

ZH_HANDELSGERICHT HE230077 vom 22. Dezember 2023

Zh Handelsgericht, 2023-12-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE230077

FR: ZH_HANDELSGERICHT HE230077 du 22 décembre 2023

IT: ZH_HANDELSGERICHT HE230077 del 22 dicembre 2023

Erwägungen

E. 2

Es sei die Gesuchstellerin als Sachwalterin für die Gesuchsgegnerin einzusetzen. Andernfalls sei der Gesuchstellerin Gelegenheit zu geben, sich zur Person des Sachwalters vor dessen Bestellung zu äussern.

E. 3

Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzergebnisses 2022

E. 3.1

Mit Eingabe vom 1. Juli 2023 (Datum Poststempel) mitsamt Beilagen (act. 1; act. 3/2-38) stellte die Gesuchstellerin ein Gesuch betreffend Behebung von Orga-

- 4 - nisationsmängeln der Gesuchsgegnerin mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Mit Eingabe vom 26. Juli 2023 mitsamt Beilagen (act. 11; act. 12/1-55) erstattete der spätere Nebenintervenient namens der Gesuchsgegnerin eine Gesuchsantwort. Darin beantragte die Gesuchsgegnerin im Wesentlichen die Gesuchsabweisung. Am 29. August 2023 fand eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich welcher mit der Gesuchstellerin und dem Nebenintervenienten mögliche Lösungen erörtert wurden. Zur angestrebten Unterzeichnung einer Vereinbarung bezüglich eines dem Gericht zu unterbreitenden gemeinsamen Vorschlags seitens der Gesuchstellerin und des Nebenintervenienten kam es jedoch nicht. Für Einzelheiten wird auf die Verfügung vom 18. September 2023 (act. 29) verwiesen.

E. 3.2

Mit besagter Verfügung vom 18. September 2023 (act. 29) erwog das Gericht, dass die Gesuchsgegnerin einen Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b Abs. 1 OR aufweise. Zunächst habe sie keinen Verwaltungsrat. Vor allem aber liege ihr Grundproblem darin, dass sich die Gesuchstellerin und der Nebenintervenient den Aktienbestand hälftig teilten, diese aber seit einiger Zeit zerstritten seien, was ein Agieren der Generalversammlung nicht mehr zulasse. In ebendieser andauernden Pattsituation innerhalb des Aktionariats liege der eigentliche Organisationsmangel, den es zu beheben gelte (E. 5). Nachdem in der Verfügung andere Lösungsansätze infolge mangelnder Eignung zur Behebung dieser Pattsituation innerhalb des Aktionariats (Massnahmen zur Bestellung des Verwaltungsrats) oder fehlender Verhältnismässigkeit (direkte Auflösung der Gesellschaft) verworfen worden waren, wurde als vernünftigste Lösung der Verkauf der Beteiligung durch ein Mitglied des Aktionariats an das andere erachtet, zumal dieser Lösungsvorschlag anlässlich der Instruktionsverhandlung von ihnen beiden als grundsätzlich vorstellbar aufgenommen worden war sowie der Nebenintervenient der Gesuchstellerin in der Vergangenheit bereits entsprechende Vorschläge unterbreitet hatte.

Entsprechend sei eine Versteigerung der Aktien unter den Mitgliedern des Aktionariats anzuordnen (E. 6). Betreffend die Ausgestaltung der Versteigerung wurde festgehalten, dass ein durch den Nebenintervenienten zu stellendes Kauf-Verkauf-Gebot als situationsangepasstes Vorgehen erscheine, zumal dieses Vorgehen anlässlich der Instruktions-

- 5 - verhandlung von der Gesuchstellerin als einzige vorstellbare Lösung und auch vom Nebenintervenienten als mögliche Lösung angesehen worden war. Mithin sei der Nebenintervenient zu verpflichten, einen Preis in Schweizer Franken für 50% der Aktien zu stellen, hernach es an der Gesuchstellerin liegen werde, innert einer noch anzusetzenden Frist zu erklären, ob sie zu diesem Preis verkaufe oder kaufe. In einem weiteren Schritt würden die Mitglieder des Aktionariats verpflichtet, den Kauf innert einer noch anzusetzenden Frist durch Bezahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien zu vollziehen (E. 7.2). Schliesslich sei der Besonderheit des vorliegenden Falls, dass ein wesentlicher Teil des Interesses beider Mitglieder des Aktionariats an ihrer Beteiligung an der Gesuchsgegnerin darin liege, dass sie mit der Bezahlung einer Auskaufsumme durch die Vermieterin der Gesuchsgegnerin rechneten, wozu gegenwärtig Verhandlungen liefen, Rechnung zu tragen. Diese Aussicht auf einen Anteil an dieser Auskaufsumme sei erst dann mittels einer Zahlung seitens des kaufenden an das verkaufende Mitglied des Aktionariats abzugelten, wenn die Vermieterin auch tatsächlich eine Auskaufsumme bezahle. Die Höhe dieser Zahlung sei dann in Relation zur tatsächlichen Auskaufsumme zu bestimmen. Daher sei der Nebenintervenient zu verpflichten, im Rahmen seines Kauf-Verkauf-Angebots nebst dem Preis für 50% der Aktien auch einen Prozentanteil an einer allfälligen von der Vermietern der Gesuchsgegnerin zu zahlenden Brutto-Auskaufsumme anzugeben. Im Zeitpunkt des allfälligen Auskaufs der Gesuchsgegnerin durch ihre Vermieterin werde eine entsprechende zusätzliche Zahlung des kaufenden an das verkaufende Mitglied des Aktionariats fällig werden. Die entsprechende Verpflichtung des kaufenden gegenüber dem verkaufenden Mitglied des Aktionariats werde nach dem Verkauf- oder Kaufentscheid der Gesuchstellerin festzusetzen sein (E. 7.4). Demgegenüber erwog das Gericht hinsichtlich der Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritten (gemäss vorhandenen Abschlüssen seitens des Nebenintervenienten von ungefähr CHF 1 Mio. und seitens der Gesuchstellerin von ungefähr CHF 70'000.-), dass diese einem Kauf der Gesuchsgegnerin durch das eine oder andere Mitglied des Aktionariats nicht entgegenstünden. Daher sei von gerichtli-

- 6 - chen Anordnungen hinsichtlich der Rangrücktritte bzw. Aktionärsdarlehen abzusehen (E. 7.5). Dementsprechend verpflichtete das Gericht den Nebenintervenienten, ein "Angebot an die Gesuchstellerin für die Übernahme der von ihr gehaltenen Aktien der Gesuchsgegnerin, umfassend: einerseits die Nennung eines Betrags in Schweizer Franken, zu bezahlen Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien; und andererseits die Nennung eines Prozentsatzes bezüglich einer allfälligen Summe (brutto), welche die Vermieterin (derzeit: E._____) der Gesuchsgegnerin für die Rückgabe des Mietobjekts vor Ablauf der vertraglichen Mietdauer bezahlen wird, zu bezahlen umgehend nach Auszahlung dieser Summe" einzureichen (Dispositiv-Ziff. 1a). Vor dem Hintergrund, dass die Gesuchstellerin eine Informationsasymmetrie geltend machte, und angesichts der diesbezüglichen gesetzlichen Pflichten verpflichtete das Gericht den Nebenintervenienten zudem, den Geschäftsbericht der Gesuchsgegnerin für das Geschäftsjahr 2022 einzureichen (E. 7.3; Dispositiv-Ziff. 1b). In der Erwägung, dass die Geltendmachung des prozentualen Anspruchs hinsichtlich der Auskaufsumme die Kenntnis der entsprechenden

Vereinbarung zwischen der Gesuchsgegnerin und ihrer Vermieterin voraussetzen werde, verpflichtete das Gericht sodann die Gesuchsgegnerin zur diesbezüglichen Information des verkau- fenden Mitglieds des Aktionariats und zur entsprechenden Instruktion der von ihr mit den Verhandlungen betrauten Rechtsvertretung (E. 7.4; Dispositiv-Ziff. 2-3).

E. 3.3

Mit Eingabe vom 7. Oktober 2023 (act. 31) reichte der Nebenintervenient ein erstes Angebot ein. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2023 (act. 33) erwog das Ge- richt, dass jenes Angebot hinsichtlich des Prozentsatzes bezüglich einer allfälligen Brutto-Auskaufsumme (zweiter Spiegelstrich von Dispositiv-Ziff. 1a der Verfügung vom 18. September 2023), für den der Nebenintervenient auf eine beigelegte "Be- teiligungstabelle" (act. 32/72) verwies, gemäss der er abgestufte Prozentsätze in Ab- hängigkeit von der Höhe der allfälligen Brutto-Auskaufsumme bot, nicht zu bean-

- 7 - standen sei. Demgegenüber sei das Angebot hinsichtlich des Betrags in Schweizer Franken, zu bezahlen Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien (erster Spiegel- strich von Dispositiv-Ziff. 1a der Verfügung vom 18. September 2023) unklar. Denn es beinhalte neben dem Angebot eines Kaufpreises für die Aktien von CHF 1.– zusätzliche "Parameter" (Rückzahlung Aktionärsdarlehen, Tilgung COVID-Kredite, Rückzahlung Aktionärskontokorrente), die nicht Gegenleistungen des Nebeninter- venienten für den Aktienkauf enthielten und zudem nicht der Verfügung vom 18. September 2023 entsprächen, wonach das Angebot (nebst dem prozentualen Angebot bezüglich der Brutto-Auskaufsumme) lediglich einen Betrag in Schweizer Franken und damit keine anderweitigen Verpflichtungen, Bedingungen oder Aufla- gen zu umfassen habe. Daher wären diese zusätzlichen "Parameter" unbeachtlich, mithin nicht Teil des Kauf-Verkauf-Gebots. Vor diesem Hintergrund wurde dem Ne- benintervenienten eine Nachfrist angesetzt, "um entweder zu erklären, dass das von ihm gemäss Dispositiv-Ziff. 1.a) der Verfügung vom 18. September 2023 zu stellende Angebot einerseits aus dem Betrag von CHF 1, zu bezahlen Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien, und anderer- seits in den abgestuften Prozentsätzen gemäss "Beteiligungstabelle" (act. 32/72) besteht, oder aber um ein angepasstes, mit der genannten Dispositiv-Ziff. konformes Angebot zu unterbreiten."

E. 3.4

Mit Eingabe vom 19. Oktober 2023 (act. 35) machte der Nebenintervenient geltend, ein nachgebessertes Angebot einzureichen. Mit Verfüg- ung vom 23. Okto- ber 2023 (act. 37) wurde erwogen, der Nebenintervenient biete an, "die Aktien der Gesuchstellerin zum Betrag von CHF 1.00 zu erwerben". Hierauf sei abzustellen. Der ange- botene Betrag in Schweizer Franken, zu bezahlen Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien (erster Spiegelstrich von Dispositiv-Ziff. 1a der Verfüg- ung vom 18. Sep- tember 2023), sei also CHF 1.–. Hinsichtlich der weiteren Ausführungen des Ne- benintervenienten, wonach er gleichzeitig der Gesuchstellerin ihr Darlehen gegen- über der Gesuchsgegnerin abkaufe und wonach der Kaufpreis für die Aktien dem- nach zwei Komponenten enthalte, nämlich eine Zahlung für die Aktien und eine weitere für die Ablösung des Aktionärsdarlehens, erwog das Gericht, dass der Kauf der Darlehensforderung des jeweiligen Gegenübers nicht Gegenstand dieses Ver- fahrens sei. Deshalb sei der Nebenintervenient auch nicht verpflichtet worden, ein Angebot für den Kauf einer Darlehensforderung abzugeben (sondern vielmehr ein solches für den Kauf der Aktien). Hinzu komme, dass die

Aktionärsdarlehen nicht

- 8 - Verfahrensthema gewesen seien, weshalb eine gerichtliche Anordnung betreffend den Kauf dieser Darlehensforderungen die Gefahr bergen würde, nicht mit der Sach- und Rechtslage rund um diese vereinbar zu sein. Daher sei der Kauf der Darlehensforderung des ausscheidenden Mitglieds des Aktionariats nicht Teil des Kauf-Verkauf-Angebots. Das Angebot des Nebenintervenienten von CHF 1.– stehe deshalb ohne diese zusätzliche Komponente. Hinsichtlich des Prozentsatzes bezüglich einer allfälligen Brutto-Auskaufsumme (zweiter Spiegelstrich von Dispositiv- Ziff. 1a der Verfügung vom 18. September 2023) bleibe es gemäss den Ausführungen des Nebenintervenienten bei den abgestuften Prozentsätzen gemäss der "Beteiligungstabelle" (act. 32/72). Dem Gesagten entsprechend verpflichtete das Gericht die Gesuchstellerin, zu erklären, "ob sie zum Angebot von einerseits CHF 1.–, zu bezahlen Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien; und andererseits einem Prozentsatz bezüglich einer allfälligen Auskaufsumme (brutto), welche die Vermieterin (derzeit: E. _____) der Gesuchsgegnerin für die Rückgabe des Mietobjekts vor Ablauf der vertraglichen Mietdauer bezahlen wird, zu bezahlen umgehend nach Auszahlung dieser Summe, in der Höhe von [Auflistung der Prozentsätze und Schwellenwerte gemäss der "Beteiligungstabelle" (act. 32/72)] sämtliche von ihr gehaltenen Aktien der Gesuchsgegnerin [...] an den Nebenintervenienten verkauft oder sämtliche vom Nebenintervenienten gehaltene Aktien der Gesuchsgegnerin [...] kauft."

E. 3.5

Für Einzelheiten wird auf die bisher ergangenen Verfügungen verwiesen, insbesondere diejenige vom 18. September 2023 (act. 29), in der die anzuordnenden Massnahmen erwogen und skizziert wurden. 4. Jüngste Eingaben der Gesuchstellerin und des Nebenintervenienten

E. 4

Der gemäss Ziff. 1 hiervor eingesetzte Sachwalter sei zu beauftragen, die ausserordentliche Generalversammlung, inkl. Traktanden und Beschlussanträge, unter Angabe von Zeit und Ort per eingeschriebenem Brief und E-Mail an die Aktionäre einzuberufen. Der Ort ist durch den Sachwalter zu bezeichnen. Der Sachwalter sei mit der Durchführung und Protokollierung der Generalversammlung zu beauftragen.

E. 4.1

Mit Eingabe vom 23. November 2023 mitsamt Beilagen (act. 40; act. 41/1-2) erklärt die Gesuchstellerin, sämtliche vom Nebenintervenienten gehaltenen Aktien der Gesuchsgegnerin entsprechend den in der Verfügung vom 23. Oktober 2023 genannten Bedingungen zu kaufen (act. 40 S. 2). Sodann stellt sie diverse Anträge namentlich hinsichtlich des Vollzugs der Aktienübertragung sowie hinsichtlich einer Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, ihre letzte Jahresrechnung einer eingeschränkten Revision zu unterziehen (act. 40 S. 2 f.). Zur Begründung führt sie an, dass angesichts des bisherigen Verhaltens des Nebenintervenienten absehbar sei, dass dieser die von ihm gehaltenen Aktien trotz Vorliegens einer gerichtlichen An-

- 9 - ordnung nicht von sich aus übertragen werde. Daher seien Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen und habe das Gericht im Erledigungsentscheid auch das zur Abwicklung nötige Verfügungsgeschäft zu vollziehen. Namentlich solle die Zessionserklärung des Nebenintervenienten durch das Urteil ersetzt und gegenüber der

Gesuchsgegnerin die Eintragung der Gesuchstellerin im Aktienbuch angeordnet werden (act. 40 Rz. 2 ff.). Eventualiter seien subsidiäre Anordnungen zu treffen (act. 40 Rz. 6 ff.). Bezüglich der Jahresrechnung 2022 weise diese einen Kapitalverlust sowie eine Überschuldung aus, für welchen Fall das OR zwingend eine eingeschränkte Prüfung der jeweiligen Geschäftsabschlüsse durch einen befähigten Revisor vorsehe. Diese sei noch nicht erfolgt. Die Gesuchsgegnerin sei daher vom Gericht zu verpflichten, ihre Jahresrechnung 2022 einer solchen Prüfung zu unterziehen (act. 40 Rz. 9 ff.).

E. 4.2

Mit Verfügung vom 30. November 2023 (act. 42) wurde die Eingabe der Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin und dem Nebenintervenienten zugestellt und Letzterem Frist angesetzt, sich hierzu zu äussern. Innert erstreckter (act. 44) Frist erstattete der Nebenintervenient mit Eingaben jeweils vom 21. Dezember 2023 mit Beilagen ein Gesuch um Wiedererwägung (act. 46; act. 47) sowie eine Stellungnahme (act. 48; act. 49/74-78). Diese sind der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin mit vorliegendem Entscheid zuzustellen. Mit dem Wiedererwägungsgesuch (act. 46) begehrt der Nebenintervenient, dass die Verfügung vom 18. September 2023 dahingehend in Wiedererwägung zu ziehen sei, "dass das [...] Angebot des Nebenintervenienten vollumfänglich wie folgt zugelassen wird: Kaufpreis Aktienpaket CHF 1.00 Sofortige Rückzahlung des Aktionärsdarlehens der Gesuchstellerin in der Höhe von CHF 70'000.00 Sofortige Tilgung der Covid-Kredite in der Höhe von CHF 79'400.00 Eventualiter begehrt er, ihm sei Frist zur Nachbesserung seines Angebots anzusetzen (zum Ganzen act. 46 S. 2).

- 10 - Zur Begründung führt er zunächst ein Schreiben der Vermieterin an die Gesuchsgegnerin vom 25. Oktober 2023 (act. 49/74) an. Darin habe Erstere der Letzteren einen Auszug aus der Mieträumlichkeit per 31. Juli 2028 vorgeschlagen und für diesen Fall die Bezahlung einer Auskaufsumme von CHF 1 Mio. angeboten (act. 46 Rz. 12; act. 48 Rz. 9). Dieses Schreiben sei ein Novum, das die Ausgangslage wesentlich verändere (act. 46 Rz. 20; act. 48 Rz. 17). Es habe zur Folge, dass die Person, die die Gesuchsgegnerin übernehme, sicherstellen müsse, dass diese ihr Geschäft weiterführe und bis 2028 "überlebe" (act. 46 Rz. 16, 22; act. 48 Rz. 19, 26). Hierzu sei die Gesuchstellerin nicht in der Lage bzw. nicht Willens (act. 46 Rz. 17, 23 ff.; act. 48 Rz. 15, 19 ff.). Zudem würde mit Übernahme der Gesuchsgegnerin durch die Gesuchstellerin der Rangrücktritt auf seinem Aktionärsdarlehen entfallen, das er vorsorglich bereits gekündigt habe. Die Gesuchstellerin könne den Weiterbestand der Gesuchsgegnerin nur sicherstellen, indem sie dieses Darlehen zurückbezahle. Die Gesuchstellerin habe sich aber bis anhin nicht dazu geäußert, wie sie die Bedienung der Schuldpflichten der Gesuchsgegnerin bewerkstelligen wolle (act. 46 Rz. 18 f.; act. 48 Rz. 13 f.). Der Organisationsmangel der Gesuchsgegnerin sei nicht gelöst, wenn nur die Aktien dem einen oder anderen Mitglied des Aktionariats zugeteilt würden. Vielmehr gehe es um die Sicherstellung des Fortbestands der Gesuchsgegnerin und der Arbeitsplätze sowie die Entflechtung der Aktionäre. Beides werde aber mit dem Angebot gemäss der Verfügung vom 18. September 2023 nicht erreicht (act. 46 Rz. 30 f.; act. 48 Rz. 27). Sodann betrage sein Aktionärsdarlehen nachweislich CHF 1.1 Mio. Hingegen habe die Gesuchstellerin lediglich ein Aktionärsdarlehen von CHF 70'000.– eingebracht, sodass ihr bei einer Liquidation nichts zustehen würde (act. 46 Rz. 26 f.; act. 48 Rz. 11, 23 ff.). Die Höhe der Aktionärsdarlehen sei entgegen den gerichtlichen Erwägungen dokumentiert und teils unbestritten, und es

hätte dem Gericht infolge der gerichtlichen Fragepflicht obliegen, die Darlehensverträge einzufordern (act. 46 Rz. 15, 32; act. 48 Rz. 11, 29). Das vorliegende Organisationsmängelverfahren er- mögliche es der Gesuchstellerin nun aber, mehr zu erhalten, als ihr bei einer Liqui- dation zustehen würde, was rechtsmissbräuchlich sei (act. 46 Rz. 28; act. 48 Rz. 25). Sein Angebot habe alle diese Aspekte berücksichtigt und eine vollständige Entflechtung angestrebt (act. 46 Rz. 36; act. 48 Rz. 29, 33). Allerdings sei dieses

- 11 - mit Verfügung vom 23. Oktober 2023 gekürzt und seien wichtige Nebenpunkte gestrichen worden, wodurch eine Entflechtung der Aktionäre nicht mehr erreicht werden könne (act. 46 Rz. 33; act. 48 Rz. 30). Schliesslich seien auch die Interessen der Gesuchsgegnerin zu berücksichtigen, die nur weiterexistieren könne, wenn ihre Schulden zurückgeführt würden (act. 46 Rz. 37). In der Stellungnahme (act. 48) begehrt der Nebenintervenient die gerichtliche Fest- stellung, dass das Angebot der Gesuchstellerin ungültig sei und daher ein Verkauf an diese nicht zustande komme. Eventualiter sei die Gesuchstellerin zu verpflich- ten, das Darlehen des Nebenintervenienten mittels einer durch die Gesuchstellerin persönlich sichergestellten Bankgarantie in der Höhe von CHF 1'100'000.– mit ei- ner Laufzeit von fünf Jahren sicherzustellen (act. 48 S. 2). Zur Begründung führt er an, die Gesuchstellerin nehme zwar mit ihrer Eingabe vom 23. November 2023 das Angebot an, verbinde den Kauf der Aktien aber mit Bedingungen, namentlich be- treffend die Übertragung des Aktienbuchs und der Aktien sowie die Abgabe eines revidierten Jahresabschlusses (act. 48 Rz. 2 ff.). Sollten aber Anträge zum Vollzug der Aktienübertragung möglich sein, beantrage er, dass sein Guthaben durch die Gesuchstellerin sicherzustellen sei (act. 48 Rz. 8). Die Gesuchstellerin sei wohl nicht in der Lage, das finanzielle Überleben der Gesuchsgegnerin zu sichern. Mit der Sicherstellung sei zu verhindern, dass die Gesuchstellerin die Gesuchsgegne- rin übernehme, um sie dann "an die Wand zu fahren" (act. 48 Rz. 15). Darüber hinaus gibt die Stellungnahme diverse Vorbringen wieder, die auch im Wiedererwägungs- gesuch enthalten sind (dazu soeben).

E. 4.3

Würdigung Die beiden Eingaben des Nebenintervenienten vom 21. Dezember 2023 ändern nichts an den bisherigen Anordnungen des Gerichts. Was das Wiedererwägungsgesuch betrifft, läuft dieses im Wesentlichen darauf hin- aus, dass der Nebenintervenient erneut das Angebot mit zusätzlichen "Parametern" zu unterbreiten sucht, das er bereits mit seiner Eingabe vom 7. Oktober 2023 ein- gereicht hat (act. 31). In der Verfügung vom 12. Oktober 2023 (act. 33; vorne E. 3.3) wurde aber ausgeführt, warum diese zusätzlichen "Parameter" nicht beacht-

- 12 - lich sind. Zudem wurde schon in der Verfügung vom 18. September 2023 erwogen, dass die Aktionärsdarlehen einem Kauf der Gesuchsgegnerin durch das eine oder andere Mitglied des Aktionariats nicht entgegenstünden, weshalb von diesbezügli- chen Anordnungen abzusehen sei (vorne E. 3.2). Damit hat es sein Bewenden. Insbesondere führt auch das Schreiben der Vermieterin der Gesuchsgegnerin vom 25. Oktober 2023 nicht zu einem anderen Schluss. Dieses Schreiben ist zunächst ohnehin ein Novum, was der Nebenintervenient im Übrigen selbst geltend macht (act. 46 Rz. 20). Dieses ist nicht rechtsgenügend in dieses Verfahren eingebracht worden und deshalb unbeachtlich: Wenn kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, tritt der Aktenschluss im summarischen Verfahren nach einmaliger Äusse- rungsmöglichkeit ein (BGE 144 III 117 E. 2.2; BGE 146 III 237 E. 3.1). Daher sind später vorgebrachte Tatsachenbehauptungen und Beweismittel

nur unter den Voraussetzungen von Art. 219 i.V.m. Art. 229 Abs. 1 ZPO beachtlich. Dies bedeutet insbesondere, dass sie nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden. Als Faustregel gilt eine Frist von zehn Tagen (KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 10; siehe auch Urteil des BGer 5A_451/2020 vom 31. März 2021 E. 3.1.1). Soweit eine Partei Noven geltend machen will, muss sie darlegen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 229 N 10). Das fragliche Schreiben datiert vom 25. Oktober 2023, ist mithin schon knapp zwei Monate alt (act. 49/74). Daher wurde das Schreiben nicht ohne Verzug eingereicht, zumal der Nebenintervenient auch nichts Gegenteiliges darlegt. Aber auch unabhängig von seiner prozessrechtlichen Zulässigkeit würde das Schreiben nichts an den bisherigen Erwägungen und Anordnungen ändern. Die Bezahlung einer Auskaufsumme stand stets im Raum und entsprechend wurde ihr bei der Ausgestaltung der Versteigerung Rechenschaft getragen. Diesbezüglich ist zu betonen, dass das Gericht auch keineswegs, wie der Nebenintervenient impliziert (act. 46 Rz. 20; act. 48 Rz. 17), davon ausging, dass die Bezahlung einer Auskaufsumme bald erfolgen würde. Vielmehr war stets (und ist auch heute noch) ungewiss, ob überhaupt eine solche Zahlung erfolgen wird (vgl. nur act. 29 E. 7.4).

- 13 - Damit war auch klar, dass das übernehmende Mitglied des Aktionariats die Gesuchsgegnerin nötigenfalls weiterzuführen haben würde. Was sodann die Ausführungen des Nebenintervenienten zu den Aktionärsdarlehen betrifft, macht er keine entscheiderelevanten neuen Vorbringen. Diesbezüglich sei auf die bisherigen Verfügungen verwiesen. In diesen wurde namentlich erwogen, dass der zu behebbende Organisationsmangel in einer Pattsituation innerhalb des Aktionariats der Gesuchsgegnerin liege, dass die Aktionärsdarlehen einem Kauf der Gesuchsgegnerin durch ein Mitglied des Aktionariats nicht entgegenstünden, mithin von diesbezüglichen gerichtlichen Anordnungen abzusehen sei (vorne E. 3.2), und dass eine vollständige Entflechtung zwar wünschenswert wäre, sie aber über den Rahmen des vorliegenden Verfahrens hinausgehen würde (act. 37 E. 3.1). Vor diesem Hintergrund ist das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen. Auch besteht kein Grund, dem Nebenintervenienten erneut Frist anzusetzen, um sein Angebot nachzubessern. Ebendies geschah bereits mit Verfügung vom 12. Oktober 2023 (act. 33), woraufhin der Nebenintervenient die Eingabe vom 19. Oktober 2023 (act. 35) einreichte (vorne E. 3.3-3.4). Auch das Vorbringen in der Stellungnahme des Nebenintervenienten, das Angebot der Gesuchstellerin sei ungültig, überzeugt nicht. Die Gesuchstellerin gab in ihrer Eingabe die anordnungsgemässe (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 23. Oktober 2023 [act. 37]), unmissverständliche Erklärung ab, die Aktien des Nebenintervenienten zu den in der Verfügung vom 23. Oktober 2023 genannten Bedingungen zu kaufen (act. 40 S. 2). Dass die Gesuchstellerin hinsichtlich des Vollzugs dieses Erwerbsgeschäfts die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen i.S.v. Art. 335 ff. ZPO beantragt, ist nicht zu beanstanden. Diese Anträge ändern nichts an ihrer Käuferklärung, zumal die Gesuchstellerin jene auch nicht von der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen abhängig macht. Letzteres gilt auch für ihren Antrag bezüglich Revision der Jahresrechnung 2022, der ohnehin abzuweisen ist (hinten E. 7). Nach dem Gesagten ist das Begehren in der Stellungnahme des Nebenintervenienten, wonach die Ungültigkeit des Angebots der Gesuchstellerin und das Nichtzustandekommen eines Verkaufs an diese festzustellen sei, abzuweisen.

- 14 - Was schliesslich das Eventualbegehren in der Stellungnahme des Nebenintervenienten betrifft, wonach die Gesuchstellerin zur Sicherstellung seiner Darlehensforderung zu verpflichten sei, geht dieser über den Vollzug des Erwerbsgeschäfts hinaus. Vielmehr verlangt er damit die Anordnung einer zusätzlichen materiellen Verpflichtung hinsichtlich der Aktionärsdarlehen zulasten der Gesuchstellerin. Diese Aktionärsdarlehen sind aber, wie bereits mehrfach ausgeführt, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die verlangte Sicherstellungspflicht würde denn auch keinen Beitrag zur Behebung der Pattsituation im Aktionariat der Gesuchsgegnerin leisten. Entsprechend ist keine solche Verpflichtung anzuordnen und das Begehren des Nebenintervenienten abzuweisen. 5. Anordnung des Kaufs der Aktien des Nebenintervenienten durch die Gesuchstellerin und Vollstreckungsmassnahmen Wie bereits erwähnt, erklärte die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 23. November 2023, die Aktien des Nebenintervenienten zu den in der Verfügung vom 23. Oktober 2023 genannten Bedingungen zu kaufen (act. 40 S. 2). Die vom Nebenintervenienten gehaltenen Aktien (Namenaktien Nr. 1 bis 500) sind Namenaktien, die in einem physischen, auf den Namen des Nebenintervenienten lautenden Aktienzertifikat Nr. 1 verurkundet sind (act. 32/67). Die Übertragung solcher Aktien vollzieht sich, aufgrund eines gültigen Rechtsgrunds (Verpflichtungsgeschäft), mit dem Indossament des Aktieneigentümers und der Übergabe des Titels. An die Stelle des Indossaments kann eine schriftliche Abtretungserklärung nach Art. 165 Abs. 1 OR treten, die nicht auf der Urkunde selbst angebracht sein muss (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl. 2022, § 3 Rz. 29 f.; BSK OR II-HÄUSER-MANN, Art. 622 N 59 f.). Hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts ist der Nebenintervenient zu verpflichten, das Kaufangebot der Gesuchstellerin anzunehmen, d.h. seine Aktien (Namenaktien der Gesuchsgegnerin Nr. 1 bis 500, verurkundet im Aktienzertifikat Nr. 1 [act. 32/67]) an die Gesuchstellerin zu verkaufen, wobei seine Erklärung durch den vorliegenden Entscheid, soweit vollstreckbar, ersetzt wird (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Gleichzeitig ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, die besagten Aktien vom Ne-

- 15 - benintervenienten zu kaufen, wobei auch ihre Erklärung durch den vorliegenden Entscheid, soweit vollstreckbar, ersetzt wird. Sodann ist der Nebenintervenient zu verpflichten, die Abtretung seiner Aktien (Namenaktien der Gesuchsgegnerin Nr. 1 bis 500, verurkundet im Aktienzertifikat Nr. 1 [act. 32/67]) an die Gesuchstellerin zu erklären, wobei seine Erklärung durch den vorliegenden Entscheid, soweit vollstreckbar, ersetzt wird (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Schliesslich ist der Nebenintervenient zu verpflichten, das physische Aktienzertifikat Nr. 1, das die bisher von ihm gehaltenen Aktien (Namenaktien der Gesuchsgegnerin Nr. 1 bis 500) verurkundet (act. 32/67), innert 30 Tagen nach Erhalt dieses Urteils der Gesuchsgegnerin zu übergeben. Gestützt auf Art. 343 ZPO können verschiedene Vollstreckungsmassnahmen angeordnet werden. Die Wahl des geeigneten Vollstreckungsmittels liegt im Ermessen des Gerichts. Es hat dabei die zur Durchsetzung wirksamste Massnahme zu wählen. Vollstreckungsmassnahmen sind auch kumulierbar. Dabei ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, das heisst, die angeordneten Massnahmen müssen geeignet, erforderlich und zumutbar sein (KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 343 N 4). Vorliegend erscheint die Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB als geeignet, den nötigen Druck auf den Nebenintervenienten auszuüben, damit dieser sich an die Übergabepflicht halten wird. Dabei handelt es sich um eine indirekte Massnahme, die es dem Nebenintervenienten zunächst erlaubt, dem Urteil freiwillig nachzukommen, sodass keine mildereren, gleich effektiven Massnahmen zur Zielerreichung ersichtlich sind. Mithin ist die Erforderlichkeit

zu bejahen. Schliesslich erscheint diese Anordnung auch ohne Weiteres in einem vernünftigen Verhältnis zur Einwirkung auf den Nebenintervenienten. Diese Vollstreckungsmassnahme ermöglicht es, dem Urteil mit Augenmass den nötigen Nachdruck zu verleihen, weshalb sie verhältnismässig ist. Hingegen erscheint die Kombination mit weiteren Massnahmen nicht erforderlich und übermässig. Angesichts der deklaratorischen Bedeutung des Aktienbucheintrags (BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 686 N 4) ist von diesbezüglichen Anordnungen abzusehen.

- 16 - Umgekehrt ist die Gesuchstellerin zunächst zu verpflichten, dem Nebenintervenienten den Betrag von CHF 1.– Zug um Zug gegen Übertragung der Aktien zu bezahlen. Sodann ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Nebenintervenienten die abgestuften Prozentsätze gemäss der "Beteiligungstabelle" (act. 32/72) bezüglich einer allfälligen Auskaufsumme (brutto), welche die Vermieterin der Gesuchsgegnerin für die Rückgabe des Mietobjekts vor Ablauf der vertraglichen Mietdauer bezahlen wird, umgehend nach Auszahlung dieser Summe zu bezahlen. Die Vollstreckung dieser Pflichten auf Geldzahlung richtet sich nötigenfalls nach den Bestimmungen des SchKG (Art. 335 Abs. 2 ZPO), weshalb diesbezüglich keine Vollstreckungsmassnahmen anzuordnen sind. 6. Anordnungen bezüglich Informationspflichten der Gesuchsgegnerin Im Übrigen gelten die Anordnungen gegenüber der Gesuchsgegnerin gemäss Dispositiv-Ziff. 2-3 der Verfügung vom 18. September 2023 (act. 29) betreffend die Information des verkaufenden Mitglieds des Aktionariats unverändert weiter. 7. Jahresrechnung 2022 Von einer Anordnung im Sinn des Antrags der Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ihre Jahresrechnung 2022 einer eingeschränkten Revision zu unterziehen (act. 40 S. 3), ist abzusehen. Zunächst würde eine solche Anordnung keinen Beitrag zur Behebung des vorliegend interessierenden Organisationsmangels leisten. Vor allem aber besteht, wenn man der gesuchstellerischen Darstellung folgt, eine solche Pflicht von Gesetzes wegen, mithin auch ohne eine gerichtliche Anordnung. Die Anordnung soll gemäss der gesuchstellerischen Begründung denn auch lediglich "[d]er Klarheit und Vollständigkeit halber" erfolgen (act. 40 Rz. 10).

E. 5

Es sei anzuordnen, dass kein im Rahmen der Beseitigung des vorliegenden Organisationsmangels gewählter Verwaltungsrat gleichzeitig die Geschäftsführung für die Gesuchsgegnerin ausüben oder als Geschäftsführer der Gesuchsgegnerin amten oder als solcher nach aussen auftreten darf.

E. 6

Die Gesuchsgegnerin bzw. für diese der bisher faktisch als Geschäftsführer für die Gesuchsgegnerin amtende C. _____ sei anzuweisen, der Gesuchstellerin bis spätestens 1-5 Tage vor dem Termin der ausserordentlichen Generalversammlung gemäss Ziff. 3 hiervor, einen geprüften Geschäftsbericht über das Geschäftsjahr 2022 der Gesuchsgegnerin, enthaltend die Jahresrechnung 2022 bestehend aus Bilanz 2022, Erfolgsrechnung 2022 und Anhang 2022, schriftlich und elektronisch zuzustellen, unter Androhung der Bestrafung wegen Verstosses gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall.

E. 7

Eventualiter sei die Gesuchstellerin als einzige Verwaltungsrätin mit Einzelzeichnungsrecht für die Gesuchsgegnerin einzusetzen, unter Anweisung an das Han-

delsregisteramt des Kantons Zürich, das Handelsregister entsprechend nachzuführen. Es sei die Amtsdauer der eingesetzten Verwaltungsrätin bis 30. Juni 2024 zu befristen.

E. 8

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Gerichtsgebühr ist basierend auf dem Streitwert von CHF 100'000.– (act. 4 E. 2) und in Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG in Anbetracht des Umfangs der Parteieingaben und des Zeitaufwands des Gerichts auf drei Viertel der nach § 4 Abs. 1 GebV OG bestimmten Grundgebühr und damit auf CHF 6'500.– festzuset-

- 17 - zen. Die Gesuchsgegnerin kann zwar kaum als unterliegende Partei gelten. Allerdings liegt in ihr die Ursache des Verfahrens. Deshalb sind ihr die Kosten aufzulegen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Diese sind vorab aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken, der Gesuchstellerin ist aber das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO). Der Gesuchstellerin ist eine Parteientschädigung zu Lasten der Gesuchsgegnerin zuzusprechen (ebenfalls gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Diese ist aus den genannten Überlegungen in Anwendung von § 9 AnwGebV auf knapp zwei Drittel der nach § 4 Abs. 1 AnwGebV bestimmten Grundgebühr und damit auf CHF 7'200.– festzusetzen. Die Einzelrichterin verfügt:

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