an Fralo (vgl. Sachverhalt lit. E: François Loeb 28.39 %, Nicole Loeb Furrer 42.59 % und Marc Loeb 29.02 % der Stimmrechte) konnte keiner der drei Genannten den vierten Verwaltungsrat von Fralo alleine bestimmen.

[7] Nicole Loeb Furrer übte die Tauschoption aus und hält seit Januar 2010 70.92 % der Stimmrechte an Fralo (vgl. Sachverhalt lit. F), womit Nicole Loeb bei Fehlen eines Konsenses den vierten Verwaltungsrat alleine bestimmen könnte. Gleichwohl kann sie damit die Fralo nicht alleine beherrschen, da François Loeb gemäss ABV 2 nach wie vor das Amt des Präsidenten innehat und diesem der Stichtscheid zusteht. Im Fall einer Pattsituation im Verwaltungsrat (Nicole Loeb Furrer und der von ihr bestimmte Verwaltungsrat versus François Loeb und Marc Loeb) würde dieser Stichtscheid den Ausschlag zu ihren Ungunsten geben.



[8] Damit ist festzuhalten, dass zurzeit François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb Furrer die Fralo gemeinsam als Gruppe beherrschen und damit auch die von dieser gehaltene Beteiligung von 86.92 % der Stimmrechte an Loeb Holding und letztlich die Loeb Holding selbst.

2.2 Kontrollverhältnisse nach der beabsichtigten Ausschüttung

[9] Nach Durchführung der beabsichtigten Ausschüttung der Stimmrechts- und Stammaktien der Loeb Holding von Fralo an Ellan und Malo (vgl. Sachverhalt lit. G) wird Nicole Loeb Furrer neu über die von ihr zu 100 % kontrollierte Ellan 79.33 % der Stimmrechte an Loeb Holding halten und über die Ausübung dieser Stimmrechte künftig auch alleine entscheiden können, da bezüglich dieser Beteiligung kein Aktionärsbindungsvertrag besteht.

[10] Mit dieser Beteiligung wird sie die Loeb Holding alleine beherrschen, was im Vergleich zur bisherigen gemeinsamen Kontrolle durch François Loeb, Marc Loeb und Nicole Loeb (über die Fralo) einen Kontrollwechsel bedeutet und gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG grundsätzlich eine Angebotspflicht auslösen würde.

3. Ausnahme von der Angebotspflicht nach Art. 32 Abs. 3 BEHG

[11] Gemäss Art. 32 Abs. 3 BEHG entfällt die Angebotspflicht, wenn die Stimmrechte durch Schenkung, Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben werden. Gemäss dem Bericht zum Vorentwurf der Expertengruppe zur Ausarbeitung eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz), Bern 1991, Ziff. 356.1, S. 85, wäre es unverhältnismässig, eine Angebotspflicht zu verlangen, wenn die beherrschende Beteiligung aufgrund einer Erbschaft oder einer unentgeltlichen Übertragung erlangt wird. In der Literatur wird die Privilegierung damit begründet, dass diese Erwerbstatbestände nicht primär marktinduziert seien, sondern durch andere Motive oder von Gesetzes wegen ausgelöst würden (BSK-BEHG, Hofstetter/Schilter-Heuberger, Art. 32 N 67). Zudem soll durch diese Ausnahme die familieninterne Übertragung beherrschender Beteiligungen und damit die Aufrechterhaltung des Charakters als Familiengesellschaft ermöglicht werden (Urs Schenker, Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009, S. 494 f. m.w.H).

[12] Bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestands nach Art. 32 Abs. 3 BEHG erfolgt die Gewährung der Ausnahme von der Angebotspflicht von Gesetzes wegen und ohne dass es hierfür einer Verfügung oder Meldung an die Übernahmekommission bedarf (Art. 38 Abs. 3 BEHV-FINMA). Vorliegend wurde indes ein Gesuch um Feststellung des Nichtbestehens einer Angebotspflicht aufgrund einer Ausnahme nach Art. 32 Abs. 3 BEHG gestellt, weshalb darüber zu entscheiden ist.

[13] Die fragliche Ausschüttung der Stimmrechts- und Stammaktien der Loeb Holding von Fralo an Nicole Loeb Furrer (bzw. Ellan) ist Teil der Regelung der Nachfolge von François Loeb und erfolgt unentgeltlich. Aus Sicht von Nicole Loeb handelt es sich somit um einen Erwerb von Stimmrechten schenkungshalber, womit gemäss Art. 32 Abs. 3 BEHG die Angebotspflicht entfällt.



[14] Das Gleiche gilt übrigens auch für den zuvor mit dem Abschluss des ABV 2 am 16. Mai 2006 bewirkten Kontrollwechsel von François Loeb zu einer gemeinsamen Kontrolle (über die Fralo) durch François Loeb, Nicole Loeb Furrer und Marc Loeb (vgl. Erw. 2.1). Der damit einhergehende Stimmenzuwachs zugunsten von Nicole Loeb Furrer und Marc Loeb war ebenfalls Teil der Nachfolgeregelung und unentgeltlich und damit von Art. 32 Abs. 3 BEHG erfasst.

[15] Zudem kann antragsgemäss festgestellt werden, dass auch weitere Zukäufe durch Nicole Loeb Furrer in Zukunft keine Angebotspflicht auslösen. Da Nicole Loeb Furrer nach der beabsichtigten Ausschüttung bereits die Kontrolle über die Zielgesellschaft hat, können weitere Zukäufe nicht abermals zu einem Kontrollerwerb führen. Vorbehalten bleibt – wie im Antrag vorgesehen – der Fall einer zwischenzeitlichen Unter- und Überschreitung der Schwelle von 33 1/3 % der Stimmrechte.

[16] Nach Gesagtem ist der Feststellungsantrag der Gesuchstellerinnen gutzuheissen.

4. Stellungnahme des Verwaltungsrats

[17] Im Verfahren betreffend die Angebotspflicht hat der Verwaltungsrat einer (potentiellen) Zielgesellschaft eine Stellungnahme abzugeben (Art. 61 Abs. 1 UEV). Die Stellungnahme hat die Überlegungen des Verwaltungsrats zu enthalten, die ihn bewogen haben, das Gesuch zu unterstützen oder abzulehnen. Zudem sind allfällige Interessenkonflikte des Verwaltungsrats und eventuell in diesem Zusammenhang getroffene Massnahmen offenzulegen.

[18] Das vorliegende Gesuch von Nicole Loeb Furrer und Ellan wird vom Verwaltungsrat von Loeb Holding einstimmig unterstützt. Die Stellungnahme erfüllt die erwähnten Anforderungen.

5. Publikation

[19] Gemäss Art. 61 Abs. 3 und 4 UEV veröffentlicht die Zielgesellschaft die Stellungnahme ihres Verwaltungsrates, das Dispositiv der Verfügung der Übernahmekommission und den Hinweis, innert welcher Frist und zu welchen Bedingungen eine qualifizierte Aktionärin oder ein qualifizierter Aktionär Einsprache gegen die Verfügung der Übernahmekommission erheben kann. Art. 6 bis 6b UEV betreffend die elektronische Veröffentlichung und die Veröffentlichung in den Zeitungen sind auf die Stellungnahme des Verwaltungsrats sinngemäss anwendbar.

[20] Der Verwaltungsrat von Loeb Holding hat der Übernahmekommission vor der Publikation eine Kopie der unterzeichneten Stellungnahme des Verwaltungsrats zu übermitteln und hat sie über den Zeitpunkt der Veröffentlichung und die Modalitäten zu informieren.

[21] Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation der Stellungnahme des Verwaltungsrats von Loeb Holding auf der Website der Übernahmekommission publiziert, spätestens aber zehn Börsentage nach der Eröffnung dieser Verfügung an die Parteien.



6. Gebühr

[22] Gemäss Art. 69 Abs. 6 UEV wird für die Prüfung von Gesuchen betreffend die Angebotspflicht eine Gebühr bis CHF 50'000 erhoben. Vorliegend erscheint eine Gebühr von CHF 25'000 zulasten der Gesuchstellerinnen als angemessen. Die Gesuchstellerinnen haften hierfür solidarisch.



Die Übernahmekommission verfügt:

1. Es wird festgestellt, dass die beabsichtigte Ausschüttung der von Fralo Holding AG gehaltenen Namenaktien Serie A und Namenaktien Serie B von Loeb Holding AG als Sachdividende sowie weitere Zukäufe für Nicole Loeb Furrer und Ellan Holding AG keine Angebotspflicht bezüglich Loeb Holding AG zur Folge haben. Vorbehalten bleibt eine zwischenzeitliche Unter- und Überschreitung der Schwelle von 33 1/3 % der Stimmrechte.
2. Loeb Holding AG hat die Stellungnahme ihres Verwaltungsrats samt Dispositiv der vorliegenden Verfügung und Hinweis auf das Einspracherecht zu veröffentlichen.
3. Die vorliegende Verfügung wird am Tag der Publikation der Stellungnahme des Verwaltungsrats von Loeb Holding auf der Website der Übernahmekommission publiziert, spätestens aber zehn Börsentage nach der Eröffnung dieser Verfügung an die Parteien.
4. Die Gebühr zu Lasten von Nicole Loeb Furrer und Ellan Holding AG beträgt CHF 25'000, unter solidarischer Haftung.

Der Präsident:

Prof. Luc Thévenoz

—

Diese Verfügung geht an die Parteien:

- Loeb Holding AG, vertreten durch Marc Nufer, Eversheds AG, Bern;
- Nicole Loeb Furrer und Ellan Holding AG, vertreten durch Marc Nufer, Eversheds AG, Bern.

Rechtsmittelbelehrung:

Beschwerde (Art. 33c des Börsengesetzes, SR 954.1):

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, CH-3003 Bern erhoben werden. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach Eröffnung der Verfügung per Telefax oder auf elektronischem Weg zu laufen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 33c Abs. 2 BEHG und Art. 52 VwVG zu genügen.

—
—



Einsprache (Art. 58 der Übernahmeverordnung, SR 954.195.1):

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens 3 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV), kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnaustrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, counsel@takeover.ch, Telefax: +41 58 499 22 91) innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung des Dispositivs der vorliegenden Verfügung in den Zeitungen einzureichen. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach der Veröffentlichung zu laufen.

Die Einsprache muss einen Antrag und eine summarische Begründung sowie den Nachweis der Beteiligung gemäss Art. 56 UEV enthalten.

—