



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichterinnen Dr. Myriam Gehri und Ursula Suter, der Handelsrichter Dr. Felix Graber sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

## Urteil vom 6. April 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Holding Co., Ltd.,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagte

betreffend **Kraftloserklärung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- "1. Es seien sämtliche sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 5.00 (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 20. Oktober 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin ihre Klageschrift beim hiesigen Gericht ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 25. Oktober 2016 vom Gericht geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 40'000.– bezahlte die Klägerin fristgerecht (act. 4; act. 9).

1.2. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2016 machte die Klägerin Ergänzungen zu den aktuell von ihr gehaltenen Aktien der Beklagten (act. 6). Die Beklagte erklärte in ihrer Eingabe vom 18. November 2016 die Anerkennung der Klagebegründung (act. 8).

1.3. Die Eingabe der Beklagten wurde der Klägerin zugestellt (act. 10). 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. 10).

1.4. Die erste Publikation im SHAB erfolgte am tt. Dezember 2016 (act. 16), die zweite Publikation am tt. Januar 2017 (act. 26). Nachdem anlässlich der zweiten Publikation im SHAB erkannt wurde, dass im erklärenden Text einmalig die "B.'\_\_\_\_\_ Holding AG" anstelle der Beklagten genannt wurde (dies war in der Publikation in der NZZ nicht der Fall), wurde die zweite Publikation im SHAB am tt. Januar 2017 wiederholt (act. 27). Da aufgrund der eindeutigen Bezeichnung im Rubrum der Veröffentlichung klar war, dass es sich bei den kraftlos zu erklären-

den Aktien um diejenigen der Beklagten handelt und weil die Publikation in der NZZ korrekt erfolgt war, war eine neue Fristansetzung nicht erforderlich. Die dritte Publikation erfolgte schliesslich am tt. Februar 2017 (act. 33). Gleichzeitig wurde die Klage, wie erwähnt, in der NZZ am tt. Dezember 2016 (act. 15), am tt. Januar 2017 (act. 25) und am tt. Februar 2017 (act. 31) öffentlich bekannt gemacht.

1.5. Nachdem der Klägerin mit Verfügung vom 15. März 2017 Frist angesetzt wurde, um sich zum Vollzug des Angebots zu äussern (act. 35), erging am 27. März 2017 fristgerecht eine entsprechende Eingabe (act. 37).

## 2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in C.\_\_\_\_\_ [Stadt in Asien] (act. 1 S. 1). Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ (act. 3/1). Gemäss Art. 151 Abs. 1 IPRG ist im internationalen Verhältnis das Gericht am Sitz der (Ziel-) Gesellschaft für die Kraftloserklärung örtlich zuständig (ALEX NIKITINE/SARAH SCHULTHESS, in: SETHE/FAVRE/HESS/KRAMER/SCHOTT [Hrsg.], Kommentar FinfraG, Zürich 2017, N 48 zu Art. 137 FinfraG). Örtlich sind damit die Gerichte des Kantons Zürich zuständig.

2.2. Das vorliegende Verfahren betrifft sodann eine Streitigkeit nach dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz (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 tt. Dezember 2016 (act. 16), in der NZZ erfolgte diese ebenfalls am tt. Dezember 2016 (act. 15). Die angesetzte dreimonatige Frist lief damit am tt. März 2017 ab. Innert Frist hat sich lediglich ein Aktionär mit allgemeinen Fragen zum Verfahren gemeldet (act. 17; act. 22). Den Prozessbeitritt haben keine Aktionäre erklärt. Es ist nachfolgend daher einzig auf die Ausführungen der Parteien abzustellen. Nachdem allerdings die Beklagte sämtliche Tatsachenbehauptungen der Klägerin als

richtig anerkannt hat (act. 8), 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 Handelsregistrauszug übereinstimmt, beträgt das Aktienkapital der Beklagten CHF ....–, eingeteilt in ... Namenaktien zu CHF 5.– (act. 3/1). Zudem verfügt die Beklagte über ein genehmigtes Aktienkapital von insgesamt maximal CHF ....– (... Namenaktien zu CHF 5.–; act. 3/2 Art. 3<sup>ter</sup>) und über ein bedingtes Aktienkapital von total CHF ....– (... Namenaktien zu CHF 5.–; act. 3/3 Art. 3<sup>bis</sup>). Die Namenaktien der Beklagten sind an der SIX Swiss Exchange AG (SIX) kotiert (Valorennummer ...; ISIN CH...; act. 1 Rz. 9; act. 3/3).

3.2. Die Klägerin publizierte am 20. Mai 2016 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten (act. 1 Rz. 11; act. 3/4). Dieses wurde von der Schweizerischen Übernahmekommission (UEK) mit Verfügung Nr. ... vom tt. Mai 2016 als den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend beurteilt (act. 1 Rz. 12; act. 3/5). Die ordentliche Frist zur Annahme des Angebots lief vom tt. Juni 2016 bis zum tt. Juli 2016 (Angebotsfrist), die obligatorische Nachfrist vom tt. Juli 2016 bis zum tt. Juli 2016 (act. 1 Rz. 13 f.; act. 3/4; act. 3/6; act. 3/7). Der Vollzug des Kaufangebots erfolgte am tt. Dezember 2016 (act. 37 S. 1; act. 38/3). Zudem hat die Klägerin nach dem Ende der Nachfrist weitere Aktien erworben (act. 1 Rz. 20; act. 6).

3.3. Nach der Darstellung der Klägerin verfügte diese per Vollzug am tt. Dezember 2016 bzw. verfügt aktuell (act. 37) über ... Aktien der Beklagten. Weitere ... Aktien waren im Eigentum der Beklagten und deren Tochtergesellschaften. Damit hatte die Klägerin selbst und über Dritte ... Aktien der Beklagten unter Kontrolle, was einem Anteil von **98.06%** der Stimmrechte und des Aktienkapitals entspricht (act. 1 Rz. 20; act. 6 S. 1; act. 37).

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. 3/4). Die diesbezügliche Angebotsfrist endete - mit dem Ablauf der obligatorischen Nachfrist - am **21. Juli 2016** (act. 3/7 S. 3). Dieser Zeitpunkt ist für die Berechnung der dreimonatigen Klagefrist gemäss Art. 137 Abs.1 FinfraG massgebend. Die Klägerin erhob mit Eingabe vom **20. Oktober 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 im Zeitpunkt der Klageeinleitung direkt oder indirekt hält (Art. 137 FinfraG i.v.m. Art. 120 FinfraV). Dazu zählen auch diejenigen Aktien, die die Beklagte als eigene Aktien hält (Art. 120 FinfraV; vgl. NIKITINE/SCHULTHESS, a.a.O., N 22 zu Art. 137 FinfraG). Zum dabei relevanten Stichtag äussert sich das Gesetz nicht ausdrücklich. Mit der

herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass der Urteilszeitpunkt massgebend ist. Entscheidend ist, dass es sich bei der erreichten Beteiligungsquote um ein Tatbestandselement handelt, worüber erst in diesem Zeitpunkt zu entscheiden ist. Weiter können die Parteien in Anwendung des Zivilprozessrechts bis dahin neue Tatsachen vorbringen, was ebenfalls für die Massgeblichkeit des Urteilszeitpunkts spricht (Art. 229 ZPO; so auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 9. November 2011, abgedruckt in GVP 2011 S. 282, E. 2.1; vgl. zum Ganzen NIKITINE/SCHULTHESS, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 137 FinfraG m.w.H.). Grundsätzlich wäre von der Klägerin zu verlangen, dass sie wesentliche Veränderungen ihrer Beteiligung, wie den hier entscheidenden Vollzug des öffentlichen Kaufangebots, unverzüglich und unaufgefordert dem Gericht mitteilt. Allerdings kann vorliegend auch eine spätere Eingabe nicht als verspätet im Sinne von Art. 229 ZPO angesehen werden, zumal weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Hauptverhandlung stattgefunden haben. Die von der Klägerin in ihrer Eingabe vom 27. März 2017 (act. 37) gemachten Vorbringen sind folglich zu beachten.

Nach dem Vollzug des öffentlichen Kaufangebots bzw. aktuell verfügt die Klägerin direkt oder indirekt über ... Aktien der Beklagten (act. 37 S. 2; act. 38/7). Dies entspricht einem Stimmrechtsanteil von **98.06%** ( $\dots / \dots = 98.060205\%$  Stimmrechtsanteil). Somit verfügt die Klägerin (knapp) über mehr als 98% der Aktien, entsprechend Stimmrechten, der Beklagten.

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 33'174'449.– (act. 1 Rz. 5). In Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG beträgt die volle Gerichtsgebühr

gestützt auf den Streitwert CHF 236'622.25. 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, ohne Korrekturausgabe [act. 27]) und in der Neuen Zürcher Zeitung (NZZ) sowie die Publikationskosten bezüglich dieses Urteils (dazu auch act. 4).

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 5.– (Valorennummer ... / ISIN ...) 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 7'501.15.
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 33'174'449.-.

Zürich, 6. April 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. Benjamin Büchler