



Mitwirkend: die Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Prof. Dr. Alexander Brunner, Handelsrichter Dr. Myriam Gehri, Handelsrichter Dr. Felix Graber und Handelsrichter Ursula Suter sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

**Urteil vom 13. Oktober 2016**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ S.à.r.l.,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Holding AG,**

Beklagte

betreffend **Kraftloserklärung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es seien sämtliche sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 1.00 (Valorennummer ...) für kraftlos zu erklären.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 1. Juni 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift beim hiesigen Gericht ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 2. Juni 2016 vom Gericht geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 40'000.– bezahlte die Klägerin fristgerecht (act. 5; act. 10A).

1.2. Nachdem in der Verfügung vom 2. Juni 2016 fälschlicherweise die B. \_\_\_\_\_ AG als Beklagte genannt wurde, wurde dies mit Verfügung vom 7. Juni 2016 korrigiert und der Beklagten gleichzeitig Frist angesetzt, um sich darüber zu erklären, ob sie eine Fristansetzung zur Erstattung der Klageantwort wünscht (act. 8). Mit Eingabe vom 13. Juni 2016 erklärte die Beklagte die Anerkennung der Klagebegründung (act. 10).

1.3. Die Eingabe der Beklagten wurde der Klägerin zugestellt (act. 12). Gleichzeitig wurde die Veröffentlichung der Klage im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) angeordnet und den restlichen Aktionären der Beklagten eine seit der ersten Bekanntmachung im SHAB laufende dreimonatige Frist angesetzt, um dem Verfahren beizutreten (act. 12).

1.4. Die Publikationen im SHAB erfolgten am 8. Juli 2016 (act. 17), 8. August 2016 (act. 21) und 7. September 2016 (act. 24), während die Klage in der NZZ am 8. Juli 2016 (act. 19+20), 8. August 2016 (act. 22+23) und 8. September 2016 (act. 26+27) öffentlich bekannt gemacht wurde.

## 2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in Luxemburg (act. 1 S. 1). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Zürich (act. 3/2). Gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 151 Abs. 1 IPRG ist im internationalen Verhältnis das Gericht am Sitz der (Ziel-) Gesellschaft für die Kraftloserklärungsklage örtlich zuständig (CORRADO RAMPINI/MATTHEW REITER, in: WATTER/VOGT, Basler Kommentar Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 27 zu Art. 33 BEHG). Örtlich sind damit die Gerichte des Kantons Zürich zuständig.

2.2. Das vorliegende Verfahren betrifft sodann eine Streitigkeit nach dem Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG), 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). Ein Schlichtungsverfahren ist nicht erforderlich (Art. 198 lit. f i.V.m. Art. 5 ZPO).

2.3. Wie gezeigt, erfolgte die erstmalige Publikation im SHAB am 8. Juli 2016 (act. 17). Die angesetzte dreimonatige Frist lief damit am 8. Oktober 2016 bzw. am darauffolgenden Werktag, am 10. Oktober 2016 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. 10), ist von dem von der Klägerin dargestellten Sachverhalt auszugehen (act. 1).

## 3. Materielles

3.1. Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin, die mit dem eingereichten beglaubigten Handelsregisterauszug übereinstimmt, beträgt das Aktienkapital der Beklagten CHF 3'998'400.–, eingeteilt in 1'249'500 Namenaktien zu CHF 0.20 (Stimmrechtsaktien; "A Aktien") und 3'748'500 Namenaktien zu CHF 1.– ("B Aktien"; act. 3/2). Zudem verfügt die Beklagte über bedingtes Aktienkapital von insgesamt CHF 480'000.–, welches sich aus 480'000 Namenaktien zu CHF 1.– zusammensetzt (act 1 Rz. 9; act. 3/3). Die "B Aktien" sind an der SIX

Swiss Exchange AG (SIX) kotiert (Valorennummer ...; ISIN CH...; act. 1 Rz. 9; act. 3/4).

3.2. Die Klägerin publizierte am 29. Februar 2016 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten (act. 1 Rz. 10; act. 3/5). Dieses wurde von der schweizerischen Übernahmekommission (UEK) mit Verfügung Nr. 623/01 vom 25. Februar 2016 als den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend beurteilt (act. 1 Rz. 11; act. 3/6). Die ordentliche Frist zur Annahme des Angebots lief vom 15. März 2016 bis zum 13. April 2016 (Angebotsfrist), die obligatorische Nachfrist vom 20. April 2016 bis zum 3. Mai 2016 (act. 1 Rz. 12 ff.; act. 3/5; act. 3/8). Das öffentliche Kaufangebot wurde am 19. Mai 2016 vollzogen und abgeschlossen (act. 1 Rz. 19). Zudem hat am 17. Mai 2016 die B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ -Stiftung alle von ihr gehaltenen 1'249'500 "A Aktien" in die A.\_\_\_\_\_ S.A., die einzige Aktionärin der Klägerin, eingelegt (act. 1 Rz. 18; act. 3/12).

3.3. Nach der Darstellung der Klägerin verfügte diese per Vollzug am 19. Mai 2016 über **4'898'851 Aktien** der Beklagten (zusammengesetzt aus 1'249'500 "A Aktien" und 3'649'351 "B Aktien), was einem Anteil von **98.02%** der Stimmrechte bzw. 97.52% des Aktienkapitals der Beklagten entspricht (act. 1 Rz. 19; act. 3/13-15).

3.4. Gemäss Art. 137 FinfraG 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. 125 Abs. 1 FinfraG 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. 137 Abs. 1 FinfraG).

### 3.5. Würdigung

3.5.1. Die Beklagte hat ihren statutarischen Sitz in der Schweiz und ihre Aktien sind an der SIX, einer Schweizer Börse, kotiert.

3.5.2. Die Klägerin hat den Aktionären der Zielgesellschaft ein öffentliches Kaufangebot unterbreitet (act. 3/5). Die diesbezügliche Angebotsfrist endete - mit dem Ablauf der obligatorischen Nachfrist - am **3. Mai 2016** (act. 3/8 S. 3). Dieser Zeitpunkt ist für die Berechnung der dreimonatigen Klagefrist gemäss Art. 137 Abs. 1 FinfraG massgebend. Die Klägerin erhob mit Eingabe vom **1. Juni 2016** (Datum Poststempel; act. 1) rechtzeitig Klage.

3.5.3. 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. 137 FinfraG i.V.m. Art. 120 FinfraV). Die Klägerin verfügte im Zeitpunkt der Klageeinleitung über 1'249'500 Stimmrechtaktien mit einem Nennwert von CHF 0.20 und über 3'649'351 Namenaktien mit einem Nennwert von CHF 1.-. Insgesamt verfügte die Klägerin damit über 4'898'851 Aktien der Beklagten. Dies entspricht einem Stimmrechtsanteil von **über 98%** ( $4'898'851 / 4'998'000 = 98.01622\%$  Stimmrechtsanteil).

Somit verfügt die Klägerin über mehr als 98% der Aktien, entsprechend Stimmrechten, der Beklagten (**98.02%**).

3.5.4. Die Voraussetzungen gemäss Art. 137 Abs. 1 FinfraG 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.

#### 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). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 36'685'130.– (act. 1 Rz. 5). In Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG beträgt die volle Gerichtsgebühr gestützt auf den Streitwert CHF 254'175'65. Angesichts des sehr hohen Streitwerts und unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles, rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 2 Abs. 2 GebV OG zu reduzieren. Aus Sicht des Äquivalenzprinzips ist vorliegend eine Gerichtsgebühr von CHF 30'000.– angemessen. 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. 137 FinfraG 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. 2) – praxisgemäss der Klägerin aufzuerlegen. Mangels erheblicher Umtriebe und angesichts der Klageanerkennung ist der Beklagten jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Sämtliche sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der **B.\_\_\_\_\_ Holding AG** (Firmennummer CHE-...) mit einem Nennwert von je CHF 1.– (Valorenummer ... / 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.–; die weiteren Kosten für die bisherigen Publikationen betragen CHF 6'079.95.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv Ziffer 3 - zuzüglich der 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 36'685'130.–.

Zürich, 13. Oktober 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

lic.iur. Roland Schmid

Dr. Benjamin Büchler