

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF220046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw Gautschi

Urteil vom 15. Mai 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwalt

Dr. iur. X2.____,

gegen

B.____ **AG**,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.,

LL.M. Y2.____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Kosten)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 16. November 2022 (ET220005)

Erwägungen:

1. Ausgangslage

1.1. Die Parteien waren bis am 1. März 2022 die alleinigen Aktionäre der C._____ AG. Die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) hielt 620'000 (ca. 53 %) und der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) 550'000 Namenaktien (ca. 47 %). Die Aktien der Beschwerdegegnerin bildeten Teil des Vermögens von D._____ – Bruder des Beschwerdeführers. Mit dem Tod von D._____ am tt.mm.2018 gingen die Aktien der Beschwerdegegnerin zufolge Erbgangs auf die Erben von D._____ über. Der Beschwerdeführer war von D._____ als Willensvollstrecker eingesetzt worden (act. 21/5). Mit Datum vom tt.mm.2019 wurde der Beschwerdeführer dann im Handelsregister als Präsident mit Einzelunterschrift der Beschwerdegegnerin eingetragen (act. 35 E. II; act. 3/2).

1.2. Am 1. März 2022 erwarb der Beschwerdeführer die 620'000 Namenaktien der C._____ AG von der Beschwerdegegnerin (act. 3/4). Den Kaufvertrag unterzeichnete er einerseits als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der Beschwerdegegnerin und andererseits als Erwerber persönlich. Mit Schreiben vom 8. März 2022 teilten die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mit, dass sie das Insichgeschäft nicht genehmigen und sich auf den Standpunkt stellen würden, es handle sich um ein nichtiges Geschäft (act. 3/12). Mit Zustellung dieses Schreibens erlangte der Beschwerdeführer Kenntnis davon, dass die Eigentumsverhältnisse der 620'000 Namenaktien bestritten werden (act. 35 E. II).

1.3. Am tt.mm.2022 wurde im Handelsregister eine ordentliche Kapitalerhöhung der C._____ AG mit einer Ausgabe von 750'0000 neuen Namenaktien an den Beschwerdeführer eingetragen. Bei dieser Kapitalerhöhung wurde eine Forderung des Beschwerdeführers in der Höhe von Fr. 20'025'000.– verrechnet (act. 3/14). Per tt.mm.2022 wurde der Beschwerdeführer auf Betreiben der Aktionäre der Beschwerdegegnerin als deren Verwaltungsrat aus dem Handelsregister gelöscht

(act. 3/2 und act. 53/2). Die Rechtsvertreter des Beschwerdeführers haben von dessen Abwahl am 5. Juli 2022 erfahren (act. 21/21). Der Beschwerdeführer veräusserte die 620'000 Namenaktien der C._____ AG daraufhin mit dem am tt.mm.2022 öffentlich beurkundeten Verpflichtungsgeschäft an einen (familieninternen) Dritten (act. 20 Rz. 102; act. 21/34). Mit der – zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides nicht rechtskräftigen – Verfügung vom 7. November 2022 des Bezirksgerichts Höfe wurde der Beschwerdeführer mit sofortiger Wirkung als Willensvollstrecker des Nachlasses von D._____ abgesetzt (act. 29 und act. 30; act. 35 E. II ff.). Hinsichtlich weiteren Ausführungen zur Ausgangslage ist auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (act. 35 E. II).

2. Prozessgeschichte

2.1. Die Beschwerdegegnerin ersuchte mit Eingabe vom 26. Juli 2022 bei der Vorinstanz um Anordnung der folgenden vorsorglichen Massnahmen (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Busse) im Widerhandlungsfall superprovisorisch, d.h. sofort und ohne Anhörung, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens betreffend Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit Kaufvertrag und Rückübertragung zu verbieten, über die 620'000 Namensaktien an der C._____ AG – Zertifikat I (Nr. 1-200'000 über 200'000 Aktien), Zertifikat II (Nr. 200'001-275'000 über 75'000 Aktien), Zertifikat II b (Nr. 350'001-375'000 über 25'000 Aktien), Zertifikat III b (Nr. 550'001-600'000 über 50'000 Aktien), Zertifikat V (Nr. 750'001-949'990 über 199'990 Aktien), Zertifikat VI (Nr. 949'991-1'000'000 über 50'010 Aktien), und Zertifikat VII (Nr. 1'000'001-1'020'000 über 20'000 Aktien) – zu verfügen sowie deren Stimmrechte an Generalversammlungen der C._____ AG auszuüben.
2. Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB (Busse) im Widerhandlungsfall superprovisorisch, d.h. sofort und ohne Anhörung, bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens betreffend Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit Kaufvertrag und Rückübertragung zu verbieten, über die 750'000 Namenaktien an der C._____ AG, welche bei der ordentlichen Kapitalerhöhung vom 7. April 2022 zu CHF 0.10 ausgegeben und mit einer Forderung in der Höhe von CHF 20'025'000.00 verrechnet wurden, zu verfügen sowie deren Stimmrechte an Generalversammlungen der C._____ AG auszuüben.
3. Eventualiter seien die vorgenannten Ziffern 1 und 2 als vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Gesuchsgegners."

Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 27. Juli 2022 das Gesuch, soweit es auf den Erlass von superprovisorischen Massnahmen abzielte, ab. Zugleich wurde dem Beschwerdeführer eine Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen angesetzt (act. 5). Diese Stellungnahme ging bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 18. August 2022 ein (act. 20). Der Beschwerdeführer stellte die Anträge, auf das Gesuch vom 26. Juli 2022 sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag) zu Lasten der Beschwerdegegnerin (act. 20 S. 2). Mit Verfügung vom 23. August 2022 wurde die Eingabe des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin zur freiwilligen Stellungnahme zugestellt (act. 23). Die Stellungnahme erfolgte mit Eingabe vom 15. September 2022 (act. 27). Zudem reichte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 8. November 2022 eine Noveneingabe ein (act. 29). In der Folge wies die Vorinstanz mit Urteil vom 16. November 2022 (act. 32 = act. 35 [Aktenexemplar] = act. 38) das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (Dispositivziffer 1). Die Entscheidgebür setzte sie auf Fr. 130'000.– fest und auferlegte diese den Parteien je zur Hälfte (Dispositivziffern 2 und 3). Weiter erkannte die Vorinstanz, die Gerichtskosten würden aus dem von der Beschwerdegegnerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen und verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin Fr. 65'000.– zu ersetzen (Dispositivziffer 4). Schliesslich nahm die Vorinstanz davon Vormerk, dass gegenseitig keine Parteientschädigungen geschuldet seien (Dispositivziffer 5).

2.2. Mit Eingabe vom 28. November 2022 erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheides und stellt die folgenden Anträge (act. 36; act. 33 Zustellnachweis):

- "1. Die Dispositivziffern 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 16. November 2022 (Geschäfts-Nr.: ET220005-G) seien aufzuheben, und es seien der Beschwerdegegnerin die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 130'000.– vollständig aufzuerlegen.
2. Die Dispositivziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 16. November 2022 (Geschäfts-Nr.: ET220005-G) sei aufzuheben, und es sei dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 177'000.- (zzgl. MwSt.) zuzusprechen.

3. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an das Bezirksgericht Meilen zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 bis act. 33). Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 7. Dezember 2022 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt sowie die weitere Prozessleitung delegiert (act. 40). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 42). In der Folge wurde der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 8. Februar 2023 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 43). Diese ging fristgerecht mit Eingabe vom 16. Februar 2023 bei der hiesigen Kammer ein (act. 45). Die Beschwerdegegnerin beantragt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beschwerdeführers (act. 45 S. 2). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Prozessuales

Ein Kostenentscheid ist selbstständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Art. 319 ff. ZPO. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungslast ergibt sich zudem, dass die Beschwerde Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Umfasst wird davon auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (vgl. zum Ganzen etwa FREIBURGH/AUFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2016, Art. 320 N 3 f. i.V.m. REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 310 N 36). Die Beschwerdeinstanz greift aber nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen vertretbaren Ermessensentscheid der Vorinstanz ein (vgl. OGer ZH PA160029 vom 28. November 2016, E. 4.1 f.; OGer ZH PC150063 vom 14. Januar 2016, E. II./3; OGer ZH PC110002 vom 8. November 2011, E. 3 m.w.H. = ZR 111 [2012] Nr. 53

S. 161 f.). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

4. Verteilung der Prozesskosten

4.1. Der Beschwerdeführer beanstandet die Verteilung der Prozesskosten des vorinstanzlichen Entscheides. Die Höhe der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung blieben dagegen unangefochten (act. 36 Rz. 22 ff.).

4.2. Die Vorinstanz erwog hierzu, dass vom Verteilungsgrundsatz nach Art. 106 ZPO abgewichen werden könne, wenn besondere Umstände vorlägen, die eine Verteilung nach dem Verfahrensausgang unbillig erscheinen liessen (act. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Es sei in der Lehre und Rechtsprechung unumstritten, dass die Prozesskosten bei einer Klageabweisung zufolge Veräusserung des Streitgegenstandes durch die Gegenpartei dieser aufzuerlegen seien, da sie die Klageabweisung provoziert habe (OGer ZH PP130008 Beschluss vom 18. Juli 2013, E. 6.b). Voraussetzung hierfür sei, dass die Klage nicht offensichtlich aussichtslos sein dürfe (act. 35 E. V.3.2). Der Beschwerdeführer habe die Namenaktien, deren Sicherung mit dem Rechtsbegehren Ziffer 1 erzielt werden sollte, am 26. Juli 2022 veräussert. An demselben Tag habe die Beschwerdegegnerin auch das vorliegende Verfahren anhängig gemacht. Da ein grundsätzlich unzulässiges Insichgeschäft vorliege, sei dieses Gesuch der Beschwerdegegnerin nicht offensichtlich aussichtslos gewesen. Wenn davon ausgegangen werde, dass die Veräusserung nach der Rechtshängigkeit stattgefunden habe, wären die Prozesskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Dieselbe Verteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO würde sich jedoch auch dann rechtfertigen, wenn der Verkauf der Namenaktien vor der Rechtshängigkeit – d.h. vor der Postaufgabe des Massnahmengesuchs – geschehen wäre. In dem Fall hätte die Passivlegitimation des Beschwerdeführers bereits bei der Einleitung des Gesuchs gefehlt, was grundsätzlich dazu führen würde, dass die Beschwerdegegnerin die Prozesskosten zu tragen hätte. Diese habe aber zum Zeitpunkt der Einleitung keine Kenntnis von der Veräusserung gehabt und habe auch nicht davon wissen können. Der Beschwerdeführer habe demgegenüber von der geplanten Anfechtung wissen müssen. Entsprechend sei es unbillig, der Beschwerdegegnerin trotz des Unterliegens die Pro-

zesskosten aufzuerlegen. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO erscheine es deshalb angemessen, dem Beschwerdeführer die auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 entfallenden Kosten aufzuerlegen (act. 35 E. V.3.3. f.).

Weiter erwog die Vorinstanz, dass die Beschwerdegegnerin mit dem Rechtsbegehren Ziffer 2 vollumfänglich unterlegen sei, weshalb sie die entsprechenden Kosten zu tragen habe (act. 35 E. V.3.5).

Vom gesamten Streitwert von Fr. 37'811'864.95 würden Fr. 17'786'864.95 auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 entfallen (ca. 47%) und der Rest auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 (ca. 53%). Die Entscheidgebühr sei aufgrund der Höhe des Streitwertes und unter Berücksichtigung der Reduktionen auf Fr. 130'000.– festzulegen (act. 35 E. V.1.1 f.). Insgesamt rechtfertige es sich, die Gerichtskosten den Parteien hälftig, d.h. zu je Fr. 65'000.–, aufzuerlegen (act. 35 E. V.3.5 ff.).

Schliesslich setzte die Vorinstanz die Höhe der Parteientschädigung auf total Fr. 177'000.– (inkl. MwSt.) fest (act. 35 E. V.2). Zur Verteilung erwog sie, dass sich die geschuldeten Parteientschädigungen gegenseitig aufheben würden, weshalb keine Parteientschädigungen zuzusprechen seien (act. 35 E. V.3.7).

4.3. Der Beschwerdeführer beanstandet im Wesentlichen, die Vorinstanz habe bei der Kostenverteilung das Recht unrichtig angewendet bzw. ihr Ermessen überschritten. Sie habe es unterlassen, sich mit den Voraussetzungen des Verursachens der Klageabweisung rechtsgenügend auseinanderzusetzen. Namentlich habe sie nicht geprüft, ob das Verhalten des Beschwerdeführers keinen anderen Schluss zuliesse, als dass er im Bewusstsein der (noch gar nicht gestellten) Rechtsbegehren gehandelt habe. Insbesondere hätte gewürdigt werden müssen, dass zwischen dem Erwerb der 620'000 Aktien und der Weiterveräusserung am 26. Juli 2022 fast fünf Monate vergangen seien. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits habe bereits am 8. März 2022 vom Erwerb der Aktien Kenntnis erlangt und mit dem Massnahmengesuch dann fast fünf Monate zugewartet. Zudem habe der Beschwerdeführer vom Massnahmenbegehren der Beschwerdegegnerin erst mit Zustellung der vorinstanzlichen Verfügung vom 27. Juli 2022 (act. 5) erfahren. Er habe die Abweisung des Massnahmenbegehrens zum Veräusserungszeitpunkt

der Aktien deshalb nicht provozieren können, da er weder Kenntnis vom Verfahren gehabt habe, noch hätte haben können oder müssen. Die Vorinstanz habe es unterlassen zu begründen, weshalb sie dem Beschwerdeführer unterstellte, er habe "entgegen seinen Vorbringen" von der "geplanten Anfechtung" wissen müssen. Im Unterschied zu dem von der Vorinstanz zitierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich (OGer ZH PP130008 Beschluss vom 18. Juli 2013) habe er die Abweisung des Massnahmenverfahrens nicht provoziert (act. 36 Rz. 29 ff.).

Die Literatur und Rechtsprechung lasse unmissverständlich verstehen, dass eine Anwendung der Kostenverteilung nach Ermessen eine verpönte Verfahrenshandlung des Beschwerdeführers voraussetze. Der Beschwerdeführer habe sich aber gerade kein verpöntes Verhalten zu Schulden kommen lassen. Es handle sich bei der zeitlichen Koinzidenz der Veräusserung und des Stellens des Gesuchs um einen Zufall, der dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil geraten dürfe (act. 36 Rz. 44).

Zudem dürften dem Beschwerdeführer selbst unter der Annahme, er habe tatsächlich Kenntnis von der "geplanten Anfechtung" gehabt, die Kosten für das Rechtsbegehren Ziffer 1 nicht auferlegt werden. Ansonsten würde dies dazu führen, dass dem Beschwerdeführer faktisch ab 8. März 2022 ein Verfügungsverbot über die streitgegenständlichen Aktien auferlegt werde. Das faktische Verfügungsverbot gelte zumindest in dem Sinne, dass er bei Veräusserung der Aktien nach dem 8. März 2022 kostenpflichtig werde, falls die Beschwerdegegnerin irgendwann ein Verfügungsverbot beantragen würde (act. 36 Rz. 45). Zu beachten sei hierzu auch, dass die Vorinstanz ausgeführt habe, im Verhalten des Beschwerdeführers sei seit dem Aktienerwerb vom 1. März 2022 bis zur Veräusserung sowie seit der Rechtshängigkeit am 26. Juli 2022 keine Rechtsmissbräuchlichkeit zu erkennen. Die Erwägungen der Vorinstanz seien damit insofern widersprüchlich, als dass das Verhalten des Beschwerdeführers als korrekt beurteilt werde, ihm aber trotzdem ein angeblich treuwidriges Verhalten angelastet werde (act. 36 Rz. 46 f.).

Insgesamt sei festzustellen, dass die Vorinstanz Ermessen angewendet habe, wo sie keines gehabt habe. Damit liege eine Ermessensüberschreitung vor (act. 36 Rz. 38 ff. und 54 ff.). Die Prozesskosten seien gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und diese sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer die wettgeschlagene Parteientschädigung von Fr. 177'000.– vollumfänglich auszurichten (act. 36 Rz. 55).

4.4. Die Beschwerdegegnerin führt in der Beschwerdeantwort zusammengefasst aus, der Beschwerdeführer habe seit dem unzulässigen Insichgeschäft am 1. März 2022 mit allen Mitteln versucht, eine Rückabwicklung des Geschäfts zu vereiteln. Die Rechtsfolge des Insichgeschäfts sei die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit des Kaufvertrages. Erst mit der Beendigung des Willensvollstreckermandats und der daraufhin erfolgten Absetzung des Beschwerdeführers als Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin am tt.mm.2022 bzw. mit Publikation im Handelsregister am tt.mm.2022 sei die Anfechtung dieses Insichgeschäfts möglich geworden. Die Behauptung, dass die Beschwerdegegnerin seit März 2022 bis Ende Juli 2022 zugewartet habe, bis sie ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen einleitete, verfolge deshalb nicht. Der Beschwerdeführer sei bis zu seiner Abwahl aus dem Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin das einzige im Handelsregister eingetragene Verwaltungsratsmitglied gewesen (act. 45 Rz. 21). Da er bis zu diesem Zeitpunkt in seiner Funktion als Willensvollstrecker und einziger im Handelsregister eingetragener Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin die Einleitung von rechtlichen Schritten verhindert hätte, sei der Beschwerdegegnerin ein früheres rechtliches Vorgehen gegen ihn gar nicht möglich gewesen (act. 45 Rz. 22). Der Beschwerdeführer habe dies in seinen Funktionen blockiert bzw. hinausgezögert (act. 45 Rz. 37). Somit sei vorliegend nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen missbraucht habe (act. 45 Rz. 27).

Ferner sei die Kostenaufgabe an die beklagte Partei in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO bei Weiterveräusserung des Streitgegenstandes nicht auf die Fälle nach Art. 83 ZPO beschränkt. Entscheidend sei vielmehr, dass sich die klagende Partei in guten Treuen zur Klage veranlasst gesehen habe und die Klage nicht offensichtlich aussichtslos gewesen sei. Die Kostenauflegung an die

beklagte Partei müsse deshalb unabhängig von der Frage gelten, ob der Streitgegenstand vor, mit oder nach der Rechtshängigkeit des vorsorglichen Massnahmengesuchs veräussert worden sei. Solange eine nicht offensichtlich aussichtslose Klage mangels Passivlegitimation zufolge Weiterveräusserung des Streitgegenstandes abgewiesen werde und sich die klagende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gesehen habe, seien die Kosten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles von der beklagten Partei zu tragen (act. 45 Rz. 31 f.). Vorliegend sei die Klage nicht offensichtlich aussichtslos gewesen, was vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht werde (act. 45 Rz. 33 ff.). Weiter habe die Beschwerdegegnerin nicht gewusst und nicht wissen können, dass der Beschwerdeführer die streitgegenständlichen Aktien am 26. Juli 2022 weiterveräussert habe. Dem Beschwerdeführer sei demgegenüber bekannt gewesen, dass seine Absetzung als Willensvollstrecker unter anderem mit dem Argument beantragt worden sei, der Beschwerdegegnerin dadurch die Anfechtung des Insichgeschäfts vom 1. März 2022 zu ermöglichen. Zudem sei ihm seit tt.mm.2022 bekannt gewesen, dass er als Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin abgewählt wurde. Er habe demnach gewusst bzw. hätte wissen müssen, dass eine Anfechtung des Insichgeschäfts unmittelbar bevorstand. Die Weiterveräusserung am 26. Juli 2022 sei vor dem Hintergrund der Abwahl erfolgt. Die Beschwerdegegnerin sei nach dem Gesagten in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst gewesen. Die Prozesskosten ihr aufzuerlegen, erscheine unter den gesamten Umständen unbillig. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (act. 45 Rz. 40 ff.).

Ausserdem lasse sich die Weiterveräusserung der Aktien auch unter Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO subsumieren. Ein Anwendungsfall liege nach Rechtsprechung beispielsweise vor, wenn die obsiegende Partei durch ihr vorprozessuales Verhalten die Einleitung des Verfahrens mitverursacht habe und dieses hätte vermieden werden können. Der Beschwerdeführer habe die Beschwerdegegnerin über die behauptete Weiterveräusserung der streitgegenständlichen Aktien nicht in Kenntnis gesetzt und sie habe erst im Rahmen der Stellungnahme bei der Vorinstanz davon erfahren. Dies obwohl der Übertragung der streitgegenständlichen Aktien auf eine Drittperson und den entsprechenden Beschlüssen zur Eintragung in das Aktienbuch von der C._____ AG einer Vorbereitungszeit vo-

ausgegangen sein müsse. Der Beschwerdeführer habe die Beschwerdegegnerin somit absichtlich "ins Messer laufen" lassen, womit er die Prozesskosten mitverursacht habe. Die Beschwerde sei auch aus diesem Grund abzuweisen (act. 45 Rz. 45 ff.).

Schliesslich habe die Verschleierung der Besitzverhältnisse einzig und alleine dazu gedient, den Herausgabeanspruch der Beschwerdegegnerin und den Erlass vorsorglicher Massnahmen zur Sicherung dieses Herausgabeanspruchs zu vereiteln. Der Beschwerdeführer habe damit zu verhindern versucht, dass dem materiellen Recht zum Durchbruch verholfen werde. Dies sei gerade nicht Sinn und Zweck des Prozessrechts und damit auch nicht schützenswert. Die Beschwerde sei nach dem Gesagten auch zufolge Rechtsmissbrauch abzuweisen (act. 45 Rz. 50 ff.).

4.5. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Im Anwendungsbereich von Art 107 ZPO wird dem Gericht ein Spielraum eingeräumt, um bei besonderen Umständen die Prozesskosten nach Ermessen, d.h. nach Billigkeitserwägungen, zu verlegen (RÜEGG/RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2017, Art. 107 N 1). Das Gericht verfügt somit nicht nur über das Ermessen, wie es die Kosten verteilen, sondern auch darüber, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2021, Art. 107 N 1). Nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO kann vom Verteilungsgrundsatz nach Verfahrensausgang abgewichen und können die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden, wenn andere – als die in Art. 107 Abs. 1 lit. a bis e ZPO aufgeführten – besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Mit der Voraussetzung des Vorliegens "anderer besonderer Umstände" wird eine Generalklausel für alle diejenigen Fälle stipuliert, in welchen eine Kostenverteilung nach Prozessausgang unbillig erscheint. Bedenkt man, dass sich staatliches Handeln nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV, für das Zivilprozessrecht

Art. 52 ZPO) zu richten hat und deshalb für die Betroffenen auch voraussehbar sein sollte, ist eine restriktive Handhabung der Bestimmung angezeigt. Wer sein Prozessrisiko im Voraus abschätzen oder vom Gericht darüber aufgeklärt werden will, sollte davon ausgehen dürfen, dass die materiellen Erfolgsaussichten oder Risiken auch die Kostentragung miteinschliessen, und nicht stets damit rechnen müssen, dass das Gericht am Ende nach freiem Ermessen Billigkeitsargumente herbeizieht, die eine andere Kostenverteilung rechtfertigen sollen (STERCHI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 107 N 21; vgl. auch RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 107 N 9). Die Botschaft nennt für die Anwendung des Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO als Beispiel ein sehr ungleiches wirtschaftliches Kräfteverhältnis zwischen den Prozessparteien (BBI 2006, 7298). Zusätzlich müssen jedoch in der Regel noch andere Voraussetzungen erfüllt sein, da ein solches ungleiches wirtschaftliches Kräfteverhältnis praktisch immer vorliegt (vgl. BGE 5A_482/2014, E 6). Dazu gehören beispielsweise die mit einer Klageerhebung verbundene Wahrnehmung öffentlicher Interessen, wie dies beispielsweise ein Aktionär mit einer Verantwortlichkeitsklage oder mit der Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung tut (SUTTER-SOMM/SEILER, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 107 N 14).

Eine solche Konstellation von sehr ungleichen wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse der Parteien und ein öffentliches Interesse an der Klageerhebung steht vorliegend nicht im Raum. Entsprechend ist zu prüfen, ob andere Gründe vorliegen, welche eine Abweichung vom Verteilungsgrundsatz nach Art. 106 ZPO rechtfertigen.

Im von der Vorinstanz zitierten Beschluss vom 18. Juli 2013 des Obergerichts des Kantons Zürich wird erwogen, dass bei einer Klageabweisung, welche mit der Veräusserung des Streitgegenstandes provoziert worden sei, die Kosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO der beklagten Partei aufzuerlegen seien. Vorausgesetzt werde, dass die Klage nicht offensichtlich aussichtslos sei (OGer ZH PP130008, E. 6.b, m.w.H.). Im genannten Verfahren wurde der Streitgegenstand erst einige Monate nach der Klageeinleitung von der beklagten Partei

verkauft, weshalb die Passivlegitimation der beklagten Partei nachträglich wegfiel und die Klage entsprechend abgewiesen wurde. Da die Klage von Anfang an nicht offensichtlich aussichtslos gewesen sei, sei es wegen des Wegfalls der Passivlegitimation nicht vertretbar die Verfahrenskosten vollständig der klagenden Partei aufzuerlegen (OGer ZH PP130008, E. 6b). Obwohl im vorliegenden Verfahren unklar ist, ob der Streitgegenstand zeitlich kurz vor oder nach der Einleitung des Massnahmeverfahrens verkauft wurde, steht fest, dass der Beschwerdeführer zum Veräusserungszeitpunkt – im Unterschied zum Sachverhalt im Verfahren Nr. PP130008 – noch keine Mitteilung über die Einleitung des Verfahrens erhalten hatte (vgl. E. 2.1). Die Ausgangslagen der beiden Verfahren unterscheiden sich damit erheblich. Die Argumentation der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe von der geplanten Anfechtung Kenntnis haben müssen, weil er gewusst habe, dass die Eigentumsverhältnisse der Aktien strittig seien und die Anfechtung des Insihgeschäfts angestrebt worden sei, überzeugt nicht (vgl. act. 35 E. V. 3.3 mit Verweis auf E. IV.2.4.9). Zumindest konnte es dem Beschwerdeführer – selbst wenn er von einer "geplanten Anfechtung" Kenntnis gehabt hätte – nicht bis zum unbestimmten Zeitpunkt einer allfällig effektiv rechtshängig gemachten Anfechtungsklage nur unter erheblicher Kostenfolge erlaubt sein, die nachmals streitgegenständlichen Aktien zu veräussern.

Der Beschwerdeführer bestreitet von der Einleitung des Massnahmenverfahrens gewusst zu haben. Ein derart konkretes Wissen ist weder mit den vorliegenden Akten bewiesen noch kann es ihm – entgegen den Erwägungen der Vorinstanz – aufgrund der festgestellten Tatsachen angerechnet werden. Selbst wenn der Beschwerdeführer allenfalls die Einleitung eines Massnahmenverfahrens durch die Beschwerdegegnerin – spätestens nach seiner Abwahl aus dem Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin – vermutete, würde die Auferlegung der Prozesskosten auf die obsiegende Partei aufgrund einer wagen Mutmassung eine Verfügung nur noch mit einem erheblichen Kostenrisiko ermöglichen, wobei die Beschwerdegegnerin das Massnahmenbegehren nicht umgehend nach der Abwahl des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin stellte, sondern danach nochmals drei Wochen verstrichen. Ob die Beschwerdegegnerin oder die Erben von D. _____ bereits zu einem früheren Zeitpunkt die

Möglichkeit gehabt hätten, ein Massnahmenbegehren um eine mögliche Weiterveräusserung der Aktien zu verhindern, kann vorliegend offen gelassen werden. Dem Beschwerdeführer die Prozesskosten aufgrund der blossen Möglichkeit einer Verfahrenseinleitung durch die Gegenseite aufzuerlegen, ist nicht vertretbar. Die Lehrmeinungen und Rechtsprechung zur Prozesskostenverteilung bei Wegfall der Passivlegitimation nach Verfahrenseinleitung infolge Weiterveräusserung des Streitgegenstandes sind somit hier nicht einschlägig (vgl. LÖTSCHER, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2016, Rz. 880; GÖKSU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 83 N 20; DOMEJ, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2021, Art. 83 N 12; GRABER, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, 2017, Art. 83 N 17). Weiter ist hinsichtlich der Argumentation, die Beschwerdegegnerin habe sich in guten Treuen zur Klage veranlasst gesehen (act. 45 Rz. 31), weshalb sich eine Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO rechtfertige, auf die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO zu verweisen. Zu erinnern ist, dass bei der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO eine restriktive Handhabung der Bestimmung angezeigt ist (E. 4.5; vgl. STERCHI, a.a.O., Art. 107 N 21). Denn neben der faktischen Verfügungsbeschränkung würde die Auferlegung der Prozesskosten auf den Beschwerdeführer hier auch zu einer ungerechtfertigten Verschiebung des Prozesskostenrisikos führen. Die Vorinstanz ist jedoch zu bestätigen, dass im Verkauf der Aktien durch den Beschwerdeführer an einen Dritten, in der vorliegenden Streitsache, in welcher beide Parteien die sich ihnen bietenden juristischen Möglichkeiten zu ihrem Vorteil nutzten, kein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu erkennen ist, das zu einem materiell krassen Unrecht führen würde (vgl. act. 35 E. IV.2.4.11). Insgesamt sind demnach keine Gründe ersichtlich, die vorinstanzlichen Prozesskosten dem Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO aufzuerlegen.

Weiter ist auf das Vorbringen der Beschwerdegegnerin einzugehen, dass ein Anwendungsfall von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO vorliege und der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten die Prozesskosten mitverursacht habe. Nach Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen

und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., Art. 107 N 6 m.w.H.). Das Paradebeispiel für eine Veranlassung einer Partei zur Prozessführung in guten Treuen liegt vor, wenn ein Gericht eine Praxisänderung vornimmt, welche zum Unterliegen der auf die bisherige Praxis vertrauenden Partei führt. Auch unklare vorprozessuale Korrespondenz kann begründeten Anlass zur Einreichung eines Massnahmengesuchs geben, dessen Verfahrenskosten trotz Abweisung des Gesuchs der obsiegenden Partei überbunden werden können. Es besteht jedoch für eine potentiell beklagte Partei keine Pflicht, die mögliche Klägerschaft vorprozessual auf anspruchshindernde Umstände hinzuweisen (RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., Art. 107 N 5). Die Beschwerdegegnerin behauptet weder vor hiesiger Kammer noch vor Vorinstanz, dass sie vor Einleitung des Massnahmeverfahrens Bemühungen oder Erkundigungen zur Klärung der Eigentumsverhältnisse der streitgegenständlichen Aktien unternommen hätte (vgl. BGer 4A_166/2011 vom 23. Mai 2011). Auch bringt sie keine Argumente vor, nach welchen sie aufgrund unklarer vorprozessualer Korrespondenz begründeten Anlass gehabt hätte, davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Einleitung des Massnahmeverfahrens weiterhin Eigentümer der Aktien war. Sie führt lediglich aus, dass der Beschwerdeführer sie nicht vorhergehend über den geplanten Verkauf informiert hätte. Inwiefern sie einen Anspruch auf eine solche Mitteilung gehabt hätte und woraus sich ein solcher Anspruch ergäbe, erläutert sie nicht. Zudem ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass bereits im Kaufvertrag vom 1. März 2022 die Folgen eines möglichen Weiterverkaufs ausdrücklich geregelt wurden (act. 36 Rz. 38; act. 3/4 Ziff. 2.2). Ein Weiterverkauf der Aktien war damit bereits zum Zeitpunkt des Kaufes im Bereich des Möglichen. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, worauf das von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Vertrauen in die Eigentumsverhältnisse der Aktien basieren sollte und inwiefern der Beschwerdeführer sie damit in guten Treuen zur Einleitung des Massnahmeverfahrens veranlasst haben soll. Somit würde sich vorliegend eine Verteilung der vorinstanzlichen Prozesskosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO nicht rechtfertigen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der vorliegende Sachverhalt keinen Grund darstellt, welcher eine Verschiebung der Prozesskosten zugunsten der unterliegenden und zulasten der obsiegenden Partei rechtfertigen würde. Die Abweichung von Art. 106 Abs. 1 ZPO erweist sich somit als unzulässig, weshalb die Kostenbeschwerde überwiegend gutzuheissen ist. Die Vorinstanz setzte basierend auf den Streitwert eine Entscheidegebühr von Fr. 130'000.– und eine Parteientschädigung von Fr. 177'000 (inkl. MwSt.) fest (act. 35 E. V.1 f.). Der Beschwerdeführer verlangt im Beschwerdeverfahren indessen eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 177'000.–, zuzüglich Mehrwertsteuer (vgl. act. 36 S. 2). Weshalb er zusätzlich zur festgelegten Parteientschädigung von Fr. 177'000.– noch einen Mehrwertsteuerzuschlag fordert, obwohl dieser gemäss Vorinstanz bereits im Betrag inbegriffen ist, begründet er nicht. Im Übrigen wurde die Höhe der Entscheidegebühr und Parteientschädigung von den Parteien nicht beanstandet, weshalb auf diese Zahlen abzustellen ist. Folglich sind die Dispositivziffern 3 bis 6 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und entsprechend anzupassen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Prozesskosten werden nach dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens verteilt, da keine der Parteien vollständig obsiegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

5.2. Der Streitwert der Kostenbeschwerde ist auf rund Fr. 159'800.– festzulegen. Dieser berechnet sich aus der Differenz der vorinstanzlich dem Beschwerdeführer auferlegten Prozesskosten und der vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren beantragten Prozesskostenverteilung. Damit ist der Streitwert einerseits auf die hälftige Gerichtsgebühr von Fr. 65'000.– (Fr. 130'000.– / 2) und andererseits auf die hälftige verrechnete Parteientschädigung, exklusive Mehrwertsteuer, von Fr. 82'172.70 (Fr. 177'000.– abzügl. Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 7.7 % = Fr. 164'345.40 / 2) sowie – entsprechend dem Rechtsbegehren des Beschwerdeführers, welches den Mehrwertsteuerzuschlag zusätzlich zur Parteientschädigung von Fr. 177'00.– fordert, obwohl in dieser Summe bereits inkludiert – den von der Vorinstanz eingerechneten gesamten Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 12'654.60 zu beziffern. Denn die Vorinstanz verrechnete die Parteientschädi-

gungen gegenseitig, da jeweils jede Partei der anderen die Hälfte zu zahlen habe (act. 35 E. V. 3).

Ausgehend von diesem Streitwert ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 5'600.– festzusetzen. Dem Beschwerdeführer ist davon Fr. 450.– und der Beschwerdegegnerin Fr. 5'150.– aufzuerlegen.

5.3. Die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV eine reduzierte Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren von Fr. 6'700.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 3 bis 6 des Urteils vom 16. November 2022 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "3. Die Gerichtskosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
 4. Die Gerichtskosten werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 195'000.– bezogen. Der Überschuss wird der Gesuchstellerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
 5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 177'000.– (inkl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'600.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer im Betrag von Fr. 450.– und der Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 5'150.– auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden aus dem vom Beschwerdeführer geleisteten Vorschuss von Fr. 10'000.– bezogen. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 5'150.– zu ersetzen.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'700.– (zuzügl. 7.7 % MwSt.) zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdeführer unter Beilage der Beschwerdeantwort (act. 45), sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 159'800.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Gautschi

versandt am: