



---

Geschäfts-Nr. HG090265-O/U/dz

Mitwirkend: Obergerichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, und Ersatz-  
obergerichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Paul Josef Geisser,  
Jean-Gaspard Comtesse und Hans Moser sowie die Gerichtsschrei-  
berin Claudia Marti

## Urteil vom 26. September 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,  
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Feststellung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der wirkliche Wert der Beklagten gerichtlich festzustellen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

**I. Einleitung und Sachverhalt**

1. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Ihr Zweck umfasst hauptsächlich die Entwicklung und den Betrieb von Software und Hardware sowie die Erbringung von Beratungsdienstleistungen basierend auf semantischen Arbeiten im Bereich Datenverarbeitung und Datenspeicherung. Das Aktienkapital besteht aus Namenaktien, deren Übertragbarkeit beschränkt ist (act. 4/1 S. 1).

2. Der Kläger erwarb am 27. Juni 2007 aus Zwangsvollstreckung 178 vinkulierte Namenaktien der Beklagten. Am 10. August 2007 trafen sich die Parteien zu Gesprächen bezüglich der Zustimmung der Beklagten zur Übertragung der Aktien an den Kläger. Anlässlich dieser Gespräche kam es zu keiner Einigung und die Beklagte lehnte das Gesuch um Zustimmung zur Übertragung ab (act. 1 S. 4, act. 8 S. 3). Im Jahre 2008 wurde über einen Übernahmepreis verhandelt. Mit Schreiben datierend vom 8. Juni 2009 stellte die Beklagte dem Kläger die Bewertung durch die D.\_\_\_\_\_ per 30. Juni 2007 sowie eine entsprechende Offerte zu (act. 1 S. 4 f.). Ob in der Folge, gestützt auf diese Offerte, eine Einigung bezüglich des Wertes und der Übernahme der 178 Aktien zustande gekommen ist, ist zwischen den Parteien strittig. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger die Bestimmung des wirklichen Wertes durch den Richter gemäss Art. 685b Abs. 5 OR (act. 1 S. 2).

## II. Prozessverlauf

1. Am 11. November 2009 reichte der Kläger Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und act. 3). Mit Eingabe vom 4. Februar 2010 erstattete die Beklagte die Klageantwort (act. 8). Am 2. Juni 2010 fand eine Referentenaudienz mit anschliessenden Vergleichsgesprächen statt, an der es zu keiner Einigung der Parteien kam (Prot. S. 4 ff.). Das Verfahren wurde schriftlich fortgesetzt (Prot. S. 11). Mit Eingabe vom 25. Juni 2010 beantragte der Kläger (act. 16), die Beklagte sei vor Erstattung der Replik zur Edition ihrer Jahresabschlüsse der vergangenen fünf Jahre aufzufordern. Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 28. Juni 2010 abgewiesen (Prot. S. 12). Am 27. August 2010 erstattete der Kläger die Replik (act. 18), und die Duplik der Beklagten ging am 4. Oktober 2010 ein (act. 22).

2. Mit Beschluss vom 10. Mai 2011 wurde die Einholung eines Gutachtens über den wirklichen Wert der Aktien der Beklagten angeordnet, den Parteien als Experte E. \_\_\_\_\_ vorgeschlagen und dem Kläger Frist zur Leistung eines Barvorschusses für die Kosten des Gutachtens angesetzt (Prot. S. 16, act. 26). Innert erstreckter Frist zur Leistung des Barvorschusses stellte der Kläger am 27. Juni 2011 (act. 30) ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung. Nach Eingang der diesbezüglichen Stellungnahme der Beklagten am 30. August 2011 wurde dem Kläger mit Beschluss vom 14. September 2011 die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung ab 27. Juni 2011 bewilligt und entsprechend die Auflage des Barvorschusses gemäss Beschluss vom 10. Mai 2011 aufgehoben (Prot. S. 21, act. 35).

3. Als Sachverständiger wurde mit Verfügung vom 29. September 2011 E. \_\_\_\_\_ ernannt, nachdem von den Parteien gegen ihn als Experten keine Einwendungen erhoben wurden (Prot. S. 22). Die Instruktion des Sachverständigen erfolgte mit Auftragsschreiben vom 30. September 2011 (act. 38). Nach Eingang des Gutachtens vom 13. Dezember 2011 wurde den Parteien mit Verfügung vom 19. Dezember 2011 Frist zu Stellungnahme angesetzt (Prot. S. 23), welche sie mit Eingaben vom 16. bzw. 30. Januar 2012 (act. 45 und 46) erstatteten.

4. Der Prozess ist nunmehr spruchreif, womit das Gericht in der Sache zu befinden hat (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

### **III. Formelles**

#### **1. Anwendbares Recht**

Am 1. Januar 2011 trat die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheidendes in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die vorliegende Klage war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere kantonale Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend, für die Rechtsmittel indes das neue Prozessrecht (Art. 308 ff ZPO).

#### **2. Zuständigkeit**

Aufgrund des Sitzes der Beklagten in C.\_\_\_\_\_ ist gemäss Art. 685b Abs. 5 OR die örtliche Zuständigkeit des Handelsgericht des Kantons Zürich gegeben.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist auch sachlich zuständig, da die bei Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO hängigen Verfahren vom bisher sachlich zuständigen Gericht fortgeführt werden (§ 206 GOG) und die sachliche Zuständigkeit bisher nach § 63 Ziff. 1 i.V.m. § 62 GVG gegeben war. Die Beklagte hat sich denn auch vorbehaltlos auf die Klage vor dem Handelsgericht Zürich eingelassen.

### **IV. Feststellungsinteresse und Vertragsschluss**

1. Gegen die Klage auf Bestimmung des wirklichen Wertes nach Art. 685b Abs. 5 OR wendet die Beklagte zunächst ein, dem Kläger fehle das Feststellungsinteresse; ihm stehe eine Leistungsklage offen. Eine solche sei einerseits gege-

ben, weil der Kläger die Auffassung vertrete, die Parteien hätten einen Vertrag über einen Kaufpreis von CHF 40'000.– geschlossen (act. 8 S. 2 f.). Da der Kläger mit der Bewertung des wirklichen Wertes durch das Gericht die Bezahlung des Kaufpreises bezwecken wolle, müsse er eine Leistungsklage geltend machen (act. 22 S. 3). Andererseits gelte nach Ansicht der Beklagten ihr Angebot, die Aktien zum Preis von CHF 3'500.– zu übernehmen, als angenommen. Die Parteien hätten sich auf eine Bewertung durch die D.\_\_\_\_\_ geeinigt und der Kläger habe die darauf gestützte Offerte nicht innert Frist abgelehnt (act. 8 S. 4 f., act. 22 S. 3 f.).

2. Bei einem Erwerb von nicht börsenkotierten Namenaktien mit statutarischer Übertragungsbeschränkung durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung kann die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung zur Übertragung nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet (Art. 685b Abs. 4 OR). Der Erwerber kann verlangen, dass der Richter am Sitz der Gesellschaft den wirklichen Wert bestimmt (Art. 685b Abs. 5 OR). Bei der Bestimmung des wirklichen Wertes geht das Gesetz praxisnah davon aus, dass im Normalfall die Gesellschaft und der veräusserungswillige Aktionär den "wirklichen Wert" in Verhandlungen festlegen. Kommt eine Einigung innert nützlicher Frist nicht zustande, so bestimmt der Richter den "wirklichen Wert" auf Antrag des Erwerbers (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 718 § 6 Rz 221 f.). Lehnt der Erwerber das Übernahmeangebot nicht innert eines Monats nach Kenntnis des wirklichen Wertes ab, so gilt es gemäss Art. 685b Abs. 6 OR als angenommen.

3. Vorliegend hat der Kläger gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien aus Zwangsvollstreckung 178 Namenaktien der Beklagten erworben, die einer Übertragungsbeschränkung unterliegen. Das Gesuch des Klägers um Zustimmung zur Übertragung lehnte die Beklagte nach Art. 685b Abs. 4 OR ab, und die Parteien verhandelten über die Übernahme der Aktien durch die Beklagte (act. 1 S. 3 f., act. 8 S. 3). Falls die Parteien in diesen Verhandlungen keine Einigung über den wirklichen Wert der Aktien erzielt und noch keinen Kaufvertrag geschlossen haben, kann der Kläger als Erwerber gestützt auf die ausdrückliche ge-

gesetzliche Regelung in Art. 685b Abs. 5 OR die Bestimmung des wirklichen Wertes durch den Richter verlangen. Diesfalls wäre das Rechtsschutzinteresse des Klägers gegeben und auf die Klage einzutreten.

#### 4. Einigung auf CHF 40'000.–

4.1. Bezüglich der Einigung über den wirklichen Wert führt der Kläger aus, eine Übernahme der Aktien durch die Beklagte sei an der Uneinigkeit über den wirklichen Wert gescheitert (act. 1 S. 3). Der Kläger vertrete nach wie vor die Auffassung, dass ein Vertrag über die Übernahme der Aktien zu einem Wert von CHF 40'000.– zustande gekommen sei. Da der Sachverhalt aber wohl nicht in dieser Art subsumiert würde, sei die Feststellungsklage gesetzlich vorgesehen und zulässig. Der Kläger habe sich im Lichte der Unsicherheiten der gerichtlichen Beurteilung für die defensivere und für ihn kostengünstigere Variante entschieden (act. 18 S. 3 und 7).

4.2. Die Beklagte bestreitet das Zustandekommen eines Vertrages über den Übernahmepreis von CHF 40'000.– (act. 8 S. 6 f., act. 22 S. 6).

4.3. Indem der Kläger das Verfahren nach Art. 685b Abs. 5 OR einschlägt, findet er sich seinerseits damit ab, dass die Beklagte eine Einigung auf eine Übernahme der Aktien zu einem Wert von CHF 40'000.– bestreitet. Er verzichtet damit implizit auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem angeblichen Vertrag. Er verlangt gerade nicht die Bezahlung von CHF 40'000.–. Demnach stimmen die Parteien darin überein, dass keine Verpflichtung der Beklagten zum Ankauf der Aktien zu CHF 40'000.– besteht. Eine Einigung auf einen wirklichen Wert von CHF 40'000.– liegt nicht vor.

#### 5. Einigung auf CHF 3'500.–

5.1. Die Beklagte wiederum macht geltend, ihr Angebot vom 8. Juni 2009 zur Übernahme zu CHF 3'500.– gelte gemäss Art. 685b Abs. 6 OR als vom Kläger angenommen (act. 8 S. 4). Die Parteien seien sich im Juni 2009 einig gewesen, dass die Beklagte dem Kläger ein Angebot mache, welches dem wirklichen Wert der Aktien im Juni 2007 gemäss der Bewertung der D.\_\_\_\_\_ entspreche

(act. 8 S. 7). Der Vertreter des Klägers habe die Beklagte mit Schreiben vom 4. Juni 2009 um Zustellung der Aktienbewertung der D.\_\_\_\_\_ und um eine entsprechende Offerte ersucht (act. 22 S. 6 f.). Die Beklagte habe dem Kläger mit Schreiben vom 8. Juni 2009 das Angebot gemacht, die Aktien zum Preis von CHF 3'500.– zu übernehmen und die Bewertungsberechnung per 30. Juni 2007 der D.\_\_\_\_\_ beigelegt. Das Angebot sei vom Kläger nicht innert Monatsfrist abgelehnt worden. Die Beklagte habe erst mit Einreichung der Klage beim Friedensrichter am 18. September 2009 Kenntnis davon erhalten, dass der Kläger mit der Offerte nicht einverstanden sei und die Aktienbewertung durch die D.\_\_\_\_\_ beanstande (act. 8 S. 4, act. 22 S. 3).

5.2. Der Kläger bestreitet eine Annahme dieser Offerte der Beklagten (act. 18 S. 5). Er führt aus, von einer Bewertungsabsprache zwischen den Parteien sei nie die Rede gewesen. Die Bewertung der Beklagten stelle eine reine Parteibehauptung dar und werde bestritten. Das Angebot sei auf 10 Tage befristet gewesen und stelle deshalb keines im Sinne von Art. 685b Abs. 6 OR dar. Die Gesellschaft könne die gesetzliche Frist nicht um 20 Tage verkürzen. Auch die Zustellung des "Vorschlags" der Beklagten im Juni 2009 wird vom Kläger bestritten. Diese sei weniger als einen Monat vor der Einreichung der friedensrichterlichen Klage erfolgt. Zudem könne sich eine Vorschlagsablehnung auch bereits aus den Umständen ergeben oder konkludent erfolgen. Der Kläger habe im vorliegenden Fall bereits mit E-Mail vom 24. November 2008 mitteilen lassen, dass bei keinem Angebot von CHF 40'000.– eine Übertragung nicht erfolge und eine gerichtliche Klage die Konsequenz hieraus sein werde. Schliesslich gelte die Bestimmung von Art. 685b Abs. 6 OR nur nach der richterlichen Feststellung des wirklichen Wertes, der noch nicht bekannt sei (act. 18 S. 4 ff.).

5.3. Unbestritten ist, dass der Kläger nie positiv die Annahme der Offerte vom 8. Juni 2009 erklärt hat. Deshalb ist zu prüfen, ob das Angebot aufgrund von Art. 685b Abs. 6 OR als angenommen gilt.

5.4. Nach Art. 685b Abs. 6 OR gilt das Übernahmeangebot als angenommen, wenn der Erwerber es nicht innert eines Monats nach Kenntnis des wirklichen Werts ablehnt. Die Frist zur Ablehnung des Angebots beginnt somit mit

Kenntnis des wirklichen Wertes zu laufen. Dieser Wert kommt in der Regel erst in der auf das Übernahmeangebot folgenden Verhandlung oder durch rechtskräftiges richterliches Urteil zustande. Die Angabe eines zahlenmässig bestimmten Übernahmewertes schon bei der Eröffnung des Angebots ist möglich, aber weder notwendig noch stets sinnvoll. Eine solche Wertangabe erlaubt dem Veräusserer die sofortige Annahme, falls er befriedigt ist (PETER BÖCKLI, a.a.O., S. 726 § 6 Rz 238).

Dem Kläger lief folglich nur eine einmonatige Frist nach Art. 685b Abs. 6 OR zur Ablehnung des Angebots vom 8. Juni 2009, falls der wirkliche Wert zu diesem Zeitpunkt bekannt war. Ein rechtskräftiges richterliches Urteil hierüber wird nicht behauptet. Somit müssten sich die Parteien zuvor über den wirklichen Wert geeinigt, d.h. darüber einen Vertrag geschlossen haben. Auf die Einigung über den wirklichen Wert kommen die allgemeinen Bestimmungen zum Abschluss eines Vertrages nach Art. 1 ff. OR zur Anwendung. Erforderlich ist somit die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien (Art. 1 Abs. 1 OR) in Form von Antrag (Offerte) und Annahme.

Die Einigung über den wirklichen Wert könnte zunächst - wie die Beklagte vorbringt - dadurch erfolgt sein, dass die Beklagte durch ihr Angebot entsprechend der Bewertung der D.\_\_\_\_\_ eine Offerte des Klägers annahm. Das Ersuchen des Klägers vom 4. Juni 2009 (act. 9/2) um Zustellung der Bewertung und eines entsprechenden Angebots ist indes nicht als Offerte zur Einigung auf einen wirklichen Wert zu qualifizieren. Es enthält keine Angabe eines bestimmten wirklichen Wertes, welchem die Beklagte hätte zustimmen können. Im Ersuchen des Klägers kann auch in keiner Weise eine Offerte dahingehend gesehen werden, dass er als Bestimmung des wirklichen Werts ohne Weiteres die Berechnung der D.\_\_\_\_\_, die er zu diesem Zeitpunkt offenbar nicht kannte, akzeptieren werde. Das Ersuchen des Klägers stellt daher eine blosser Einladung zur Offertstellung dar (vgl. EUGEN BUCHER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 3 zu Art. 7 OR). Erst das Übernahmeangebot der Beklagten vom 8. Juni 2009 ist eine Offerte zur Einigung über die Höhe des wirklichen Wertes.

Demnach lag im Zeitpunkt des Übernahmeangebots vom 8. Juni 2009 noch keine Einigung der Parteien über den wirklichen Wert vor. Entsprechend löste es keine Ablehnungsfrist im Sinne von Art. 685b Abs. 6 OR aus. Das Angebot vom 8. Juni 2009 gilt daher auch nicht mangels Ablehnung innert eines Monats gestützt auf Art. 685b Abs. 6 OR als angenommen.

5.5. Damit bleibt zu prüfen, ob das Stillschweigen des Klägers auf das Übernahmeangebot vom 8. Juni 2009 als Annahme anzusehen ist (Art. 6 OR). Es liegen jedoch keine besondere Natur des Geschäfts oder Umstände vor, die eine ausdrückliche Annahme nicht hätten erwarten lassen und zur Annahmevermutung nach Art. 6 OR geführt hätten. Insbesondere führt die erwähnte Einladung zur Offertstellung des Klägers nicht zur Annahmevermutung. Denn in dieser Einladung zur Offertstellung kann in keiner Weise eine Willenserklärung des Klägers dahingehend gesehen werden, dass er ein der Aktienbewertung der D.\_\_\_\_\_ entsprechendes Angebot ohne Weiteres akzeptieren werde. Wenn also die Beklagte mit Schreiben vom 8. Juni 2009 dem Kläger die Bewertung der D.\_\_\_\_\_ zustellte und dem Kläger das auf 10 Tage befristete Angebot machte, die Aktien für CHF 3'500.– zu übernehmen (act. 4/10), so durfte sie nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr das Stillschweigen des Klägers nicht als Akzept des wirklichen Wertes (oder als Annahme der Übernahmeofferte) auffassen.

Das Stillschweigen des Klägers ist somit auch nicht nach Art. 6 OR als Annahme der Offerte betreffend wirklichen Wert zu sehen. Demnach liegt keine Einigung der Parteien auf einen wirklichen Wert der Aktien von CHF 3'500.– vor.

5.6. Schliesslich ist entgegen der Ansicht des Klägers (act. 18 S. 7) festzuhalten, dass die Beklagte nicht mehr an ihr Angebot der Übernahme für CHF 3'500.– gebunden ist. Nach Art. 5 Abs. 1 OR bleibt unter Abwesenden der Antragsteller nur bis zu dem Punkte gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsgemässen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf. Der Kläger hat aber das Angebot der Beklagten wie dargelegt nicht angenommen, sondern die Bestimmung des wirklichen Wertes durch das Gericht verlangt. Damit ist die Beklagte nicht länger daran gebunden.

6. Die Parteien haben weder einen Kaufvertrag über die Aktien des Klägers geschlossen noch sich auf einen wirklichen Wert geeinigt. Der Kläger kann daher nach Art. 685b Abs. 5 OR die Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien durch den Richter verlangen. Auf seine Klage ist einzutreten.

## **V. Materielles**

1. Aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, dass die Voraussetzungen für das Gesuch um Bestimmung des wirklichen Wertes durch den Richter nach Art. 685b Abs. 5 OR erfüllt sind.

### **2. Zeitpunkt der Bewertung**

2.1. Bezüglich des Zeitpunkts der Bewertung macht der Kläger geltend, der massgebliche Zeitpunkt für die Wertbestimmung der Aktien sei derjenige der ultimativen Aufforderung zur Eintragung ins Aktienbuch. Dies sei erst der Zeitpunkt nach dem endgültigen Scheitern der Vergleichsverhandlungen, zumal bis dahin auch keine Schritte des Klägers unternommen worden seien. Dies sei der Sommer 2009 gewesen (act. 18 S. 3).

2.2. Die Beklagte führt demgegenüber aus, die Parteien hätten sich am 10. August 2007 zu einer Besprechung bei der Beklagten getroffen. Diskutiert worden seien die Voraussetzungen einer Eintragung des Klägers ins Aktienbuch der Beklagten. Dieser Besprechungstag gelte als Gesuchszeitpunkt für die Aufnahme ins Aktienbuch (act. 8 S. 3).

2.3. Bei der Revision von 1991 ist die im OR von 1936 enthaltene Klarstellung entfallen, dass es der wirkliche Wert im Zeitpunkte der Anmeldung zur Eintragung sei. Doch muss sinngemäss auch heute das Gleiche gelten (PETER BÖCKLI, a.a.O., S. 739 Rz 290). Der Kläger bestreitet die Besprechung der Parteien am 10. August 2007 über die Voraussetzungen der Eintragung nicht. Ein solches Treffen setzt voraus, dass ein entsprechendes Gesuch um Eintragung vom Kläger gestellt worden ist. Somit muss spätestens in diesem Zeitpunkt ein Gesuch vorgelegen haben. Dass das Gesuch sogar noch früher gestellt worden wäre, wird von

keiner Partei behauptet. Demnach ist die Bewertung per **10. August 2007** vorzunehmen.

3. Nach welchen Rechtsgrundsätzen die Bewertung vorzunehmen ist, bestimmt in seinem Anwendungsbereich das Bundesrecht. Die nach diesen Grundsätzen vorzunehmende Wertermittlung stellt grundsätzlich eine Tatfrage dar (BGE 120 II 259, E. 2.a S. 260). Der Begriff des wirklichen Werts bedeutet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass der von der Gesellschaft abgelehnte Aktienerwerber Anspruch auf eine volle Entschädigung hat, die aufgrund des inneren Werts der Aktien festgelegt wird. Dabei handelt es sich nach herrschender Literaturmeinung um einen objektiven Wert, der ausgehend vom Gesamtwert der Gesellschaft und in der Regel unter Einschluss von Substanz- und Ertragswert zu bestimmen ist (BGE 120 II 259, E. 2.b S. 261; Urteil des Bundesgerichts 4C.363/2000 vom 3. April 2001, E. 2.c). Aus dem Substanzwert sind die nicht betriebsnotwendigen Vermögenswerte auszuklammern. Sie werden, abzüglich der mit ihnen verbundenen Steuerlast, gesondert ermittelt und am Schluss zum Fortführungswert, der sich aus der Berücksichtigung von Substanz- und Ertragswert ergeben hat, hinzugezählt. Man gewichtet den betrieblichen Substanzwert einfach, den Ertragswert doppelt, bei besonders geringer Bedeutung der Substanz sogar dreifach (PETER BÖCKLI, a.a.O., S. 719 Rz 224). In Abweichung von der Regel kann aus wirtschaftlichen Gründen allein auf den Ertragswert abzustellen sein, weil derselbe und der Substanzwert so stark auseinanderklaffen, dass das Unternehmen offensichtlich ausserstande ist, aus den im Anlagevermögen gebundenen Aktiven einen angemessenen Ertrag zu erwirtschaften und die Fortführung des Unternehmens dennoch ausser Frage steht (Urteil des Bundesgerichts 4C.363/2000 vom 3. April 2001, E. 2.c).

#### 4. Bestimmung des wirklichen Wertes

4.1. Das gerichtliche Gutachten vom 13. Dezember 2011 (act. 41) hält zusammengefasst fest, dass der Beklagten per 10. August 2007 kein Ertragswert zugekommen und sie in diesem Zeitpunkt überschuldet gewesen sei. Über ein nichtbetriebsnotwendiges Vermögen habe die Beklagte nicht verfügt (act. 41 S. 4). Am 10. August 2007 absehbare, bedeutende Entwicklungen der Beklagten

verneint der Gutachter basierend auf den Aussagen von F.\_\_\_\_\_, dem einzigen Verwaltungsrat der Beklagten, und den Jahresrechnungen bis 2009 (act. 41 S. 5). Schliesslich wird festgestellt, dass die Beklagte sowohl am 31. Dezember 2006 als auch am 10. August 2007 überschuldet gewesen sei. Die Überschuldung habe dank einer am 19. Dezember 2007 beurkundeten Aktienkapitalerhöhung mit Agio über CHF 886'266.– beseitigt werden können (act. 41 S. 10).

4.2. Gemäss § 180 ZPO/ZH erhalten die Parteien die Gelegenheit, zum Gutachten Stellung zu nehmen und seine Erläuterung oder Ergänzung oder die Bestellung eines anderen Sachverständigen zu beantragen. Diese Anträge zielen auf richterliche Anordnungen nach § 181 ZPO/ZH und sind entsprechend zu begründen, was auch durch Einreichung eines privaten Gegengutachtens erfolgen kann (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 2 zu § 180 ZPO/ZH).

Das Gericht lässt ein unvollständiges, unklares oder nicht gehörig begründetes Gutachten nach § 181 Abs. 1 ZPO/ZH von Amtes wegen ergänzen oder erläutern. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung bestellt es einen neuen Sachverständigen, wenn es das Gutachten für ungenügend hält. Mängel sind nach Abs. 1 möglichst durch Verbesserung des Gutachtens zu beheben, also durch Erläuterung oder Ergänzung. Ein neues Gutachten nach Abs. 2 von § 181 ZPO/ZH ist anzuordnen, wenn das erste Gutachten trotz erfolgter Verbesserung nicht genügt oder eine Verbesserung im vornherein keinen Erfolg verspricht. Entscheidend ist, ob der Richter das vorliegende Gutachten als ungenügend betrachtet, sei es, dass dem Experten die erforderlichen Kenntnisse oder die nötige Unbefangenheit abgeht, sei es, dass sein Gutachten aus andern Gründen nicht zu überzeugen vermag. Auch einem Gutachten gegenüber besteht freie Beweiswürdigung. Der Richter hat allgemein die Befähigung des Sachverständigen zu prüfen, sowie ob seine Schlüsse gehörig und überzeugend begründet sind und die tatsächlichen Feststellungen mit den Akten übereinstimmen (FRANK/STRÄULI/ MESSMER, a.a.O., N 4 f. zu § 180 ZPO/ZH).

4.3. Die Beklagte hält in ihrer Stellungnahme zum Gutachten fest, dass dieses zum selben Ergebnis gekommen sei wie die Bewertung durch die D.\_\_\_\_\_.

Die erwähnte Kapitalerhöhung per Ende 2007 sei Ende 2007 durchgeführt worden und für die Bemessung des Aktienwertes per 10. August 2007 irrelevant (act. 45 S. 2 f.).

4.4. Der Kläger beantragt in seiner Stellungnahme zum Gutachten, einen neuen Sachverständigen zu bestellen und diesen eine neuerliche Bewertung durchführen zu lassen; eventuell sei eine Frist zur Stellung von Ergänzungsfragen anzusetzen. Diesen Antrag begründet der Kläger damit, dass die dem Gutachten zugrunde gelegten Fakten ausschliesslich auf Aussagen von F.\_\_\_\_\_ sowie den von diesem zur Verfügung gestellten Unterlagen beruhten. Nun sei aber offenkundig, dass F.\_\_\_\_\_ ein ureigenes Interesse daran hege, dass die gegenwärtige Bewertung gegen Null tendiere, da dies für ihn wirtschaftliche Auswirkungen zeitigen werde. Es gehe denn aus den im Bericht verwendeten Formulierungen unmissverständlich hervor, dass nebst den Geschäftsberichten einzig dessen Aussagen die Unternehmensbewertungsgrundlage gebildet hätten. Auch die Geschäftsberichte würden sodann eine Parteibehauptung der Gegenseite darstellen. Es trete zusätzlich hinzu, dass die Beklagte durch "eine Gesellschaft in G.\_\_\_\_\_ gehalten werde", an welcher F.\_\_\_\_\_ zusammen mit dem Management über die Mehrheit verfügen solle. Die Beklagte werde deshalb auf Basis eines Lizenzvertrages entschädigt, so die Aussage von F.\_\_\_\_\_. Dies führe dazu, dass zur Bewertung der Beklagten bzw. deren Aktiven eine Gesamtbetrachtung inklusive des Holdingkonstrukts einfließen bzw. berücksichtigt werden müsse. Es sei im untechnischen Sinne von einer wirtschaftlichen Einheit auszugehen, welche in die Berechnungen und Bewertungen einfließen müsse. So dürfte die gewählte Konstruktion dazu dienen, den Gewinn zu verteilen und Steuern zu sparen. Auch diesbezügliche Abklärungen seien dem Bericht jedoch nicht zu entnehmen. Massgeblich erscheine vorliegend zur Bestimmung des Wertes der Fortführungswert der immateriellen Anlagen. Hier stütze sich der Bericht einzig auf die Angaben in den Jahresrechnungen ab. Es wäre jedoch erforderlich, diese selbst zu bewerten, womit an dieser Stelle der Verdacht geäussert sei, dass die berichterstattende Treuhandgesellschaft hierzu wohl nicht über die entsprechende Befähigung verfüge. Sodann sei festzuhalten, dass der Fortführungswert massgeblich sei und somit zu beurteilen wäre, wie hoch die Kosten zu veranschlagen wären, müssten

die Entwicklungen und Produkte von Null auf den heutigen Stand gebracht werden. Auch diesbezüglich ermangle es dem Gutachten an jeglichen Informationen und Grundlagen. Im Sinne einer Eventualausführung sei festgehalten, dass per Ende 2007 ein Eigenkapital von rund CHF 310'000.– festgestellt worden sei. Dieser Wert wäre bei der Bestimmung des Aktienwertes mindestens anteilmässig zu berücksichtigen und als Grundlage heranzuziehen. Zusammenfassend sei somit festzuhalten, dass der vorliegende Bericht einerseits einseitig auf Informationen der Beklagten bzw. deren Organ beruhe, andererseits die massgeblichen Punkte bei seiner Beurteilung ausser Acht lasse bzw. gar nicht behandle. Entsprechend könne der Bericht und die dort gezogenen Schlüsse nicht Grundlage des Gerichtsentscheids bilden (act. 46 S. 1 f.).

4.5. Es sind entgegen der Ansicht des Klägers keine Gründe im Sinne von § 181 Abs. 1 ZPO/ZH ersichtlich, welche das Gutachten vom 13. Dezember 2011 (act. 41) unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet erscheinen liessen. Auch die vom Kläger in seiner Stellungnahme aufgeführten Punkte deuten in keiner Weise darauf hin. Zunächst spricht nichts dagegen, dass der Sachverständige die Jahresberichte der Beklagten und die dazugehörigen Revisionsstellenberichte, welche ihm von der Beklagten ausgehändigt wurden, als Grundlage zur Erstattung des Gutachtens verwendet. Zur Erstellung des Gutachtens wurden dem Sachverständigen die in der Experteninstruktion (act. 38) im Einzelnen aufgeführten Dokumente zur Verfügung gestellt; zudem wurde er entsprechend § 176 Abs. 1 ZPO/ZH zur Befragung der Parteien oder Dritter sowie zum Beizug von Urkunden ermächtigt, soweit dies für die Erstellung des Gutachtens erforderlich ist (act. 38 S. 3). Sowohl die Beschaffung von weiteren Unterlagen als auch die Einholung von Auskünften bei F.\_\_\_\_\_ sind daher nicht zu beanstanden. Daran ändert nichts, dass F.\_\_\_\_\_ einziger Verwaltungsrat und Aktionär der Beklagten ist; sind zur Ausführung des Gutachtensauftrags ergänzende Angaben zur zu bewertenden Gesellschaft erforderlich, versteht es sich von selbst, dass solche bei den zuständigen Organen eingeholt werden müssen, welche allein über die notwendigen Informationen verfügen. Hinzuweisen ist sodann darauf, dass die Beklagte als Aktiengesellschaft zur Buchführung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften (Art. 662 ff. und 957 ff. OR) verpflichtet ist, und die Revisionsgesellschaft hat sich

bei der Erstattung des Revisionsberichts ebenfalls an die gesetzlichen Vorschriften zu halten. Der Kläger macht denn auch nicht geltend, dass die gesetzlichen Bestimmungen nicht eingehalten worden wären. Weshalb das Gutachten aufgrund der Abstützung auf die Jahresberichte der Beklagten der Verbesserung bedürfte, erläutert er nicht näher, sondern begründet es einzig damit, dass der Sachverständige diese vom Organ der Beklagten erhalten habe. Daraus folgt indes keine Notwendigkeit zur Verbesserung des Gutachtens.

Was die bemängelte Bewertung der immateriellen Anlagen betrifft, so hat der Sachverständige die in den Jahresrechnungen per Ende 2006 und per Ende 2007 vorgenommenen Bewertungen anhand der in den Revisionsstellenberichten hierzu angebrachten Hinweise und Zusätze überprüft und ist zum Schluss gekommen, dass aus diesen nicht abgeleitet werden könne, dass in den bilanzierten immateriellen Anlagen offensichtliche, stille Reserven enthalten seien, welche im Eigenkapital entsprechend zu berücksichtigen wären (act. 41 S. 7 und 9 f.). Damit begründet der Sachverständige gehörig und überzeugend, dass auf die Bewertung der immateriellen Anlagen in den Jahresberichten abgestellt werden kann und eine umfassende, erneute Bewertung durch ihn selbst nicht zu erfolgen hat. Auch in diesem Punkt bedarf das Gutachten nicht der Verbesserung.

Im Weiteren legt der Sachverständige in den Angaben zur Gesellschaft dar, dass er bei Erstattung des Gutachtens über das Bestehen des Lizenzvertrages mit der Mehrheitsaktionärin informiert war. Somit konnte er die Tatsache, dass diese über die Vermarktungsrechte verfügt und die Beklagte auf der Basis eines Lizenzvertrages zu entschädigen hat, bei seiner Bewertung berücksichtigen (act. 41 S. 4). Obwohl eine Holdingstruktur vorliegt, spielt diese keine Rolle, da keine bewertungsrelevanten Faktoren erkennbar sind (vgl. act. 41 S. 7). Damit erscheint auch keine Gesamtbetrachtung angezeigt.

Im Weiteren sind entsprechend der dargestellten Rechtsprechung und Lehre zur Ermittlung des wirklichen Wertes (vgl. oben Ziff. V.3.) nicht die Kosten für die Entwicklungen und Produkte von Null auf einzuberechnen, sondern ist der Wert im Wesentlichen gestützt auf Ertrags- und Substanzwert zu ermitteln. Dieser Einwand begründet somit ebenfalls keinen Verbesserungsbedarf des Gutachtens.

Schliesslich ist das Eigenkapital, welches aus der Kapitalerhöhung Ende 2007 resultierte, zur Bestimmung des wirklichen Wertes nicht zu berücksichtigen, da massgeblicher Zeitpunkt der 10. August 2007 ist.

4.6. Eine Ergänzung oder Erläuterung des Gutachtens nach § 181 Abs. 1 ZPO/ZH erweist sich deshalb nicht als notwendig. Dem entsprechenden Antrag des Klägers ist nicht zu folgen. Nachdem nicht einmal eine Verbesserung des Gutachtens notwendig ist, ist auch der Hauptantrag des Klägers auf Einholung eines neuen Gutachtens nicht zielführend. Dies hätte nur für den Fall der Aussichtslosigkeit einer Verbesserung zu erfolgen.

5. Demzufolge ist zur Bestimmung des wirklichen Wertes auf das gerichtliche Gutachten vom 13. Dezember 2011 (act. 41) abzustellen. Zumal der Beklagten gemäss Gutachten zu diesem Zeitpunkt kein Ertragswert zukam, sie überschuldet war und ausserdem über kein nichtbetriebsnotwendiges Vermögen verfügte sowie auch keine bedeutenden Entwicklungen absehbar waren, ist aufgrund des oben dargelegten Berechnungsverfahrens festzustellen, dass **per 10. August 2007 der wirkliche Wert der Beklagten CHF 0.–** beträgt.

6. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Frist für die Ablehnung der Übernahme zum gerichtlich festgestellten wirklichen Wert mit Eintritt der formellen Rechtskraft dieses Entscheides zu laufen beginnt (vgl. OERTLE/DU PASQUIER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 14 zu Art. 685b OR; PETER BÖCKLI, a.a.O., S. 727 § 6 Rz 241).

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Wird der wirkliche Wert der Aktien durch den Richter bestimmt, trägt nach Art. 685b Abs. 5 OR die Kosten der Bewertung die Gesellschaft. Entsprechend sind die Kosten des Gutachtens von CHF 7'020.– der Beklagten aufzuerlegen.

2. Die Gerichtsgebühr dagegen ist bei diesem Ausgang der Bewertung dem Kläger aufzuerlegen (§ 64 Abs. 1 ZPO/ZH) und infolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 64 in Ver-

bindung mit § 85 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Nachzahlungspflicht für die Gerichtskosten und die Auslagen für die Rechtsvertretung gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.

3. Beim vorliegenden Streitwert von CHF 40'000.– (§ 18 Abs. 1 ZPO/ZH) ist die Gerichtsgebühr in Anwendung der § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 Ziff. 1 der Gerichtsgebührenverordnung vom 4. April 2007 auf CHF 8'000.– festzusetzen.

4. Ferner ist der Kläger ausgangsgemäss zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 10'000.– (§ 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 6 der Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006) zu bezahlen.

**Demgemäss erkennt das Gericht:**

1. Es wird festgestellt, dass der wirkliche Wert der Beklagten per 10. August 2007 CHF 0.– beträgt.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.–;  
die weiteren Kosten betragen:  
CHF 7'020.– (Gutachten).
3. Die Kosten des Gutachtens von CHF 7'020.– werden der Beklagten auferlegt.  
Die Gerichtsgebühr wird dem Kläger auferlegt und infolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht für die Gerichtskosten und die Auslagen für die Rechtsvertretung gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

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 Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 40'000.–.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller

lic. iur. Claudia Marti