



Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Diego Brüesch, Rony Müller und Attila Mathé sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Urteil vom 17. Oktober 2012

in Sachen

A._____ Corporation,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2. _____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. _____

betreffend **Kraftloserklärung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es seien sämtliche sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 9.40 (Valorenummer ...) für kraftlos zu erklären.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. "

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Am 30. Mai 2012 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift ein (act. 1). In der Folge wurde ihr mit Verfügung vom 1. Juni 2012 Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss zu leisten (Prot. S. 2 f.). Die Leistung des Kostenvorschusses erfolgte fristgerecht (Prot. S. 4; act. 7). Mit Verfügung vom 26. Juni 2012 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt. Gleichzeitig wurde die dreimalige Veröffentlichung des Rechtsbegehrens der Klage im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und in der C._____ (C._____) [Zeitung] angeordnet und den restlichen Aktionären der Beklagten eine seit der ersten Bekanntmachung im SHAB laufende Frist angesetzt, um dem Verfahren beizutreten (Prot. S. 4 f.). Die Klageantwort der Beklagten wurde der Klägerin mit Verfügung vom 18. Juli 2012 zugestellt (Prot. S. 6).

1.2. Die Publikationen im SHAB erfolgten am tt.mm.2012, tt.mm.2012 und tt.mm.2012 (act. 10, 17 und 20), während die Klage in der C._____ am tt.mm., tt.mm. und tt.mm.2012 öffentlich bekannt gemacht wurde (act. 11, 18 und 22).

2. Prozessuales

2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in D._____, E._____ [Staat in Asien]. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft des Schweizerischen Rechts mit Sitz in F._____ (act. 3/2). Im internationalen Verhältnis befindet sich der Gerichtsstand der Klage auf Kraftloserklärung nach Art. 2 LugÜ i.V.m. Art. 151 IPRG am Sitz der beklagten Gesellschaft (GOTSCHEV/STAUB, Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach

Art. 33 Börsengesetz und durch squeeze out merger gemäss Fusionsgesetz, in: GesKR 2006, S. 265 ff., S. 275), d.h. im Kanton Zürich. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist mithin 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. Wie gezeigt, erfolgte die erstmalige Publikation der Klage im SHAB am tt.mm.2012 (act. 10). Die angesetzte dreimonatige Frist lief damit spätestens am tt.mm.2012 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. 14 S. 1), ist von dem von der Klägerin dargestellten Sachverhalt auszugehen (vgl. act. 1 S. 3 ff).

3. Materielles

3.1. Gemäss unbestrittener Darstellung der Klägerin, die mit dem eingereichten Handelsregisterauszug übereinstimmt, beträgt das Aktienkapital der Beklagten CHF 82'301'700.–, eingeteilt in 8'755'500 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 9.40 (act. 1 S. 3; act. 6/2). Die Aktien der Beklagten sind an der Schweizer Börse "SIX Swiss Exchange" kotiert (Valorenummer ..., act. 3/4).

3.2. Ausgehend von den von der Klägerin seit dem 15. Februar 2012 gehaltenen 50.34 % oder 4'258'377 Namenaktien der Beklagten unterbreitete die Klägerin am 29. Februar 2012 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten (act. 3/5). Die bis zum Ablauf der Nachfrist am 4. Mai 2012 ausgegebenen neuen Aktien aus bedingtem Kapital waren ebenfalls Gegenstand des Kaufangebots der Klägerin. Am Ende der Nachfrist waren somit 4'497'123 Aktien vom Kaufangebot erfasst (act. 1 S. 4; act. 3/5 S. 5).

Mit Verfügung vom 28. Februar 2012 hat die schweizerische Übernahmekommission (UEK) unter anderem festgestellt, dass das öffentliche Kauf- und Tauschan-

gebot der Klägerin den gesetzlichen Bestimmungen entspricht (act. 3/6). Am 19. April 2012, und damit nach Ablauf der Angebotsfrist, veröffentlichte die Klägerin das definitive Zwischenergebnis des öffentlichen Kaufangebots und erklärte dieses für zustande gekommen. Die Nachfrist dauerte sodann bis zum 4. Mai 2012 (act. 3/7). Schliesslich veröffentlichte die Klägerin am 10. Mai 2012 das definitive Endergebnis des öffentlichen Kaufangebots und stellte fest, dass sie nach Ablauf der Nachfrist über insgesamt 8'702'478 Namenaktien der Beklagten verfüge. Dies entspreche 99.4 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte (act. 3/8).

3.3. 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).

3.4. Die Namenaktien der Beklagten als Zielgesellschaft sind an der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange kotiert. Der Sitz der Beklagten befindet sich in F._____, mithin in der Schweiz (act. 6/2). Die Klägerin hat am 29. Februar 2012 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten unterbreitet (act. 3/5). Die Klägerin erhob innert drei Monaten nach dem Ablauf der zur Angebotsfrist hinzukommenden (obligatorischen) Nachfrist am 4. Mai 2012 (act. 3/8) mit Eingabe vom 30. Mai 2012 (Datum Poststempel; act. 1) rechtzeitig Klage (vgl. RAMPINI/REITER, in: WATTER/VOGT, Basler Kommentar Börsengesetz Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2010, N 16 zu Art. 33 BEHG). Die

Klägerin verfügt nunmehr über 99.39 % und damit mehr als 98 % der Aktien, entsprechend Aktienkapital und Stimmrechten, der Beklagten. 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, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, N 25 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 25'000.– festzusetzen (vgl. auch Prot. S. 3). Hinzu kommen die bereits entstandenen Kosten für die Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der C._____ 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 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 30. Mai 2012 sich im Publikum befindlichen Aktien und beläuft sich auf CHF 2'332'968.– (53'022 Aktien multipliziert mit CHF 44.00; act. 1 S. 2).

5. Rechtsmittel

5.1. Die Klägerin erklärt in der Klagebegründung ausdrücklich auf die Erhebung eines Rechtsmittels gegen den zu fällenden Entscheid des Handelsgerichts zu verzichten (act 1 S. 9).

5.2. Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) regelt den Verzicht auf ein Rechtsmittel nicht. Ein Verzicht auf die Beschwerde in Zivilsachen bereits vor Eröffnung des Entscheides wird aber wie bei ordentlichen Rechtsmitteln als zulässig erachtet, da bei schwerwiegenden Verstössen gegen die Rechtsordnung dennoch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergriffen werden kann. Dagegen ist der Verzicht auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde vor der Eröffnung des Entscheides ausgeschlossen (vgl. DANIEL STAEHLIN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 35 zu Art. 238 ZPO). Die Klägerin kann somit vor Eröffnung des Entscheides auf das Rechtsmittel der Beschwerde in Zivilsachen verzichten. Da ein solcher Verzicht betreffend subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht zulässig ist und die Beklagte keinen Verzicht erklärt hat, ist der Entscheid mit der üblichen Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

Demnach erkennt das Gericht:

1. Sämtliche sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten B. _____ AG mit einem Nennwert von je CHF 9.40 (Valoren-Nr. ...) werden für kraftlos erklärt.
2. Dispositiv Ziffer 1 wird nach Rechtskraft im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der C. _____ publiziert.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 25'000.-; die weiteren Kosten betragen: CHF 3'853.90 (Publikationskosten).
4. Die Kosten - 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 2'332'968.-.

Zürich, 17. Oktober 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Claudia Marti