

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE110389-O

U/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Andreas Blattmann

Urteil vom 18. Oktober 2011

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

"1. Der Beklagten bzw. deren Organen sei - superprovisorisch, ohne Anhörung der Beklagten - unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu befehlen, die Herren C._____ und D._____ nicht aus dem Verwaltungsrat der E1._____ Holding AG abzuwählen, insbesondere nicht an der Generalversammlung der E1._____ Holding AG vom 8. Juli 2011;

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

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten, zzgl. MWST."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Das Gesuch ging am 4. Juli 2011 ein (act. 1). Mit Verfügung vom 5. Juli 2011 wurde der Beklagten untersagt, an einer während der Dauer dieses Verfahrens stattfindenden Generalversammlung die genannten Herren abzuwählen (act. 4). Gleichzeitig wurde der Klägerin Frist zur Leistung des Kostenvorschusses und der Beklagte zur Beantwortung des Massnahmebegehrens angesetzt. Das Einzelgericht schätzte den nicht behaupteten Streitwert auf einstweilen CHF 100'000. Der Vorschuss ging fristgerecht ein (act. 8). In der Klageantwort vom 25. Juli 2011 wurde Abweisung des Massnahmebegehrens beantragt (act. 9). Der Klägerin wurde Frist zur Stellungnahme - insbesondere zu den Beilagen - angesetzt, mit der Aufforderung, Wiederholungen zu vermeiden (Prot.S. 3). Die Stellungnahme datiert vom 22. August 2011 (act. 12). Unter dem 27. September 2011 nahm die Beklagte unaufgefordert zu act. 12 Stellung (act. 14).

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

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

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.

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."

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.

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 8. Juli 2011 eingeladen, mit dem einzigen Traktandum der Abwahl von C._____ und D._____ als Mitglieder des Verwaltungsrates (act. 3/21). Es folgte die Stellung des Massnahmebegehrens durch die Klägerin (act. 1).

5.1 In der **Klageschrift** (act. 1) bestritt die Klägerin die gegen C._____ erhobenen Vorwürfe. Die Mehrheitsaktionäre planten vielmehr, den noch ausstehenden Kaufpreis nicht zahlen zu müssen und die restlichen Aktien ohne Gegenleistung zu erhalten (act. 1 Rz 33 ff.). Man habe bewusst einen Vorwand gesucht.

5.2 Bezüglich der konkreten Vorwürfe hielt die Klägerin fest, G._____ sei C._____ nicht wohlgesonnen (act. 1 Rz 37 ff.). G._____ sei Lagerhalter der E._____ Gruppe in K._____. C._____ habe ihm (berechtigterweise) angedroht, mindestens einen Teil der Lagerung an Dritte zu vergeben. Deshalb habe G._____ versucht, C._____ mit Lügen zu schaden.

5.3 Gemäss Klägerin macht der Vorwurf der Bilanzverfälschung keinen Sinn. Bei Rücknahme von Ware (mit entsprechender Verbuchung) werde der Umsatz im einen Jahr zwar höher, im Folgejahr aber tiefer angegeben. Über zwei Jahre oder mehrere Jahre sei das umsatzneutral. Zudem seien Warenrücknahmen in der Modebranche nichts Aussergewöhnliches (act. 1 Rz 41 f.).

5.4 Bezüglich H._____ machte die Klägerin geltend (act. 1 Rz 43 ff.), jene werde von G._____ beherrscht. C._____ sei nur am Rande mit dem fraglichen Geschäft des Jahres 2008 konfrontiert gewesen. Offenbar habe G._____ seinerzeit einen grösseren Warenposten bestellt, angeblich im Hinblick auf die Eröffnung eines Outlet-Shops. Man habe G._____ gegenüber festgehalten, die Lieferung käme nur gegen eine Anzahlung von EUR 100'000 in Frage. Eine Rücknahmeverpflichtung habe nicht bestanden. Als dann G._____ den Shop entgegen seinem Versprechen nicht eröffnet habe, sei die Ware aus Kulanz und zum Schutz der Vertriebskanäle wieder zurückgenommen worden.

5.5 Bezüglich I._____ hielt die Klägerin fest (act. 1 Rz 50 ff.), mit diesem Unternehmen habe G._____ nichts zu tun gehabt. Seine Anwürfe stimmten nicht. Allerdings sei Ware zurückgenommen worden, dies aus Kulanz gegenüber einem wichtigen Partner.

5.6 Bezüglich J._____ wies die Klägerin darauf hin, diese Gesellschaft sei wiederum von G._____ beherrscht gewesen (act. 1 Rz 57 ff.). Zum fraglichen Geschäft aus dem Jahre 2010 reichte die Klägerin einen Faxverkehr ein (act. 3/27):

Am 31. Mai 2010 schrieb L._____, ein Mitarbeiter der E._____ AG, ein Mail u.a. an C._____ und G._____ (act. 3/27). Es trug den Betreff: "Buchung Fake - Auftrag". Im Textteil hiess es:

"Folgender Status zum oben genannten Auftrag: Insgesamt werden heute (31.05.10) 3944 Teile auf den Kunden ... (J._____ GmbH in M._____) gebucht. Diese Teile wurden von N._____ [zeichnungsberechtigter Verkaufschef der E._____ AG] in Absprache mit C1._____ [wohl Kürzel für C._____] definiert (Saisons ..., ... und ... ab Lager ...). Der gesamte Warenwert beträgt CHF 637'569.00 exkl. MwSt (758'707.11 inkl. MwSt). Die Teile wurden auf Lager ... Transit gebucht, damit auch in Zukunft Aufträge geschrieben werden können."

Fünf Minuten später mailte C._____ u.a. an L._____, N._____ und G._____:

"Das ist kein Fake Auftrag, sondern ein Auftrag für ein Outlet in K._____, das G._____/J._____ betreiben werden."

Wie die Klägerin festhielt, habe G._____ darauf nicht reagiert. Sie hält eine damalige Kollusion zwischen G._____ und L._____ für möglich. L._____ hätte demnach das Betreff für *den* Fall gesetzt, dass G._____ die Ware nicht bezahlen kön-

ne. Oder dann habe man für zukünftige Erpressungsversuche gegenüber C._____ etwas in der Hand haben wollen.

6.1 In der **Massnahmeantwort** beantragte die Beklagte die Abweisung des Massnahmebegehrens und die Aufhebung der superprovisorischen Anordnung (act. 9 S. 2). Sie hielt am Vorwurf fest, es seien durch C._____ verfälschte Jahresrechnungen vorgelegt worden (act. 9 S. 4).

6.2 Bezüglich des J._____ -Geschäftes verwies die Beklagte auf ein Mail, welches am 27. Mai 2010 von N._____ an C._____ geschickt und von diesem am folgenden Morgen mit "Vorschlag o.k." beantwortet wurde (act. 10/3). N._____ hatte geschrieben:

"jetzt haben wir die Inventur im Kasten, nachstehend siehst du die Bestände pro Saison in Wholesale Preisen.

Nach Rücksprache mit O._____ macht es keinen Sinn, alle Saisons auf 0 zu setzen, da zu auffällig.

Eine Faktura zu Bewertungspreisen macht ebenfalls keinen Sinn, da kein Rohertrag, sondern nur Lagerverschiebung.

Mein Vorschlag wäre die Faktura der Saisons ... und ... (Sommer und Winter aktuell) + Faktura ..., da hier die grossen Bestände an Fleece und Daunenwesten.

So könnte man am ehesten die Faktura zu Wholesale Preisen rechtfertigen.

Saison ... 7874.00 CHF

Saison ... 243630.00 CHF

Saison ... 257271.00 CHF

Saison ... 82712.00 CHF

Saison ... 311537.00 CHF

[Wir] kämen so auf ca. 650.000 CHF, die wir am Montag auf G._____ transferieren könnten."

Gemäss Beklagter wird damit bewiesen, dass das Management der E._____ AG vier Tage vor Abschluss des Geschäftsjahres 2009/2010 nach Rücksprache mit der Finanzchefin O._____ vereinbart hatte, fiktive Verkäufe zu Wholesale-Preisen durchzuführen, um zusätzlichen Ertrag zu generieren.

6.3 Die Beklagte machte weiter geltend, die Vorgehensweise vom Mai 2010 sei kein Einzelfall gewesen. Sie verwies auf einen Mailverkehr vom 6. Mai 2008 zwischen P._____ (offenbar ehemaliger Buchhalter der E._____ AG) und C._____ (act. 10/4):

Zunächst schrieb P._____:

"G._____ hat von N._____ mitbekommen, dass wir noch Umsatz generieren müssen. Er hat mich angerufen und das Angebot gemacht, dass wir ihm auch Ware verkaufen könnten, die er uns dann im August oder so wieder zurücksenden wird. Dies hätte zwei Vorteile[,] die Ware müsste nicht verschoben werden und er würde sogar eine Anzahlung für die Ware machen. Sollte ich mit ihm das Weiterverhandeln? Sicherlich müsste er für diesen Gefallen was bekommen. Meine Idee wäre[,] da er ja vertraglich auf jede Rechnung rund 4% vergütet (für gesamte Logistik) bekommt[,] würde er einfach für diese Rechnung die 4% bekommen[,] ohne dass er was versenden müsste. So würde er eine Verzinsung für den Betrag bekommen[, den] er bezahlen wird und uns würde es doppelt helfen[,] Umsatz noch in diesem Jahr und für die Liquidität bis Ende August? Glaube wäre gar nicht so schlecht. Was meinst Du."

C._____ antwortete:

"Idee ist gut, wie müssen 2 Ziele generell erreichen: Umsatz mind. 17.2 Mio. CHF (statt 17.6 vorgecastet) und auf der anderen Seite genug cash, dass wir mit dem Cash Flow Plan hinkommen. Dieses Ergebnis sollten wir aus der Summe der Aktivitäten incl. G._____ versuchen zu erreichen. Bin grundsätzlich mit Deinem Vorschlag einverstanden."

P._____ replizierte:

"Perfekt! Dann werde ich mit G._____ schauen[,] was wir da machen können. So um die 100'000 Euro wären schon gut, weiss nicht[,] ob er [soviel] bezahlen kann, sonst könnte er uns auch eine Anzahlung machen. Sonst sieht es nicht so gut aus mit dem Abverkauf gem. N._____. Bin mir noch am überlegen, welche Möglichkeiten wir noch hätten."

Und schliesslich C._____:

"Wir können auch einen wesentlich höheren Betrag an G._____ fakturieren, er kann aber wohl nur einen geringeren Betrag cash bezahlen. Die ... sollte dann die 17.2 ausweisen, cash nur so viel, dass wir hinkommen. N._____ hat am Do. noch einen ..., am Freitag sollten wir dann berechnen, wie wir im Umsatz stehen und dann mit G._____/Anderen eine Lösung für das Delta suchen".

Für die Beklagte ist erstellt, dass zwischen C._____, O._____, ihrem Vorgänger P._____, N._____ und G._____ Abreden über fiktive Aufträge getroffen worden waren.

6.4 Die Beklagte verwies noch auf ein Besprechungsprotokoll betreffend eines Gesprächs zwischen G._____ und Q._____ (F._____) (act. 10/5). Demgemäss fand das Gespräch am 6. Mai 2011 statt. Im Protokoll wird dargelegt, dass G._____ im Mai 2010 wegen eines Warenproblems von N._____ und C._____ angegangen worden sei, welches man mittels Umbuchung / Fakeauftrag korrigieren wolle. Die Ware sei - so G._____ - fiktiv an J._____ verkauft worden, aber im Lager zur freien Verfügung der E._____ AG geblieben. Im Oktober 2010 und Mai 2011 sei die Ware wieder zurückgebucht worden. G._____ habe nie vorgehabt, mit der Ware einen Outletbetrieb zu führen. Beim I._____ - Geschäft sei im Jahre 2009 Ware ausgeliefert und später wieder zurückgenommen worden. Die E._____ AG habe ständig Liquiditätsprobleme gehabt. Diese hätten auch im Jahre 2008 eine Rolle gespielt, als G._____ von P._____ auf eine Liquiditätslücke von EUR 100'000 angesprochen worden sei. G._____ habe Hilfe versprochen. Zur Sicherheit sei ihm Ware im Werte von EUR 515.911.41 geliefert worden. Nachdem er später EUR 105'000 ausbezahlt bekommen habe, sei die Ware wieder zurückgeliefert worden.

7.1 In der **Stellungnahme zur Massnahmeantwort** (act. 12) hielt die Klägerin fest, die E._____ AG habe jeweils der Rücknahme erst nach dem Verkauf der Ware zugestimmt. G._____ lüge.

7.2 Zu den durch Dokumente unterlegten Vorwürfen nahm die Klägerin sub Rz 40 - 54 Stellung:

a) Zum J._____ -Geschäft (siehe sub 6.2 oben; act. 10/3): Die Klägerin geht davon aus, das Mail gemäss act. 10/3 beziehe sich auf ein reales Verkaufsgeschäft. Wenn Ende eines Geschäftsjahres die Vorräte auf Null stünden, würde das zu Fragen des Revisors führen. Deshalb sei die Bemerkung betreffend "zu auffällig"

gefallen. Es sei nicht zu beanstanden, den Hinweis zu geben, Vorräte nicht zu Bewertungspreisen zu verkaufen. N._____ habe über ein reales Geschäft geschrieben.

b) Zum H._____ -Geschäft (siehe sub 6.3 oben; act. 10/4): Die Klägerin macht geltend, C._____ könne sich an dieses Mail nicht erinnern. Er habe deshalb im August 2011 P._____ angerufen, der ihm erklärt habe, der ursprüngliche Vorschlag von G._____ sei nie zum Tragen gekommen. Da die E._____ AG damals Liquiditätsprobleme gehabt habe, habe G._____ P._____ gegenüber offenbar einen entsprechenden Vorschlag gemacht. C._____ habe ein Weiterverhandeln befürwortet. Die Chance, dass ein Teil der Ware bei G._____ bleibe, sei gut gewesen, habe dieser doch seine Ernsthaftigkeit mit einer Anzahlung über EUR 100'000 nachgewiesen. Wie P._____ gegenüber C._____ telefonisch mitgeteilt habe, sei die Ware schliesslich ohne Rücknahmeverpflichtung verkauft worden, wobei G._____ eine Handling Fee von 4% erhalten habe.

8. Würdigung

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.

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

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._____

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.

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 zudem 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.

9. Es sind die **Rechtsfolgen** des glaubhaft gemachten Sachverhaltes zu bestimmen.

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).

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.

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/Schluemp/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 wirtschaftli-

chen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten (BGer 4A_87/2010 E. 3.2).

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.

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 ei-

ner glaubhaft gemachten Rechtsgrundlage für das Massnahmebegehren. Dieses ist abzuweisen.

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.

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

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:

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 6'500.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 7'000 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung.
6. 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 Be-

schwerde 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).

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Andreas Blattmann