



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. George Daetwyler, die Handelsrichter Thomas Huonder, Dr. Felix Graber und Martin Fischer sowie der Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 15. Januar 2019

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur., LL.M. X2._____,

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____,

betreffend **Kraftloserklärung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es seien sämtliche sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten mit einem Nennwert von je CHF 1.25 (Valoren-Nr. 1 [recte: 2; vgl. act. 3/5 und act. 3/8], ISIN 3) für kraftlos zu erklären.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 10. Juli 2018 (überbracht) reichte die Klägerin ihre Klageschrift beim hiesigen Gericht ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 11. Juli 2018 einverlangten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 40'000.– bezahlte die Klägerin fristgerecht (act. 4; act. 9). Ein mit der Klage gestelltes Sistierungsgesuch zog die Klägerin mit Eingabe vom 28. August 2018 zurück, woraufhin der Beklagten die Frist zur Stellungnahme dazu abgenommen wurde (act. 7; Prot. S. 5). Am 21. September 2018 teilte die Klägerin mit einer ergänzenden Eingabe den Kauf weiterer Aktien mit (act. 17). Diese Eingabe wurde der Beklagten ebenfalls zugestellt (Prot. S. 8).

1.2. Nachdem die Beklagte mit Eingabe vom 16. Juli 2018 um Ansetzung einer Frist zur Erstattung der Klageantwort ersucht hatte (act. 6), reichte sie diese innert angesetzter Frist am 8. Oktober 2018 ein (act. 24). Die Eingabe der Beklagten wurde der Klägerin zugestellt, und die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass nicht mit einem zweiten Schriftenwechsel gerechnet werden könne (act. 26).

1.3. Parallel dazu wurde mit Verfügung vom 19. September 2018 die Veröffentlichung der Klage im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und der C. _____ [Tageszeitung] (C. _____) angeordnet sowie 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 erste Publikation im SHAB erfolgte am tt.mm.2018 (act. 20), die zweite am tt.mm.2018 (act. 30) und die dritte Publikation schliesslich am tt.mm.2018 (act. 34). In der C._____ wurde die Bekanntmachung am tt.mm.2018 (act. 21), am tt.mm.2018 (act. 31) und am tt.mm.2018 (act. 35) publiziert.

2. Prozessuales

2.1. Sowohl bei der Klägerin wie auch bei der Beklagten handelt es sich um Aktiengesellschaften nach Schweizer Recht. Die Klägerin hat ihren Sitz in D._____ (act. 3/2), die Beklagte in E._____ ZH (act. 3/3). Die Gerichte des Kantons Zürich sind somit nach Art. 43 Abs. 1 ZPO örtlich 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 sowohl im SHAB als auch in der C._____ am tt.mm.2018 (act. 20; act. 21). Damit ist heute die angesetzte dreimonatige Frist abgelaufen. 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. 24), ist von dem von der Klägerin dargestellten Sachverhalt auszugehen (act. 1; act. 7; act. 17).

3. Materielles

3.1. Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin, die mit dem eingereichten Handelsregisterauszug übereinstimmt, beträgt das Aktienkapital der Beklagten CHF 7'614'910.–, eingeteilt in 6'091'352 Namenaktien zu CHF 1.25 (act. 3/3). Zudem verfügt die Beklagte über ein genehmigtes Aktienkapital von maximal CHF 794'225.– (635'380 Namenaktien zu CHF 1.25; act. 3/4 Art. 3b) und über ein bedingtes Aktienkapital von total CHF 770'797.50 (616'638 Namenaktien zu CHF 1.25; act. 3/4 Art. 3a). Die Namenaktien der Beklagten sind an der SIX

Swiss Exchange AG (SIX) kotiert (Valorenummer 2; ISIN CH3; act. 1 Rz. 5; act. 3/5).

3.2. Die Klägerin publizierte am 2. Februar 2018 ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien der Beklagten (act. 1 Rz. 13; act. 3/8). Die ordentliche Frist zur Annahme des Angebots lief bis zum 20. März 2018 (Angebotsfrist), die obligatorische Nachfrist vom 27. März 2018 bis zum 11. April 2018 (act. 1 Rz. 14; act. 3/8). Nachdem die Eidgenössische Wettbewerbskommission (WEKO) die Übernahme am tt.mm.2018 genehmigt hatte, erfolgte der Vollzug des Kaufangebots (act. 7; act. 8/9; act. 8/10). Zudem hat die Klägerin nach Ende der Nachfrist weitere Aktien erworben (act. 17; act. 18/11).

3.3. Nach der Darstellung der Klägerin verfügte diese per 28. August 2018 über 6'098'790 Aktien (act. 1 Rz. 17; act. 3/7; act. 7; act. 8/10) und per 21. September 2018 über **6'142'554 Aktien** der Beklagten (act. 17; act. 18/11). Damit hat sie mehr Aktien unter Kontrolle, als im Handelsregister eingetragen sind (act. 3/3).

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. 3/8). Die diesbezügliche Angebotsfrist endete - mit dem Ablauf der obligatorischen Nachfrist - am **11. April 2018** (act. 3/7). Dieser Zeitpunkt ist für die Berechnung der dreimonatigen Klagefrist gemäss Art. 137 Abs. 1 FinfraG massgebend. Die Klägerin erhob mit Eingabe vom **10. Juli 2018** (überbracht; 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. ALEX NIKITINE/SARAH SCHULTHESS, in: SETHE/FAVRE/HESS/KRAMER/SCHOTT [Hrsg.], Kommentar FinfraG, Zürich 2017, N 22 zu Art. 137 FinfraG). Für die Berechnung des Schwellenwerts ist dabei das im Handelsregister eingetragene Aktienkapital massgebend (NIKITINE/SCHULTHESS, a.a.O., N 19 zu Art. 137 FinfraG). Dies gilt auch, wenn zwischenzeitlich genehmigte oder bedingte Aktien herausgegeben, aber noch nicht im Register eingetragen wurden (NIKITINE/SCHULTHESS, a.a.O., N 25 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 (vgl. auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. April 2017, HG160223, ZR 117/2018 Nr. 5; Art. 229 ZPO; so auch das 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.).

Bei Klageeinleitung ist der Vollzug des Kaufangebots noch nicht erfolgt, da zu jenem Zeitpunkt die Zustimmung der WEKO noch nicht vorgelegen hat (act. 1 Rz. 10). Nach dem Vollzug des öffentlichen Kaufangebot bzw. aktuell verfügt die Klägerin über **6'142'554** Aktien der Beklagten (act. 17; act. 18/10). Dies sind mehr als die im Handelsregister eingetragenen Aktien der Beklagten (6'091'352; act. 3/3). Somit verfügt die Klägerin 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 5'952'746.50 (act. 1 Rz. 6). In Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG beträgt die Gerichtsgebühr gestützt auf den Streitwert CHF 80'277.50. Angesichts des sehr hohen Streitwerts sowie 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 C._____ (C._____) 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 Beklagte 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 Anerkennung des massgebenden Sachverhalts ist der Beklagten jedoch keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Sämtliche sich noch im Publikum befindenden Namenaktien der **B._____ AG** (Firmennummer CHE ...) mit einem Nennwert von je CHF 1.25 (Valorennummer 2 / ISIN CH3) werden für **kraftlos erklärt**.
2. Dispositiv Ziffer 1 wird nach Rechtskraft je einmal im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und in der C._____ (C._____) publiziert.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.-; die weiteren Kosten für die bisherigen Publikationen betragen CHF 7'045.20.
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 5'952'746.50.

Zürich, 15. Januar 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Benjamin Büchler