

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200350-O

U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie der Gerichtsschreiber
Jan Busslinger

Verfügung und Urteil vom 16. September 2020

in Sachen

A. _____ SA,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X3. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. ii und iii)

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO sowie der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung zu verpflichten, unverzüglich und schriftlich zuhanden der Gesuchstellerin und des Gerichts zu garantieren, dass sie veranlasst:
- (a) dass C._____ AG ihre 11'051'578 Namenaktien der B._____ Group AG bis zum Ablauf der Exklusivitätsvereinbarung zwischen A._____ SA und B._____ AG am 31. März 2021 nicht in das öffentliche Kaufangebot der D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 andient, und
 - (b) dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der B._____ Group AG bis zum Ablauf der Exklusivitätsvereinbarung zwischen A._____ SA und B._____ AG am 31. März 2021 keine Aktien in des öffentliche Kaufangebot von D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 andienen.
2. Es seien die Massnahmen gemäss Ziffern 1(a) und 1(b) als superprovisorische Massnahme sofort und ohne vorherige Anhörung der Gesuchsgegnerin zu erlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Ausgangslage

1.1. A._____ S.A. (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist eine Gesellschaft mit Sitz in E._____/... und bezweckt die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen in der Schweiz, insbesondere den Aufbau und Betrieb eines Mobilfunknetzes. Die B._____ AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ist eine AG mit Sitz in F._____/ZH und bezweckt die Erstellung und den Betrieb von Telekommunikationsnetzen aller Art und die Erbringung von Dienstleistungen aller Art im Bereich der Kommunikation in und von der Schweiz aus. Die Gesuchsgegnerin ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der an der Börse kotierten B._____ Group AG.

1.2. Die Gesuchstellerin (A._____ S.A.) und die Gesuchsgegnerin (B._____ AG) führten ab Frühjahr 2020 Verhandlungen über eine strategische Partnerschaft.

Beide Parteien verfügen über ein Mobilfunknetz, nicht aber über ein eigenes Festnetz. Demgegenüber verfügt eine weitere Wettbewerberin im Schweizer Telecom-Markt, nämlich die D._____ GmbH (nachfolgend: D._____), eine Tochter der G._____ plc (nachfolgend: G._____), über ein Festnetz, nicht aber über ein Mobilfunknetz. Nachdem die Suche nach Kooperationsmöglichkeiten zwischen der Gesuchstellerin bzw. der Gesuchsgegnerin einerseits (je als Betreiberinnen von Mobilfunknetzen) und der D._____ andererseits (als Betreiberin eines Festnetzes) erfolglos geblieben war, entschlossen sich die Gesuchstellerin und die Gesuchsgegnerin im Frühjahr 2020, im Rahmen eines Joint Ventures die Möglichkeiten des Aufbaus eines gemeinsam betriebenen Glasfasernetzes unter dem Namen "H._____" zu prüfen. Mit diesem Joint Venture planten die beiden Telekom-Gesellschaften die Schaffung einer für alle Breitbandanbieter zugänglichen Fiber-to-the-home Infrastruktur (FTTH) in der Schweiz.

1.3. Am 9. April 2020 schlossen die Parteien eine Exklusivitätsvereinbarung (Exclusivity Agreement). Diese Vereinbarung soll das Verhalten der Vertragsparteien während der Vertragsverhandlungen regeln. Unter anderem verbot die Exklusivitätsvereinbarung den Parteien sowie verbundenen Gesellschaften und Personen, mit Dritten Verhandlungen über potentielle Übernahmen zu führen oder gar bindende Vereinbarungen in diesem Zusammenhang zu treffen (act. 3/4). Als möglicher Verhandlungspartner wurde ausdrücklich die D._____ genannt (act. 3/4 Ziff. 2.a.i. a.E.).

1.4. Im Sommer 2020 versuchte G._____, die Muttergesellschaft von D._____, sowohl die A._____-Gruppe (Gesuchstellerin) als auch die B._____-Gruppe (Gesuchsgegnerin) in Übernahmegespräche zu verwickeln. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Schutzschrift - die sie bereits am 12. August 2020 eingereicht hatte (act. 5/1) - aus, dass G._____ dem Verwaltungsratspräsidenten der B._____ Group AG am 17. Juli 2020 ein Übernahmeangebot zum Kauf ihrer Aktien zum Preis von CHF 100 pro Aktie unterbreitet habe (act. 5/1 Rz. 11). Am 23. Juli 2020 soll G._____ den Preis auf CHF 105 pro Aktie und am 25. Juli 2020 auf CHF 110 pro Aktie erhöht haben (act. 5/1 Rz. 12 ff.). Aufgrund des zuletzt angebotenen

Preises von CHF 110 pro Aktie habe sich der Verwaltungsrat der B._____ Group AG auf Gespräche mit G._____ eingelassen (act. 5/1 Rz. 16 ff.).

1.5. Am 12. August 2020 publizierte G._____ nach durchgeführter Due Diligence die Voranmeldung eines öffentlichen Übernahmeangebots für sämtliche Aktien der B._____ Group AG (Gruppenholding), worin sie anbot, dass sie selbst oder eine ihrer Tochtergesellschaften die Aktien zum vereinbarten Preis von CHF 110 pro Aktie übernehmen werde (act. 3/16). Am 27. August 2020 publizierte D._____ - eine Tochtergesellschaft der G._____ - das öffentliche Kaufangebot für die Aktien der B._____ Group AG (act. 3/15). Aus diesem Kaufangebot ging hervor, dass sich die Hauptaktionärin der B._____ Group AG - die C._____ AG - sowie die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der B._____ Group AG in einer Andienungsvereinbarung bereits am 12. August 2020 verpflichtet hatten, sämtliche Aktien in ihrem Eigentum der G._____ - bzw. der D._____ - anzudienen (act. 3/15 S. 6 oben). Gemäss öffentlichem Kaufangebot beginnt die Angebotsfrist am 11. September 2020 und endet am 8. Oktober 2020 um 16.00 Uhr Schweizer Zeit (act. 3/15 S. 8).

1.6. Mit dem vorliegenden Gesuch will die Gesuchstellerin verhindern, dass die C._____ AG sowie die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der B._____ Group AG ihre Aktien der B._____ Group AG in das öffentliche Übernahmeangebot der D._____ andienen.

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Gesuch vom 10. September 2020 (überbracht) stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei und stellte dabei das oben genannte Rechtsbegehren (act. 1 S. ii und iii).

2.2. Mit Verfügung vom 10. September 2020 wies das Einzelgericht des Handelsgerichts das Dringlichkeitsbegehren unter Berücksichtigung der von der Gesuchsgegnerin schon am 12. August 2020 eingereichten Schutzschrift ab (act. 6).

2.3. Am 11. September 2020 wurden die Parteien zur mündlichen Verhandlung vom 14. September 2020 vorgeladen (act. 9; act. 10/1-2).

2.4. Am 14. September 2020 erstattete die Gesuchsgegnerin die Stellungnahme zum Gesuch (act. 11; Prot. S. 5) und verlangte die vollständige Abweisung des Gesuchs (act. 11 Rz. 49). Im Rahmen der Stellungnahme zu den Äusserungen der Gesuchsgegnerin (Prot. S. 5 ff.) stellte die Gesuchstellerin ein erweitertes Rechtsbegehren (act. 12). Anschliessend nahmen beide Parteien zu jeweiligen Noven Stellung (Prot. S. 21 ff.).

2.5. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Prozessuales

3.1. Die örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte ergibt sich aus der nach Art. 17 ZPO zulässigen Gerichtsstandvereinbarung in Ziffer 13 der Exklusivitätsvereinbarung. Die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichtes des Handelsgerichtes ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 und 5 ZPO in Verbindung mit § 45 lit. b GOG. Die Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht ist im Übrigen auch unbestritten.

3.2. Im Vergleich zu ihrem Gesuch vom 10. September 2020 mit dem oben aufgeführten Anträgen stellte die Gesuchstellerin in ihrem zweiten Parteivortrag vom 14. September 2020 das folgende erweiterte Rechtsbegehren (act. 12, Ergänzungen kursiv gedruckt):

„Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO sowie der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung zu verpflichten, unverzüglich und schriftlich zuhanden der Gesuchstellerin und des Gerichts zu garantieren, dass sie veranlasst:

- (a) dass C._____ AG ihre 11'051'578 Namenaktien der B._____ Group AG bis zum Ablauf der Exklusivitätsvereinbarung zwischen A._____ SA und B._____ AG am 31. März 2021 nicht in das öffentliche Kaufangebot der D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 andient;
- (b) *dass eine Übertragung der 11'051'578 Namenaktien der B._____ Group AG, welche im Zeitpunkt der Andienung in das öffentliche*

Kaufangebot der D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 von C._____ AG gehalten wurden, an G._____ plc oder eine ihrer Tochtergesellschaften bis zum Ablauf der Exklusivitätsvereinbarung zwischen A._____ SA und der B._____ AG am 31. März 2021 im Rahmen des öffentlichen Kaufangebots von D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 nicht vollzogen wird;

- (c) dass die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der B._____ Group AG bis zum Ablauf der Exklusivitätsvereinbarung zwischen A._____ SA und B._____ AG am 31. März 2021 keine Aktien in des öffentliche Kaufangebot von D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 andienen.
- (d) *dass eine Übertragung der Namenaktien der B._____ Group AG, welche im Zeitpunkt der Andienung in das öffentliche Kaufangebot der D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 von Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der B._____ Group AG gehalten wurden, an G._____ plc oder eine ihrer Tochtergesellschaften bis zum Ablauf der Exklusivitätsvereinbarung zwischen A._____ SA und der B._____ AG am 31. März 2021 im Rahmen des öffentlichen Kaufangebots von D._____ GmbH gemäss Angebotsprospekt vom 27. August 2020 nicht vollzogen wird.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Zur Begründung führte die Gesuchstellerin aus, dass ihr zum Zeitpunkt des Massnahmegesuchs am 10. September 2020 noch nicht bekannt gewesen sei, ob die Minderheitsaktionärin C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG ihre Aktien in das Übernahmeangebot andienen würden. Sie könne daher in ihrem zweiten Parteivortrag zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerin aufgrund der neuen Erkenntnis, dass die genannten Personen ihre Aktien möglicherweise nicht andient hätten, ihr Rechtsbegehren ergänzen. Diese Überlegung ist nicht überzeugend. Im Summarverfahren ist nur ein einfacher Schriftenwechsel vorgesehen (Art. 253 ZPO). Weitere Parteivorträge sind nur zur Wahrung des rechtlichen Gehörs vorgesehen. Für den Fall, dass ein zweiter Parteivortrag stattfindet, sind Noven nur unter den Voraussetzung von Art. 229 ZPO - und damit auch neue Anträge nur unter der Voraussetzung von Art. 230 ZPO - zulässig (BGE 144 III 117 E. 2.2. [in Bezug auf neue Behauptungen]). Danach sind sofort geltend gemachte echte Noven und damit in Zusammenhang stehende Klageänderungen grund-

sätzlich zulässig, während selbst sofort vorgebrachte unechte Noven und damit in Zusammenhang stehende Klageänderungen nur ausnahmsweise zulässig sind, wenn die Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits im ersten Parteivortrag geltend gemacht werden konnten (BSK ZPO-Willisegger, 3. Aufl., Art. 229 Rz. 30 f). Im vorliegenden Fall hatte die Gesuchsgegnerin weder im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (10. September 2020) noch anlässlich der mündlichen Verhandlung (14. September 2020) Kenntnis davon, ob die genannten Personen ihre Aktien ins öffentliche Übernahmeangebot andienen werden bzw. angedient haben. Der diesbezügliche Kenntnisstand der Gesuchsgegnerin ist an den beiden Stichtagen (10. und 14. September 2020) nicht unterschiedlich, sondern identisch. Im Übrigen hätte schon am 10. September 2020 beantragt werden können, dass die Übertragung der in das öffentliche Kaufangebot angedienten Aktien nicht vollzogen werde. Neue Vorbringen und damit in Zusammenhang stehende neue Rechtsbegehren sind daher unzulässig. Auf das *ergänzte Rechtsbegehren* gemäss lit. (b) und lit. (d) ist nicht einzutreten.

3.3. Die Gesuchsgegnerin geht auch in Bezug auf die *ursprünglichen Rechtsbegehren* Ziffern 1(a) und 1(b) von einem unzulässigen Massnahmebegehren aus. Zur Begründung führt sie aus, im Massnahmeverfahren könne der Gesuchsgegnerin nur das zugesprochen werden, worauf sie im Hauptprozess Anspruch habe. Mit diesem Begehren ziele sie auf die Sicherung des behaupteten Erfüllungsanspruchs - kein Andienen der Aktien - hinaus. Dieser Anspruch lasse sich im Hauptverfahren aber gar nicht durchsetzen, sondern die Gesuchstellerin könnte sich höchstens auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch berufen (act. 11 Rz. 3 und Rz. 31 ff.). Der Inhalt von vorsorglichen Massnahmen wird in Art. 262 ZPO geregelt. Die in dieser Bestimmung beispielhaft aufgezählten Massnahmen lassen sich systematisch in Sicherungsmassnahmen, Leistungsmassnahmen (mit Anspruch auf Unterlassung oder auf positive Leistung) und hier nicht weiter interessierende Regelungsmassnahmen einteilen (zur Systematik vgl. BSK ZPO-Sprecher, 3. Auflage, vor Art. 261-269 Rz. 2 und Art. 262 Rz. 2 ff.). Im vorliegenden Fall leitet die Gesuchstellerin den im ursprünglichen Rechtsbegehren gestellten Anspruch, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG zu veranlassen, ihre Aktien nicht ins öffentliche

Kaufangebot anzudienen, aus Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung ab (vgl. zum Wortlaut nachfolgend E. 4.2.4). Sie macht somit einen Erfüllungsanspruch - oder wie sich die Gesuchsgegnerin ausdrückt einen "Realerfüllungsanspruch" (act. 11 Rz. 3) - geltend. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieses Leistungsbegehren nicht Gegenstand eines Massnahmeverfahrens und im Fall einer Gutheissung des Begehrens Gegenstand eines später zu prosequierenden Hauptverfahrens sein soll. Es ist zwar einzuräumen, dass die Nichtandienung der Aktien kaum durchgesetzt werden kann, weil die streitgegenständlichen Aktien im Eigentum von C._____ AG und der Organe der Konzernobergesellschaft und damit im Eigentum von Dritten sind, doch ändert dies grundsätzlich nichts daran, dass die Gesuchstellerin ihre vertraglich übernommene „Veranlassungspflicht,“ erfüllt. Grundsätzlich spricht somit nichts dagegen, dass die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin im Rahmen von vorsorglichen Leistungsmassnahmen die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen aus der Exklusivitätsvereinbarung einklagt. Immerhin ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung zwar grundsätzlich positive Leistungsmassnahmen im Hinblick auf die Erfüllung eines Vertrages denkbar sind, dass die Anforderungen an ein solches Massnahmebegehren jedoch aufgrund ihrer sofortigen Vollstreckbarkeit erhöht sind (BGE 138 III 378 E. 6.4; ZR 117/2018 Nr. 51 E. 2.2.). In prozessualer Hinsicht ist festzuhalten, dass positive Leistungsbegehren auf Erfüllung der Exklusivitätsvereinbarung gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1(a) und 1(b) nicht unzulässig sind.

4. Materielles

4.1. Voraussetzungen für den Erlass vorsorgliche Massnahme

Das Gericht trifft gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO vorsorgliche Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei eine Rechtsverletzung (positive Hauptsachenprognose, Verfügungsanspruch) und einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil glaubhaft macht (Nachteilsprognose, Verfügungsgrund) und wenn die Massnahme verhältnismässig ist.

4.2. Hauptsachenprognose (Verfügungsanspruch)

4.2.1. Die Gesuchstellerin leitet die eingeklagten Ansprüche aus der Exklusivitätsvereinbarung vom 9. April 2020 ab. Sie geht davon aus, dass sich die Parteien verpflichtet hätten, die in Ziffer 2 der Vereinbarung umschriebenen Handlungen zu unterlassen. Überdies hätten sie sich verpflichtet, "Connected Persons" - wie die Hauptaktionärin C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG - zu veranlassen, vertragswidrige Handlungen zu unterlassen. Die von der C._____ AG und der Organe der B._____ Group AG eingegangene Verpflichtung zur Andienung von Aktien in das ab dem 11. September 2020 laufende öffentliche Kaufangebot sei vertragswidrig. Die Gesuchsgegnerin sei daher unter Androhung von Vollstreckungsmassnahmen zu verpflichten, die erwähnten "Connected Persons" zu veranlassen, ihre Aktien nicht in das öffentliche Kaufangebot anzudienen.

4.2.2. Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, aus der Exklusivitätsvereinbarung ergebe sich keine Pflicht, Dritte wie die C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG zu einem Verhalten zu veranlassen. Insbesondere macht die Gesuchsgegnerin unter Hinweis auf Ziffer 3 der Exklusivitätsvereinbarung geltend, dass die von der Gesuchstellerin eingeklagten Verpflichtungen gerade nicht für den Fall eines öffentlichen Übernahmeangebots gelte (act. 11 Rz. 4 und Rz. 29).

4.2.3. Nach dem Gesagten vertreten die Parteien unterschiedliche Meinungen über die sich aus der Exklusivitätsvereinbarung ergebenden Vertragspflichten. Die Vereinbarung ist daher auszulegen. Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien nicht festgestellt werden kann, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist danach zu ermitteln, wie der jeweilige Erklärungsempfänger die Willensäusserung der anderen Vertragspartei nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Die objektivierte Auslegung erfolgt unter Berücksichtigung nicht nur des Wortlautes der Vereinbarung, sondern der Umstände, welche

dem Vertragsanschluss vorausgegangen sind oder ihn begleitet haben, unter Ausschluss späterer Ereignisse (BGE 144 III 43 E. 3.3 S. 39 m.w.H.)

4.2.4. Zunächst ist zu prüfen, welche Pflichten die Parteien in Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung eingegangen sind. Die Parteien sind sich einig, dass gemäss dieser Ziffer Verhandlungen betreffend M&A-Transaktionen mit Dritten unzulässig sind (act. 1 Rz. 28 [Gesuchstellerin], act. 11 Rz. 16 [Gesuchsgegnerin]). Umstritten ist jedoch, welche Handlungen vom Agreement erfasst sind und welche Personen gebunden werden. Mit dem vorliegenden Massnahmegesuch verlangt die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin die C. _____ AG und die Organe der B. _____ Group veranlasst, ihre Aktien nicht ins öffentliche Kaufangebot der D. _____ anzudienen.

a. Der Wortlaut von Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung lautet (auszugsweise) wie folgt (act. 3/4 S. 2 f.):

2. [...] the Parties have agreed that, during [...] (the "Exclusivity Period"):
 - (a) both Parties shall, and shall procure that their respective Connected Persons shall:
 - (i) forthwith not commence and immediately discontinue all and any discussions or negotiations which that Party or any of its Connected Persons may be having with any Person in relation to the possible direct or indirect purchase, acquisition, merger or any other sort of concentration, collaboration, investment or transaction of any sort that is somehow related to another network operator in Switzerland or the business or assets of such network operator (in particular D. _____ GmbH or its business or assets); and
 - (ii) neither engage in discussions with, nor provide any information to, any Person (in each case, directly or indirectly, and other than with, or to, a Party and its Connected Persons or its professional advisers) in relation to any possible transaction referred to in paragraph 2(a)(i) and will not solicit any other party (either directly or indirectly) in relation to any such transaction; and
 - (b) neither Party shall, and shall procure that their respective Connected Persons shall not:
 - (i) solicit, enter into or participate in any discussions or negotiations with any Person (other than the other Party and/or its Connected Persons):
 - (A) in relation to the Business Opportunity or the potential establishment of a Competing Joint Venture; or
 - (B) the possible purchase or other direct or indirect acquisition of any interest in, the business or assets of, any Person that operates a FTTH infrastructure business in Switzerland

which could reasonably be expected to frustrate, prevent or restrict the establishment of the Proposed Joint Venture;

- (ii) [...]
 - (iii) [...]
 - (iv) [...]
 - (v) enter into any binding agreement in relation to the Business Opportunity, in either case without the participation of the other Party in accordance with the terms of a definitive and legally binding agreement to be entered into between the Parties (or their respective subsidiaries);
 - (vi) commence or continue discussions or negotiations with a third party about a Competing Joint Venture or enter into any agreement (whether binding or not) in relation to a Competing Joint Venture;
- [...]

b. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist an sich klar: Gespräche und Verhandlungen - und erst recht Vereinbarungen - mit Dritten im Zusammenhang mit einem Fiber-to-the-home Netzwerk oder einem „Competing Joint Venture“ sind unter Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung unzulässig. Ausdrücklich geregelt ist dabei, dass solche Verhaltensweisen nicht nur für die Vertragsparteien, sondern auch für „Connected Persons“ unzulässig sind, wobei diese nicht direkt durch die Vereinbarung verpflichteten Connected Persons insoweit in das Vertragskonstrukt eingebunden wurde, als sich die Vertragsparteien verpflichteten, die Connected Persons zu veranlassen (to procure), die genannten Verpflichtungen einzuhalten.

c. Im vorliegenden Fall fanden jedenfalls nach dem öffentlichen Kaufangebot durch G._____ bzw. D._____ Gespräche und Verhandlungen statt. Überdies haben Connected Persons, nämlich die Organe und die Hauptaktionärin der B._____ Group AG, Andienungsvereinbarungen mit G._____ bzw. D._____ geschlossen. Allerdings muss dies für die Beurteilung der vorliegend gestellten Rechtsbegehren Ziffer 1(a) und Ziffer 1(b) nicht weiter vertieft werden, weil die Verpflichtungen unter Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung nach dem Vorliegen eines öffentlichen Kaufangebotes neu zu beurteilen sind.

4.2.5. Die Situation verändert sich nämlich grundlegend beim Vorliegen eines öffentlichen Kaufangebotes. Während Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung nur *für Verhandlungen mit Dritten* gilt, wird in einer Übernahmesituation Ziffer 3 der Ex-

klusivitätsvereinbarung massgebend - bzw. wie zu zeigen sein wird - werden zwingende Gesetzesvorschriften bei Übernahme-situationen einer börsenkotierten Gesellschaft relevant.

a. Ziffer 3 der Exklusivitätsvereinbarung lautet wie folgt:

3. Nothing in this Agreement shall prevent:
 - (a) [...]
 - (b) B._____ Group AG from receiving an unsolicited tender offer from any Person for parts of or the entire issued share capital of B._____ Group AG (but, for avoidance of doubt, B._____ shall not facilitate or otherwise engage in discussions regarding such offer, subject to any requirements set forth by mandatory law); or
 - (c) [...].

Gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung gilt die Exklusivitätsvereinbarung somit im Kontext einer unaufgeforderten öffentlichen Übernahme nicht. Vielmehr enthält die Vereinbarung einen ausdrücklichen Vorbehalt für den Fall eines öffentlichen Übernahmeangebots für die börsenkotierte B._____ Group AG. Die B._____ Group AG war daher auch unter der Exklusivitätsvereinbarung frei, ein unaufgefordertes Angebot von G._____ entgegenzunehmen, zu prüfen und die rechtlich zwingend vorgeschriebenen Schritte vorzunehmen. Auch die Gesuchstellerin geht ausdrücklich davon aus, dass der B._____ Group AG „der Empfang und die Reaktion auf ein öffentliches Kaufangebot aufgrund der zwingenden Vorschriften des Finanzmarktinfrastukturgesetzes für Zielgesellschaften bei öffentlichen Übernahmen nicht vertraglich verboten werden“ könne (act. 1 Rz. 78).

b. Die Gesuchstellerin macht jedoch geltend, dass Ziffer 3 der Exklusivitätsvereinbarung nur für die B._____ Group AG gelte. Für alle anderen Parteien und verbundenen „Connected Persons“, inklusive C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG gälten auch im Fall eines öffentlichen Kaufangebotes die Verbote von Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung (act. 1 Rz. 78). Aufgrund des Sinn und Zwecks dieser Bestimmung kann der Meinung der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden. Erstens ist zu berücksichtigen, dass nur die Gesuchstellerin (A._____ S.A.) und die Gesuchsgegnerin (B._____ AG) Vertragsparteien der Exklusivitätsvereinbarung sind; alle weiteren Parteien - sei es die B._____ Group AG, C._____ AG und/oder die Organe der B._____ Group AG - sind Dritte und nicht direkt be-

troffen; damit steht ausser Frage, dass sich auch die Gesuchsgegnerin auf Ziffer 3 der Exklusivitätsvereinbarung berufen kann. Zweitens wäre diese Bestimmung auch obsolet, wenn sie sich nur an die B._____ Group AG als Zielgesellschaft eines öffentlichen Übernahmeangebotes richten würde, wie die Gesuchstellerin unterstellt. Die Verpflichtungen einer Zielgesellschaft im Kontext eines öffentlichen Übernahmeangebots ergeben sich nämlich direkt aus dem zwingende Finanzmarktinfrastrukturgesetz (insbesondere Art. 132 FinfraG [SR 958.1]); eine spezielle Regelung, wie sie in Ziffer 3 der Exklusivitätsvereinbarung getroffen wurde, wäre gar nicht nötig. Und drittens sind die Aktionäre einer börsenkotierten Zielgesellschaft - mithin insbesondere auch C._____ AG und die Organe der B._____ Group GmbH - durch das zwingende Finanzmarktinfrastrukturgesetz geschützt; dies bedeutet, dass die durch Drittparteien - die A._____ AG und die B._____ AG - abgeschlossene Exklusivitätsvereinbarung nicht auf die durch zwingendes Gesetzesrecht geschützte Position der Anleger einer Zielgesellschaft bei einem öffentlichen Kaufangebot einwirken kann.

c. Zusammenfassend bedeutet dies, dass die in Ziffer 2 vereinbarten Verhaltensweisen gemäss Ziffer 3 der Exklusivitätsvereinbarung nicht mehr gelten, sobald ein öffentliches Kaufangebot vorliegt. Ab dem Zeitpunkt, ab welchem ein öffentliches Kaufangebot publiziert war, waren Gespräche und Verhandlungen und sogar bindende Vereinbarungen wie die Andienungsvereinbarungen nicht vertragswidrig, sondern durch zwingendes Gesetzesrecht gedeckt. Es besteht daher keine Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, auf Connected Persons wie C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG einzuwirken, keine Aktien in das öffentliche Kaufangebot von D._____ anzudienen.

4.3. Weitere Voraussetzungen

Da es am Verfügungsanspruch fehlt (keine positive Hauptsachenprognose), müssen die weiteren Voraussetzungen (Verfügungsgrund bzw. Nachteilsprognose und Verhältnismässigkeit) nicht geprüft werden.

4.4. Fazit

Die Gesuchsgegnerin wäre zwar unter Ziffer 2 der Exklusivitätsvereinbarung vertraglich verpflichtet, nicht nur sich selbst vertragskonform zu verhalten, sondern auch Connected Persons zu veranlassen, sich entsprechend zu verhalten (E. 4.2.4). Allerdings sind die unter Rechtsbegehren Ziffern 1(a) und 1(b) eingeklagten Verhaltensweisen im vorliegenden Massnahmeverfahren nicht durchsetzbar, weil im Zuge eines öffentlichen Übernahmeangebots Connected Persons wie C._____ AG und die Organe der B._____ Group AG berechtigt sind, ihre Aktien in ein Übernahmeangebot anzudienen (E. 4.2.5). Das Massnahmebegehren ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen; Streitwert

5.1. Die Gesuchstellerin beziffert den Streitwert auf CHF 100'000 (act. 1 Rz. 12). Das Massnahmebegehren lautet nicht auf eine bestimmte Geldsumme, weshalb das Gericht einen angemessenen Streitwert festzusetzen hat (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Letztlich geht es um die Übernahme der B._____ Group AG durch die D._____. Die Zielgesellschaft hat rund 45 Mio. Aktien (act. 3/3), und pro Aktie wird ein Übernahmepreis von CHF 110 geboten, so dass die gesamte Transaktion einen Wert von knapp CHF 5 Mia. erreicht. Rechtsbegehren Ziffer 1(a) bezieht sich denn auch auf rund 11 Mio. Aktien der Hauptaktionärin C._____ AG. Der Schlusskurs der B._____ -Aktie vor der Bekanntgabe des Übernahmeangebots betrug CHF 86.50, so dass beim angebotenen Kaufpreis von CHF 110 ein Kursgewinn von CHF 23.50 bzw. bei 11 Mio. Aktien ein Kursgewinn von CHF 258,5 Mio. in Aussicht steht. Der von der Gesuchstellerin angegebene Streitwert von CHF 100'000 scheint daher tief gegriffen.

5.2. Bei einem realistischen Streitwert von rund CHF 258 Mio. würde unter Berücksichtigung der maximalen Kürzung für das summarische Verfahren eine Gerichtsgebühr gemäss Tarif von rund CHF 680'000.00 resultieren (§§ 4 und 8 GebV OG). Unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips erscheint eine Gerichtsgebühr von CHF 50'000.00 als angemessen. Ausgangsgemäss sind die

Kosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 ZPO) und aus dem Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 ZPO).

5.3. Eine Parteientschädigung wird nur auf Antrag zugesprochen (BGE 139 III 334 E. 4.3). Ein entsprechender Antrag wurde weder in der Schutzschrift (act. 5/1) noch in der schriftlichen Stellungnahme gestellt (act. 11).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Auf das erweiterte Massnahmebegehren gemäss lit. (b) und lit (d) wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Massnahmebegehren Ziffer 1(a) und Ziffer 1(b) wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.00.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien
 - a) vorab per Fax bzw E-Mail nach Börsenschluss und
 - b) alsdann auch in Papierform.
5. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der geschätzte Streitwert beträgt rund CHF 258 Mio. Dies ist ein Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen (Art. 98 BGG).

Zürich, 16. September 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger