



Geschäfts-Nr. HG130064-O

U/dz

Mitwirkend: der Oberrichter Peter Helm, Präsident, die Ersatzoberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Caspar Comtesse, Thomas Klein und Kaspar Wälti sowie der Gerichtsschreiber Enrico Moretti

Urteil vom 13. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger (und Widerbeklagter)

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, und Rechtsanwalt lic. iur.

X1. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Beklagte (und Widerklägerin)

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____, und Rechtsanwalt lic. iur.

Y1. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 2'822'857.15 nebst Zins zu 5% seit dem 20. März 2009 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(...)

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Parteien und Gegenstand des Verfahrens

1.1. Der Kläger ist in der Reisebranche tätig und war unter anderem Aktionär sowie Mitglied des Verwaltungsrates der C._____ AG, einer Gesellschaft, die im Wesentlichen den Betrieb einer Reiseunternehmung bezweckte.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich; ihr Zweck ist in erster Linie der Betrieb eines Touristikunternehmens, insbesondere im Bereich des Tour Operating und des Vertriebs von Ferien-, Geschäfts- und Spezialreisen.

1.2. Mit Kaufvertrag vom 24. Juni 2008 (act. 4/5) verkaufte der Kläger der Beklagten 3'150 Namenaktien der C._____ AG (60% des Aktienkapitals) zum Preis von CHF 4'369'000.-. Gleichentags schlossen die Parteien und die C._____ AG eine Aktionärbindungsvereinbarung (ABV; act. 4/2). Diese enthält in Ziffer 2 eine Regelung betreffend den Verkauf von Aktien, namentlich ein Kaufrecht zugunsten der Beklagten (Ziff. 2.1), ein sog. Vorhandrecht ("right of first refusal", Ziff. 2.2) und ein Vorkaufsrecht ("right of preemption", Ziff. 2.3).

1.3. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger, der sich auf den Standpunkt stellt, die Beklagte habe ihr Kaufrecht an den restlichen von ihm gehaltenen Aktien der C._____ AG ausgeübt, von der Beklagten die Bezahlung des Kaufpreises von CHF 2'822'857.15 zuzüglich Zins. Die Beklagte bestreitet die Kaufrechtsausübung und beantragt die Klageabweisung.

1.4. Die Beklagte hatte mit der Klageantwort Widerklage über CHF 2'172'472.39 sowie CHF 186'000.–, je nebst Zins, erhoben, die sie mit dem Eintritt der Voraussetzungen einer in Ziff. I Abs. 4 des Kaufvertrags vereinbarten Kaufpreisreduktion sowie mit der Verletzung der vereinbarten Gewährleistung begründet hatte. Die Widerklage ist nicht mehr Gegenstand des Verfahrens (vgl. unten Ziff. 3.2).

2. Prozessverlauf

2.1. Am 21. Juli 2009 reichte der Kläger Weisung (act. 3) und Klageschrift (act. 1) ein. Nach Eingang der Klageantwortschrift und Widerklage vom 29. September 2009 (act. 12) wurden die Parteien auf den 14. Januar 2010 zu einer Referentenaudienz vorgeladen (act. 14). Auf Ersuchen der Beklagten (act. 15) wurde mit Verfügung vom 21. Dezember 2009 zunächst Frist zur Einreichung der Widerklageantwort angesetzt (Prot. I [=HG090172] S. 6). Am 6. April 2010 ging die Widerklageantwort ein (act. 19). In der Folge wurden die Parteien auf den 17. September 2010 zu einer Referentenaudienz vorgeladen (act. 21). Mit Eingabe vom 10. September 2010 (act. 22) überbrachte der Kläger unaufgefordert eine Stellungnahme und reichte weitere Unterlagen (act. 23/1-3) ein. Die Eingabe sowie die Beilagen dazu wurden der Beklagten zugestellt (Prot. I S. 8). Die Referentenaudienz vom 17. September 2010 führte zu keiner Einigung (Prot. I S. 9). Mit Verfügung vom 23. September 2010 wurde dem Kläger Frist zur Einreichung der Replik und zur Verbesserung der Widerklageantwort angesetzt. An die Parteien ergingen ausführliche Substantiierungshinweise (Prot. I S. 10 f.). Mit Eingabe vom 10. Januar 2011 ergingen Replik und ergänzte Widerklageantwort (act. 27; letzteres als vollständiger Ersatz für die Widerklageantwort vom 6. April 2010, vgl. act. 27 Rz 5, 75). Nach Eingang von Duplik und Widerklagereplik, Widerklageduplik und den Stellungnahmen zu Noven (act. 31-41, vgl. Prot. I S. 10-16) wurde am 11. September 2012 ein sowohl die Klage als auch die Widerklage gutheissendes Urteil gefällt (act. 43).

2.2. Beide Parteien gelangten gegen dieses Urteil mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Mit Urteil vom 9. April 2013 hob die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in teilweiser Gutheissung beider Beschwerden das

Urteil des Handelsgerichts vom 11. September 2012 auf. Es schützte die Widerklage teilweise und verpflichtete den Kläger, der Beklagten CHF 1'677'772.39 zuzüglich Zins zu 5% seit 15. April 2009 sowie CHF 186'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 13. Juli 2009 zu bezahlen. Die Sache wurde zur Neuurteilung der Klage an das Handelsgericht zurückgewiesen (act. 51).

2.3. Das ursprünglich unter Geschäfts-Nr. HG090172 geführte Verfahren wurde unter der Geschäfts-Nr. HG130064 fortgesetzt. Am 23. Mai 2013 erging der Beweisaufgabebeschluss (act. 54) und am 18. September 2013 der Beweisabnahmebeschluss (act. 60). Am 3. Dezember 2013 erfolgten die persönliche Befragung des Klägers und die Einvernahme von sieben Zeugen (Prot. S. 10 ff.). Die Parteien erhielten im Anschluss daran Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 65), wovon sie mit Eingaben vom 17. Januar 2014 und 10. Februar 2014 Gebrauch machten (act. 67, 69). Nach Zustellung der entsprechenden Eingaben (act. 70) erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2.4. Zur Terminologie ist festzuhalten, dass im vorliegenden Entscheid der von den Parteien gewählten vertraglichen Bezeichnung und ihren Ausführungen sowie dem Bundesgericht folgend durchwegs die Bezeichnung "Kaufrecht" verwendet wird.

3. Formelles

3.1. Anwendbares Prozessrecht

Am 1. Januar 2011 – mithin nach Anhängigmachung der Klage – ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. 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. Mit der Rückweisung durch das Bundesgericht ist der Streit in das Verfahrensstadium vor dem Erlass des angefochtenen (erstinstanzlichen) Entscheides zurückversetzt worden. Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH, GVG) massgebend (vgl. BGE 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012, dort E. 3.3).

3.2. Umfang des Verfahrens

Wie eingangs dargelegt hob das Bundesgericht das Urteil vom 11. September 2012 vollumfänglich auf. Mit Bezug auf die Widerklage entschied es indessen in der Sache selbst und wies das Verfahren lediglich zur Neuurteilung der Klage an das Handelsgericht zurück. Zu entscheiden bleibt somit vorliegend über die Hauptklage und, nach Massgabe des definitiven Verfahrensausganges, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen.

3.3. Bindung an Rechtsauffassung und Umfang der Neuurteilung

Wird ein Entscheid durch eine Rechtsmittelinstanz aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Erstinstanz zurückgewiesen, wird der Streit in das Stadium vor dem Erlass des angefochtenen Entscheids versetzt. Die untere Instanz ist an die rechtliche Beurteilung der Rechtsmittelinstanz gebunden, nicht aber an die eigenen rechtlichen Erwägungen im ersten Entscheid, die nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens waren. Das Handelsgericht hat den gesamten zu beurteilenden Prozessstoff erneut unvoreingenommen durch den Entscheid vom 11. September 2012, jedoch unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichts vom 9. April 2013, zu beurteilen.

4. Materielles

4.1. Sachverhalt

Mit Kaufvertrag vom 24. Juni 2008 (act. 4/5) verkaufte der Kläger der Beklagten 3'150 Namenaktien der C._____ AG zu einem Preis von CHF 4'369'000.–.

Die Parteien und die C._____ AG schlossen gleichentags, am 24. Juni 2008, eine Aktionärbindungsvereinbarung (ABV; act. 4/2). Die Vereinbarung enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

"2. Übertragung von Aktien

2.1 Kaufrecht der B._____ AG

Der Aktionär A._____ räumt dem Aktionär B._____ AG unwiderruflich das Recht ein, sämtliche von A._____ gehaltenen Aktien zu erwerben. Das Kaufrecht unterliegt keiner

Befristung. B. _____ AG ist frei in ihrer Entscheidung, wann und wie viele Aktien jeweils erworben werden.

Zur Berechnung des Kaufpreises wird jeweils von einem Basispreis von CHF 13'000'000.– für 100% des gesamten Aktienkapitals der C. _____ AG ausgegangen, zuzüglich 20% auf den so errechneten Kaufpreis für die jeweilige Anzahl Aktien.

Die jeweilige Übertragung der Aktien wird nach der jeweiligen Kaufrechtsausübung Zug um Zug gegen Bezahlung des betreffenden Kaufpreises gemäss den Zahlungsanweisungen von A. _____ vollzogen.

Das Kaufrecht von B. _____ AG geht jedem anderen Recht gemäss den Ziffern 2.2 bis 2.5 vor.

2.2 Vorhandrecht ("right of first refusal")

Sofern ein Aktionär seine Aktien vollständig oder teilweise verkaufen will, hat er diese Aktien vorerst dem anderen Aktionär schriftlich zum Kauf anzubieten. Zur Berechnung des Kaufpreises für bei Ausübung des Vorhandrechts wird jeweils von einem Basispreis von CHF 13'000'000.– für 100% des gesamten Aktienkapitals der C. _____ AG ausgegangen, zuzüglich 20% auf den so errechneten Kaufpreis für die jeweilige Anzahl Aktien.

Sofern die Aktionäre sich nicht innerhalb von 30 Tagen nach Empfang des schriftlichen Angebots auf einen Aktienkaufvertrag einigen können, ist der veräusserungswillige Aktionär berechtigt, seine Aktien einer Drittpartei anzubieten. Dieses Angebot muss jedoch unter der Bedingung eines Vorkaufsrechts zugunsten des anderen Aktionärs gemäss nachfolgender Ziffer 2.3 stehen. Ziffer 2.1 bleibt vorbehalten.

2.3 Vorkaufsrecht ("right of preemption")

Wird das Vorhandrecht gemäss Ziffer 2.2 nicht ausgeübt, hat der veräusserungswillige Aktionär, bevor er die von ihm gehaltenen Aktien einer Drittpartei verkaufen darf, diese Aktien zuerst schriftlich dem anderen Aktionär zum gleichen Preis und den gleichen Verkaufsbedingungen zum Kauf anzubieten. Der Name der Drittpartei, die bereit ist, die Aktien zu diesen Bedingungen zu kaufen, und die Verkaufsbedingungen des Verkaufs selbst sind in der Offerte an den Aktionär offen zulegen. Innerhalb von 30 Tagen nach Empfang dieser schriftlichen Offerte kann der die Aktionär sämtliche der angebotenen Aktien zu genau diesen Bedingungen durch schriftliche Mitteilung an den anderen Aktionär erwerben. Der Erwerb nur eines Teils der angebotenen Aktien durch die Aktionäre ist ausgeschlossen. Die Annahme hat die Bezahlung des angebotenen Kaufpreises zu enthalten und muss bedingungslos sein.

Sofern der Aktionär nicht fristgemäss das schriftliche Angebot des verkaufenden Aktionärs akzeptiert, ist der verkaufende Aktionär berechtigt, die angebotenen Aktien der Drittpartei, die in der Offerte genannt wurde, zu genau diesen Bedingungen innerhalb von 60 Tage nach Ablauf der obgenannten 30 Tagefrist zu verkaufen."

Im September 2008 beabsichtigte der Kläger, die ihm verbliebenen 950 Namenaktien an eine Drittpartei zu verkaufen (act. 1 Rz 8, act. 12 Rz 10). Deshalb bot er der Beklagten mit Schreiben vom 29. September 2008 sein Aktienpaket ausdrücklich gestützt auf Ziff. 2.2 ABV (right of first refusal) zum Kauf an (act. 4/6).

D. _____ und E. _____ von der Beklagten, damals beide mit Kollektivunterschrift

zu zweien (act. 4/4), nahmen mit Schreiben vom 27. Oktober 2008 (act. 4/7) wie folgt Stellung:

"Verlängerung Frist zur Ausübung des Vorhandrechts

Sehr geehrter Herr A._____

Mit Brief vom 29. September 2008 haben Sie uns mitgeteilt, dass Sie uns sämtliche von Ihnen gehaltenen Aktien der C._____ AG zum Kauf anbieten. Das Angebot richtet sich nach den Bestimmungen unter Ziffer 2.2 der Aktionärsbindungs-Vereinbarung zwischen Ihnen und der B._____ AG vom 24. Juni 2008.

Gemäss Telefongespräch vom 24. Oktober 2008 mit unserem Herrn D._____ vereinbaren die Parteien für dieses Angebot, dass die 30-tägige Frist zur Ausübung des Vorhandrechts am 1. November 2008 neu zu laufen beginnt."

Der Kläger stimmte der Fristverlängerung bis zum 30. November 2008 durch Gegenzeichnen des Schreibens vom 27. Oktober 2008 zu (act. 4/7; act. 1 Rz 9).

Mit E-Mail vom 1. Dezember 2008 machte der Kläger D._____ von der Beklagten auf den abgelaufenen Termin gemäss Fristverlängerung vom 27. Oktober 2008 aufmerksam (act. 1 Rz 10; act. 4/8):

"Der im gegenseitigen Einverständnis verlängerte Termin per 30. November 2008 ist gestern abgelaufen. Bis heute habe ich von Eurer Seite keine Reaktion erhalten und schliesse daraus, dass B._____ vermutlich nicht an einem Kauf interessiert ist.

Ohne anders lautenden Bescheid von Eurer Seite, werde ich, wie im Aktionär-Bindungsvertrag vorgesehen, meine Anteile möglichen, potentiellen Interessenten anbieten.

Sollte es sich um ein Versehen handeln, dann gib mir doch bitte Bescheid."

Am 2. bzw. 3. Dezember 2008 (Datum nicht bekannt) nahm F._____ von der B._____ Holding AG (resp. B._____ Holding Ltd.), der Muttergesellschaft der Beklagten, telefonisch mit dem Kläger Kontakt auf, um auf das Schreiben des Klägers vom 1. Dezember 2008 zu reagieren. Auf den Inhalt dieses Gesprächs wird noch einzugehen sein.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 an den Kläger führten F._____ und G._____ von der B._____ Holding Ltd. folgendes aus (act. 4/9):

"Ausübung des Kaufrechts an Aktien der C._____ AG

Sehr geehrter Herr A._____

Wie mit Herrn F._____ am Telefon besprochen, beabsichtigt B._____ AG, das Kaufrecht an den von Ihnen gehaltenen 18.1% des Aktienkapitals der C._____ AG auszuüben. Die Konditionen des Kaufs richten sich nach der Aktionärsbindungs-Vereinbarung vom 24. Juni 2008.

Wie ebenfalls besprochen schlagen wir vor, den Kauf nach Vorliegen des definitiven Jahresabschluss 2008 durchzuführen, was gegen Ende Januar 2009 der Fall sein wird.

Wenn Sie mit diesem Vorgehen einverstanden sind, retournieren Sie uns bitte ein von Ihnen unterzeichnetes Exemplar dieses Schreibens."

Der Kläger beantwortete das Schreiben mit E-Mail vom 9. Dezember 2008 an F._____ und G._____ (act. 4/10) wie folgt:

"Ihr Schreiben vom 5. Dezember 2008 wurde mir übermittelt. Darin teilen Sie mir mit, dass Sie meine Restanteile von 18.1% von C._____ AG übernehmen wollen. Besten Dank für die prompte Antwort.

Ich bin mit der beschriebenen Regelung einverstanden. Der Vollzug müsste jedoch bis spätestens 23. Januar 2009 erfolgen, da ich anschliessend für eine längere Zeit in den USA bin.

Jahresabschluss 2008:

Die vielen Strategie- und Richtungswechsel, insbesondere den Direktverkauf von H._____ betreffend, werden sich negativ im Ergebnis von C._____ niederschlagen. Die Massnahmen, die von Ihnen zweifellos im Sinne der Gesamtunternehmung getroffen wurden, werden bei C._____ eine erhebliche Umsatz- und Ertragseinbusse, sowie erhöhte Kosten verursachen.

Das habe ich nicht zu vertreten und kann dafür auch nicht verantwortlich gemacht werden. Ich danke Ihnen für Ihr Verständnis."

F._____ und G._____ von der B._____ Holding Ltd. machten den Kläger mit Schreiben vom 2. Februar 2009 (act. 13/8) auf die Garantie über die Höhe des Eigenkapitals per 31. Dezember 2008 sowie die Situation gemäss provisorischem Buchhaltungs-Abschluss der C._____ AG aufmerksam. Demnach wurde für das Jahr 2008 ein Verlust von CHF 8'484'995.05 und ein negatives Eigenkapital per 31. Dezember 2008 von CHF 3'544'944.78 provisorisch in Aussicht gestellt. Damit werde wohl eine Kaufpreisreduktion im Umfang von CHF 2'172'472.39 fällig, die der Kläger der Beklagten zu bezahlen habe.

Aufgrund der schlechten finanziellen Situation der C._____ AG wurden anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 Sanierungsmassnahmen beschlossen (act. 13/4), namentlich die Kapitalherabsetzung auf Null mit anschliessender Kapitalerhöhung (act. 12 Rz 21; act. 27 Rz 71). Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der C._____ AG vom 8. April 2009 wurde entsprechend Beschluss gefasst (act. 13/5).

Zuvor, mit Schreiben vom 4. März 2009 (act. 4/11) hatte der Kläger der Beklagten Frist bis spätestens 20. März 2009 zum Vollzug des Kaufs der von ihm gehaltenen Aktien ansetzen lassen. Zudem nahm er Stellung zum provisorischen Abschluss gemäss Schreiben vom 2. Februar 2009 und hielt fest, dass seitens der Beklagten keine Forderungen gegenüber dem Kläger bestünden.

4.2. Prozessklärungen

4.2.1. Der Kläger stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Beklagte habe ihr Kaufrecht mit dem Schreiben vom 5. Dezember 2008 ausgeübt (act. 1 Rz 11) und gleichzeitig vorgeschlagen, den Vollzug des Kaufs im Januar 2009 durchzuführen. Damit habe sich der Kläger grundsätzlich einverstanden erklärt und den Vollzug bis spätestens 23. Januar 2009 verlangt (act. 1 Rz 13). Das Schreiben vom 5. Dezember 2008 sei wohl im Namen der B._____ Holding Ltd. von F._____ und G._____ unterzeichnet; diese habe aber rechtsgültig für die Beklagte gehandelt gestützt auf eine stillschweigende bzw. konkludente Vollmächteinräumung, eventuell eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht (act. 27 Rz 7 ff.). F._____ habe denn auch persönlich telefonisch auf das Schreiben des Klägers vom 1. Dezember 2008 reagiert und ihm mitgeteilt, dass B._____ AG (also die Beklagte) das Kaufrecht an den vom Kläger gehaltenen Aktien der C._____ AG ausübe (act. 27 Rz 15). Die Ausübung des Kaufrechts sei dem Kläger kurz nach diesem Telefongespräch auch noch schriftlich bestätigt worden (act. 27 Rz 16). Schliesslich sei das Bestätigungsschreiben des Klägers vom 9. Dezember 2008 unwidersprochen geblieben; dabei handle es sich um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, aus welchem die Beklagte habe erkennen können, dass der Kläger davon ausging, dass das Kaufrecht bereits ausgeübt worden sei (act. 27 Rz 21 ff.).

4.2.2. Die Beklagte macht zusammengefasst geltend, die Parteien seien von einer Vorhandrechts-Konstellation ausgegangen und nicht von einer Kaufrechts-Konstellation gemäss Ziffer 2.1, auch wenn die B._____ Holding Ltd. ihren Vorschlag versehentlich mit "Kaufrecht" bezeichnet habe. Diese habe lediglich die Absicht der Beklagten bestätigt, die Aktien des Klägers zu übernehmen, allerdings erst nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses 2008. B._____ Holding

Ltd. habe keine Rechte im Namen der Beklagten ausgeübt (act. 12 S. 6 f.; act. 31 Rz 18 ff.). Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 habe der telefonisch zugeschaltete Kläger eine geplante Sanierung von C._____ davon abhängig gemacht, dass ihm die Beklagte eine Verkaufsoption für seine Aktien einräume. Er sei somit selbst nicht der Meinung gewesen, dass sich die Beklagte bereits zum Kauf der Aktien verpflichtet, mithin das Kaufrecht ausgeübt hatte (act. 12 Rz 17). Die Beklagte habe klar zum Ausdruck gebracht, dass vor der Entscheidung über einen weiteren Aktienerwerb der Jahresabschluss 2008 vorliegen müsse; die Annahme einer quasi blinden Ausübung des Kaufrechts verbiete sich schlicht bei ökonomischer und logischer Betrachtungsweise (act. 31 Rz 10 f.). Dem Schreiben vom 9. Dezember 2008 komme keinerlei konstitutive Wirkung zu; mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 habe B._____ Holding Ltd. das mit F._____ Besprochene bestätigt und damit die Absicht, das Kaufrecht (gemeint das Vorhandrecht) an den Aktien des Klägers auszuüben, was nicht als eine bereits erfolgte Ausübung verstanden werden könne (act. 31 Rz 23 ff., 36 ff.).

4.3. Bundesgericht

Das Bundesgericht hielt in seiner Rückweisungsentscheid fest, entgegen der Annahme im aufgehobenen Entscheid könne die klägerische Behauptung, F._____ habe dem Kläger anlässlich eines Telefongesprächs am 2. oder 3. Dezember 2008 mitgeteilt, dass die Beklagte das Kaufrecht an den vom Kläger gehaltenen Aktien der C._____ AG ausübe, nicht als unbestritten geblieben betrachtet werden (act. 51 S. 19 E. 8.4.2). Da die Beklagte sowohl eine mündliche als auch eine schriftliche Ausübung des Kaufrechts bestreite, sei über den Inhalt der Erklärungen Beweis abzunehmen. In erster Linie sei der tatsächliche Parteiwille massgebend. Gestützt auf die Ausführungen des Klägers hält es weiter fest, die Parteien seien sich mithin einig, dass das mündlich Besprochene schriftlich bestätigt worden sei. Ob ein Recht ausgeübt oder nur eine entsprechende Absicht erklärt worden sei, hänge beweismässig von der Interpretation des Schreibens vom 5. Dezember 2008 ab. Mit Blick auf das tatsächliche Verständnis des Klägers komme seinem nachträglichen Verhalten aber sehr wohl Bedeutung zu. Nachdem die Vorinstanz keine Feststellungen zum von der Beklagten behaupteten tatsäch-

lichen Verständnis des Klägers getroffen habe, sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Bundesgericht fährt fort (act. 51 S. 20 E. 8.6): "Sollte sich auch unter Berücksichtigung des nachträglichen Parteiverhaltens kein tatsächlich übereinstimmendes Verständnis feststellen lassen und der Kläger tatsächlich angenommen haben, die Beklagte habe das Kaufrecht ausgeübt, bleibt zu prüfen, ob er nach dem Vertrauensprinzip in seinem Verständnis zu schützen ist. Dies ist nur der Fall, wenn er gestützt auf die gesamten Umstände davon ausgehen dürfte, die Beklagte habe das Kaufrecht bereits ausgeübt, obwohl das Schreiben vom 5. Dezember 2008 nach seinem Wortlaut lediglich davon spricht, die Beklagte beabsichtige, das Kaufrecht auszuüben."

4.4. Ausübung des Kaufrechts

Umstritten ist, ob die Beklagte das Kaufrecht gemäss ABV an den beim Kläger verbliebenen Aktien ausgeübt hat.

4.4.1. Auf einseitige empfangsbedürftige (z.B. Gestaltungsrechte wie die vorliegend fragliche Ausübung des Kaufrechts) und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen ist Art. 18 OR analog anwendbar. Der Inhalt der Erklärung bestimmt sich somit in erster Linie nach dem wirklichen Willen der Parteien. Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Empfangs der Willenserklärung massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann jedoch - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. act. 51 S. 19 E. 8.5 mit Hinweisen).

Zu prüfen ist also grundsätzlich zunächst der wirkliche Wille der Beklagten und das tatsächliche Verständnis des Klägers, und erst nach Massgabe des Ergebnisses folgt eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Da sich aber die Behauptungs- und Beweislast danach richtet, ob vom normativen Verständnis ab-

gewichen wird (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa mit weiteren Hinweisen), ist dieses zuerst zu prüfen.

4.4.2. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (normative Auslegung; Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2004 vom 15. Juni 2004 E. 2; BGE 129 III 118 E. 2.5; 127 III 444 E. 1b). Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel (bzw. Erklärung) erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht. Soweit sie für Dritte erkennbar sind, dürfen die Begleitumstände oder die Interessenlage der Parteien ergänzend berücksichtigt werden (BGE 128 III 265 E. 3a).

4.4.2.1. Wie dargelegt stellte das Bundesgericht gestützt auf die Äusserungen des Klägers (vgl. act. 51 S. 20 E. 8.6) fest, die Parteien seien sich einig, dass das zwischen dem Kläger und F._____ am Telefon mündlich Besprochene mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 schriftlich bestätigt worden ist. In diesem Schreiben erklärt die B._____ Holding Ltd., die Beklagte *beabsichtige* das Kaufrecht auszuüben; sie schlägt vor, *den Kauf* nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses 2008, gegen Ende Januar 2009, *durchzuführen* (vgl. im Detail oben Ziff. 4.1). Dem Wortlaut nach äussert die B._____ Holding Ltd. somit lediglich die Absicht der Beklagten, das Kaufrecht auszuüben. Daran ändert nichts, dass der Brief mit dem Betreffnis "Ausübung des Kaufrechts an Aktien der C._____ AG" versehen ist; auch die Mitteilung, dass man ein Kaufrecht auszuüben beabsichtige, reiht sich ohne weiteres unter diesen Titel ein. Ebenso lässt der Vorschlag, den Kauf zu einem späteren Zeitpunkt durchzuführen, nicht auf eine unmittelbare Ausübung des Rechts schliessen.

4.4.2.2. Wird die Erklärung im Kontext der Abfolge der Geschehnisse betrachtet, fällt auf, dass der Kläger die Beklagte zunächst ausdrücklich gestützt auf Ziffer 2.2 ABV (right of first refusal) anschrieb. Diese Bestimmung gewährt den Aktionären

eine Frist von 30 Tagen zur Einigung über den Kaufvertrag, andernfalls der Verkäufer berechtigt ist, seine Aktien einer Drittpartei anzubieten (allerdings unter den Bedingungen des Vorkaufsrechts gemäss Ziffer 2.3 und immer unter Vorbehalt des Kaufrechts gemäss Ziffer 2.1; vgl. oben Ziff. 4.1). Die Beklagte ersuchte hierauf ebenfalls unter Bezugnahme auf Ziffer 2.2 ABV um Verlängerung der Frist. Innerhalb der Frist gab sie keine weitere Erklärung mehr ab. Erst auf Nachfrage des Klägers, er schliesse aus dem Stillschweigen, "dass B. _____ vermutlich nicht an einem Kauf interessiert" sei, äusserte die Beklagte (bzw. deren Muttergesellschaft) ihre Absicht, das Kaufrecht auszuüben, den Kauf allerdings erst nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses 2008 durchzuführen. Eine konkrete Bezugnahme auf die Ziffern 2.1 bis 2.3 des ABV fehlt in dieser Erklärung, die ausschliesslich von Kaufrecht (und nicht von Vorhand- oder Vorkaufsrecht) spricht; die Rede ist auch nicht von einer weiteren Fristverlängerung. Für die Konditionen des Kaufs verweist das Schreiben vom 5. Dezember 2008 zwar ausdrücklich auf die ABV. Diese sieht jedoch sowohl für das Kaufrecht als auch für das Vorhandrecht einen zum Voraus fixierten und identischen Preis - ausgehend von einem Basispreis von CHF 13'000'000 für 100% des Aktienkapitals, zuzüglich 20% auf den so errechneten Kaufpreis - vor. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass zur Annahme, dass die Bezeichnung "Kaufrecht" versehentlich gewählt wurde, die B. _____ Holding Ltd. nur das Vorhandrecht meinen konnte und mit der Durchführung Ende Januar 2009 die Frist für die Einigung auf einen Aktienkaufvertrag gemäss Ziffer 2.2 ABV gemeint war (vgl. act. 12 Rz 12 ff.). Die klägerische Anfrage fand nach abgelaufener (verlängerter) Frist statt, und die Reaktion der beklagtischen Seite erfolgte weder unter Bezugnahme auf diese Frist, noch in Form einer erneuten Fristverlängerung für das Vorhandrecht. Die Absichtserklärung bezieht sich bei objektiver Betrachtung entsprechend ihrem Wortlaut auf die Ausübung des Kaufrechts.

4.4.2.3. Aus dem dargestellten Ablauf der Ereignisse ergibt sich ohne weiteres auch der Zweck der Erklärung: Die B. _____ Holding Ltd. stellte damit klar, dass die Beklagte (nach wie vor) am Erwerb des Aktienpakets interessiert war und signalisierte dem Kläger gleichzeitig, dass er keine weiteren Verkaufsbemühungen zu unternehmen brauche. Keine der Parteien macht denn auch geltend, der Klä-

ger habe nach dem 9. Dezember 2008 seine Verhandlungen gegenüber einer Drittpartei vorangetrieben. Dass der Vorschlag der Beklagten, den Kauf nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses 2008 durchzuführen, den erkennbaren Sinn gehabt habe, den Kaufentscheid erst nach Kenntnisnahme der definitiven Zahlen zu fällen, kommt allerdings im Text nicht so klar zum Ausdruck, wie die Beklagte meint (act. 12 Rz 18; act. 31 Rz 51). Wie erwähnt berechnete sich aber der Kaufpreis sowohl bei Ausübung des Kauf- wie des Vorhandrechts nach der dargelegten Formel. Der definitive Jahresabschluss 2008 hätte somit auf den Kaufpreis keinerlei Auswirkungen gehabt. Insofern ist es naheliegender, dass das Abwarten des definitiven Jahresergebnisses 2008 mit dem Kaufentscheid zusammenhing.

4.4.2.4. Festzuhalten ist, dass der Kläger bereits drei Monate nach Abschluss des Kaufvertrags und der Aktionärbindungsvereinbarung an die Beklagte gelangte um seine Verkaufsabsichten kundzutun. Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe offenbar das katastrophale Jahresergebnis 2008 vorausgesehen und deshalb nur wenige Monate nach dem Verkauf seines 60%-igen Anteils seine restliche Beteiligung angeboten (act. 31 Rz 51). Demgegenüber behauptet der Kläger, die Beklagte habe den Vollzug des Kaufs bis nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses verschieben wollen, um den Kaufpreis mit dem Anspruch auf Reduktion bezüglich des Kaufs des ersten Aktienpakets verrechnen zu können; die Beklagte sei bereits am 5. Dezember 2008 über den Geschäftsgang 2008 informiert gewesen und habe das Jahresergebnis abschätzen können (act. 27 Rz 41, 43, 68). Die Beklagte bestreitet: Die C._____ AG habe noch im Dezember einen positiven E-BIT rapportiert. Erstmals im Januar 2009 sei ein Verlust in der Höhe von mindestens CHF 2.163 Mio. bekannt gegeben worden (act. 31 Rz 52). Es sei evident, dass sie ohne Vorliegen der Entscheidungsgrundlage in Form des definitiven Jahresabschlusses 2008 keinen wirtschaftlich begründeten Entscheid über die Aufstockung ihrer Beteiligung habe fällen können (act. 31 Rz 51).

Inzwischen steht als Ergebnis der Widerklage fest, dass die Beklagte aufgrund der durch das Jahresergebnis 2008 massiv verschlechterten Eigenkapitalsituation der C._____ AG eine Kaufpreisreduktion im Umfang von CHF 1'677'772.39 bean-

spruchen kann (vgl. act. 51 S. 7 ff.); der Kaufpreis für 60% des Aktienkapitals der C._____ AG reduzierte sich somit auf weniger als CHF 2.7 Mio.. Es ist wenig wahrscheinlich, dass die Beklagte ein Kaufrecht bezüglich 18.1% des Aktienkapitals zum Preis von rund 2.8 Mio. ausgeübt hätte, wenn sie, wie der Kläger geltend macht, im Dezember 2008 das Jahresergebnis hätte abschätzen können. Ein Abwarten mit dem Kaufentscheid bis zum Vorliegen der definitiven Zahlen hätte viel eher der Interessenlage der Beklagten entsprochen, dies umso mehr, als sie sich auch zu einem späteren Zeitpunkt noch auf ihr vertragliches Vorkaufs- resp. Kaufrecht hätte berufen können.

4.4.2.5. Im Ergebnis führt deshalb eine objektive Auslegung des Schreibens vom 5. Dezember 2008 zum Ergebnis, dass die Beklagte damit nichts mehr als die Absicht der Ausübung des Kaufrechts erklärt hat und dass der Kläger in seinem - gegebenenfalls - gegenteiligen Verständnis nicht zu schützen wäre.

4.4.3. Der Kläger könnte sich folglich nur mit Erfolg auf den Abschluss des Kaufvertrags berufen, wenn die Beklagte entgegen dem Ergebnis der normativen Auslegung tatsächlich die Ausübung des Kaufrechts erklären wollte und der Kläger sie so verstanden hat.

4.4.3.1. Der Kläger behauptet, das Schreiben stelle keine Absichts-, sondern eine Ausübungserklärung dar. Er bezieht sich auf den Titel des Schreibens sowie auf den Passus "den Kauf ... durchführen". Durchführung resp. durchführen sei synonym mit Vollziehung, Vollzug und Erfüllung resp. abwickeln, vollziehen, vollführen, vornehmen und durchziehen (act. 27 Rz 18). Durchführen, vollziehen oder abwickeln könne man nur etwas bereits Bestehendes (Rz 19). Das sei auch den Herren F._____ und G._____ durchaus bewusst gewesen; hätten sie das Kaufrecht erst noch ausüben wollen, hätten sie mitteilen müssen, dass sie vorschlagen, den Kaufvertrag abzuschliessen (Rz 20). Die Beklagte bestreitet und weist darauf hin, dass angesichts der klaren Wortwahl in Bezug auf die Absicht eine Diskussion über die Bedeutung des Verbs "durchführen" müssig sei (act. 31 S. 9 f.).

Der Kläger leitet seine Auffassung primär aus der Wortwahl im Schreiben vom 5. Dezember 2008 ab, die von den Herren F._____ und G._____ bewusst getrof-

fen worden sei. Entgegen der Auffassung des Klägers kann dem Wortlaut insgesamt jedoch keine Ausübung des Kaufrechts sondern vielmehr eine Erklärung der Absicht der Ausübung des Kaufrechts entnommen werden (vgl. oben Ziff.

4.4.2.1). Selbst wenn der vorgeschlagenen Durchführung des Kaufs nach Vorliegen des definitiven Jahresabschlusses 2008 noch die Bedeutung des blossen Vollzugs des bereits geschlossenen Vertrags beigemessen werden könnte, so würde dies nichts daran ändern, dass das Schreiben im ersten Absatz lediglich die Absicht der Ausübung des Kaufrechts bestätigt und nicht die Ausübung selbst.

4.4.3.2. Der Kläger macht geltend, der Umstand, dass die B. _____ Holding Ltd. seiner E-Mail vom 9. Dezember 2008 in keiner Weise widersprochen habe, lege die Annahme nahe, dass auch die Beklagte klarerweise von einem bereits abgeschlossenen Kaufvertrag ausging, der lediglich noch vollzogen werden musste (act. 27 Rz 26 f.). Tatsächlich bestätigte der Kläger in diesem Schreiben die Mitteilung der Gegenseite, dass diese seine "Restanteile von 18.1% von C. _____ AG übernehmen wolle(n)", und weiter, dass der "Vollzug" bis spätestens 23. Januar 2009 erfolgen müsse (vgl. im Detail oben Ziff. 4.1). Mit Bezug auf den Erklärungswillen der Beklagten kann daraus indessen nichts abgeleitet werden. Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger das Schreiben der B. _____ Holding Ltd. vom 5. Dezember 2008 gegengezeichnet mit dem Hinweis auf seine E-Mail vom 9. Dezember 2008 retournierte (act. 28/4). Diese E-Mail bezog sich in erster Linie auf den Termin des "Vollzugs", den der Kläger vorverschieben wollte. Die verwendete Formulierung lässt sodann ebenfalls nicht ohne weiteres darauf schliessen, dass der Kläger von der erfolgten Ausübung des Kaufrechts ausging. "Übernehmen wollen" bringt lediglich den Willen, dies zu tun, zum Ausdruck und nicht die Übernahme selbst. Die Bedeutung von "Anteile übernehmen wollen" resp. "Vollzug" weicht mithin nicht in einem Ausmass von der "Absicht, das Kaufrecht auszuüben" resp. "Durchführung" ab, dass die Beklagte zwingend Anlass zur Richtigstellung gehabt hätte.

Ergänzend ist zu bemerken, dass dem Kläger die zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entwickelte Praxis (vgl. BGE 114 II 250) nicht hilft. Die aus dem Vertrauensprinzip abgeleitete bindende Wirkung eines unwidersprochenen Bestä-

tigungsschreibens (vgl. BSK OR I-Bucher, N 23 zu Art. 6) ändert nichts daran, dass die vom Kläger gewählte Formulierung in ihrer Bedeutung nicht massgeblich von derjenigen der Beklagten abweicht und insoweit von vornherein keine konstitutive Wirkung entfalten kann.

4.4.3.3. Abgesehen von der Interpretation des Wortlauts dieser Schreiben macht der Kläger als einzige tatsächliche Behauptung zum Erklärungswillen der Beklagten geltend, F. _____ habe ihm anlässlich eines Telefongesprächs vom 2. oder 3. Dezember 2008 mitgeteilt, dass B. _____ AG das Kaufrecht an den vom Kläger gehaltenen Aktien der C. _____ AG *ausübe* (act. 27 Rz 15). Die Behauptung ist bestritten (vgl. oben Ziff. 4.3). Sollte sie zutreffen, so läge - auch wenn nach Auffassung des Klägers das mündlich Besprochene im Schreiben vom 5. Dezember 2008 schriftlich bestätigt worden ist, was objektiv nicht zutreffen würde - ein Hinweis auf einen abweichenden Erklärungswillen der Beklagten vor.

Dem Kläger wurde deshalb der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass F. _____ ihm anlässlich eines Telefongesprächs vom 2. oder 3. Dezember 2008 mitgeteilt habe, dass B. _____ AG das Kaufrecht an den vom Kläger gehaltenen Aktien der C. _____ AG ausübe, und dass F. _____ und G. _____ am 5. Dezember 2008 bewusst gewesen sei, dass der Kaufvertrag bereits abgeschlossen und lediglich noch zu vollziehen bzw. abzuwickeln war (act. 54 Beweissätze I.1 und I.2). Der Kläger bezeichnete als Beweismittel verschiedene Urkunden (act. 4/2; 4/6-9; 4/10) sowie drei Zeugen und seine persönliche Befragung (act. 58 S. 2 ff.).

Die zum Beweis angerufenen Urkunden sind in den vorstehenden Erwägungen bereits dargestellt und gewürdigt worden (Ziff. 4.1; 4.4.2.1 ff.).

Der Zeuge F. _____, nach wie vor als Head M&A bei der B. _____ Holding Ltd. beschäftigt (Prot. S. 17), bestätigte, dass er am Vormittag des 2. Dezember 2008 den Kläger angerufen habe, um auf das Mail des Klägers an Herrn D. _____ einzugehen. Er habe ihm gesagt, dass die Beklagte interessiert sei und die Absicht habe, die Anteile zu kaufen. Der Zeitpunkt sei allerdings ungünstig. Sie wollten das Jahr abwarten und die Jahresabschlüsse vor Augen haben. Der Kläger habe verstanden - so habe er es jedenfalls entgegen genommen -, dass sie abwarten

würden, bis die Ergebnisse auf dem Tisch seien, was normalerweise Mitte oder eher Ende Januar der Fall sein würde. Er wisse nicht mehr, was der Kläger gesagt habe. Er habe in Erinnerung, dass er nicht extrem widersprochen habe. Er habe sich eigentlich einverstanden erklärt mit dem Vorgehen. Es sei ein kurzes Gespräch gewesen (Prot. S. 18 f.). Er habe dem Kläger nicht gesagt, dass die Beklagte das Kaufrecht ausübe, und es stimme nicht, dass er gesagt habe: "Dann nehmen wir sie." Im Zeitpunkt des Schreibens vom 5. Dezember 2008 (act. 4/9) sei er nicht davon ausgegangen, dass der Kaufvertrag bereits geschlossen sei und nur noch vollzogen werden müsse (Prot. S. 19 f.).

Der Zeuge G., im fraglichen Zeitpunkt M&A Manager bei der B. Holding Ltd., inzwischen jedoch bei einer anderen Gesellschaft tätig (Prot. S. 22), sagte aus, er kenne den Inhalt des konkreten Gesprächs mit dem Kläger nicht. Er erinnere sich aber an Diskussionen mit dem Kläger über die Put- bzw. Call-Optionen für die restlichen Aktien des Klägers. Etwa drei Monate nach dem Kauf der ersten Tranche sei der Kläger an sie herangetreten und habe die restlichen Aktien angeboten. Sie hätten besprochen, ob sie abwarten sollten, da es kurz vor Ende Jahr war. Sie hätten sich dann entschieden, auf den Jahresabschluss zu warten. So hätten sie das auch dem Kläger mitgeteilt, in einem Brief. Dass sie also interessiert wären, aber noch abwarten möchten. Bei dem Brief handle es sich um act. 4/9 (Prot. S. 23). Er habe den Brief aufgesetzt, mit Inputs von F.. "Ausübung des Kaufrechts" sei das Thema des Briefes gewesen; man habe von einer allfälligen Ausübung des Kaufrechts gesprochen, aber nicht, dass das Kaufrecht ausgeübt werde. Das Schreiben habe er so verstanden, dass sie zuerst einmal das Geschäftsjahr abwarten wollten. Sonst hätte man ja sofort kaufen können, wenn man den Kauf nicht vom Ergebnis hätte abhängig machen wollen. Soweit er sich erinnere, habe man zuerst die Ergebnisse haben wollen, bevor man entschieden hätte, die Aktien zu kaufen oder nicht. Allenfalls habe man auch eine Anpassung des Preises im Kopf gehabt (Prot. S. 24).

Der Zeuge I., der seit vier Jahren nicht mehr bei der Beklagten arbeitet (Prot. S. 27) und damals Co-Geschäftsleiter der C. AG war (Prot. S. 30), konnte sich "irgendwie" an ein Telefongespräch, von dem ihm jemand erzählt ha-

be, erinnern und glaubte, es sei um Aktien gegangen, die der Kläger der Beklagten verkaufen wollte. Über ein konkretes Wissen, was im Zusammenhang mit diesen Aktien zwischen F._____ und dem Kläger tatsächlich besprochen wurde, verfügte er indessen nicht (Prot. S. 28).

Der Kläger sagte in der persönlichen Befragung aus, F._____ habe zunächst den Termin verlängern wollen, was er (der Kläger) jedoch abgelehnt habe. F._____ habe darauf nicht weiter insistiert und gesagt, sie nähmen seine Anteile resp. "Wir übernehmen sie". Ein Termin sei nicht genannt worden. F._____ habe gesagt, er werde dies schriftlich bestätigen (Prot. S. 11-12). Nach Erhalt des Bestätigungsschreibens sei er (der Kläger) davon ausgegangen, dass die Sache für ihn erledigt sei; er habe entsprechend der anderen Option (dem anderen Interessenten) fristgerecht bis Mitte Dezember das Nein durchgegeben (Prot. S. 13).

Damit ergibt sich, dass einzig der Kläger seine eigene Darstellung des Gesprächsinhalts stützt. Gemäss § 149 Abs. 3 ZPO/ZH bilden jedoch Aussagen, welche zu Gunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis; der Kläger kann mithin aus seiner eigenen Aussage nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB befragten Zeugen haben hingegen nicht bestätigt, dass telefonisch die Ausübung des Kaufrechts erklärt worden sei. Zwar ist der am Telefongespräch direkt beteiligt gewesene F._____ nach wie vor bei der Muttergesellschaft der Beklagten tätig. Er war denn auch auf Seiten der Beklagten an der Referentenaudienz vom 17. September 2010 anwesend (vgl. Prot. I S. 9). Ein eigenes Interesse des Zeugen am Prozessausgang ist jedoch nicht ersichtlich. Er bekleidet bei der Beklagten keine formelle Organstellung (vgl. act. 4/4). Es bestehen auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass seine Aussage durch das Anstellungsverhältnis resp. die möglichen finanziellen Folgen für die Beklagte oder deren Muttergesellschaft beeinflusst worden wären. Seine Aussagen werden vielmehr durch diejenigen von G._____, der das anschliessende Bestätigungsschreiben aufgesetzt hatte, gestützt, und auch dieses selbst lässt - wie ausgeführt - nicht auf eine unmittelbare Ausübung des Kaufrechts schliessen. Die weiteren zum Beweis bezeichneten Urkunden tragen zum Standpunkt des Klä-

gers ebenfalls nichts bei; dies gilt nach dem Gesagten (oben Ziff. 4.4.3.2) auch für die eigene schriftliche Reaktion des Klägers (act. 4/10).

Der Kläger hat seine Zulassung zur Beweisaussage nicht beantragt (act. 58, 67). Einem entsprechenden Antrag hätte denn auch nicht gefolgt werden können (vgl. § 150 Abs. 1 ZPO/ZH und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 1 ff. zu § 150 ZPO; vgl. auch ZR 104(2005) Nr. 26; ZR 88(1989) Nr. 56).

Vorliegend steht konkret der Wortlaut eines Satzes eines im Dezember 2008 geführten Telefongesprächs in Frage. Am Telefongespräch beteiligt waren der Kläger und F._____. Auch wenn als direktes Beweismittel für den Kläger einzig er selbst zur Verfügung steht, kann dies nicht als unbillige Beweislastverteilung, prozessuales Ungleichgewicht oder Beweisnotstand bezeichnet werden. Zum einen ist gegenüber der sicheren Wiedergabe eines bestimmten Wortlauts eines Gesprächs nach mehreren Jahren ohnehin Vorsicht geboten, da sich mit zunehmendem Zeitablauf die tatsächliche Erinnerung und die Überzeugung, sich zu erinnern, gegenläufig entwickeln können. Auch eine Bestätigung des nach eigenen Erinnerns Gesagten in der Beweisaussage vermöchte daher nicht unbedingt zu überzeugen. Zum Andern liegen hier nebst den Aussagen der Zeugen Urkunden im Recht, die das nach Meinung des Klägers telefonisch Mitgeteilte gerade nicht stützen. Eine Zulassung des Klägers zur Beweisaussage wäre unter diesen Umständen nicht geboten gewesen, da sich daraus gerade keine Klärung der Beweislage ergeben hätte.

4.4.3.4. Der Kläger behauptet, er sei davon ausgegangen, dass die Beklagte das Kaufrecht bereits ausgeübt habe, was er durch seine Reaktion auf das Schreiben vom 5. Dezember 2008 für die B._____ Holding Ltd. als Vertreterin der Beklagten erkennbar zum Ausdruck gebracht habe (act. 27 Rz 23 f.). Wie ausgeführt (oben Ziff. 4.4.3.2) kann dies aus der E-Mail des Klägers vom 9. Dezember 2008 nicht geschlossen werden. Dem Kläger wurde indessen der Beweis auferlegt, dass er am 9. Dezember 2008 davon ausging, dass die Beklagte das Kaufrecht bereits ausgeübt hatte (act. 54 Beweissatz I.3). Abgesehen von seiner persönlichen Be-

fragung, in welcher er seine Behauptung bestätigte (Prot. S. 13), berief er sich auf verschiedene Urkunden (act. 4/9-11; 28/1-2; 28/4-5).

Zu den Schreiben vom 5. und 9. Dezember wurde bereits Stellung genommen (act. 4/9-10; 28/4). Im Schreiben an die Beklagte vom 4. März 2009 verlangte Rechtsanwalt X1. _____ namens des Klägers die Abwicklung des Verkaufs und ging damit von der erfolgten Ausübung des Kaufrechts aus. Das Schreiben bezog sich allerdings auch auf die von der Beklagten zuvor verlangte "Eigenkapitalgarantie aus Kaufvertrag vom 24. Juni 2008", der entschieden widersprochen wurde (act. 4/11), setzte also derjenigen der Beklagten eine eigene Forderung entgegen. Die weiteren Urkunden datieren vom Juni resp. September 2008 (act. 28/2; 28/5) bzw. sind ohne Bezug zum Kläger (act. 28/1) und sind damit nicht geeignet, Aussagen zur Meinung des Klägers im Dezember 2008 zu erlauben.

Damit lässt sich durch die Urkunden nicht erhärten, dass der Kläger im Dezember 2008 von der erfolgten Ausübung des Kaufrechts ausgegangen war. Selbst wenn dies aber der Fall gewesen wäre, liesse sich allein daraus für den Standpunkt des Klägers nichts ableiten. Ist nämlich sowohl nach dem Ergebnis der objektiven Auslegung (Ziff. 4.4.2.5) als auch des Beweisverfahrens (Ziff. 4.4.3.4) davon auszugehen, dass die Beklagte nichts mehr als die Absicht der Ausübung des Kaufrechts erklärt hat, so wäre der Kläger in seinem - gegebenenfalls - gegenteiligen Verständnis nicht zu schützen (vgl. oben Ziff. 4.3). Es erübrigt sich deshalb grundsätzlich die Abklärung, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, dass der Kläger selbst nicht der Meinung gewesen sei, er habe die Aktien bereits verkauft, zumal er anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 eine geplante Sanierung von C. _____ davon abhängig gemacht habe, dass ihm die Beklagte eine Verkaufsoption für seine Aktien einräume (act. 12 Rz 17).

Selbst wenn aber die zu dieser Frage abgenommenen Beweise (vgl. act. 54 Beweissatz II.1) einer Würdigung unterzogen werden, vermag sich das Bild nicht zu wenden:

Der Zeuge I. _____ erinnerte sich an das Telefongespräch mit dem aus Florida zugeschalteten Kläger. Bei dem Gespräch, das er vermutlich habe mithören kön-

nen, sei es unter anderem um die Kapitalherabsetzung gegangen und um die Frage, wer sich nachher im Rahmen der Kapitalheraufsetzung beteiligen wolle. Der Kläger sei seines Wissens gefragt worden, ob er sich beteiligen wolle. Er wisse nicht mehr, ob der Kläger etwas in Bezug auf eine Put-Option seine Aktien betreffend gesagt habe. Er wisse noch, dass über die Bedingungen einer Beteiligung einer allfälligen Wiedererhöhung des Aktienkapitals geredet worden sei. Man habe davon gesprochen, dass eine Sanierung durchgeführt werden müsse und dass man sich daran beteiligen könne. Dann sei besprochen worden, wer kann, wer will sich beteiligen. Am Ende, da sei er sich sicher, habe sich der Kläger nicht beteiligen wollen (Prot. S. 29 f.).

Rechtsanwalt Y., der Rechtsvertreter der Beklagten, der an der Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 als Rechtsberater der Gesellschaft und Protokollführer teilgenommen hatte (Prot. S. 32), sagte als Zeuge aus, er wisse sicher noch das Entscheidende dieses Telefongesprächs. Das sei die Aussage im Zusammenhang mit dieser Put-Option gewesen. Der Kläger habe gemeint, dass er im Rahmen der Sanierung, die in der Sitzung besprochen worden war, nur dann teilnehmen würde, wenn man ihm eine Put-Option im Aktionärsbindungsvertrag einräume. Er erinnere sich, weil der ebenfalls anwesende J. von der K. etwa eine Stunde vorher mit identischem Wortlaut das Gleiche gesagt habe. Die Reaktion sei gewesen, dass das nicht in Frage komme. Der Kläger habe dann gesagt, dass er die Sanierung nicht mittrage. Dann sei mit Mehrheitsentscheid die Sanierung beschlossen worden, so, wie sie dann auch durchgeführt worden sei (Prot. S. 33 f.).

Der Zeuge D., damals Verwaltungsratspräsident der C. AG, vermochte sich nicht an die Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 zu erinnern. Zwar erinnerte er sich an eine Sitzung, an welcher der Kläger aus Florida zugeschaltet worden war, jedoch nicht an deren Ablauf oder an den Inhalt des Telefongesprächs mit dem Kläger (Prot. S. 36 f.).

E., der als Leiter Finanzen der Beklagten und als Verwaltungsrat der C. AG an der Sitzung teilgenommen hatte, sagte aus, der Kläger sei am Schluss der Sitzung zugeschaltet worden; es habe sich um eine kurze Unterre-

ding gehandelt. Er habe den Kläger hören können. Man habe den Kläger darüber informiert, was entschieden worden war, dass man sich auf Massnahmen zur Sanierung der Firma geeinigt habe. Anschliessend sei dann die Frage des Klägers gekommen, die ihn erstaunt habe und ihm darum bis heute in Erinnerung geblieben sei. Es sei die Frage betreffend Put-Option gewesen; er habe seine restlichen Aktien der Beklagten übertragen wollen. Dies als Reaktion auf die für ihn enttäuschenden und gegen seinen Willen in Mehrheit beschlossenen Sanierungsmassnahmen der B._____-Vertreter. Der Kläger habe dann gesagt, dass er die Möglichkeit wünsche, die ihm verbleibenden Aktien zurückzugeben. Diese zu behalten mache keinen Sinn. Als Minderheitsaktionär habe er ja kein Stimmrecht mehr und werde einfach überstimmt. Ob der Kläger etwas zum Sanierungskonzept gesagt habe, wisse er nicht mehr, auch nicht, wie genau er im Bild war über die Sanierungsmassnahme. J._____ habe zuvor fast den gleichen Vorschlag gemacht. Man habe das zur Kenntnis genommen und keine Versprechung oder Absage gemacht (Prot. S. 40 ff.).

Der vom Kläger zum Gegen-Gegenbeweis angerufene J._____, der als Verwaltungsrat der C._____ AG an der Sitzung teilgenommen hatte und dem der Kläger im Herbst 2008 seine Aktien angeboten hatte (Prot. S. 44), sagte aus, er habe den Kläger im Vorfeld der Verwaltungsratssitzung kontaktiert. Der Kläger habe ihm gesagt, dass ihn dies nicht mehr interessiere, weil er die Aktien verkauft habe (Prot. S. 45). Er selber habe an der Sitzung erklärt, dass er nochmals in die C._____ investieren würde, dass er aber eine Put-Option haben wolle. Man habe ihm gesagt, dass er eine Million investieren müsse und man ihm dann eine Put-Option für 300'000 geben würde. Er habe gesagt, dass er dies überlegen müsse. Beim Telefonat mit dem Kläger könne er sich erinnern, dass der Kläger sagte, dass er in die C._____ AG nicht mehr investieren würde. Falls sie aber etwas Neues machen würden, sei er dabei. Den Betrag wisse er (der Zeuge) nicht mehr. Der Kläger habe dabei auch von einer Put-Option gesprochen, in einem neuen Konzept. Die Put-Option hätte sich auf die Aktien einer neuen Gesellschaft bezogen, die noch hätte gegründet werden müssen, mit einem neuen Konzept (Prot. S. 46).

Der Kläger sagte in der persönlichen Befragung aus, er sei während dem Telefongespräch mit D. _____ gefragt worden, ob er sich wieder beteiligen wolle. Es hätten offenbar Pläne bestanden, etwas Neues zu machen, mit der Marke K. _____ im Vordergrund. Er habe gesagt, dass er sich nur beteiligen wolle, wenn er eine Put-Option darauf erhalten würde. Der Kauf oder Verkauf seiner Aktien sei kein Thema gewesen. Die Teilnahme an einem Sanierungskonzept habe er abgelehnt; er habe die geplante Sanierung von C. _____ AG nicht davon abhängig gemacht, dass ihm die Beklagte eine Verkaufsoption für seine Aktien einräume. Bei der im Gespräch erwähnten Put-Option sei es um ein geändertes Konzept mit Installation der Marke K. _____ gegangen; dort wäre er allenfalls eingestiegen, aber nach den gemachten Erfahrungen nur mit einer Put-Option auf die neue Beteiligung seinerseits (Prot. S. 14 f.).

In dem von der Beklagten zum Urkundenbeweis angerufenen Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 (act. 13/4) ist zum Telefongespräch mit dem Kläger folgendes festgehalten (S. 6):

"Abschliessend wird das Telefongespräch mit A. _____ geführt. Dieser sagt, dass er dem vorgeschlagenen Sanierungskonzept nur dann zustimmen könnte, wenn er eine Put-Option über seine ganze Aktienposition erhalten würde. Abschliessend bleibt er dabei, dass er sich zurzeit der Stimme enthält."

Das Beschlussprotokoll dieser Sitzung, auf welches sich der Kläger beruft, hält lediglich fest (act. 28/6 S. 2):

"Abschliessend informiert der D. _____ den abwesenden A. _____ per Telefon über die gefassten Beschlüsse."

Der zudem angerufenen E-Mail Korrespondenz zwischen verschiedenen Verwaltungsratsmitgliedern und L. _____ als Revisionsstelle vom 12.-17. Februar 2009 ist zu entnehmen, dass man prüfte, ob der Sanierungsentscheid nach Ergänzung des ABV als Zirkularbeschluss gefällt werden könnte oder ob man ihn als Mehrheitsbeschluss "durchziehen" solle; man entschied sich für letzteres, nachdem E. _____ "soeben erfahren (hatte), dass Herr J. _____ bereits mit einem neuen Vorschlag gekommen ist und auch Herr A. _____ sich weitere Handlungsoptionen überlegt" (act. 28/7 S. 6-7).

Damit ergibt sich, dass anlässlich der Verwaltungsratssitzung jedenfalls seitens von J. _____ eine Put-Option auf seine Aktien verlangt wurde; darüber hinaus bestehen deutliche Anhaltspunkte dafür, dass auch der Kläger am Telefon diesen

Wunsch geäussert hat. Dass sich dies ausschliesslich auf ein neues Projekt unter der Marke K. _____ bezog, wird zwar von J. _____ bekräftigt, findet aber weder in den Aussagen der übrigen Sitzungsteilnehmer noch in den eingereichten Unterlagen eine Stütze; es scheint vielmehr, dass dieser neue Vorschlag unmittelbar nach der Sitzung ins Spiel gebracht wurde. Letztlich kann jedoch offen bleiben, wie sich der Kläger anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Februar 2009 genau geäussert hat, da er nach dem Gesagten mit seinem Standpunkt selbst dann nicht durchdringen könnte, wenn er von der erfolgten Ausübung des Kaufrechts ausgegangen wäre.

4.4.4. Als Fazit ist festzuhalten, dass dem Kläger der Nachweis der Ausübung des Kaufrechts durch die Beklagte nicht gelungen ist und dass die Erklärungen der Beklagten objektiv nicht als Ausübung des Kaufrechts verstanden werden durften und mussten. Da der Kläger unter diesen Umständen in seinem - allenfalls - gegenteiligen Verständnis der Erklärungen nicht zu schützen ist, ergibt sich zusammenfassend, dass die Beklagte kein Kaufrecht gemäss ABV an den beim Kläger verbliebenen Aktien ausgeübt hat.

4.5. Bei diesem Ergebnis braucht nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, ob die Erklärung der B. _____ Holding Ltd. der Beklagten als eigene Erklärung zuzurechnen wäre.

4.6. Mangels Zustandekommens eines Kaufvertrags über die beim Kläger verbliebenen 18.1% des Aktienkapitals der C. _____ AG ist die Hauptklage abzuweisen.

5. Prozesskosten

5.1. Zu regeln sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das gesamte handelsgerichtliche Verfahren. Die Beklagte obsiegte hinsichtlich der Widerklage teilweise (vgl. oben Ziff. 2.2), während der Kläger mit Bezug auf die Hauptklage unterliegt. Im Verhältnis zum Gesamtstreitwert (Haupt- und Widerklage) obsiegt die Beklagte folglich zu rund 90% und der Kläger zu rund 10%. Ausgangsgemäss sind deshalb die Kosten dem Kläger zu 9/10 und der Beklagten zu 1/10 aufzuer-

legen und ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine auf 4/5 reduzierte Prozessentschädigung von CHF 112'000.– zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

5.2. Der Streitwert für die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen beträgt CHF 5'181'329.54. Für eine allfällige bundesrechtliche Beschwerde ist der Streitwert der Hauptklage massgeblich, mithin CHF 2'822'857.15.

Das Gericht erkennt:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 100'000.–; die weiteren Kosten betragen CHF 250.– für Zeugenentschädigung.
3. Die Kosten werden zu 9/10 dem Kläger und zu 1/10 der Beklagten auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 112'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 2'822'857.15.

Zürich, 13. Mai 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiber:

Peter Helm

Enrico Moretti