

Renato Bucher*

Die richterliche Aktienzuteilung im Organisationsmängelverfahren

Besprechung des Urteils HE180111-O des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. August 2018

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
 1. Pattsituation in einer Zweimanngesellschaft
 2. Erstes Organisationsmängelverfahren aufgrund des Fehlens einer Revisionsstelle
 3. Zweites Organisationsmängelverfahren aufgrund des Fehlens eines Verwaltungsrates
- III. Zentrale Erwägungen
 1. Beendigung der Pattsituation als einzige vernünftige Lösung
 - 1.1 Liquidation als nicht gangbarer Weg
 - 1.2 Aktienverkauf als einzig vernünftige Lösung
 2. Zu den Modalitäten der Aktienübertragung
 - 2.1 Vage bundesgerichtliche Leitlinien zur konkreten Umsetzung
 - 2.2 Der Weg des Handelsgerichts
 - 2.3 Versteigerung oder direkte Übertragung?
 - 2.4 Gutachterliche Liquidationswertbestimmung im Summarverfahren?
 3. Verfahrensbezogene Aspekte
 - 3.1 Keine Ernennung eines Sachwalters für die Dauer des Verfahrens
 - 3.2 Untersuchungsgrundsatz oder Verhandlungsmaxime?
 - 3.3 Verpflichtung zum Aktienverkauf trotz fehlender Parteistellung?
- IV. Fazit

Kernsätze

1. Ein Verkauf der Beteiligung durch einen Aktionär an den anderen ist bei einer aufrecht stehenden Zweimanngesellschaft die einzige vernünftige Lösung zur Beendigung einer Pattsituation.
2. Wenn mangels eines Angebots eines Aktionärs die Möglichkeit einer Versteigerung entfällt, gilt es zu prüfen, ob schlagende Argumente bestehen, welche gegen eine Verpflichtung zur Durchführung des Kaufgeschäftes zum vom anderen Aktionär offerierten Preis sprechen.

* Rechtsanwalt, LL.M., Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich. Der Verfasser hat im besprochenen Verfahren sowie im früheren Organisationsmängelverfahren in derselben Auseinandersetzung (HE170051) die Gesellschaft vertreten. Er dankt RA Daniel Schoch, LL.M., für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

I. Einleitung

Am 6. August 2018 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich (Einzelgericht) in einem Organisationsmängelverfahren einen diskussionswürdigen Entscheid erlassen.¹ Im Aktionariat einer Aktiengesellschaft bestand eine Pattsituation, welche 2017 zu einem ersten gerichtlichen Organisationsmängelverfahren wegen des Fehlens einer Revisionsstelle und rund ein Jahr später zu einem zweiten Verfahren wegen des Fehlens eines Verwaltungsrates führte. In dieser Situation hat das Handelsgericht einen der beiden Aktionäre verpflichtet, seine Aktien an den anderen Aktionär zu verkaufen – notabene zu einem Preis, welchen das Handelsgericht selbstständig festsetzte.

Im Folgenden wird vorab kurz der Sachverhalt dargestellt, welcher dem besprochenen Urteil zugrunde liegt (nachfolgend II.). Anschliessend werden ausgewählte Aspekte aus den Erwägungen des Handelsgerichts dargestellt und kommentiert (nachfolgend III.). Zum Schluss folgt das Fazit (nachfolgend IV.).

II. Sachverhalt

1. Pattsituation in einer Zweimanngesellschaft

Die vom Organisationsmangel betroffene Gesellschaft wurde durch die beiden Aktionäre A und C gemeinsam gegründet. Dabei handelte es sich um eine typische Zweimanngesellschaft. Sowohl C als auch A hielten je die Hälfte des Aktienkapitals und waren beide operativ in der Gesellschaft tätig.

Im Jahr 2016 entschied sich C, nicht mehr operativ für die Gesellschaft tätig zu sein und deren Verwaltungsrat zu verlassen. A blieb weiterhin als Verwaltungsrat und Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig. Nach dem Weggang von C begann zwischen den beiden Aktionären

¹ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018.

eine langwierige Auseinandersetzung, welche Beschlussfassungen anlässlich der Generalversammlungen faktisch verunmöglichte. Ein privatrechtlicher Regelungsmechanismus, welcher das Vorgehen bei Auseinandersetzungen geregelt hätte, bestand nicht.

2. Erstes Organisationsmängelverfahren aufgrund des Fehlens einer Revisionsstelle

Im Jahr 2017 führte die Pattsituation zu einem ersten Organisationsmängelverfahren vor dem Handelsgericht. Der Anlass hierfür war, dass durch die Generalversammlung keine Revisionsstelle gewählt werden konnte.

Im Rahmen dieses ersten Organisationsmängelverfahrens hatte die Gesellschaft gegenüber dem Handelsgericht beantragt, dass C durch das Gericht verpflichtet werden soll, seine Aktien an A zu verkaufen. Begründet wurde dies mit der tiefgehenden Problematik (namentlich der Pattsituation), welche dem Organisationsmangel – also dem Fehlen der Revisionsstelle – zu Grunde lag.

Das Handelsgericht entschied sich 2017 jedoch dagegen, einen Aktienverkauf anzuordnen und trat auf das entsprechende Rechtsbegehren der Gesellschaft nicht ein. Das Handelsgericht hielt in einer separat eröffneten Verfügung vom 12. April 2017 unter Bezugnahme auf zwei Entscheide des Bundesgerichts² zwar fest, dass «als mildere Massnahme im Vergleich zur Auflösung einer Gesellschaft [...] die Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung in Frage [komme]».³ Da jedoch eine richterliche Ernennung der Revisionsstelle möglich war und eine Auflösung der Gesellschaft «nicht im Raum [stand]», verneinte das Handelsgericht ein Rechtsschutzinteresse «im vorliegenden Verfahren». Das vom Handelsregisteramt gegen die Gesellschaft eingeleitete summarische Organisationsmängelverfahren betreffend Einsetzung einer Revisionsstelle erschien dem Handelsgericht ohnehin «als nicht sehr geeignetes Verfahren, um einen nicht beteiligten Dritten [C] zum Verkauf seines Aktienpakets an einen ebenfalls formal nicht beteiligten Dritten [A] zu verpflichten.»

3. Zweites Organisationsmängelverfahren aufgrund des Fehlens eines Verwaltungsrates

Anders schätzte das Handelsgericht die Situation rund 16 Monate später im zweiten Organisationsmängelverfahren ein, welches auf das Scheitern der Wahl eines

Verwaltungsrates zurückzuführen war und zum hier besprochenen Urteil führte. Wie bereits das erste wurde auch das zweite Organisationsmängelverfahren durch das Handelsregisteramt eingeleitet.

Das Handelsregisteramt beantragte praxisgemäss, dass «[i]nfolge Mängeln in der gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Organisation der [Gesellschaft] [...] die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen [seien]».

Die Gesellschaft selbst, welche über keinen Verwaltungsrat, aber weiterhin über eine Geschäftsleitung verfügte, verzichtete in ihrer Stellungnahme darauf, konkrete Rechtsbegehren zu stellen. Hingegen wandte sie sich ausdrücklich gegen eine Liquidation.

Nach Eingang der Stellungnahme der Gesellschaft wurde durch das Handelsgericht den beiden Aktionären A und C die Möglichkeit eröffnet, «einstweilen nur zuhanden des Gerichts und unverbindlich»⁴ Offerten zur Aktienübernahme abzugeben. Das Handelsgericht erwog, dass eine solche Aktienübernahme durch einen Aktionär die «einfachste Lösung»⁵ darstelle.

C beantragte daraufhin die Auflösung und konkursamtliche Liquidation der Gesellschaft. Er sah sich nicht in der Lage, eine Offerte zu formulieren, u.a. da die Jahresabschlüsse 2016 und 2017 durch die Generalversammlung noch nicht abgenommen worden waren.

A hingegen beantragte, dass das Handelsgericht C verpflichten soll, dessen Aktien der Gesellschaft gegen Bezahlung des Liquidationswerts (eventualiter: wirklichen Werts) an A zu übertragen. Der Liquidationswert hätte dabei durch einen gerichtlich ernannten Sachverständigen ermittelt werden sollen. Ergänzend dazu gab A ein unverbindliches Kaufangebot ab, welches durch das Handelsgericht den anderen Beteiligten jedoch auf Wunsch von A hin nicht offenbart wurde. Desweiteren ersuchte A – im Gegensatz zu C – um Zulassung als Streitgenössischer Nebenintervenient zum Verfahren.

Daraufhin räumte das Handelsgericht den Beteiligten die Gelegenheit ein, zu den unterschiedlichen Eingaben Stellung zu nehmen. A wurde zudem aufgefordert mitzuteilen, ob er seine Offerte für verbindlich erklären würde «für den Fall, dass das Gericht ohne Weiterungen einen Verkauf der Beteiligung von [C] an [A] anordnete».

Auf diese Aufforderung hin gab A ein verbindliches und bedingungsloses Kaufangebot für das Aktienpaket ab. Dieses belief sich auf CHF 125'000, wobei dem Handelsgericht mitgeteilt wurde, dass in dieser Offerte auch Ansprüche der Gesellschaft gegenüber C im Betrag von CHF 35'000 miteingerechnet wurden.

² BGE 138 III 294 E. 3.3.3; 142 III 629 E. 2.3.1.

³ Verfügung des Handelsgericht des Kantons Zürich vom 12. April 2017, Geschäfts-Nr. HE170051, E. 3.

⁴ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 3.

⁵ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 3.

Gestützt darauf verpflichtete das Handelsgericht C schliesslich zum Verkauf bzw. A zum Kauf der Aktien zu einem Preis von CHF 160'000.

III. Zentrale Erwägungen

1. Beendigung der Pattsituation als einzige vernünftige Lösung

1.1 Liquidation als nicht gangbarer Weg

Das Handelsgericht gelangte in seinem Urteil insbesondere unter Berufung auf BGE 138 III 294⁶ zur Auffassung, dass die von C beantragte Liquidation der geschäftlich aktiven und Mitarbeiter beschäftigenden Gesellschaft im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung «kein gangbarer Weg» sei.⁷

Im zitierten Leitentscheid aus dem Jahr 2012 zu Art. 731b OR hielt das Bundesgericht fest, dass «[d]ie Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR [...] eine ultima ratio darstellt, also das letztmögliche Mittel, das erst zur Anwendung gelangt, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen».⁸ Ein Unterlaufen der strengen Voraussetzungen der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR war nach Auffassung des Bundesgerichts zu verhindern, da «[m]it dem Auflösungs-gesuch gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR [...] dem Aktionär, der sich in der Pattsituation einer Lösung widersetzt, kein Instrument an die Hand gegeben werden [soll], mit dem er die Auflösung der Gesellschaft erwirken kann, ohne dass gleichzeitig die strengen Voraussetzungen einer Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR vorliegen».⁹ Insbesondere bei grundsätzlich funktionierenden und finanziell gesunden Unternehmen erachtete das Bundesgericht eine Auflösung als unverhältnismässig.¹⁰

1.2 Aktienverkauf als einzig vernünftige Lösung

Das Handelsgericht erachtete einen Verkauf der Aktien der Gesellschaft durch einen Aktionär an den anderen als «einzig vernünftige Lösung zur Beendigung der Pattsituation».¹¹ Diese Ansicht war wohl wiederum durch BGE 138 III 294 inspiriert. In diesem Entscheid stellte das Bundesgericht eine solche Möglichkeit im Sinne eines obiter dictum in den Raum und nahm in späteren Urteilen mehrfach darauf Bezug.¹²

Im Umkehrschluss war das Handelsgericht somit gleichzeitig der (nicht ausdrücklich geäusserten) Auffassung, dass die richterliche Ernennung des fehlenden Verwaltungsrats oder eines Sachwalters gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR keine vernünftige Lösung gewesen wäre. Dem ist zuzustimmen. Letztlich wäre eine richterliche Ernennung bloss einer (temporären) Symptombekämpfung gleichgekommen, wobei der Konflikt im Aktionariat ungelöst geblieben wäre. Folglich wäre es nur eine Frage der Zeit gewesen, bis gerichtlich erneut ein Organisationsmangel hätte behoben werden müssen. Damit wäre weder den Interessen der Gesellschaft noch der Prozessökonomie gedient gewesen.

Dass das Handelsgericht die Pattsituation in Bezug auf die Gesellschaft erst im zweiten Anlauf – beim Fehlen eines Verwaltungsrats – an der Wurzel gepackt hat, erscheint jedoch ebenfalls sinnvoll. Die gerichtliche Ernennung einer Revisionsstelle, wie diese in casu im Jahr 2017 noch erfolgt ist, kann einerseits ohne grossen Aufwand seitens des Gerichts bewerkstelligt werden. Andererseits stellt eine solche Ernennung aufgrund der beschränkten Aufgaben der Revisionsstelle regelmässig keinen tiefgreifenden Eingriff in die Gesellschaftsorganisation dar.¹³

Folglich erscheint es nicht nur aus prozessökonomischen Gründen, sondern auch im Sinne eines «schonenden» gerichtlichen Eingriffs in die Gesellschaftsstruktur, regelmässig als angemessen, bei einem «blossen» Fehlen einer Revisionsstelle zumindest vorläufig auf die Behebung einer Pattsituation im Aktionariat zu verzichten.

Hingegen würde mit der richterlichen Ernennung eines Verwaltungsrats unmittelbar in den «Kern» einer Aktiengesellschaft eingegriffen, da dem Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft obliegt.¹⁴ Folglich kann die richterliche Ernennung eines Verwaltungsrats anstelle der (dauerhaften) Behebung einer Pattsituation nur in jenen Fällen als opportun erscheinen, bei denen eine zeitnahe Deblockade ohne gerichtliche Mitwirkung in Aussicht steht. Dies dürfte aber nur in seltenen Fällen zutreffen.

2. Zu den Modalitäten der Aktienübertragung

2.1 Vage bundesgerichtliche Leitlinien zur konkreten Umsetzung

Vom grössten Interesse dürfte im Zusammenhang mit dem besprochenen Urteil das Vorgehen sein, welches das Handelsgericht zur Erreichung der «einzig vernünftigen Lösung», einem Verkauf der Aktien von einem Aktionär

⁶ Vgl. diesbezüglich etwa MATTHIAS TRAUTMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 2012, 461–476.

⁷ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.1–9.3.

⁸ BGE 138 III 294 E. 3.1.4; vgl. auch bereits BGE 136 III 369 E. 11.4.1.

⁹ BGE 138 III 294 E. 3.1.6.

¹⁰ BGE 138 III 294 E. 3.3.1.

¹¹ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.6.

¹² BGE 138 III 294 E. 3.3.3; vgl. ferner etwa BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.6; BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015,

E. 2.1.3; BGE 142 III 629 E. 2.3.1; BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 5.

¹³ Dies gilt umso mehr bei kleineren Aktiengesellschaften, wo nach Massgabe von Art. 727a Abs. 2 OR sogar auf eine eingeschränkte Revision verzichtet werden kann.

¹⁴ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

an den anderen Aktionär, wählte. Zur Frage, wie eine solche «erzwungene» Aktienübertragung anzugehen ist, können der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine klaren Vorgaben entnommen werden.¹⁵

Im bereits mehrfach erwähnten Leitentscheid aus dem Jahre 2012 hielt das Bundesgericht in einem obiter dictum bloss fest, dass «[b]ei einer blockierten Zweimanngesellschaft [...] etwa an eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung zu denken [ist] ([...]). Mit einer solchen oder ähnlichen Massnahme kann der Beibehaltung des Fortführungswerts der Gesellschaft («going concern value») [...] Rechnung getragen werden.»¹⁶ Für das Bundesgericht stand in BGE 138 III 294 somit eine Versteigerungslösung im Vordergrund, wobei aber auch nicht näher definierte «ähnliche Massnahmen» zur Beibehaltung des Fortführungswerts als möglich betrachtet wurden. Auf die Möglichkeit richterlich angeordneter Versteigerungen nahm das Bundesgericht auch in späteren Urteilen mehrmals Bezug.¹⁷

Erkenntnisreicher ist ein neueres Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017.¹⁸ In jenem Entscheid hatte das Bundesgericht eine Versteigerungslösung, welche von den (Genfer) Vorinstanzen angeordnet wurde, geschützt. Im Auktionsverfahren, welches durch einen gerichtlich ernannten Notar geführt wurde, konnten ausschliesslich die beiden Aktionäre teilnehmen. Das hier besprochene Urteil weist augenfällige Parallelen zum Urteil von 2017 auf. So hatte auch in jenem Fall einer der Aktionäre den Verkauf der Aktien des anderen Aktionärs zu einem definierten Preis verlangt und war hierfür (vergeblich) bis an Bundesgericht gezogen, während dem der zweite Aktionär auf die Liquidation der Gesellschaft schloss.

Nichtsdestotrotz erteilte das Bundesgericht in jenem Urteil der Forderung nach einer «direkten» Aktienzuteilung an den Aktionär, welcher die Aktien kaufen wollte, unter Verweis auf das aktienrechtliche Gleichbehandlungsverbot eine Abfuhr. Es ging mit der Vorinstanz einig und führte aus, dass «les deux actionnaires doivent être traités de manière égale et qu'au regard de l'art. 731b al. 1 CO, aucun d'eux ne peut revendiquer un droit préférentiel à l'acquisition des actions de l'autre. La procédure spécifique prévue par cette disposition doit seulement aboutir

à une solution rapide du blocage; elle n'est pas destinée à résoudre le conflit des actionnaires ni à élucider leurs fautes, responsabilités ou mérites respectifs. Elle est moins encore destinée à dédommager ou à récompenser l'un des actionnaires au détriment de l'autre.»¹⁹

2.2 Der Weg des Handelsgerichts

Das vom Handelsgericht gewählte und von diesem selbst als «pragmatisch»²⁰ bezeichnete Vorgehen ist vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu analysieren und zu würdigen.

Wie bereits erwähnt, hatte das Handelsgericht die beiden Aktionäre A und C eingeladen, unverbindliche Offerten zur Übernahme der Aktien des jeweils anderen Aktionärs zu unterbreiten. Diese Offerten waren vorerst ausdrücklich nur für das Gericht bestimmt. Einzig A, der Geschäftsführer der Gesellschaft, reichte daraufhin eine bezifferte Offerte ein und bekundete überhaupt den Willen, sämtliche Aktien von C zu übernehmen. C, welcher die Gesellschaft im Jahr 2016 verlassen hatte, sah sich mangels «belastbarer» Angaben zum Status der Gesellschaft ausser Stande, eine Offerte abzugeben. Stattdessen verlangte er die Liquidation der Gesellschaft. Daraufhin holte das Handelsgericht bei A nochmals eine verbindliche Offerte ein, gestützt auf welche es anschliessend C verpflichtete, seine Aktien an A zu verkaufen.

Bemerkenswerterweise ordnete das Handelsgericht den Verkauf jedoch zu einem höheren Preis (CHF 160'000) an, als A in der verbindlichen Offerte angeboten hatte (CHF 125'000). Der Grund für die «Preiserhöhung» des Handelsgerichts um CHF 35'000 lag darin, dass A in seiner Offerte Ansprüche der Gesellschaft gegen C in ebendieser Höhe eingerechnet und dies dem Handelsgericht auch mitgeteilt hatte. Das Handelsgericht hielt jedoch fest, dass eine Verrechnung gemäss Art. 120 OR nur zwischen denselben Parteien möglich ist und A folglich den Kaufpreis nicht mit einer Forderung der Gesellschaft gegenüber C verrechnen könne. Aus diesem Grund wurde der offerierte Preis um den Betrag der «verrechneten» Ansprüche erhöht.

2.3 Versteigerung oder direkte Übertragung?

In einer materiellen Betrachtungsweise kann das Vorgehen des Handelsgerichts im besprochenen Urteil nach Ansicht des Verfassers durchaus als richterlich angeordnete Versteigerung im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifiziert werden.

¹⁵ Für verschiedene Möglichkeiten des Vorgehens vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Lösung von Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften, SJZ 1993, 37–44, 42 f.; GION CLOPATH, Wie können Pattsituationen bei Zweimanngesellschaften behoben werden?, SJZ 1993, 157; MARKUS VISCHER/PASCAL ZYSSET, Entscheidbesprechung BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, AJP 2017, 1147–1152, 1146 f.

¹⁶ BGE 138 III 294 E. 3.3.3.

¹⁷ BGer 4A_605/2014 vom 5. Februar 2015, E. 2.1.6; BGer 4A_147/2015 vom 15. Juli 2015, E. 2.1.3; BGE 142 III 629 E. 2.3.1.

¹⁸ BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017. Vgl. hierzu auch die Entscheidbesprechungen von VISCHER/ZYSSET (FN 15), 1147 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE/PATRICIA REICHMUTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018, 406–427, 414 ff.

¹⁹ BGer 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017, E. 6; zustimmend VISCHER/ZYSSET (FN 15), 1150; ebenfalls für eine Versteigerungslösung etwa TRAUTMANN/VON DER CRONE (FN 6), 473; VON DER CRONE (FN 15), 43.

²⁰ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.7.

So definiert etwa der Duden das Verb «versteigern» als «anbieten und an den meistbietenden Interessenten verkaufen».²¹ Im vorliegenden Fall hatten sowohl C als auch A die Möglichkeit, ein Angebot zu unterbreiten und damit 50 % des Aktienkapitals der Gesellschaft zu ersteigern. Dass bloss Letzterer ein solches Angebot unterbreitete, während Ersterer die Liquidation der Gesellschaft verlangte, vermag daran nichts zu ändern.

Namentlich darf eine Qualifikation als «Versteigerung» nicht von einer Mindestanzahl von Angeboten abhängig sein. Gerade bei Zweimanngesellschaften, welche am akutesten pattgefährdet sind, würde ein solches Erfordernis eine permanente Behebung einer Pattsituation auf dem Versteigerungsweg regelmässig verunmöglichen, sofern nur ein Aktionär ein Angebot unterbreitet. Dass in solchen Fällen ein unbeteiligter Dritter ein Angebot für eine Beteiligung von 50 % (oder weniger) abgeben würde, erscheint mangels eines ausreichenden Minderheitenschutzes als unwahrscheinlich.

Anders schätzte die Situation jedoch das Handelsgericht selbst ein. Da C kein Angebot abgegeben hat, entfiel gemäss Handelsgericht die Möglichkeit einer Versteigerung.²² Unter Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017²³ sowie BGE 142 III 629 legte das Handelsgericht zudem Wert auf den Umstand, dass im vorliegenden Fall kein Sachwalter im Amt war, welcher mit der Leitung der Versteigerung hätte betraut werden können.²⁴

In methodischer Hinsicht entschied sich das Handelsgericht daher «zu prüfen, ob schlagende Argumente bestehen, welche gegen eine Verpflichtung der beiden Aktionäre zur Durchführung des Kaufgeschäftes sprechen.»²⁵ Solche schlagenden Argumente konnte das Handelsgericht – mit Ausnahme der vorgenommenen Erhöhung des offerierten Kaufpreises – jedoch nicht erkennen.

Wie bereits erwähnt, ist das vom Handelsgericht gewählte Vorgehen nach Auffassung des Verfassers materiell als richterlich angeordnete Versteigerung zu qualifizieren – ungeachtet des Umstandes, dass nur ein Aktionär ein Kaufangebot unterbreitete. Eine solche Versteigerung würde eine richterliche «Überprüfung» des Kaufgeschäftes einschliesslich des Kaufpreises nach Auffassung des Verfassers jedoch grundsätzlich verbieten. Schliesslich sollte ein (korrekt durchgeführtes) Versteigerungsverfahren bereits «prozessual» regelmässig selbst dafür Gewähr bieten, dass ein «faïres» Kaufgeschäft zustande kommt.²⁶

Im Ergebnis vermag das Vorgehen des Handelsgerichts im besprochenen Urteil aber trotzdem zu überzeugen. Der Grund hierfür ist in erster Linie sachverhaltsbezogener Art. Aktionär A verfügte als Geschäftsführer der Gesellschaft über detaillierte Kenntnisse der finanziellen Situation der Gesellschaft, während C bloss noch zu jenen Informationen Zugang hatte, welche ihm in der Rolle als «einfacher» Aktionär zustanden. Diese Informationsasymmetrie erschwerte es C, ein angemessenes Angebot zu unterbreiten,²⁷ was dieser denn auch monierte.²⁸ Die Gewährung des Zugangs zu diesen Informationen zur Durchführung einer eigentlichen «Due Diligence» wäre jedoch nicht opportun gewesen, da C als blosser Aktionär keiner Treuepflicht unterstand. Die Gewährung des Zugangs zu detaillierten Informationen hätte somit Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet.²⁹

Das Handelsgericht erachtete die Informationsasymmetrie im Ergebnis als durch C selbstverschuldet, da dieser im Jahr 2016 den Verwaltungsrat der Gesellschaft selbst verliess und sich damit der Möglichkeit beraubte, aktiv die Geschäftsführung zu beeinflussen.³⁰ Dies führte dazu, dass C durch das Handelsgericht als wohl nicht besonders «schutzbedürftig» betrachtet und das Kaufpreisangebot von A nur grob auf die Plausibilität bzw. auf «schlagende [Gegen-]Argumente» hin geprüft wurde. Diese Plausibilitätsprüfung resultierte aus den zuvor erwähnten Gründen in einer Erhöhung des offerierten Kaufpreises um CHF 35'000.

Dieser pragmatische Zwischenweg verdient Zustimmung. Wenn in einer Zweimanngesellschaft eine Auseinandersetzung entsteht, muss von einem Aktionär erwartet werden, dass dieser sich die Folgen eines Rückzugs aus dem Verwaltungsrat der Gesellschaft vergegenwärtigt, bevor er den Austritt erklärt. Es kann kaum Aufgabe des Gerichts sein, diesen später zu schützen, wenn ein Austritt im Sinne eines «Schnellschusses» aus freien Stücken erfolgt ist, ohne dass etwa die Auswirkungen auf den (wegfallenden) Informationsfluss bedacht wurden. In solchen Fällen muss eine grobe Plausibilitätsprüfung genügen. Wenn hingegen überhaupt keine Informationsasymmetrie besteht, ist von einer richterlichen Kaufpreisüberprüfung vollends abzusehen.

2.4 Gutachterliche Liquidationswertbestimmung im Summarverfahren?

Eine Alternative zu dem vom Handelsgericht gewählten Vorgehen wäre gewesen, gerichtlich einen Sachverständigen zur Festlegung des Liquidationswerts zu ernennen. Dieser Liquidationswert hätte sodann als Kaufpreis die-

²¹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/versteigern> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2018).

²² Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.7.2.

²³ BGE 4A_51/2017 vom 30. Mai 2017.

²⁴ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.6.

²⁵ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.7.

²⁶ Ähnlich VON DER CRONE (FN 15), 43; VON DER CRONE/REICHMUTH (FN 18), 415 f.

²⁷ Vgl. hierzu VON DER CRONE/REICHMUTH (FN 18), 416.

²⁸ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.7.1.

²⁹ Vgl. Art. 697 Abs. 2 OR.

³⁰ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.7.1.

nen können. Für ein solches Vorgehen, welches Aktionär A primär beantragte, hätte insbesondere gesprochen, dass C selbst die Liquidation der Gesellschaft beantragte und damit im Ergebnis Anspruch auf den Liquidationswert erhob.

Das Handelsgericht verwarf ein solches Vorgehen jedoch aus drei Gründen.³¹ Erstens vertrat es die Auffassung, dass in prozessualer Hinsicht Parteibehauptungen über den Unternehmenswert fehlten – selbst wenn man von der Geltung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes ausginge. Zweitens hätte ein solches Vorgehen das Beschleunigungsgebot im summarischen Verfahren verletzt, da es ein bis zwei Jahre beansprucht hätte. Dies wurde jedoch als zu lang betrachtet. Drittens war für das Handelsgericht auch unklar, auf welchen Zeitpunkt sich eine solche gutachterliche Liquidationswertfeststellung hätte beziehen müssen. Das Handelsgericht ging in der Tendenz davon aus, dass auf «den Beginn der Blockade», also das Entstehen der Auseinandersetzung zwischen den Aktionären, hätte abgestellt werden müssen.

Die Bedenken des Handelsgerichts gegen eine gutachterliche Bestimmung des Liquidationswerts sind grundsätzlich nachvollziehbar. Jedoch ist gleichzeitig nicht zu verkennen, dass insbesondere der zweite und wohl gewichtigste Punkt – die durch eine Expertise verursachte Verfahrensverzögerung – als «systemimmanent» betrachtet werden muss. Gerichtliche Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR werden unabhängig der zu treffenden Massnahmen zwangsläufig im summarischen Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO geführt.³² Dies gilt selbst dann, wenn für die Behebung von Organisationsmängeln tiefgreifende «endgültige» Massnahmen ergriffen werden, wozu zweifellos auch die Anordnung einer Aktienübertragung zählt. Bisweilen ist in diesem Zusammenhang auch von «atypischen» Summarverfahren die Rede.³³ In solchen Verfahren gilt die «tempomotivierte» Beweismittelbeschränkung auf Urkunden gemäss Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO aber gerade nicht, wie auch das Bundesgericht im Zusammenhang mit Art. 731b OR schon selbst feststellte.³⁴

Mit anderen Worten müssten auch in summarischen Organisationsmängelverfahren relativ zeitaufwändige Gutachten durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen möglich sein. Solche Gutachten etwa zur Bestimmung des Fortführungs- oder Liquidationswerts erscheinen insbesondere in Konstellationen als opportun, in denen sich ein Steigerungsverfahren aufgrund einer Informationsasymmetrie zwischen den zerstrittenen Aktionären als problematisch darstellt.

Alleine der erhebliche Zeitbedarf kann entgegen der apodiktischen Feststellung des Handelsgerichts, das Beschleunigungsgebot im summarischen Verfahren «verbiete» eine Begutachtung, ein Sachverständigengutachten somit nicht ausschliessen. Hingegen kann und soll der Zeitbedarf durchaus in eine Interessenabwägung miteinbezogen werden, sofern andere «pragmatischere» Lösungen zur Verfügung stehen.

3. Verfahrensbezogene Aspekte

Neben den erwähnten «materiell-rechtlichen» Punkten enthält das handelsgerichtliche Urteil schliesslich auch lesenswerte Erwägungen verfahrensbezogener Natur.

3.1 Keine Ernennung eines Sachwalters für die Dauer des Verfahrens

Im Organisationsmängelverfahren, welches zum besprochenen Urteil führte, verzichtete das Handelsgericht darauf, einen Sachwalter zu ernennen.³⁵ Tatsächlich wurde die Ernennung eines Sachwalters vom Handelsgericht zu keinem Zeitpunkt thematisiert.

Ob die Einsetzung eines Sachwalters für die «VR-lose» Gesellschaft während der Dauer des Organisationsmängelverfahrens erforderlich gewesen wäre, ist diskutabel.³⁶ Die Zurückhaltung des Handelsgerichts im Zusammenhang mit der Ernennung eines Sachwalters bzw. das Absehen davon ist jedoch zu begrüssen.

Gerade bei Unternehmen, welche grenzüberschreitend tätig sind, kann die Einsetzung eines Sachwalters gravierende Folgen haben. So werden Gesellschaften, welche über einen Sachwalter («*administrator*») verfügen, im angelsächsischen Raum regelmässig mit einer prekären finanziellen Situation in Verbindung gebracht. Bei einem finanziell aufrecht stehenden Unternehmen, welches «bloss» einem (behebbaaren) Organisationsmangel unterliegt, kann sich dies äusserst negativ auf die Reputation und damit den Geschäftserfolg auswirken. Zudem gilt die Ernennung eines «*administrator*» in der Vertragspraxis häufig als ausserordentlicher Kündigungsgrund für Verträge unterschiedlichster Art, was ebenfalls potentiell desaströse Auswirkungen auf eine an sich gesunde Gesellschaft haben könnte.

Diese möglichen Auswirkungen der gerichtlichen Ernennung eines Sachwalters für die Dauer eines Organisationsmängelverfahrens sind immer im Auge zu behalten, bevor eine solche Ernennung erfolgt. Allenfalls kann die gerichtliche Ernennung eines interimistischen Verwaltungsrates ein gangbarer und für die betroffene Gesellschaft weniger schädlicher Weg sein. Zudem kann

³¹ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.7.3.

³² BGE 138 III 166 E. 3.

³³ BGE 144 III 100 E. 6.

³⁴ BGE 138 III 166 E. 3.9.

³⁵ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.6.

³⁶ Für die Ernennung eines Sachwalters beim Fehlen eines Verwaltungsrates etwa BSK OR II-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 14.

eine Gesellschaft, welche über eine funktionierende Geschäftsführung verfügt, für eine begrenzte Zeit durchaus auch ohne Verwaltungsrat und Sachwalter bestehen, zumal die mit der Geschäftsführung befassten Personen der Haftung nach Art. 754 OR und insofern ebenfalls einer gewissen «Kontrolle» unterstehen. Letzteren Weg hat auch das Handelsgericht im besprochenen Urteil beschritten. In Anbetracht der Tatsache, dass das Organisationsmängelverfahren keine fünf Monate gedauert hat, ist dies verhältnismässig und zu begrüssen.

3.2 Untersuchungsgrundsatz oder Verhandlungsmaxime?

Im besprochenen Urteil befasste sich das Handelsgericht ebenfalls mit der Frage, welche Prozessmaxime im gerichtlichen Organisationsmängelverfahren zur Anwendung kommt. Dabei kam es zum Schluss, dass «im Wesentlichen» die Verhandlungsmaxime gelten müsse. Das Handelsgericht hielt fest, dass das Gericht bezüglich des Sachverhalts «in keinem Fall Forschung betreiben» müsse, zumal das Gesellschaftsrecht zu den «Urdomänen der Privatautonomie» zähle.³⁷

Die Geltung der Verhandlungsmaxime ist nach Auffassung des Verfassers jedoch zurückzuweisen: Das Bundesgericht hat bereits mehrfach betont, dass gerichtliche Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR vom Offizialgrundsatz beherrscht sind.³⁸ Begründet wurde dies damit, dass «[d]ie Behebung von Organisationsmängeln [...] im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs [steht] und [...] die Interessen von Anspruchsgruppen (Stakeholder) berühren [kann], die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (Arbeitnehmer, Gläubiger, Aktionäre). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist der Richter an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden».³⁹

Konsequenterweise muss dies zur Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Organisationsmängelverfahren führen. Ansonsten könnte der vom Bundesgericht beabsichtigte Schutz der diversen Stakeholder, welche an diesen Verfahren nicht beteiligt sind, keine Wirkung entfalten. Ein mit einem Organisationsmangel befasstes Gericht kann seine Aufgabe, «eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme [zu treffen]»,⁴⁰ nur gestützt auf einen ausreichend festgestellten Sachverhalt richtig wahrnehmen. Der Untersuchungsgrundsatz erweist sich somit «gera-

dezu als «logische» Folge der für das Verfahren geltenden Offizialmaxime».⁴¹

Die Geltung der (beschränkten) Untersuchungsmaxime wird jedoch durch die Mitwirkungsobliegenheit der Parteien relativiert. Der Sachverhalt ist bloss von Amtes wegen festzustellen. Das Gericht muss – wie auch vom Handelsgericht festgestellt – nicht so weit gehen, den Sachverhalt selbst zu erforschen, wie dies bei der unbeschränkten Untersuchungsmaxime der Fall wäre.⁴² Wie weit das Gericht bei der Sachverhaltsfeststellung gehen muss, hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalles und insbesondere der Anzahl und Schutzbedürftigkeit der Stakeholder ab. Bei übersichtlichen «Zweipersonengesellschaften» kann sich das Gericht zurückhalten, währenddem bei grösseren Gesellschaften mit einer erheblichen Anzahl von Mitarbeitenden ein grösserer gerichtlicher Effort zu erwarten ist.

3.3 Verpflichtung zum Aktienverkauf trotz fehlender Parteistellung?

Im besprochenen Urteil wurde das Organisationsmängelverfahren wie üblich durch das Handelsregisteramt eingeleitet.⁴³ Nachdem er vom Handelsgericht zur Einreichung einer Offerte eingeladen wurde, beantragte Aktionär A, als Streitgenössischer Nebenintervenient zugelassen zu werden. Diesen Antrag hiess das Handelsgericht gestützt auf BGE 142 III 629 ohne weiteres gut.⁴⁴ C hingegen nahm zwar das rechtliche Gehör wahr, konstituierte sich aber weder als Partei noch als Nebenintervenient. Aus dieser Passivität leitete er sodann das Recht ab, im Verfahren nicht zu einer Leistung (konkret zur Übertragung seiner Aktien an A) verpflichtet werden zu können.

Dieser Argumentation erteilte das Handelsgericht aber unter Verweis auf BGE 142 III 629 eine Abfuhr.⁴⁵ In jenem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass ein gerichtliches Urteil in einem Organisationsmängelver-

³⁷ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.4.2.

³⁸ BGer 4A_321/2008 vom 5. November 2010, E. 5.2; BGE 138 III 294 E. 3.1.3; BGE 138 III 407 E. 2.3; BGer 4A_411/2012 vom 22. November 2012, E. 2.1.3; BGer 4A_4/2013 vom 13. Mai 2013; BGE 142 III 629 E. 2.3.1.

³⁹ BGE 138 III 407 E. 2.3.

⁴⁰ Vgl. statt vieler BGE 138 III 407 E. 2.4.

⁴¹ MARCEL SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Diss. Zürich/St. Gallen 2013, 394 (= SSHW 316); vgl. ferner etwa BSK ZPO-MAZAN, Art. 255 N 4b; FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378–1395, 1384; LUKAS MÜLLER/PASCAL MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, Ausgewählte Aspekte zu Art. 731b OR aus Sicht des Handelsregisters und der Rechtsprechung, AJP 2016, 42–58, 53; gegen die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes etwa STEFAN BÜRGE/NICOLAS GUT, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln der AG und der GmbH Normgehalt und verfahrensrechtliche Aspekte von Art. 731b OR, SJZ 2009, 157–166, 161 f.; LUKAS BERGER/DAVID RÜETSCHI/FLORIAN ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 1/2012, 1–29, 16.

⁴² Vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO.

⁴³ Vgl. Art. 941a Abs. 1 OR und Art. 154 Abs. 3 HRegV.

⁴⁴ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.5.

⁴⁵ Urteil HE180111-O vom 6. August 2018, E. 9.5.

fahren kraft materiellen Rechts notwendigerweise gegenüber allen Aktionären direkte Wirkungen entfaltet.⁴⁶

Der Auffassung des Handelsgerichts ist zuzustimmen. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass ein Aktionär die langfristige Behebung eines Organisationsmangels durch eine Änderung in der Aktionärsstruktur in einem Verfahren nach Art. 731b OR ohne weiteres verunmöglichen könnte, indem er sich nicht am Verfahren beteiligt. Die Passivlegitimation bei Klagen gestützt auf Art. 731b OR liegt bei der mangelbehafteten Gesellschaft,⁴⁷ weshalb ein Aktionär auch nicht «zwangsweise» in ein solches Verfahren miteinbezogen werden könnte. Eine derartige Beschränkung der Wirksamkeit von Art. 731b OR würde aber dem Zweck der Bestimmung, «dem Richter [...] einen hinreichenden Handlungsspielraum [zu] gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können», zuwider laufen.⁴⁸

IV. Fazit

Mit seinem pragmatischen Vorgehen im besprochenen Urteil hat das Zürcher Handelsgericht Mut bewiesen. Von der Verfahrenseinleitung durch das Handelsregisteramt bis zum Urteil, mit welchem die Pattsituation im Aktionariat der Gesellschaft mittels Verpflichtung zur Aktienübertragung langfristig behoben wurde, vergingen weniger als fünf Monate. Es ist offenkundig, dass bei einer aufrecht stehenden Gesellschaft die Verfahrensdauer von grosser Bedeutung ist, da ein laufendes Organisationsmängelverfahren grosse Unsicherheiten schürt.

Andererseits kann kaum in Abrede gestellt werden, dass das pragmatische Vorgehen aus rechtlicher Sicht einige Fragen offen lässt. Dies trifft insbesondere in Bezug auf die konkrete Umsetzung der Versteigerung oder eben nach Auffassung des Handelsgerichts «Nicht-Versteigerung» sowie die richterliche Festlegung des Kaufpreises für die übertragenen Aktien zu. Da das Urteil unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, wird das Bundesgericht zumindest in der besprochenen Angelegenheit nicht Gelegenheit erhalten, diesbezüglich Klarheit zu schaffen.

⁴⁶ BGE 142 III 629 E. 2.3.7.

⁴⁷ BGer 4A_321/2008 vom 5. August 2010, E. 2; BGer 4A_215/2015 vom 2. Oktober 2015, E. 3.3.

⁴⁸ Vgl. statt vieler BGE 138 III 407 E. 2.4.