



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Patrik Howald, Jakob Frei und Dr. Thomas Lörtscher sowie der Gerichtsschreiber Dr. David Egger

Urteil vom 11. Dezember 2014

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

betreffend **Kraftloserklärung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es seien sämtliche Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 0.02 (Valorenummer: ...), die von der Klägerin weder direkt noch indirekt gehalten werden und sich somit im Publikum befinden, für kraftlos zu erklären.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 15. August 2014 reichte die Klägerin hierorts die Klageschrift vom 13. August 2014 (Datum Poststempel) ein (act. 1). In der Folge wurde ihr mit Verfügung vom 15. August 2014 Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss zu leisten (act. 4). Die Leistung des Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 30'000.00 erfolgte fristgerecht (act. 6).

1.2. Mit Verfügung vom 21. August 2014 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 7). Gleichzeitig wurde die dreimalige Veröffentlichung des Rechtsbegehrens der Klage im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) angeordnet und den restlichen Aktionären der Beklagten eine seit der ersten Bekanntmachung im SHAB laufende Frist angesetzt, um dem Verfahren beizutreten (act. 7).

1.3. Am 23. September 2014 (Datum Poststempel 22. September 2014) folgte noch eine ergänzende Stellungnahme der Klägerin (act. 13). Auch diese wurde der Beklagten zugestellt (act. 15).

1.4. Am 1. Oktober 2014 reichte die Beklagte eine Klageantwort ein mit folgenden Begehren bzw. Stellungnahmen (act. 17):

- "1. Der von der Klägerin in der Klageschrift vom 13. August 2014 und in der Eingabe vom 22. September 2014 geschilderte Sachverhalt und die rechtlichen Ausführungen dazu werden uneingeschränkt als richtig und vollständig anerkannt.

2. Wir stellen daher das Rechtsbegehren, die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen.
3. Es sind keine neuen Vorbringen oder Aktenstücke einzureichen."

Die Beklagte schloss mit dem Wunsch, "der B. _____ AG ist sehr daran gelegen, die Angelegenheit rasch durchzuführen" (act. 17 S. 2).

1.5. Die Klageantwort der Beklagten wurde der Klägerin mit Verfügung vom 1. Oktober 2014 zugestellt (act. 19).

1.6. Die Publikationen im SHAB erfolgten am 26. August 2014 (act. 10), 25. September 2014 (act. 23) und 27. Oktober 2014 (act. 24), während die Klage in der NZZ am 27. August 2014 (act. 11), 27. September 2014 (act. 22) und 27. Oktober 2014 (act. 25) öffentlich bekannt gemacht wurde.

2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in ... (act. 3/3). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft des Schweizerischen Rechts mit Sitz in ... (act. 3/2). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist gemäss Art. 43 ZPO *örtlich zuständig*.

2.2. Das vorliegende Verfahren betrifft sodann eine Streitigkeit nach dem Börsengesetz (BEHG), wofür das Handelsgericht des Kantons Zürich als einzige kantonale Instanz *sachlich zuständig* ist (Art. 5 Abs. 1 lit. h i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. a ZPO und § 44 lit. a GOG).

2.3. Ein Schlichtungsverfahren ist nicht erforderlich (Art. 198 lit. f i.V.m. Art. 5 ZPO).

2.4. Wie gezeigt, erfolgte die erstmalige Publikation der Klage im SHAB am 26. August 2014 (act. 10). Die angesetzte dreimonatige Frist lief damit am 26. November 2014 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 als richtig *anerkannt* hat (act. 17 S. 1), ist von dem von der Klägerin dargestellten Sachverhalt auszugehen (vgl. act. 1; act. 13).

3. Materielles

3.1. Gemäss unbestrittener Darstellung der Klägerin, die mit dem eingereichten Handelsregisterauszug übereinstimmt, beträgt das Aktienkapital der Beklagten **CHF 194'148.54**, eingeteilt in **9'707'427 Namenaktien** mit einem Nennwert von je CHF 0.02 (act. 1 S. 3; act. 3/2 = act. 18). Gemäss Art. 12 Abs. 1 der Statuten (act. 3/4) berechtigt jede Aktie der Beklagten zu einer Stimme.

3.2. Die Aktien der Beklagten waren an der Schweizer Börse zwar nie kotiert, wurden aber nach klägerischer Darstellung vom 24. März 2014 bis 11. Juni 2014 ausserbörslich auf der Plattform C._____ der D._____ gehandelt bzw. konnten noch ausserbörslich auf der Plattform E._____ der F._____ gehandelt werden (act. 1 S. 3; act. 3/5).

3.3. Die Klägerin publizierte am 27. März 2014 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Aktien der Beklagten (act. 3/9). Die Angebotsfrist lief vorerst bis 14. Mai 2014 (act. 3/9), wurde dann durch die obligatorische Nachfrist bis 3. Juni 2014 verlängert (act. 3/12; act. 1 S. 7). Das öffentliche Kaufangebot wurde am 13. Juni 2014 vollzogen und abgeschlossen (act. 3/12; act. 1 S. 5).

3.4. Vor Publikation des öffentlichen Kaufangebots habe die Klägerin bereits 6'394'937 Aktien der Beklagten gehalten. Im öffentlichen Kaufangebot habe die Klägerin weitere 2'656'765 Aktien der Beklagten erworben. Seit Beginn bis zum Ende der Nachfrist habe die Klägerin ausserhalb des öffentlichen Kaufangebots noch weitere 412'677 Aktien der Beklagten erworben (act. 1 S. 5; act. 3/13).

Die G._____ AG bestätigte am 13. August 2014 der Klägerin den Bestand von 9'464'379 Titeln der Beklagten (act. 3/13), am 11. September 2014 denjenigen von 9'514'857 Titeln der Beklagten (act. 14/17). Gemäss Nachtragseingabe vom 22. September 2014 (act. 13) habe die Klägerin nach der ersten Bekanntmachung im SHAB weitere 118'328 Aktien der Beklagten erworben (vgl. act. 14/16).

Somit hält die Klägerin nunmehr, was unbestritten ist und auch aktenmässig belegt ist, gesamthaft **9'633'185 Namenaktien der Beklagten**, was einem An-

teil von **99.24%** entspricht ($9'633'185 / 9'707'427 = 99.24\%$; so auch act. 13 S. 2); bei Klageeinleitung waren es noch **98.02%** ($9'514'857 / 9'707'427 = 98.02\%$; act. 1 S. 5 mit Belegen).

3.5. Mit Verfügung ... vom 24. Februar 2014 hat die schweizerische Übernahmekommission (UEK) (unter anderem) festgestellt, dass das öffentliche Kauf- und Tauschangebot der Klägerin den gesetzlichen Bestimmungen entspricht (act. 3/10).

3.6. 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 nach Ablauf der Angebotsfrist vom Richter verlangen, die restlichen Beteiligungspapiere für kraftlos zu erklären ("*Squeeze out*"). Die Kraftloserklärung nach dieser Bestimmung setzt unter Berücksichtigung von Art. 22 Abs. 1 BEHG somit zunächst (und bezogen auf die vorliegende Firmenkonstellation) 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).

3.7. Die Prüfung der Voraussetzungen ergibt Folgendes:

3.7.1. Die Aktien der Beklagten sind zwar *nicht* an einer Schweizer Börse kotiert. Die Klägerin verweist diesbezüglich zu Recht aber auf die Praxis der Übernahmekommission, das Übernahmerecht unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise auch ohne Kotierung anzuwenden (vgl. dazu: act. 1 S. 6; Verfügung ... der Übernahmekommission vom 24. Februar 2014 in Sachen H._____ AG / B._____ AG, Erw. 1 Rz. 2, mit Hinweisen [act. 3/10]). Die Übernahmekommission

betont in diesem Zusammenhang: "Der Zweck des Übernahmerechts, den Prinzipien der Transparenz, Lauterkeit und der Gleichbehandlung sowie dem Schutz der Minderheitsaktionäre zum Durchbruch zu verhelfen, gebietet es, die übernahmerechtlichen Bestimmungen auf einen solchen Fall analog anzuwenden, obwohl es (formal) an der Voraussetzung der Kotierung der Aktien der Zielgesellschaft fehlt (Verfügung ... vom 17. März 2009 in Sachen I. _____ AG, Erw. 1)" (Verfügung ... der Übernahmekommission vom 24. Februar 2014 in Sachen H. _____ AG | B. _____ AG, Erw. 1 Rz. 2 [act. 3/10]).

Wird ein Kaufangebot für nichtkотиerte Aktien den börsengesetzlichen Bestimmungen aber unterstellt, so ist es gemäss Lehre und Rechtsprechung sachgerecht und zwingend, dass die Anbieterin bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen *auch* die restlichen Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft nach Art. 33 BEHG für kraftlos erklären lassen kann (act. 1 S. 6 f. mit Hinweisen). Es wäre – mit der Klägerin – zu Recht stossend, wenn einer solchen Anbieterin nur die Pflichten, nicht aber die Rechte der börsenrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote zukämen.

Im vorliegenden Fall ist Art. 33 BEHG folglich – analog – anzuwenden.

3.7.2. Die Angebotsfrist endete – mit dem Ablauf der obligatorischen Nachfrist – am **3. Juni 2014** (act. 3/11; act. 3/12). Dieser Zeitpunkt ist für die Berechnung der dreimonatigen Klagefrist gemäss Art. 33 Abs. 1 BEHG massgebend. Die Klägerin erhob mit Eingabe vom **13. August 2014** (Datum Poststempel; act. 1) rechtzeitig Klage (vgl. dazu: RAMPINI/REITER, in: WATTER/VOGT, Basler Kommentar Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 16 zu Art. 33 BEHG).

Die Berechnung des von der Klägerin gehaltenen Stimmrechtsanteils erfolgt unter Berücksichtigung aller Aktien, welche die Klägerin *zum Zeitpunkt der Klageeinleitung* direkt oder indirekt hält (Art. 33 BEHG i.V.m. Art. 54 BEHV). Es kann vorliegend offen gelassen werden, ob nicht auch noch ein *späterer* Zeitpunkt hier massgeblich wäre (gemäss Ausführungen der Klägerin wäre nämlich der Zeitpunkt der späteren *Urteilsfällung* für die Berechnung des Grenzwertes von 98% massgebend [act. 1 S. 7, mit Hinweis auf das Urteil des Obergerichts des

Kantons Zug vom 9. November 2011, abgedruckt in: GVP 2011 S. 282, E. 2.1; FABIENNE FREHNER/DIETER DUBS, Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG: Massgeblicher Zeitpunkt für das Überschreiten des Schwellenwerts von 98%, GesKR 1/2012, 137-140, 139 f., m.w.H.], lag doch der Stimmrechtsanteil im Zeitpunkt der Klageeinleitung bereits (wenn auch knapp) **über 98%** ($9'514'857 / 9'707'427 = 98.02\%$ Stimmrechtsanteil).

Somit verfügt(e) die Klägerin – so oder so – über mehr als 98% der Aktien, entsprechend Aktienkapital und Stimmrechten, der Beklagten (**98.02%** bei Klageeinleitung [$9'514'857 / 9'707'427 = 98.02\%$]; heute **99.24%** [$9'633'185 / 9'707'427 = 99.24\%$]).

3.7.3. Die Voraussetzungen gemäss Art. 33 Abs. 1 BEHG sind demnach erfüllt, weshalb sämtliche restlichen, sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten (also Namenaktien, die von der Klägerin weder direkt noch indirekt gehalten werden) für kraftlos zu erklären sind, weshalb dem klägerischen Begehren stattzugeben ist.

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 (vor allem) auf das Äquivalenzprinzip kann vorliegend allerdings nicht der Streitwert (CHF 4'043'970.00 [act. 1 S. 2 unten]) 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. SUTTER/VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEU-ENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, N 25 f. zu Art. 96). 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 30'000.00 festzusetzen (vgl. auch die Kautionsfestsetzung gemäss act. 4; Prot. S. 2). Hinzu kommen die bereits entstandenen Kosten

für die Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) 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 Gericht 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 – entgegen dem (hier auch nicht weiter begründeten) Antrag der Klägerin (act. 1 S. 7) – praxisgemäss 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 13./15. August 2014 sich im Publikum befindlichen Aktien und beläuft sich auf CHF 4'043'970.00 (192'570 Aktien multipliziert mit CHF 21.00; act. 1 S. 2).

Demnach erkennt das Gericht:

1. Sämtliche sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der **B._____ AG** (Firmennummer: CHE-...) mit einem Nennwert von je CHF 0.02 (Valorennummer: ... / ISIN: CH...) werden für kraftlos erklärt.
2. Dispositiv Ziffer 1 wird nach Rechtskraft je einmal im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) publiziert.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.00; die weiteren Kosten betragen: CHF 7'184.95 (bisherige Publikationskosten).
4. Die Kosten gemäss Dispositiv Ziffer 3 – zuzüglich Publikationskosten entsprechend vorstehend Dispositiv Ziffer 2 – werden der Klägerin auferlegt.
5. Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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). Der Streitwert beträgt CHF 4'043'970.00.

Zürich, 11. Dezember 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. David Egger