

Veröffentlichung über die Erteilung einer Befreiung nach § 37 WpÜG von den Verpflichtungen nach § 35 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 WpÜG in Bezug auf Aktien der IFA Hotel & Touristik AG, Duisburg (WKN 613120/ISIN: DE0006131204)

Mit Bescheid vom 9. Februar 2015 hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) die Newinvest Assets Beteiligungs GmbH („**Antragstellerin zu 1.**)“), die Newinvest Assets Co S.A. („**Antragstellerin zu 2.**)“) sowie Herrn Victor Garrido Montes des Oca („**Antragsteller zu 3.**)“ – gemeinsam „die **Antragsteller**“ – von der Verpflichtung nach § 35 Abs. 1 S. 1 WpÜG, die Kontrollerlangung zu veröffentlichen, und von den Verpflichtungen nach § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG, der BaFin eine Angebotsunterlage für ein Pflichtangebot an die Aktionäre der IFA Hotel & Touristik AG zu übermitteln und diese gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 WpÜG i.V.m. § 14 Abs. 2 S. 1 WpÜG zu veröffentlichen, befreit.

Der **Tenor** des Bescheids lautet wie folgt:

1. Die Antragsteller werden jeweils gemäß § 37 Abs. 1 und Abs. 2 WpÜG i.V.m. § 9 Satz 2 Nr. 1 sowie § 9 Satz 2 Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung von der Verpflichtung gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 WpÜG, die im Zusammenhang mit dem Erwerb von 4.772.209 neuen Aktien anlässlich der Durchführung der Kapitalerhöhung infolge des Beschlusses der Hauptversammlung der IFA Hotel & Touristik AG, Duisburg vom 17.07.2014 zum 27.11.2014 erfolgte Kontrollerlangung an der IFA Hotel & Touristik AG, Duisburg zu veröffentlichen sowie von den Verpflichtungen nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht eine Angebotsunterlage zu übermitteln und nach § 35 Abs. 2 Satz 1 WpÜG in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG ein Pflichtangebot zu veröffentlichen, befreit

2. Die Befreiung kann für jeden Antragsteller widerrufen werden (Widerrufsvorbehalt), wenn

(a) zu erwarten ist, dass der jeweilige Antragsteller unter Berücksichtigung der seinen Stimmrechten nach § 30 Abs. 1 WpÜG gleichstehenden und der ihm nach § 30 Abs. 2 WpÜG zuzurechnenden Stimmrechte über mehr als 50 % der auf einer Hauptversammlung der IFA Hotel & Touristik AG, Duisburg, vertretenen Stimmrechte verfügen wird

und

- (b) kein Dritter – insbesondere nicht (mehr) die Creativ Hotel Buenaventura S.A.U., Las Palmas, Spanien, oder eine mit ihr verbundene Gesellschaft – über einen höheren Anteil an Stimmrechten verfügt als der jeweilige Antragsteller in unmittelbarer oder mittelbarer Weise.
3. Die Entscheidung ergeht unter der Auflage, dass der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unverzüglich in schriftlicher Form jedes Ereignis, jeder Umstand und jedes Verhalten, das den Widerruf der Befreiung gemäß Ziffer 2 (a) und (b) des Tenors dieses Bescheides rechtfertigen könnte, mitgeteilt wird.

Die Befreiung beruht im Wesentlichen auf folgenden

G r ü n d e n:

A.

I.

Zielgesellschaft ist die IFA Hotel & Touristik AG („**Zielgesellschaft**“), eine Aktiengesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in Duisburg, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Duisburg unter HRB 3291.

Das Grundkapital der Zielgesellschaft betrug ausweislich § 4 der Satzung bis zur Änderung der Satzung am 21.11.2014 EUR 17.160.000,00, eingeteilt in 6.600.000 nennbetragslose auf den Inhaber lautende Stückaktien. Die Aktien der Zielgesellschaft sind unter der ISIN DE0006131204 (WKN 613120) zum Börsenhandel im Regulierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse (General Standard) zugelassen und werden darüber hinaus an den Wertpapierbörsen Düsseldorf, Hamburg, Berlin, Stuttgart, München im Freiverkehr sowie im XETRA gehandelt (vgl. Zwischenbericht der Zielgesellschaft zum 1. Quartal 2014, S. 18).

II.

Die Antragstellerin zu 1.) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Bonn unter HRB 20826.

Die Antragstellerin zu 2.) ist Alleingeschafterin der Antragstellerin zu 1.) (vgl. die Gesellschafterliste der Antragstellerin zu 1.) vom 03.07.2014).

Alleingesellschafter der Antragstellerin zu 2.) ist der Antragsteller zu 3.).

III.

Bis zum Vollzug der Kapitalerhöhung am 21.11.2014 (vgl. zu Details nach folgend A.IV. und A.V.) gestaltete sich die Beteiligungsstruktur der Zielgesellschaft wie folgt:

Die Creativ Hotel Buenaventura S.A.U., Las Palmas, Spanien („**Creativ Hotel**“) hielt 3.391.001 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 51,38 % der Stimmrechte) und damit den größten Anteil an der Zielgesellschaft. Die Lopesan Touristik S.A., Las Palmas, Spanien („**Lopesan**“) hielt 26.400 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 0,4 % der Stimmrechte) (Creativ Hotel und Lopesan zusammen die „**Lopesan-Gesellschaften**“). Die Lopesan-Gesellschaften hielten damit in Summe 3.417.401 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 51,78 % der Stimmrechte).

Die Zielgesellschaft selbst hielt 75.147 eigene Aktien (entsprechend rd. 1,14 % der Stimmrechte).

Weitere 191.336 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 2,9 % der Stimmrechte) hielt die BT Beteiligungstreuhand GmbH, Duisburg (vgl. den Geschäftsbericht der Zielgesellschaft für das Jahr 2013 und die entsprechende Stimmrechtsmitteilung gemäß § 26 Abs. 1 WpHG vom 02.10.2014).

Daneben hielt die Antragstellerin zu 1.) bis einschließlich 26.11.2014 1.920.143 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 29,09 % der Stimmrechte) und war damit bereits zweitgrößte Aktionärin der Zielgesellschaft.

Die übrigen Aktien und Stimmrechte der Zielgesellschaft sind ganz offensichtlich dem Streubesitz zuzuordnen.

Am 17.07.2014 erging in der ordentlichen Hauptversammlung der Zielgesellschaft der Beschluss, das Grundkapital der Zielgesellschaft gegen Bareinlagen unter Gewährung eines mittelbaren Bezugsrechts und mit der Möglichkeit eines Überbezuges zu erhöhen. Der Kapitalerhöhungsbeschluss sah vor, das Grundkapital der Zielgesellschaft von ursprünglich EUR 17.160.000,00, eingeteilt in 6.600.000 Inhaberaktie, durch Ausgabe von 13.200.000 neuen Aktien („**Neue Aktien**“) um bis zu EUR 34.320.000,00 auf bis zu EUR 51.480.000,00,

eingeteilt in 19.800.000 Aktien, zu erhöhen. Das Bezugsverhältnis wurde mit 1:2 festgesetzt (vgl. den Beschlussvorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat vom Juni 2014 und das Protokoll der Hauptversammlung der Zielgesellschaft vom 17.07.2014). Die Hauptversammlung billigte den Beschlussvorschlag mehrheitlich (vgl. das notarielle Protokoll der Hauptversammlung der Zielgesellschaft vom 17.07.2014).

In Umsetzung des Kapitalerhöhungsbeschlusses veröffentlichte die Zielgesellschaft am 20.10.2014 einen Wertpapierprospekt und am 24.10.2014 das Bezugsangebot. Die Bezugsfrist lief vom 27.10.2014 bis zu 10.11.2014. Die Zielgesellschaft teilte am 11.11.2014 mit, dass alle Neuen Aktien platziert wurden (vgl. die Ad-hoc-Mitteilung der Zielgesellschaft vom 11.11.2014). Die Eintragung des Vollzugs der Kapitalerhöhung in das Handelsregister der Zielgesellschaft erfolgte am 21.11.2014.

IV.

Die Antragstellerin zu 1.) übte in Folge sowohl sämtliche ihrer 3.840.286 Bezugsrechte als auch 931.923 Überbezugsrechte aus. Am 13.11.2014 erhielt die Antragstellerin zu 1.) von ihrer Depotbank, der Commerzbank AG, München, die Mitteilung über die Zuteilung sämtlicher Bezugsrechte und am 18.11.2014 die Mitteilung über die Zuteilung der Überbezugsrechte (vgl. die Geschäftsabrechnungen der Commerzbank AG vom 10./14.11.2014). Die tatsächliche Lieferung der insgesamt der Antragstellerin zu 1.) zugeteilten 4.772.209 Neuen Aktien erfolgte am 27.11.2014 durch Einbuchung in das Wertpapierdepot der Antragstellerin zu 1.) seitens der VEM Aktienbank AG, München („VEM“). Noch am selben Tag unterrichtete die Commerzbank AG die Antragstellerin zu 1.) über die Einbuchung der Neuen Aktien. Die Antragstellerin zu 1.) hält somit seit dem 27.11.2014 insgesamt 6.692.352 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 33,80 % der Stimmrechte).

Creativ Hotel hält jedoch auch nach der Kapitalerhöhung mit rd. 51,38 % der Stimmrechte den größten Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft, denn sie übte zwar ihr Bezugsrecht vollständig aus, nicht jedoch das Überbezugsrecht (vgl. die entsprechende Ad-hoc-Mitteilung der Zielgesellschaft vom 11.11.2014). Auch Lopesan übte lediglich ihr Bezugsrecht in vollem Umfang aus (vgl. die entsprechende Ad-hoc-Mitteilung der Zielgesellschaft vom 11.11.2014), so dass ihr Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft i.H.v. rd. 0,4 % gleich geblieben ist. Damit steht den Lopesan-Gesellschaften auch nach der Kapitalerhöhung zusammen unverändert ein Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft i.H.v. rd. 51,78 % zu.

In den ordentlichen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft der Jahre 2012, 2013 und 2014 war regelmäßig mehr als 90 % des stimmberechtigten Kapitals der Zielgesellschaft vertreten (vgl. Teilnehmerverzeichnis – Erstpräsenz für das Jahr 2012 vom 05.07.2012, für das Jahr 2013 vom 18.07.2013 sowie das Protokoll über das Abstimmungsergebnis der Hauptversammlung 2014 vom 17.07.2014).

V.

Die Antragsteller haben am 28.11.2014 die Befreiung gemäß § 37 Abs. 1 WpÜG von den Verpflichtungen nach § 35 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 WpÜG i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG beantragt.

Zur Begründung tragen die Antragsteller u.a. vor, eine Befreiung sei zu erteilen, weil die Voraussetzungen aus § 9 Satz 2 Nr. 1 WpÜG-Angebotsverordnung als Konkretisierungsnorm von § 37 Abs. 1 Var. 4 WpÜG vorlägen. Während der der Antragstellerin zu 1.) zustehende und der Antragstellerin zu 2.) und dem Antragsteller zu 3.) jeweils zuzurechnende Anteil der Stimmrechte an der Zielgesellschaft lediglich rd. 33,80 % aus 6.692.352 Aktien der Zielgesellschaft betrage, stehe Creativ Hotel mit rd. 51,38 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft ein deutlich höherer Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft zur Verfügung. Das gleiche gelte, wenn man den jeweiligen Stimmrechtsanteil der Antragsteller an der Zielgesellschaft die kumulierten Stimmrechtsanteile der Lopesan-Gesellschaften von insgesamt rd. 51,78 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft gegenüberstelle. Der jeweilige Stimmrechtsanteil der Antragsteller vermittele daher zwar eine formale, jedoch keine materielle Kontrollposition. Die tatsächliche Kontrolle über die Zielgesellschaft läge weiterhin bei den Lopesan-Gesellschaften. Es sei zu erwarten, dass die Lopesan-Gesellschaften die Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft wie bisher mit ihnen nahestehenden Personen besetzen und die Geschäftspolitik der Zielgesellschaft alleine bestimmen werden.

Eine Befreiung könne darüber hinaus auch auf den Befreiungsgrund des § 9 Satz 2 Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung als Konkretisierungsnorm von § 37 Abs. 1 Var. 5 WpÜG gestützt werden. Mit den ihnen insgesamt zustehenden rd. 51,78 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft würden die Lopesan-Gesellschaften auch in künftigen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft unabhängig von einer konkreten Hauptversammlungspräsenz über die Mehrheit der vertretenen Stimmrechte verfügen und sämtliche Beschlüsse mit einfacher Stimmrechts- und Kapitalmehrheit fassen können. Die Lopesan-Gesellschaften seien in den

letzten Hauptversammlungen stets mit sämtlichen Stimmrechten vertreten gewesen. Anhaltspunkte für ein abweichendes Verhalten oder gar ein Fernbleiben in bzw. von künftigen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft seien nicht gegeben. Aufgrund der dargestellten Stimmrechtsverhältnisse sei es ausgeschlossen, dass die Antragsteller in künftigen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft über mehr als 50 % der vertretenen Stimmrechte verfügen könnten. Mangels einer erkennbaren Stimmrechtsmehrheit hätten die Antragsteller damit auch in Zukunft vss. keinen Einfluss auf die Besetzung der Verwaltungsorgane der Zielgesellschaft und deren geschäftspolitische Ausrichtung.

Schließlich sei eine Befreiung von den Verpflichtungen nach § 35 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 WpÜG auch im Hinblick auf die Art der Kontrollerlangung gemäß § 37 Abs. 1 Var. 1 WpÜG gerechtfertigt und geboten. Die Antragsteller hätten die formale Kontrollschwelle des § 29 Abs. 2 WpÜG von 30 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft unbeabsichtigt überschritten. Die Ausübung des Bezugsrechts sei schließlich nur mit dem Ziel erfolgt, einen Verwässerungseffekt der Beteiligungsquote der Antragstellerin zu 1.) zu vermeiden. Dabei seien die Antragsteller davon ausgegangen, dass die meisten Altaktionäre angesichts des Volumens der Kapitalerhöhung und des Bezugsverhältnisses ihr Bezugsrecht in vollem Umfang ausüben würden. Daneben hätten die Antragsteller angenommen, die Lopesan-Gesellschaften würden in erheblichem Umfang Überbezüge anmelden, so dass die Antragstellerin zu 1.) von den von ihr angemeldeten 931.923 Überbezügen nur eine geringe Zuteilungsquote erhalten hätte. Eine Befreiung im Hinblick auf die Art der Kontrollerlangung sei jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn trotz Beibehaltung der formalen Kontrollschwelle überschreitenden Stimmrechtsanteils eine tatsächliche Ausübung einer materiellen Kontrolle ohnehin nicht möglich sei.

Schließlich sei zu erblicken, dass das der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht eingeräumte Ermessen zur Erteilung der beantragten Befreiung auf Null reduziert sei. Schließlich seien die konkretisierten Befreiungsgründe aus § 9 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung einschlägig. In diesen Fällen sei anerkannt, dass für eine Ermessensbetätigung kein Raum mehr bestehe. Dies gelte erst recht, wenn wie vorliegend sogar kumulativ zwei Regelbeispiele aus § 9 WpÜG-Angebotsverordnung Anwendung fänden. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall kein Wechsel der materiellen Kontrolle stattgefunden habe, so dass sich für die außenstehenden Aktionäre der Zielgesellschaft nach der Kapitalerhöhung nichts geändert habe. Die außenstehenden Aktionäre könnten folglich kein schutzwürdiges Interesse an der Möglichkeit einer außerordentlichen Desinvestition mittels eines Pflichtangebotes haben. Demgegenüber

würde die Pflicht zur Veröffentlichung eines solchen Pflichtangebotes für die Antragsteller eine ungleich härtere wirtschaftliche Belastung bedeuten.

Mit Schreiben vom 02.02.2015 wurden die Antragsteller gem. § 28 VwVfG zu den Nebenbestimmungen angehört.

B.

Die Antragssteller sind nach § 37 Abs. 1 WpÜG von den Verpflichtungen nach § 35 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 WpÜG i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 1 WpÜG in Bezug auf die Zielgesellschaft zu befreien, da ihre jeweiligen Anträge zulässig und unbegründet sind.

I.

Die Anträge sind gem. § 37 Abs. 1 und Abs. 2 WpÜG i.V.m. § 8 Satz 2 WpÜG-Angebotsverordnung zulässig.

Nach § 8 Satz 2 WpÜG-Angebotsverordnung kann ein Antrag auf Befreiung gem. § 37 Abs. 1 WpÜG entweder vor Kontrollerlangen gestellt werden oder muss, sofern die Kontrollerlangung bereits erfolgt ist, zwecks Fristwahrung innerhalb von sieben Kalendertagen ab demjenigen Zeitpunkt gestellt werden, zu dem der Bieter Kenntnis von der Kontrollerlangung hat oder nach den Umständen haben musste.

Vorliegend haben die Antragsteller Umstände vorgetragen, wonach der 27.11.2014 sowohl den Zeitpunkt für die Kontrollerlangung als auch für die Kenntnisnahme von der Kontrollerlangung markiert. Da Anträge gemäß § 45 Satz 1 WpÜG in schriftlicher Form zu erfolgen haben und die Befreiungsanträge der Antragsteller im Einklang mit diesem Formerfordernis zunächst per Fax am 28.11.2014 zugehen, wurden diese zulässigerweise und fristwährend innerhalb von sieben Kalendertagen nach Kontrollerlangung gestellt.

Aufgrund der bestehenden Beherrschungsverhältnisse zwischen den Antragstellern (vgl. dazu nachfolgend Ziffer B.II) handelt es sich bei dem jeweiligen Kontrollerwerb der Antragsteller hinsichtlich der Zielgesellschaft um einen einheitlichen Lebenssachverhalt, so dass deren Anträge zu einem Verfahren zusammengefasst werden konnten.

II.

Die Anträge der Antragsteller sind auch begründet, da sämtliche tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 37 Abs. 1 und Abs. 2 WpÜG i.V.m. § 9 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung vorliegen.

1.

Mit Einbuchung der der Antragstellerin zu 1.) infolge der Ausübung von Bezugs- und Überbezugsrechten zustehenden 4.772.209 Neuen Aktien in ihr Wertpapierdepot von Seiten der als Emissionsbank agierenden VEM am 27.11.2014 hat die Antragstellerin zu 1.) an diesem Tag das Eigentum an den vorgenannten 4.772.209 Neuen Aktien erlangt. Zusammen mit den bereits vor der Kapitalerhöhung gehaltenen 1.920.143 Aktien der Zielgesellschaft hält die Antragstellerin zu 1.) somit seit dem 27.11.2014 insgesamt 6.692.352 Aktien der Zielgesellschaft (entsprechend rd. 33,80 % der Stimmrechte. Folglich hat die Antragstellerin zu 1.) am 27.11.2014 gem. der §§ 35, 29 Abs. 2 WpÜG unmittelbar die Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangt.

Zugleich hat die Antragstellerin zu 2.) am 27.11.2014 gemäß der §§ 35, 29 Abs. 2 WpÜG unmittelbar die Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangt. Schließlich wird der der Antragstellerin zu 1.) zustehende Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft i.H.v. rd. 33,80 % der Stimmrechte gem. der §§ 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 3, 2 Abs. 6 WpÜG, 290 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 HGB vollumfänglich auf die Antragstellerin zu 2.) zugerechnet, da der Antragstellerin zu 2.) aufgrund ihrer 100%igen Beteiligung an der Antragstellerin zu 1.) die Mehrheit der Stimmrechte an der Antragstellerin zu 1.) zusteht.

Schließlich hat auch der Antragsteller zu 3.) am 27.11.2014 gemäß der §§ 35, 29 Abs. 2 WpÜG mittelbar Kontrolle über die Zielgesellschaft erlangt. Der bereits auf die Antragstellerin zu 2.) zuzurechnende Stimmrechtsanteil i.H.v. rd. 33,80 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft wird insoweit gemäß der §§ 30 Abs. 1 Satz 1, Nr. 1 Satz 3, 2 Abs. 6 WpÜG, § 290 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 HGB weiter auf den Antragsteller zu 3.) zugerechnet, weil dem Antragsteller zu 3.) aufgrund seiner 100 %igen Beteiligung an der Antragstellerin zu 2.) die Mehrheit der Stimmrechte an der Antragstellerin zu 2.) zusteht.

2.

Die maßgeblichen Befreiungsgründe sind kumulativ jedenfalls in § 9 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung zu erblicken.

a.

Zunächst ist die Befreiung unter dem Aspekt, dass Creativ Hotel im Vergleich zu den Antragstellern nach wie vor über einen höheren Anteil an Stimmrechten an der Zielgesellschaft verfügt, gem. § 9 Satz 2 Nr. 1 WpÜG-Angebotsverordnung als Konkretisierung des Befreiungsgrundes aus § 37 Abs. 1 Var. 4 WpÜG (Beteiligungsverhältnisse an der Zielgesellschaft) gerechtfertigt.

§ 9 Satz 2 Nr. 1 WpÜG-Angebotsverordnung sieht eine Befreiung dann vor, wenn ein Dritter über einen höheren Anteil an Stimmrechten verfügt, die weder dem Bieter noch mit diesem gemeinsam handelnden Personen zustehen oder gemäß § 30 WpÜG zuzurechnen sind. Der Creativ Hotel zustehende Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft beträgt auch nach der Kapitalerhöhung rd. 51,38 %. Demgegenüber beträgt der den Antragstellern jeweils zustehende Stimmrechtsanteil seither (trotz leichter Erhöhung über die Kontrollschwelle der §§ 35, 29 Abs. 2 WpÜG hinweg lediglich) rd. 33,80 %, so dass ein Dritter über einen (deutlich) höheren Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft verfügt als dies im Hinblick auf die Antragsteller jeweils der Fall ist.

Sogar noch (leicht) deutlicher wird dieses Verhältnis in Ansehung des jeweiligen Stimmrechtsanteils der Antragsteller im Vergleich mit dem kumulativen Stimmrechtsanteil der Lopesan-Gesellschaften an der Zielgesellschaft i.H.v. rd. 51,78 % der Stimmrechte, obwohl § 9 Satz 2 Nr. 1 WpÜG-Angebotsverordnung angesichts seines Wortlautes („ein Dritter“) ganz offensichtlich eine Einzelbetrachtung der Stimmrechtsanteile der zu Vergleichszwecken heranzuziehenden Dritten fordert und gerade keine kumulative- oder Konzernbetrachtung.

Jedenfalls verfügen die Antragsteller aufgrund der vorgenannten Stimmrechtsverhältnisse trotz Innehaltens der neuerlangten formalen Kontrollposition auch nach Vollzug der konkreten Kapitalerhöhung über keinerlei tatsächliche Kontrollmöglichkeiten in Bezug auf die Zielgesellschaft. Diese tatsächliche (materielle) Kontrolle über die Zielgesellschaft verbleibt

aufgrund des deutlich höheren Stimmrechtsanteils an der Zielgesellschaft vielmehr nach wie vor bei Creativ Hotel. Auch zukünftig ist es Creativ Hotel möglich, mit einfacher Stimmrechtsmehrheit Hauptversammlungsbeschlüsse über die Wahl von Verwaltungsorganen der Zielgesellschaft oder über deren Geschäftspolitik zu fassen. Dagegen sind die Einflussmöglichkeiten der Antragsteller auf die Zielgesellschaft gering. Mit einem Anteil von 33,80 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft ist es den Antragstellern vss. nicht möglich, alleine Beschlüsse auf den Hauptversammlungen der Zielgesellschaft zu fassen, erst recht nicht gegen den Willen von Creativ Hotel.

b.

Daneben ist eine Befreiung auch gem. § 9 Satz 2 Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung als Konkretisierung des Befreiungsgrundes aus § 37 Abs. 1 Var. 5 WpÜG (tatsächliche Möglichkeit zur Ausübung der Kontrolle) vor demjenigen Hintergrund angezeigt, dass eine Stimmrechtsmehrheit der Antragstellerin zu 1.) von mehr als 50 % in den Hauptversammlungen der Zielgesellschaft auch zukünftig nicht zu erwarten steht.

Nach § 37 Abs. 1 Var. 5 WpÜG kann eine Befreiung erteilt werden, wenn dies im Hinblick auf die tatsächliche Möglichkeit zur Ausübung der Kontrolle gerechtfertigt erscheint. Eine solche Rechtfertigung ist gemäß § 9 Satz 2 Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung insbesondere dann der Fall, wenn aufgrund des in den zurückliegenden drei ordentlichen Hauptversammlungen vertretenen stimmberechtigten Kapitals nicht zu erwarten steht, dass der Bieter in künftigen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft über mehr als 50 % der vertretenen Stimmrechte verfügen wird.

In den ordentlichen Hauptversammlungen der Zielgesellschaften der Jahre 2012, 2013 und 2014 war regelmäßig mehr als 90 % des stimmberechtigten Kapitals der Zielgesellschaft vertreten (vgl. A.V.). Der Stimmrechtanteil von Creativ Hotel an der Zielgesellschaft beträgt 51,38 %, so dass unter Zugrundelegung dessen davon auszugehen ist, dass Creativ Hotel in den drei zurückliegenden ordentlichen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft stets mit sämtlichen Stimmrechten präsent gewesen ist und damit stets die Mehrheit des stimmberechtigten Kapitals gestellt hat. Anhaltspunkte dafür, dass sich an der Stimmrechtspräsenz in künftigen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft etwas ändern wird, sind nicht gegeben. Es steht daher nicht zu erwarten, dass die Antragsteller mit einem jeweiligen Stimmrechtsanteil an der Zielgesellschaft i.H.v. rd. 33,80 % in künftigen Hauptversammlungen der Zielgesellschaft über eine Stimmrechtsmehrheit verfügen werden. Trotz des Überschreitens der formalen Kontrollschwelle i.S.d. §§ 35, 29 Abs. 2 WpÜG i.H.v.

30 % der Stimmrechte der Zielgesellschaften durch die Antragsteller hat sich somit auch nach dem konkreten Vollzug der Kapitalerhöhung nichts geändert. Die tatsächliche Möglichkeit der Kontrollausübung im Hinblick auf die Zielgesellschaft verbleibt vielmehr nach wie vor bei Creativ Hotel.

c.

Ob eine Befreiung der Antragsteller auch im Hinblick auf die Art der Kontrollerlangung gemäß § 37 Abs. 1 Var. 1 WpÜG gerechtfertigt ist, kann vor dem Hintergrund dessen, dass vorliegend bereits vertyppte Befreiungsgründe aus § 9 WpÜG-Angebotsverordnung einschlägig sind, offenbleiben. Dies gilt zumal, da die Umstände der Anmeldung der Zuteilung von Überbezügen im entscheidungsrelevanten Fall näher hätten untersucht werden müssen, um darüber befinden zu können, ob entweder ein gezielter entgeltlicher Erwerb vorlag oder aber eine solche Abweichung von einem dementsprechend fixierten Normalfall, so dass eine Befreiung in Anbetracht dessen rechtfertigungsfähig wäre.

3.

Die Erteilung der Befreiung liegt im Ermessen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht. Bei einer Abwägung der Interessen der Antragsteller mit denen der außenstehende Aktionäre der Zielgesellschaft, die nach § 37 Abs. 1 WpÜG vorzunehmen ist, ist bei Vorliegen eines Tatbestands aus § 9 WpÜG-Angebotsverordnung grundsätzlich vom Vorrang der Interessen der (potentiellen) Bieter auszugehen.

Da vorliegend die Tatbestände aus § 9 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 WpÜG-Angebotsverordnung einschlägig sind, ist davon auszugehen, dass das Interesse der Antragsteller an der Befreiung von den vorgenannten Verpflichtungen, namentlich die Vermeidung des mit der Abgabe eines Pflichtangebots verbundenen Kosten- und Zeitaufwandes, das Interesse der außenstehenden Aktionäre an der Abgabe eines solchen Angebots deutlich überwiegt.

Hierzu entgegenstehende Interessen der außenstehenden Aktionäre der Zielgesellschaft, denen unter Berücksichtigung der bereits in § 9 WpÜG-Angebotsverordnung durch den Gesetzgeber vorweggenommenen Interessenabwägung zudem ein besonderes Gewicht zukommen müsste, sind überdies nicht erkennbar.

III.

Die Nebenbestimmungen unter Ziffer 2 und 3 des Tenors dieses Bescheides ergehen gem. § 36 Abs. 2 VwVfG.

Gem. § 36 Abs. 2 VwVfG darf ein begünstigender Verwaltungsakt, der im Ermessen der erlassenden Behörde steht, nach pflichtgemäßem Ermessen mit den in § 36 Abs. 2 VwVfG näher bezeichneten Nebenbestimmungen versehen werden.

Die Erteilung einer Befreiung gem. § 37 Abs. 1 WpÜG liegt im Ermessen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

1.

Rechtsgrundlage für den Widerrufsvorbehalt unter Ziffer 2 des Tenors dieses Bescheides ist § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.

Durch die Nebenbestimmung unter Ziffer 2 des Tenors dieses Bescheides soll das Fortbestehen der Befreiungsgründe für die Zukunft sichergestellt werden. Bei einer Änderung der derzeitigen Beteiligungsverhältnisse und Hauptversammlungspräsenzen könnte sich die derzeitige lediglich formelle Kontrollposition der Antragsteller in eine tatsächlich Einfluss gewährende, materielle Kontrollposition wandeln. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund denkbar, dass Creativ Hotel bzw. insgesamt die Lopesan-Gesellschaften ihre Stellung als größte(r) Anteilseigner in der Weise aufgeben, so dass der Stimmrechtsanteil der Antragsteller automatisch zum größten Stimmrechtsblock erstarkt und auf den Hauptversammlungen der Zielgesellschaften eine faktische Mehrheit vermittelt.

Durch die Nebenbestimmung unter Ziffer 2 des Tenors wird sichergestellt, dass die Antragsteller in diesen Fällen nicht ihre Kontrollposition ausnutzen, ohne den Aktionären der Zielgesellschaften ein öffentliches (Pflicht-)Angebot unterbreitet zu haben.

Die Nebenbestimmung unter Ziffer 2 ist erforderlich, geeignet und angemessen, um das o.g. Ziel zu erreichen.

Es ist insbesondere unter Berücksichtigung des Vorliegens der verschiedenen Befreiungsgründe und der Einschränkung des Widerrufsvorbehalts kein milderes und

genauso geeignetes Mittel zur Erreichung des oben dargestellten Ziels denkbar. Insbesondere ist es durch die Ausgestaltung der Nebenbestimmung als Widerrufsvorbehalt möglich, auf unvorhergesehene Sachverhalte angemessen zu reagieren.

2.

Rechtsgrundlage für die Auflage unter Ziffer 3 des Tenors dieses Bescheides ist § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

Die Auflage unter Ziffer 3 des Tenors dieses Bescheides dient der Überwachung des Widerrufsvorbehaltes unter Ziffer 2. des Tenors dieses Bescheides, nach der die Antragsteller verpflichtet sind, jedes Ereignis, jeden Umstand und jedes Verhalten, das einen Widerruf der Befreiung rechtfertigen könnte, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unverzüglich mitzuteilen.

Neben der Eignung, dem vorgenannten Zweck zu dienen, ist die Auflage auch erforderlich. Denn ohne ihre Statuierung als das erkennbar mildeste Mittel wäre eine Nachprüfung der Umstände dahingehend, ob sich die unstrittige formale Kontrollposition der Antragsteller stetig auf diese formale Kontrolle, und nicht auch eine materielle Kontrolle beschränkt, nicht möglich. Schließlich ist die als Auflage fixierte Mitteilungspflicht unter Ziffer 3. des Tenors dieses Bescheides auch verhältnismäßig im engeren Sinne, da keine Interessen der Antragsteller erkennbar sind, die es rechtfertigen könnten, entscheidungsrelevante Umstände im Hinblick auf einen evtl. Widerruf der Behörde mitzuteilen, zumal in Ansehung der im Widerstreit stehenden Interessen der außenstehenden Aktionäre.