



Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Dr. Stephan Weber und Hans-Rudolf Müller, Handelsrichterin Ursula Suter sowie der Gerichtschreiber Andreas Blattmann

Urteil vom 18. November 2011

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. X._____,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte

betreffend **Kraftloserklärung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es seien sämtliche sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 0.10 (Valorenummer ...) für kraftlos zu erklären.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 16. Juni 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). In der Folge wurde sie mit Verfügungen vom 28. Juni und 4. Juli 2011 aufgefordert, den Streitwert zu beziffern (Prot. S. 2) und danach einen Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten (Prot. S. 3 f.). Die Bezifferung des Streitwertes und die Leistung des Vorschusses erfolgten fristgerecht (act. 6 und Prot. S. 5). Bereits mit Eingabe vom 6. Juli 2011 erklärte allerdings die Beklagte, dass sämtliche Tatsachenbehauptungen der Klägerin anerkannt würden und die Klage vollumfänglich gutzuheissen sei (act. 8; vgl. auch Prot. S. 5). Gestützt darauf wurde mit Verfügung vom 12. Juli 2011 die Publikation der Klage im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie in der ... Zeitung zwecks öffentlicher Bekanntmachung angeordnet und den restlichen Aktionären Frist angesetzt, um dem Verfahren beizutreten (Prot. S. 5; act. 12 und 13).

1.2. Die Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgten am tt.mm., tt.mm. und am tt.mm.2011 (act. 20 und 21/1-3), während die Klage in der ... Zeitung jeweils am tt.mm., tt.mm. und am tt.mm.2011 öffentlich bekannt gemacht wurde (act. 14 bis 19).

2. Prozessuales

2.1. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte sind Aktiengesellschaften schweizerischen Rechts mit Sitz in C._____ (act. 1 Rz 2 und act. 9). Das vorliegende Verfahren betrifft sodann eine Streitigkeit nach dem Börsengesetz (BEHG).

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich somit aus Art. 43 Abs. 1 ZPO, während sich die sachliche Zuständigkeit aus Art. 5 Abs. 1 lit. h i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO und § 44 lit. a GOG ergibt.

2.2. Wie gezeigt erfolgte die erstmalige Publikation der Klage im Schweizerischen Handelsamtsblatt am tt.mm.2011. Die angesetzte dreimonatige Frist lief damit spätestens am ttt.mm.2011 ab. Innert Frist hat sich weder ein Aktionär gemeldet noch ist ein solcher dem Prozess beigetreten. Es ist nachfolgend daher einzig auf die Ausführungen der Parteien abzustellen. Nachdem allerdings die Beklagte sämtliche Tatsachenbehauptungen der Klägerin anerkannt hat (act. 8), ist von dem dort dargestellten Sachverhalt auszugehen (vgl. act. 1 Rz 6 ff.).

3. Materielles

3.1. Sachverhalt

a) Gemäss unbestritten gebliebener Sachdarstellung der Klägerin, die im Übrigen mit den von ihr eingereichten Unterlagen übereinstimmt, beträgt das Aktienkapital der Beklagten CHF 37'070'415.30, eingeteilt in 370'704'153 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.10 (vgl. act. 3/2 und 3/3 S. 2). Bis zum 31. März 2011 wurden zudem weitere 480 Aktien der Beklagten aus bedingtem Kapital ausgegeben, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen. Weiter verfügt die Beklagte über ein bedingtes Aktienkapital in der Höhe von CHF 5'000'000.–, eingeteilt in 50'000'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.10. Schliesslich hat sie ein genehmigtes Aktienkapital in der Höhe von CHF 8'500'000.–, eingeteilt in höchstens 85'000'000 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.10 (act. 3/3 S. 2 ff.). Die Aktien der Beklagten sind an der Schweizer Börse "SIX Swiss Exchange" kotiert (Valorenummer ...).

b) Am 31. März 2011 unterbreitete die Klägerin ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Aktien der Beklagten mittels Publikation des Angebotsprospekts. Die Angebotsfrist dauerte bis am 17. Mai 2011 (act. 3/4). Ende März 2011 waren 370'704'633 Aktien der Beklagten an der Börse kotiert. Bereits vor dem öffentlichen Kaufangebot hielt die Klägerin 1'000'000 Aktien der Be-

klagten, während Letztere zu jenem Zeitpunkt eigene Aktien im Umfang von 26'755'165 hielt. Das Angebot bezog sich daher auf 342'949'468 sich im Publikum befindende Aktien der Beklagten (vgl. auch act. 3/4 S. 9 ff.).

c) Mit Verfügung vom 25. März 2011 hat die schweizerische Übernahmekommission (UEK) unter anderem festgestellt, dass das öffentliche Kaufangebot der Klägerin den gesetzlichen Bestimmungen entspricht (act. 3/5). Am 20. Mai 2011, mithin nach Ablauf der Angebotsfrist, veröffentlichte die Klägerin das definitive Zwischenergebnis des öffentlichen Kaufangebotes und erklärte dieses für zustande gekommen. Die Nachfrist dauerte sodann bis am 7. Juni 2011 (act. 3/6). Schliesslich veröffentlichte die Klägerin am 10. Juni 2011 das definitive Endergebnis des öffentlichen Kaufangebotes und stellte fest, dass sie nach Ablauf der Nachfrist, unter Einbezug der durch die Beklagte selbst gehaltenen - eigenen - Aktien, über insgesamt 363'605'309 Aktien der Beklagten verfüge. Dies entspreche 98,1 % des (kотиerten) Aktienkapitals und der Stimmrechte (act. 3/7).

3.2. Rechtliche Erwägungen

a) Gemäss Art. 33 BEHG kann ein Anbieter, der nach Ablauf der Angebotsfrist infolge eines öffentlichen Kaufangebots über *mehr als* 98 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügt, binnen einer Frist von drei Monaten vom Richter verlangen, dass die restlichen Beteiligungspapiere für kraftlos erklärt werden ("*Squeeze out*"). Die Kraftloserklärung nach dieser Bestimmung setzt unter Berücksichtigung von Art. 22 Abs. 1 BEHG somit zunächst voraus, dass (1) es sich bei der Zielgesellschaft um eine schweizerische Gesellschaft handelt und (2) die Aktien dieser Zielgesellschaft zumindest teilweise an der Schweizer Börse kotiert sind. Weiter ist erforderlich, dass (3) ein öffentliches Kaufangebot stattgefunden hat, (4) der Anbieter im Nachgang zu diesem Kaufangebot über mehr als 98 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft verfügt und schliesslich (5) die dreimonatige Verwirkungsfrist zur Klageeinreichung gewahrt ist. Die Klage muss zu diesem Zweck gegen die Gesellschaft erhoben werden, wobei die restlichen Aktionäre dem Verfahren beitreten können (Art. 33 Abs. 1 BEHG).

b) Die Namenaktien der Beklagten als Zielgesellschaft sind an der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange kotiert. Zudem befindet sich der Sitz der Beklagten in C._____, mithin in der Schweiz (act. 3/2). Sodann hat die Klägerin am 31. März 2011 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten unterbreitet (act. 3/4). Die Klägerin erhob innert drei Monaten nach Ablauf der zur Angebotsfrist hinzukommenden (obligatorischen) Nachfrist (Ablauf am 7. Juni 2011; vgl. act. 3/6) mit Eingabe vom 16. Juni 2011 (Datum Poststempel) rechtzeitig Klage (BSK BEHG-RAMPINI/REITER, Art. 33 N 16). Sie verfügt nunmehr über 98,1 % und damit über mehr als 98 % der Stimmrechte der Beklagten. Die bereits ausgegebenen, aber noch nicht im Handelsregister eingetragenen Aktien sowie das bedingte und das genehmigte Aktienkapital sind hierbei nicht von Belang, denn (noch) nicht ausgegebene wie ausgegebene, aber noch nicht im Handelsregister eingetragene Aktien werden bei der Bestimmung der Bezugsgrösse bzw. der Erreichung des Schwellenwerts nicht berücksichtigt. Von der Zielgesellschaft gehaltene eigene Aktien werden demgegenüber dem Anbieter zugerechnet (BSK BEHG-RAMPINI/REITER, Art. 33 N 12 f.). Die Voraussetzungen gemäss Art. 33 Abs. 1 BEHG sind demnach erfüllt, weshalb sämtliche restlichen, sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten für kraftlos zu erklären sind.

4. Prozesskosten

4.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Mit Blick auf das Äquivalenzprinzip kann vorliegend allerdings nicht der Streitwert allein massgeblich sein, denn die festzusetzende Gerichtsgebühr darf nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung bzw. Amtshandlung stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen bewegen (vgl. SUTER/VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 96 N 25). Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 berechnete Gerichtsgebühr ist daher unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeiten des Falls zu ermässigen und auf CHF 100'000.–

festzusetzen (vgl. auch Prot. S. 3). Hinzu kommen die bereits entstandenen Kosten für die Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der ... Zeitung sowie die Publikationskosten bezüglich dieses Urteils.

4.2. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Von diesem Grundsatz kann allerdings insbesondere dann abgewichen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Besonderheit der Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG liegt darin, dass Aktionäre gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden können, und zwar unabhängig davon, ob diese ein Verschulden für den Ausschluss tragen. Sodann ist es nicht die Gesellschaft, die den "Ausschluss" (Kraftloserklärung) dem Richter beantragt, sondern einer ihrer Aktionäre. Das Interesse an der Kraftloserklärung der Aktien liegt beim Aktionär, der über 98 % der Stimmrechte auf sich vereint. Es wäre deshalb unbillig, die Kosten für das Verfahren der Kraftloserklärung der Gesellschaft als Beklagter aufzuerlegen. Von dem in Art. 106 Abs. 1 ZPO festgehaltenen Verteilungsgrundsatz ist daher abzuweichen und es sind die Prozesskosten der Klägerin aufzuerlegen. Mangels erheblicher Umtriebe und angesichts der Klageanerkennung ist der Beklagten jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der Streitwert entspricht dem Wert der zur Zeit der Rechtshängigkeit der Klage per 20. Juni 2011 sich im Publikum befindlichen Aktien und beläuft sich auf CHF 340'167'693.80 (7'101'622 multipliziert mit CHF 47.90; act. 6).

Es wird erkannt:

1. Sämtliche sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 0.10 (Valoren-Nr. ...) werden für kraftlos erklärt.
2. Dispositivziffer 1 wird nach Eintritt der Rechtskraft im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der ... Zeitung publiziert.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 100'000.–; die weiteren Kosten betragen: CHF 3'800.25 (Publikationskosten).
4. Die Kosten – zuzüglich der Publikationskosten entsprechend vorstehend Dispositivziffer 2 – werden der Klägerin auferlegt.
5. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
7. 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).

Zürich, 18. November 2011

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. Peter Helm

lic.iur. Andreas Blattmann