

ZH_HANDELSGERICHT HE110389 vom 18. Oktober 2011

Zh Handelsgericht, 2011-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE110389

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE110389 du 18 octobre 2011

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE110389 del 18 ottobre 2011

Erwägungen

E. 2

Der Beklagten bzw. deren Organen sei unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Wiederhandlungsfalle zu befehlen, die Herren C._____ und D._____ im Rahmen der nächsten ordentlichen Generalversammlung als Mitglieder des Verwaltungsrates zu bestätigen bzw. wiederzuwählen.

E. 2.1

Die Parteien sind Aktionäre der E1._____ Holding AG, Der Klägerin gehören 20%, der Beklagten 80% der Aktien. Ihre Mehrheitsbeteiligung hatte die Beklagte durch einen Aktienkaufvertrag erworben. Verkäuferin war die Klägerin. Das

- 3 - komplexe Vertragswerk war am 16. Dezember 2009 unterschrieben worden (act. 3/2).

E. 2.2

Im Rahmen von Ziff. 10 "Weitere Verpflichtungen der Parteien" regelten diese sub Ziff. 10.5 des Vertrages (*Gemeinsame Verpflichtungen") das Folgende: "Verwaltungsrat Zielgesellschaft, E._____ AG: Solange die Verkäuferschaft Aktionärin der Zielgesellschaft ist, soll der Verwaltungsrat der Zielgesellschaft und der E._____ AG je aus mindestens fünf (5) Personen bestehen, wobei die Verkäuferin das Recht hat, zwei (2) Mitglieder zu bezeichnen. Die restlichen Mitglieder und der Präsident des Verwaltungsrates werden vom Käufer bestimmt". Unter "Zielgesellschaft" war die E1._____ Holding AG zu verstehen, bei der E._____ AG handelt es sich um eine operativ tätige Konzerngesellschaft (Zweck: Handel mit Mode- und Sportartikeln; act. 3/9). C._____, einziger Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär der Klägerin, blieb - auch das wurde im Vertrag vereinbart (vgl. act. 3/2 Ziff. 10.6) - Geschäftsführer der E._____ AG.

E. 3

Am 3. Juni 2011 erstattete die Revisionsstelle F._____ der E._____ AG dem Verwaltungsratspräsidenten B1._____ einen Bericht betreffend "Prüfungshandlungen im Bereich Warenbewirtschaftung" (act. 3/11). Unter dem Titel "Feststellung aus zusätzlichen Prüfungshandlungen" hielt der Bericht zusammenfassend fest: "Aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen besteht der Verdacht, dass die Jahresabschlüsse per 31. Mai 2008 und 2009 durch fiktive Warentransaktionen kurz vor dem Jahresende, bzw. Warenverkäufe mit vollumfänglicher Rücknahmeverpflichtung zu Verkaufspreisen, bei denen es sich in Wirklichkeit um Darlehen mit Verpfändung von Warenlager handelte, verfälscht wurden. In der Jahresrechnung wurde ein überhöhter Umsatz ausgewiesen, da die Transaktionen nicht als Darlehen ausgewiesen wurden und für die Rücknahme der als Sicherheit dienenden Ware keine Rückstellungen gebildet worden sind. Zudem erfolgte kein Ausweis im Anhang zur Jahresrechnung. Es handelt sich um TCHF 516 im Jahr 2008

und TCHF 500 im Jahr 2009. Im Abschluss per 31. Mai 2010 wurden Forderungen im Betrag von TCHF 758 verbucht und der Umsatz als realisiert ausgewiesen. Im Verlauf des Geschäftsjahres 2010/11 wurde die gesamte Ware retourniert. Dieser Sachverhalt weist ebenfalls auf fiktiven Umsatz hin."

- 4 - Wie aus einem beigehefteten Memorandum zum Bericht hervorgeht, stützte sich dieser (auch) auf die Angaben eines G._____. Im Jahre 2008 soll das inkriminierte Geschäft mit einer Firma "H._____", im Jahre 2009 mit einer Firma "I._____" und im Jahre 2010 mit einer Firma "J._____" abgewickelt worden sein.

E. 4

Am 7. Juni 2011 wurde C._____ mit den Vorwürfen konfrontiert. Eine Woche später erfolgte die fristlose Kündigung als Geschäftsführer der E._____ AG (act. 3/19). Gleichentags wurden C._____ und D._____ als Mitglieder des Verwaltungsrates der E._____ AG abgewählt (act. 3/23.1). Mit Schreiben ebenfalls vom gleichen Tag berief sich die Beklagte auf Unverbindlichkeit von Ziff. 10.5 des Aktienkaufvertrages wegen absichtlicher Täuschung und/oder Grundlagenirrtum oder wegen fristloser Kündigung (act. 10/2). Schliesslich wurde an diesem 15. Juni 2011 auch noch zur ao. Generalversammlung der E1._____ Holding AG auf den

E. 8

Würdigung

E. 8.1

Das Massnahmeverfahren ist vom Glaubhaftmachen beherrscht (Art. 261 ZPO). Als Bestandteil des summarischen Verfahrens ist sodann die Beweisführung (hier im Sinne des Glaubhaftmachens) durch Urkunden zentral (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Es ist mithin hauptsächlich aufgrund der vorgelegten Urkunden zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt glaubhaft gemacht erscheint (vgl. zu Lehre und Praxis die Hinweise bei Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 2 ff.). Bestrittene Behauptungen können nicht herangezogen werden. Auch nicht der Zeugenbeweis. Die allgemeine Lebenserfahrung und die Notorietät können zur Feststellung des Sachverhaltes beitragen.

E. 8.2

Da die J._____-Transaktion nach Abschluss des Aktienkaufvertrages erfolgte, erscheint sie von besonderer Bedeutung zu sein.

- 10 - a) Die Beklagte trifft für ihre Behauptung, es habe sich um ein Scheingeschäft gehandelt, die Last des Glaubhaftmachens. Sie berief sich auf drei Unterlagen: - Den F._____ - Bericht vom 3. Juni 2011, welcher bezüglich der darin aufgeführten Buchungen unbestritten blieb (act. 3/11); - Das Besprechungsprotokoll vom Mai 2011, bezüglich welchem allerdings nicht klar ist, wer er unterschrieben hat (act. 10/5); - Mails vom 27. Mai 2010 (act. 10/3; Wortlaut des Mails N._____'s siehe oben sub 6.2). b) Die Klägerin berief sich auf zwei Urkunden: - Mails vom 31. Mai 2010 (act. 3/27; Wortlaut siehe oben sub 5.6) - Mails vom 28. Mai 2010 betr. Adresse für Faktura (act. 13/3). c) Gemäss F._____-Bericht (act. 3/11; Memorandum J._____) wurden am 31. Mai 2010 CHF 758'707.11 bei der E._____ AG als Ertrag gebucht. Am 2. März 2011 erfolgte die Rückbuchung mit vier Teilbeträgen. Die Rückbuchung der Ware erfolgte zu nicht ganz einem Drittel im Oktober 2010 und bezüglich des Restes im März und Mai 2011. Weder bezüglich der Bestellungen noch der Rückgaben existieren kaufmännisch verlässliche Unterlagen, insbesondere liegt

keine Korrespondenz der angeblichen Vertragspartner vor. Es erscheint sehr ungewöhnlich, dass bei einem realen Kaufgeschäft der Grund für die Rückgabe der Ware nicht irgendwie materialisiert ist. Wollte man der Klägerin glauben, hätte G._____ schon im Oktober 2010 bestellte Ware zurückgegeben, dafür aber zeitgerecht kein Geld erhalten. Das erscheint nicht nachvollziehbar. Eigenartig ist auch, dass noch zwei Monate nach der gesamten Rückbuchung der Rechnungsbeträge ein Teil der Ware (etwa 15%) zurückgebucht wurde. Diese Auffälligkeiten sprechen eher für Scheinbuchungen. Ob bei den Beträgen die Mehrwertsteuer enthalten war, spielt keine Rolle, da ja ein Nullsummenspiel resultierte. d) Der vorstehend begründete Verdacht wird durch das Mail von N._____ (act. 10/3) vom 28. Mai 2010 weiter genährt. Gemäss Betreff ging es um die "Faktura G._____". Da bezüglich dieses Zeitpunktes kein anderes Geschäft mit G._____

- 11 - beabsichtigt war, kann es nur um das J._____ -Geschäft gegangen sein. Der gesamte Tenor des Mails spricht nun deutlich gegen ein real beabsichtigtes Kaufgeschäft. Vielmehr vermittelt es den Eindruck, es sei ausschliesslich um eine interne Willensbildung bei der E._____ AG gegangen. Es war keine Rede von einem Angebot an einen Dritten, Thema war alleine die Ausstellung einer Rechnung für interne Zwecke. Anders können Wendungen wie "da zu auffällig", "Eine Faktura zu Bewertungspreisen macht ... keinen Sinn", "Mein Vorschlag wäre die Faktura ...", "So könnte man die Faktura zu Wholesale Preisen rechtfertigen" und "kämen so auf ca. 650.000 CHF, die wir am Montag auf G._____ transferieren könnten" nicht gedeutet werden. Was die Klägerin gegen die aus dem Dokument zu schliessende offensichtliche Planung eines Scheingeschäftes vorbrachte, vermag nicht zu überzeugen. Dort (act. 12 Rz 41 ff.) ist rund ein Dutzend Mal von Verkauf bzw. Veräusserung die Rede, Worte, welche sich in act. 10/3 nicht einmal sinngemäss finden. Auch der gleich zu Beginn erfolgte Hinweis N._____s auf die Inventur und der unmittelbar bevorstehende Abschluss des Geschäftsjahres legen nahe, dass in diesem Zusammenhang ein Handlungsbedarf bestand. Da nichts auf ein reales Kaufgeschäft hindeutet, bleibt nur der Schluss, man habe mittels einer fiktiven Rechnung einen grösseren Umsatz bzw. Ertrag buchhalterisch ausweisen wollen. e) Dass am selben Tag G._____ gefragt wurde, ob die Adresse für die Faktura richtig sei (act. 13/3), mag stimmen, spricht aber nicht für ein reales Geschäft, da das Geschäft verbucht werden musste, auch wenn es ein Scheingeschäft war. Nur so konnte die aufscheinende Absicht, die Jahresrechnung zu schönen, bewerkstelligt werden. f) Am letzten Tag des Geschäftsjahres (31. Mai 2010) schrieb dann L._____ betreffend der erfolgten Buchung und wählte als Betreff "Buchung Fake - Auftrag" (act. 3/27). Gegen ein Versehen oder für Arglist gegenüber C._____ spricht nichts. L._____ schickte das Mail an C._____, N._____, O._____ und G._____. Das spricht dafür, dass er davon ausgegangen ist, es sei ein Fakeauftrag verbucht worden. Richtig ist, dass sich C._____ sogleich dagegen verwahrte. Dies stellt aber kein sehr starkes Indiz für das Vorliegen eines realen Geschäftes dar.

- 12 - C._____ musste wissen, dass die Verbuchung eines Scheingeschäftes kein Kavaliersdelikt darstellt und gerade ihm als Geschäftsführer zum Verhängnis werden konnte. Von daher erscheint es durchaus als naheliegend, dass er mit seinem Hinweis den Sprachgebrauch nach aussen klarstellen wollte. Aus der fehlenden Reaktion G._____s kann nichts geschlossen werden. Wenn allen klar war, dass es nicht um ein reales Geschäft ging, bestand für ihn kein Anlass, schriftlich zu remonstrieren. Das ist bei dubiosen Geschäften erfahrungsgemäss unüblich. Auch fiel die Reaktion C._____s - gesetzt den Fall, L._____ habe Unsinn verbreitet - erstaunlich milde aus. Als normale Reaktion wäre unter besagten

Umständen eine formelle und scharfe Rüge notwendig gewesen. g) Das Besprechungsprotokoll (act. 10/5) macht zumindest glaubhaft, dass G._____ sich in der darin festgehaltenen Weise geäußert hat (vgl. sub 6.4 oben). Zugunsten der Klägerin können seine Angaben nicht herangezogen werden. Seine Behauptung, das J._____ - Geschäft sei ein "Fakeauftrag" gewesen, erscheint aufgrund der erwähnten Umstände als glaubhaft. Ihre Behauptung, G._____ habe die Ware für eine Outletverwendung vorgesehen, hat die Klägerin nicht glaubhaft gemacht. G._____ wird auch nicht durch act. 13/3 als Lügner entlarvt. Bei dem dort festgehaltenen Mailverkehr ging es um die Rechnungsadresse ("Adresse für die Faktura"). Ob die Rechnung dem G._____ tatsächlich zuging, was er offenbar bestritten hat (vgl. act. 10/5 S. 3), ist damit noch nicht belegt. Es handelt sich zu- dem um einen eher unwesentlichen Punkt. h) Der Umstand, dass die Beteiligten (insbesondere C._____ und G._____) schon im Jahre 2008 mindestens über ein Scheingeschäft verhandelten, stellt ein Indiz dafür dar, dass die Idee spätestens im Jahre 2010 umgesetzt wurde. i) Zusammengefasst ist glaubhaft gemacht, dass das J._____ -Geschäft ein Scheingeschäft war. Der Zweck kann dabei nur gewesen sein, den Jahresabschluss des Geschäftsjahres 2009/2010 zu schönen, d.h. einen höheren Ertrag auszuweisen als er in Wirklichkeit bestand. C._____ hat dieses Geschäft initiiert bzw. mindestens genehmigt.

- 13 -

E. 9

Es sind die Rechtsfolgen des glaubhaft gemachten Sachverhaltes zu bestimmen.

E. 9.1

Ziff. 10.5 des Aktienkaufvertrages (act. 3/2) enthält eine Vereinbarung der Aktionäre der E1._____ Holding AG (zum Wortlaut siehe sub 2.2 oben). Es handelt sich um einen Aktionärbindungsvertrag (ABV; zum Begriff BSK OR II - Baudenbacher, Art. 620 N 36). 9.2a) Es fragt sich, in welchem Verhältnis der ABV zum Aktienkaufvertrag steht. Dabei sind zwei Varianten denkbar: Der ABV wird als selbständiger Vertrag gesehen oder es liegt ein zusammengesetzter Vertrag vor. Dabei kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Parteien (wie vorliegend) ein Vertragsdokument oder mehrere verwendet haben. b) In der Lehre findet sich die Wendung, dass von einer Vertragsverbindung oder einem zusammengesetzten Vertrag auszugehen sei, wenn mindestens zwei (grundsätzlich) rechtlich selbständige Verträge funktionell derart verbunden seien, dass die Wirksamkeit oder Durchführbarkeit des einen Vertrages Geschäftsgrundlage (condicio sine qua non) für das (unveränderte) Weiterbestehen des anderen bildet oder zumindest der eine Vertrag der entscheidende Beweggrund für den Abschluss des anderen ist (Kramer, Berner Kommentar, Art. 19 - 20 OR, N 64). In 4C.288/2001 vom 16. Januar 2002 hielt das Bundesgericht fest, den zusammengesetzten Vertrag präge, dass "zwei selbständige, gleichzeitig abgeschlossene Verträge in der Weise miteinander verbunden sind, dass diese sich wie Leistung und Gegenleistung im Austauschvertrag gegenüberstehen" (E. 2; bzgl. späterer Entscheide vgl. BGE 131 III 528, BGer 4C.373/2006 vom 29. Januar 2007; auf BGer 4C.288/2001 verweisend auch Gauch, Der Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich 2011, Nr. 329). c) Der von den Parteien geschlossene Vertrag (act. 3/2) enthält schwergewichtig Regelungen betreffend den Aktienkauf (Präambel, Vertragsziffern 1 - 9, 12).

- 14 - Diesbezüglich standen sich Leistungen und Gegenleistungen (im Kern Aktienübertragung und Zahlung) gegenüber. Gleiches gilt für den ABV (act. 3/2 Ziff. 10.5): Recht der Klägerin auf Bezeichnung von zwei Mitglieder, Bestimmung der restlichen Mitglieder und des VR-Präsidenten durch die Beklagte. Auch hier stehen sich Leistungen gegenüber. Es ging also jeweils um unterschiedliche Leistungen und Gegenleistungen. Von daher spricht nichts dafür, anzunehmen, der Abschluss des ABV sei *condicio sine qua non* für den Aktienkauf bzw. -verkauf gewesen. Diese Einschätzung wird noch verstärkt durch die in der Präambel des Kaufvertrages festgehaltene Sanierungsbedürftigkeit der E.____ Gruppe. Die Klägerin war offensichtlich dringend auf einen neuen Geldgeber in Bezug auf die E.____ Gruppe angewiesen. Von daher spricht die Vermutung dafür, sie hätte auch ohne die Zusicherung von Verwaltungsratssitzen den Kaufvertrag abgeschlossen. Deshalb ist davon auszugehen, dass dem ABV eine selbständige Bedeutung zukommt, d.h. insbesondere, dass über seine Auflösung unabhängig vom Bestehen bzw. Schicksal des Kaufvertrages entschieden werden kann. Dass er vom Abschluss des Kaufvertrages abhing, entspricht der Natur der Sache, führt aber zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Der ABV ist als Zusatzvereinbarung anzusehen und nicht als unabdingbarer Bestandteil des Kaufvertrages.

E. 9.3

Der ABV wird von einem Teil der Lehre als einfache Gesellschaft gesehen (vgl. den Hinweis bei Baudenbacher, a.a.O.). Nach wohl überwiegender Ansicht kann es sich auch um ein Schuldverhältnis handeln, dann allerdings um ein Dauerschuldverhältnis (vgl. zur Definition des Dauerschuldverhältnisses Gauch/ Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Nrn. 263, 94). Eine einfache Gesellschaft darf aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden (Art. 546 Abs. 2 OR), in gravierenden Fällen fristlos und ohne Klage (BSK OR II - Staehelin, Art. 545/546, N 29). Das Recht zur Auflösung aus wichtigem Grund gilt gemäss ständiger Rechtsprechung auch für Dauerschuldverhältnisse (BGer 4A_87/2010 E. 3.2 mit diversen Hinweisen). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur aus wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten (BGer 4A_87/2010 E. 3.2).

E. 9.4

Die Klägerin hat sich das Verhalten ihres Organes C.____ anrechnen zu lassen (Art. 55 ZPO). Dies gilt noch verstärkt, weil die Klägerin von C.____ beherrscht wird. C.____ war Verwaltungsrat und Geschäftsführer der E.____ AG. In dieser Funktion hatte er seine Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren (Art. 717 OR). Zu den wichtigen und unentziehbaren Aufgaben des (Gesamt-) Verwaltungsrates gehört die Erstellung des Geschäftsberichtes (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Dieser umfasst die Jahresrechnung (Art. 662 OR), welche die Vermögens- und Ertragslage möglichst zuverlässig darstellen soll (Art. 662a OR). Es ist klar, dass eine manipulierte Jahresrechnung, insbesondere im beschönigenden Sinne, die Gesellschaft schwer schädigen und ihren Ruf beeinträchtigen kann. Als Folge von Manipulationen sind zudem Verantwortlichkeitsansprüche denkbar, welche nicht nur vorsätzlich handelnde Organe treffen können. Deshalb wird durch solche Verhaltensweisen auch die gebotene Kollegialität im Verwaltungsrat und aus Sicht der Revisionsstelle die Verlässlichkeit

negativ tangiert. Die Beklagte darf für sich einen irreparablen Vertrauensverlust gegenüber C._____ in Anspruch nehmen.

E. 9.5

Aufgrund des glaubhaft erscheinenden Sachverhaltes erscheint es glaubhaft, dass C._____ bezüglich seiner Funktion als Organ der E._____ AG eine schwere Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht vorzuwerfen ist (Art. 717 OR). Es ist vorläufig davon auszugehen, dass er bewusst ein fiktives Geschäft verbuchen liess, um die Jahresrechnung zu beschönigen. Deshalb ist es der Beklagten wegen des Vertrauensverlustes nicht nur nicht zumutbar, ihn weiterhin im Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG zu dulden; es ist ihr auch nicht zumutbar, weiterhin von der Klägerin vorgeschlagene Vertreter in den Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG zu wählen, weil diese von C._____ bestimmt würden. Von daher ist das wahrscheinliche Bestehen eines wichtigen Grundes und damit die Berechtigung zur fristlosen Auflösung des ABV zu bejahen. Damit fehlt es an einer glaubhaft gemachten Rechtsgrundlage für das Massnahmebegehren. Dieses ist abzuweisen.

E. 9.6

Auf die weiteren Vorwürfe der Beklagten bzw. die weiteren von ihr geltend gemachten Rechtsgründe ist nicht mehr einzugehen. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der klägerische Vorwurf eines Komplottes durch die vorgelegten Urkunden nicht glaubhaft gemacht wurde.

E. 10

Die gerichtliche Streitwertschätzung von CHF 100'000 blieb unstrittig. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig.

E. 11

Einer ausdrücklichen Aufhebung der superprovisorischen Anordnung bedarf es nicht. Diese fällt mit dieser Entscheidung eo ipso dahin, vorbehaltlich der Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch das Bundesgericht. Der Einzelrichter erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.