

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP170016-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 16. August 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren
des Bezirksgerichtes Horgen vom 30. März 2017; Proz. FV160022**

Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 20'000.00 nebst Zins zu 5.0 % seit dem 07. Oktober 2015 und Kosten zu leisten.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Rechtsöffnungsbegehren in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal, Zahlungsbefehl vom 27. Oktober 2015, wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'150.– festgesetzt.
4. Die Entscheidgebühr wird dem Kläger auferlegt. Sie wird aus dem von ihm geleisteten Vorschuss von Fr. 3'150.– bezogen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'900.– zu bezahlen.
- 6./7. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 42):

1. Es sei die Berufung gutzuheissen und das Urteil vom 30. März 2017 im Verfahren Nr. FV160022-F des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Berufungsbeklagte und Beklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger und Kläger die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 20'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 6. Oktober 2015 und Kosten zu leisten.
3. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal zu beseitigen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorinstanzlichen Verfahren zu Lasten des Berufungsbeklagten und Beklagten.
5. Eventualiter zu den Anträgen 2, 3 und 4 sei die Sache zu neuem Entscheid an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, zurückzuweisen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu lasten des Berufungsbeklagten und Beklagten.

des Beklagten (act. 52):

Es sei die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

1.1 Der Kläger ist Arzt, spezialisiert auf Augenheilkunde. Die C._____ AG, welche laut ihren Statuten im Bereich der "refraktiven Chirurgie" tätig ist, hat ein Aktienkapital von Fr. 250'000.--. Die Parteien vereinbarten schriftlich, der Kläger erwerbe vom Beklagten eine Beteiligung an der C._____ AG, und zwar "45 der 450 Namenaktien (entsprechend 10% aller Aktien) für Fr. 45'000.--" (aus dem Englischen übersetzt und gekürzt). Der Kläger zahlte wie vereinbart Fr. 45'000.--. Die Bezeichnung des Kaufobjektes führte hingegen zum Streit: Der Kläger erhielt Aktien im Nennwert von Fr. 25'000.--. Er argumentiert, damit habe er Fr. 20'000.-- zu viel bezahlt, welche er mit der Klage zurück fordert. Dem gegenüber steht der Beklagte auf dem Standpunkt, er habe Aktien im Umfang von 10% des Nennwertes geliefert, und es komme nicht darauf an, wie viele Titel das seien. Auf Einzelheiten - namentlich auf weitere Vorhaben und Vereinbarungen der Parteien, welche im Zusammenhang stehen mit der auf den ersten Blick merkwürdigen Vereinbarung betreffend den Kauf der Aktien - ist zurückzukommen.

1.2 In der vom Kläger für die Rückzahlung der Fr. 20'000.-- angehobenen Betreuung erhob der Beklagte Rechtsvorschlag. Das darauf folgende Schlichtungsverfahren führte zu keiner Einigung, und am 28. Juni 2016 leitete der Kläger das vereinfachte Verfahren mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren ein. Der Einzelrichter führte ein schriftliches Verfahren durch und wies die Klage mit Urteil vom 30. März 2017 ab.

2. Die Berufung wurde rechtzeitig erhoben (act. 40 und 42), sie enthält ein Begehren in der Sache und eine Begründung, und der erforderliche Streitwert ist erreicht. Der verlangte Kostenvorschuss wurde geleistet. Auf die Berufung ist einzutreten.

Der Beklagte hatte Gelegenheit, die Berufung zu beantworten und hat davon Gebrauch gemacht (act. 52). Die Sache ist spruchreif.

3.1 Der Kläger behaftet den Beklagten dabei, dass dieser ihm 45 von 450 Aktien versprochen habe, dieser Pflicht aber nicht nachgekommen sei. Für die nicht gelieferten 20 Aktien sei der Beklagte nicht leistungsbereit, weshalb sich Mahnung und Nachfrist erübrigten und er (der Kläger) den zu viel bezahlten Betrag von Fr. 20'000.-- zu gut habe (act. 2, ergänzt um rechtliche Erörterungen). Er habe keinen Anlass gehabt, in einer Generalversammlung der C._____ AG die nicht richtige Erfüllung des Kaufvertrags mit dem Beklagten zu monieren. Seine Forderung bezeichnet er als Schadenersatz, was im Ergebnis einer Rückforderung gleich komme. Die im Vertrag genannten 45 Aktien hätten (nur) dann 10% des Kapitals entsprochen, wenn die Kapitalerhöhung durchgeführt worden wäre. Es mache sehr wohl einen Unterschied, ob er beim aktuellen und unveränderten Kapital von Fr. 250'000.-- über einen Anteil von Fr. 45'000.-- oder Fr. 25'000.-- verfüge. Dem Verzicht auf die Kapitalerhöhung habe er nicht zugestimmt, aber mit seinem Stimmgewicht habe er ohnehin keinen relevanten Einfluss auf die Generalversammlung nehmen können. Der vereinbarte Kaufpreis habe sich zwar nominal am Kapital orientiert, wirtschaftlich damit aber nichts zu tun gehabt, denn die C._____ AG sei überschuldet gewesen (act. 25).

Der Beklagte macht geltend, der Aktienkauf stehe im Zusammenhang mit weiteren geplanten Vorgängen um die C. _____ AG. Der Kläger habe sich verpflichtet, der C. _____ AG ein Darlehen von Fr. 105'000.-- zu gewähren, und es sei vorgesehen gewesen, das Kapital der Gesellschaft um Fr. 200'000.-- zu erhöhen (woran sich der Kläger habe beteiligen wollen). Erst nach Abschluss dieses "Kauf- und Investitionsvertrages" sei der Kläger "zu C. _____ AG [gestossen]". Die Aktionäre der Gesellschaft hätten in der Folge die vorgesehene Erhöhung des Kapitals abgelehnt und stattdessen einer "Kapitaleinlage" zugestimmt. Der Kläger habe nach wie vor 10% des Kapitals gehalten und das nicht moniert - weder an dieser noch an einer der nachfolgenden Generalversammlungen, wiewohl er sich durchaus mit Belangen der Gesellschaft befasste. Der Preis von Fr. 45'000.-- "für 45 Aktien entsprechend 10% der Gesellschaft" sei festgelegt worden "aufgrund einer Bewertung der C. _____ AG". Durch den Verzicht auf die Kapitalerhöhung sei die Beteiligung des Klägers im Übrigen nicht verwässert worden sondern habe an Wert zugelegt. Im Übrigen mache der Kläger einen Denkfehler, denn er habe ja keinen Schaden erlitten. Die Auslegung des Vertrages ergebe, dass der Kläger 10% der Aktien kaufen wollte, nicht 45 Stück, denn die Quote bestimme den Einfluss des Aktionärs auf die Gesellschaft, nicht die Stückzahl - das sei auch nach dem Wortlaut klar. Der Kläger habe erhalten, was er zu gut hatte, und es liege also keine "Minderlieferung" und damit auch kein Schaden vor (act. 18). Zwar sei auf eine Kapitalerhöhung nachträglich verzichtet worden, aber er (der Beklagte) habe Fr. 200'000.-- in die Gesellschaft "eingeschossen", was den gesetzlichen Reserven zufloss. Damit stehe die Gesellschaft so, wie wenn das Kapital erhöht worden wäre, und auch der Kläger sei nicht anders gestellt, als wenn das Kapital erhöht und ihm Aktien im Nennwert von 10% des neuen Kapitals übertragen worden wären - mit der Übertragung der Fr. 200'000.-- auf die Gesellschaft sei der 10%-Anteil des Klägers ohne weiteres Fr. 45'000.-- wert geworden. Der Beklagte hätte sehr wohl an einer der Generalversammlungen opponieren müssen. Wenn er erst "heute" rüge, er habe zu wenige Aktien erhalten, sei das (unter Hinweis auf Art. 201 OR) als kaufvertragliche Mängelrüge verwirkt. Wenn schon, hätte er ja eine Leistungsklage auf Übertragung weiterer 20 Aktien erheben müssen - er tue das nicht und zeige damit, dass er an seine Argumentation selber nicht glaube.

Hätte er (der Beklagte) der Gesellschaft über eine Kapitalerhöhung Fr. 200'000.-- zugeführt, hätte das Kapital neu 450'000.-- und nicht wie aktuell Fr. 250'000.-- betragen. 10% des neuen Kapitals wären Fr. 45 Aktien (à Fr. 1'000.--) gewesen. Durch den Verzicht auf die Kapitalerhöhung "war es nicht möglich, dem Kläger mehr als 25'000 Aktien [Anmerkung: nach einer Splittung 1:1000] zu übertragen, aufgrund des anderweitigen Kapitalzuschusses habe der Kläger aber keinen Nachteil erlitten (act. 33).

3.2 Der Einzelrichter erwägt, da sich der wirkliche Wille der Parteien nicht mehr feststellen lassen dürfte, sei der Wortlaut des Vertrages auszulegen. Dabei gehe er davon aus, dass die Parteien beim Vertragsschluss erwarteten, das Kapital der C._____ AG werde auf Fr. 450'000.-- erhöht, was dann aber nicht erfolgte. Sollte die Formulierung "45 von 450 Aktien" noch Spielraum lassen, räume die Erwähnung der "10 %" alle Bedenken aus: es seien Aktien entsprechend dieser Quote des Kapitals zu übertragen. Auch die Interessenlage der Parteien führte zu diesem Schluss: da man nicht sicher sein konnte, ob die Kapitalerhöhung auch wirklich durchgeführt werde, sei es sinnvoll gewesen, im Vertrag die Quote zu nennen. Der Preis von Fr. 45'000.-- sei nicht entscheidend, da der Nennwert einer Aktie über deren Wert ja nichts aussage. Der Beklagte habe also seine Pflicht aus dem Vertrag erfüllt. Nachdem er weitere Gründe für eine Rückforderung des Kaufpreises (Übervorteilung, Nichtigkeit etc.) ausschliesst, weist der Einzelrichter die Klage ab (act. 43).

Dem hält der Kläger in der Berufung entgegen, das angefochtene Urteil stelle den Sachverhalt nicht richtig fest. So hätte festgestellt werden müssen, dass der Kläger keinen Einfluss darauf hatte, ob die C._____ AG das Kapital erhöhte oder nicht, dass aber umgekehrt der Beklagte den Entscheid in der Hand hatte. Es sei nicht festgestellt worden, dass der Nennwert der übertragenen Aktien lediglich Fr. 25'000.-- betrug, und dass der Kläger die Rückzahlung des Preises für die nicht übertragenen Titel verlangt habe, was der Beklagte verweigerte. Es sei auch nicht festgestellt worden, dass er (der Kläger) dem Beklagten Fr. 150'000.-- überwies, nämlich die Fr. 45'000.-- für die Aktien und Fr. 105'000.-- unter einem anderen Titel, und dass die C._____ AG überschuldet gewesen war. Er rügt im

Einzelnen die Auslegung des Vertrages und die Bewertung der Interessen der Parteien. Er hält daran fest, dass der Kaufpreis von Fr. 1'000.-- pro Aktie (welche der Beklagte seinerseits für einen Franken pro Stück erworben hatte) übersetzt und der Vertrag darum unsittlich und unbeachtlich war, sowie dass ihm auch die 25 Aktien nie korrekt übertragen wurden (im Einzelnen act. 42).

Der Beklagte umgekehrt hält das angefochtene Urteil für richtig. Dem Kläger sei kein bestimmter Einfluss auf die C._____ AG zugesichert worden, und an den Vertrag, wie er richtig zu verstehen sei, habe er (der Beklagte) sich gehalten. Wären dem Kläger weitere zwanzig Aktien übertragen worden, hätte sich sein Anteil an der Gesellschaft auf 18% (von Fr. 250'000.--) erhöht, und das habe der Kläger nicht zugut. Die Verhältnisse um die C._____ AG habe der Kläger gekannt, da der Vertrag D._____ / B._____ / E._____ dem heute streitigen ausdrücklich beigelegt war [Anmerkung: dieser Vertrag lag der Klage bei, act. 4/6]. Wenn der Vertrag wirklich ungültig wäre, müsste der Kläger auch die erhaltenen Aktien zurückgeben und den ganzen bezahlten Kaufpreis zurück fordern. Der Kläger sei überdies mit seinen 25 Aktien im Aktienbuch eingetragen, und er verhalte sich widersprüchlich, wenn er nun diese Übertragung anzweifle. Wegen des Verzichts auf die Kapitalerhöhung, was er (der Beklagte) nicht alleine in der Hand hatte, sei es ihm unmöglich gewesen, dem Kläger mehr als 25'000 Aktien [gemeint offenbar: nach dem Split] zu übertragen, das habe dem Kläger aber keinen Nachteil zugefügt (im Einzelnen act. 52).

3.3.1 Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 lit. b ZPO). Damit ist gemeint, dass das Gericht aufgrund von Beweismitteln einen Schluss auf tatsächliche Verhältnisse zieht. Etwas anderes ist es, was an dem von den Parteien Vorgetragenen rechtlich erheblich ist. Falls das Gericht etwas davon zu Unrecht nicht berücksichtigt, ist das ein Fehler in der Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO), und nicht ein Fehler der Tatsachenfeststellung. Der Unterschied bleibt in der Berufung allerdings folgenlos, weil anders als bei der Beschwerde (Art. 320, besonders lit. b ZPO) beide Arten von Rügen mit voller Kognition geprüft werden, und weil die rechtliche Einordnung einer

Rüge zur richterlichen Rechtsanwendung gehört, welche auch von der Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 57 ZPO).

Die Rügen des Klägers "zum Sachverhalt" beschlagen so weit ersichtlich ausschliesslich Punkte, welche der Einzelrichter zu Unrecht nicht beachtet oder gewürdigt haben soll. Das ist falls erforderlich bei der rechtlichen Einordnung des Geschehenen zu prüfen.

3.3.2 Von den Argumenten des Beklagten sind vorab zwei zu behandeln: dass die Übertragung von mehr als den 25 Aktien (nach altem Nennwert, nach dem herabgesetzten neuen wären es 25'000) unmöglich gewesen wäre und sei, und dass der Kläger, so sein Standpunkt der Ungültigkeit des Vertrages richtig wäre, die ganzen Fr. 45'000.-- zurückfordern und die erhaltenen Aktien zurückgeben müsste (act. 52 Rz. 60 und 92).

Zum zweiten führt der Beklagte im Anschluss an seine Darstellung teilweise widersprüchlich aus, die Lieferung weiterer Aktien wäre nicht unmöglich, denn er (der Beklagte) "verfügt noch über weitere Aktien" (act. 52 Rz. 100). Das beruht offenkundig auf dem fundamentalen Irrtum, dass man nur verkaufen könnte, was man hat. Das ist durchaus nicht so, und die Vereinbarung der Parteien belegt es ja selber: der Beklagte verkaufte dem Kläger Aktien, welche er noch nicht hatte, sondern von der D._____ AG erst noch zu erwerben im Begriffe war. Sollte dieser vorgesehene Erwerb aus irgend einem Grund nicht zustande gekommen sein, wäre die Verpflichtung des Beklagten gegenüber dem Kläger nicht (objektiv) unmöglich geworden; vielleicht hätte der Beklagte nur mit Mühe und mit uninteressant grossem finanziellen Einsatz die Kaufsachen erwerben können, und wenn ihm das nicht gelungen wäre, hätte er sich vielleicht mit einer Klage auf Erfüllung, eventuell auf Schadenersatz konfrontiert gesehen. Wie viele Aktien der C._____ AG der Beklagte hielt oder hält, ist aber für die Gültigkeit seiner Verpflichtung gegenüber dem Kläger belanglos.

Dass der Kläger wenn schon den ganzen Kaufpreis zurückfordern und damit auch die Aktien zurückgeben müsste, trifft so nicht zu. Sollte der Vertrag aus irgend einem Grund unwirksam sein (darauf ist zurückzukommen), kann jede Par-

tei ihre Leistungen zurückverlangen, weil diese dann ohne Rechtsgrund erfolgt sind. Vorbehältlich besonderer Verhältnisse kann aber auch nur ein Teil gefordert werden (Art. 86 ZPO). Allenfalls würde sich später fragen, wer von wem welche weiteren Leistungen zurück fordern könne, und ob jemand dagegen (welche) Einreden erheben könnte. Das ist heute aber nicht konkret Thema des Verfahrens, und insbesondere hält der Beklagte der Forderung des Klägers nicht die Einrede entgegen, (auch) die eingeklagten Fr. 20'000.-- könnten nur Zug um Zug gegen Rückgabe der 25 (nach heutigem Nennwert: 25'000) Aktien verlangt werden; in der Berufung wäre dieser neue Einwand ohnehin nicht mehr zulässig. Selbstredend steht es den Parteien frei, an Stelle eines unwirksamen Vertrages einen neuen zu setzen. Und der Beklagte hat sicher Recht mit seinem Hinweis, dass in einem solchen Fall der Preis für die zu bestimmende Kaufsache (konkret wohl die bereits übertragenen Aktien der C._____ AG) neu auszuhandeln wäre (act. 19 Rz. 39). Auch das ist aber heute nicht Thema des Prozesses.

3.3.3 Der Einzelrichter hat erwogen, "da sich der wirkliche Wille der Parteien nicht mehr feststellen lassen dürfte", lege er den Vertrag aus. Das ist nicht richtig. Ein übereinstimmender innerer Wille der Vertragsschliessenden (welcher dem Wortlaut und dessen objektivierter Auslegung vorgeht: Art. 18 Abs. 1 OR) ist als tatsächliches Element zuerst einmal zu behaupten (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Stimmen die Parteien überein, bleibt es dabei, und das Behauptete ist dem Urteil zugrunde zu legen. Gibt es Differenzen, ist darüber Beweis zu erheben (Art. 150 Abs. 1 ZPO) - immerhin unter dem Vorbehalt, dass rechtzeitig taugliche Beweismittel genannt worden sind (Art. 221 Abs. 1 lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO). Dass sich das Behauptete mit der Ausdrucksweise des Einzelrichters "nicht mehr feststellen lassen dürfte", ist auf jeden Fall unerheblich - von der Beweisabnahme dürfte nur abgesehen werden, wenn von ihr *mit Sicherheit* kein Ergebnis zu erwarten wäre. Der Einzelrichter hat allerdings zu Recht kein Beweisverfahren durchgeführt, weil die Parteien keinen übereinstimmenden inneren Willen behauptet haben und sich ihre Argumentationen nur darum drehen, ob ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist, und was allenfalls sein Inhalt ist.

Die Parteien sind sich uneins darüber, was der Rechtsgrund der eingeklagten Forderung sein könnte: Rückforderung einer aufgrund eines ungültigen Vertrages geleisteten Zahlung, positives Vertragsinteresse, Rückforderung wegen "Minderlieferung" im Sinne einer Herabsetzung des Kaufpreises wegen mangelhafter Erfüllung, und anderes mehr. Auf diesen Streit kommt es nicht an, so weit er die dogmatische Einordnung des Sachverhaltes angeht: das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (act. 57 ZPO).

Zutreffend hat der Einzelrichter vorweg eine Unsittlichkeit des Vertrages (Art. 27 ZGB, Art. 20 OR) verneint. Was sich der Kläger davon erhoffte, wenn er Aktien einer wie er wusste (Replik act. 25 S. 9, dazu ferner act. 4/6 Ziff. Ia) überschuldeten Gesellschaft kaufte, steht nicht fest und legt er nicht offen. Fürs Erste hatten diese Titel einen Liquidationswert von Null - es ist das Wesen der Überschuldung, dass das Kapital verloren ist. Den Kaufpreis am Nennwert festzumachen, machte von daher keinen Sinn. Der Kläger muss sich also von seinem Engagement künftige Vorteile erhofft haben; so war vorgesehen, dass er jedenfalls drei Jahre lang je mindestens achtzig Tage mit der Gesellschaft als Chirurg tätig sein werde (Vertrag act. 4/3 Ziff. 5). Dass der Beklagte die dem Kläger weiter zu übertragenden Titel seinerseits für *einen* Franken pro Stück zu erwerben beabsichtigte, war dem Kläger bekannt - der Vertrag der Parteien verweist auf die Vereinbarung D.____ / B.____ / E.____ und damit auf deren einschlägige Ziffer II/1.1. Das stand aber im Kontext mit anderen Elementen dieser Vereinbarung: der Beklagte sollte die vorgesehene Kapitalerhöhung um Fr. 200'000.-- im Verhältnis zu D.____ und E.____ alleine finanzieren, er würde der Gesellschaft ein neues Darlehen in der Höhe von Fr. 264'000.-- gewähren und von der D.____ AG zum symbolischen Preis von einem Franken ein bestehendes Darlehen gegenüber der Gesellschaft in einem Nominal-(Teil-)Betrag von Fr. 476'273.-- erwerben (Ziff. II/2.1.2; die weiteren Bestimmungen machen klar, dass das bestehende Darlehen mindestens zur Zeit als wertlos angesehen wurde). Unter diesen Umständen steht es keineswegs fest, dass das Geschäft für den Kläger ausserordentlich und krass stossend unvorteilhaft war - alle Beteiligten gingen offenbar davon aus, die Gesellschaft könne überlebensfähig sein; wer sich davon auf die Dauer welche Vorteile versprach, ist weder behauptet noch feststellbar, aber auch

unerheblich. Es bleibt beim Grundsatz, dass selbstverantwortliche und zurechnungsfähige Parteien frei sind, ihre vertraglichen Verhältnisse zu regeln (Art. 19 OR). Unter diesem Aspekt ist der Preis von Fr. 1'000.-- pro Aktie rechtlich einwandfrei. - Nur der Vollständigkeit halber kann noch angefügt werden, dass es für eine Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR der "Ausbeutung einer Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns" des Klägers bedürfte, was er aber nicht geltend macht.

Der kritische Punkt liegt aber noch vor der Frage, ob das von den Parteien Vereinbarte aus einem besonderen Grund unwirksam sei: der Praktiker ist leicht geneigt, in Fällen wie dem vorliegenden vorschnell an eine mögliche Ungültigkeit oder allenfalls an einen Irrtum zu denken. Demgegenüber muss man darauf beharren, dass zuerst das Vorhandensein des Konsenses geprüft wird (Formulierung nach Otfinger, Bundesgerichtspraxis zum allgemeinen Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bemerkungen zum Entscheid Nr. 29). Dazu ergibt sich Folgendes: der Vertrag der Parteien sieht vor, dass der Beklagte dem Kläger 45 oder 10% der Aktien einer Gesellschaft überträgt, deren Kapital in 250 Aktien aufgeteilt ist. Das ist ein Widerspruch, weil 10% nur 25 Aktien sind. Objektiv lässt sich nicht sagen, ob die Quote (10%) oder aber die Anzahl der zu übertragenden Titel (45 Stück) vorgehe. Auf den ersten Blick scheint es, dass die Anzahl der Aktien im Vordergrund steht, weil die Quote nur in Klammern gesetzt ist. Dem Beklagten ist allerdings ohne Weiteres darin Recht zu geben, dass es für die Einflussnahme auf eine Aktiengesellschaft nicht auf die Anzahl Titel, sondern auf den kapitalmässigen Anteil der Beteiligung ankommt. Das führt allerdings nicht weiter, weil 45 Titel zum Nennwert von Fr. 1'000.-- einen Anteil von Fr. 45'000.-- am Aktienkapital bedeuten, 10% des Aktienkapitals aber Fr. 25'000.-- sind. Aus dem vereinbarten Kaufpreis lässt sich kaum etwas gewinnen: wie bereits erwähnt waren die Aktien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zum Liquidationswert betrachtet wertlos (weil die Gesellschaft überschuldet war). Die Übereinstimmung des Kaufpreises von Fr. 45'000.-- mit dem Nennwert von 45 Aktien ist von da her rein zufällig, und keine der Parteien trägt vor, aufgrund welcher konkreter Überlegungen und Erwartungen (welche um massgeblich zu sein, von beiden Parteien übereinstimmend angestellt worden sein müssten) dieser Kaufpreis zustande

kam. Der Kaufpreis könnte für eine Beteiligung von 10% des Kapitals (das wären 25 Aktien) ebenso stimmig sein wie für 45 Aktien (was, wie der Beklagte richtig ausrechnet, 18% des Aktienkapitals ausmache), denn einen gerechten, also ohne Zutun der Parteien objektiv ermittelbaren Preis kennt das schweizerische Schuldrecht nicht. Darum lässt sich nicht mit dem Einzelrichter erwägen, die "Interessenlage" der Parteien führe zum Vertragsverständnis des Beklagten - dass es nur um die zu verschaffende Quote am Aktienkapital gehe, was mit den übertragenen 25 Titeln erfüllt wäre. Im Grunde überlegt der Einzelrichter, wie er einen unvollständigen Vertrag im Sinne von Art. 2 Abs. 2 OR ergänzen würde. Diese gedankliche Tätigkeit erlaubt, die Interessen der Beteiligten abzuwägen und richterlich anzuordnen, was gelten soll. Sie ist aber nur dort zulässig, wo die wesentlichen Vertragsbestandteile feststehen und es noch Nebenpunkte zu ergänzen gibt. Auf der Ebene des Konsenses müsste man argumentieren können, die Erklärungen der Parteien seien ungeachtet des vielleicht missverständlichen oder widersprüchlichen Wortlautes unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) und für vernünftige und loyale Geschäftspartner nur auf eine bestimmte Art zu verstehen gewesen - das wäre dann der so genannte "normative Konsens". Das ist hier nicht möglich, weil es kein objektives Kriterium gibt, nach welchem der Widerspruch im Vertrag der Parteien aufgelöst werden könnte. Der Kaufvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit einer Einigung über Sache(n) und Preis (Art. 184 OR). Daran fehlt es hier.

Dabei wird nicht übersehen, dass die Formulierung "45 Aktien oder 10% des Kapitals" offenkundig die Erhöhung des Aktienkapitals der C._____ AG antizipiert, denn diese war ja neben Anderem Gegenstand der mehrfach zitierten Vereinbarung D._____ / B._____ / E._____ (act. 4/6 = 19/5), welche ihrerseits im heute streitigen Vertrag der Parteien erwähnt und diesem angehängt wurde. Nur fand diese Kapitalerhöhung dann nicht statt. Man könnte überlegen, und es hätte etwas für sich, die in der Vereinbarung D._____ / B._____ / E._____ vorgesehenen Vorgänge als Bedingungen im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR zu verstehen. Das führte allerdings nicht weiter, denn (auch) dann fehlte es an einem verbindlichen Vertrag unter den Parteien: weil die Bedingung nicht eingetreten wäre. Und dass der Beklagte darauf beharrt, er habe keine Schuld am Nichtzustandekommen der

Kapitalerhöhung, hilft nicht weiter: damit könnte er sich vielleicht gegen den Vorwurf des Klägers wehren, er habe den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (Art. 156 OR), beim Nichteintritt der Bedingung bliebe es aber auch so, und ein Konsens über die Übertragung der Aktien der Gesellschaft im aktuellen Zustand würde damit nicht hergestellt. Damit bleibt es dabei, dass der Vertrag unter den gegebenen Verhältnis zu betrachten ist: dass 45 Aktien à Fr. 1'000.-- nominal resp. 10% des Aktienkapitals einer Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 250'000.-- verkauft werden sollten. Weil die Kaufsache weder bestimmt noch objektiv bestimmbar ist, fehlt es am Konsens. Damit kann offen bleiben, ob der Kläger durch Übertragung von 25 Aktien der C._____ AG mit ihrem heutigen Aktienkapital im Ergebnis besser gestellt ist als wenn er nach einer Kapitalerhöhung um Fr. 200'000.-- 45 Aktien erhalten hätte, wie der Beklagte zu wissen glaubt (act. 19 Rz. 27).

Damit bleibt zu klären, ob der Kläger unter dem Titel des nicht zustande gekommenen Kaufvertrages Fr. 20'000.-- (oder mehr) bezahlt hat. Das ist unstrittig der Fall: der Kläger hatte dem Beklagten insgesamt Fr. 150'000.-- zu zahlen, nämlich Fr. 45'000.-- für die Aktien und Fr. 105'000.-- zur teilweisen Ablösung eines Darlehens, welches der Beklagte seinerseits der C._____ zu gewähren versprochen hatte (Vertrag act. 4/3 Ziff. 2 und Vereinbarung D._____ / B._____ / E._____ act. 4/6 Ziff. II/2.1.1). Der Kläger hat die Fr. 150'000.-- unstrittig überwiesen (act. 4/5) und damit die Fr. 45'000.-- für die Aktien bezahlt. Fehlt es dafür an einem gültigen Vertrag, ist seine Forderung von Fr. 20'000.-- ausgewiesen.

Der Beklagte wirft dem Kläger widersprüchliches Verhalten vor und macht damit der Sache nach einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 ZGB geltend. Konkret habe der Kläger gegen den Verzicht auf die Kapitalerhöhung nicht opponiert, insbesondere alle Einladungen zu Generalversammlungen und Protokolle erhalten und gegen seinen Beteiligungs-Anteil nicht reklamiert (act. 19 Rz. 38, act. 33 Rz. 13). Die Kapitalerhöhung ist ein interner Vorgang der Aktiengesellschaft, der streitige Kaufvertrag sollte dem gegenüber den Kläger und den Beklagten binden. Das Argument ist daher unbehelflich. - Zwischen der Zahlung des Kaufpreises (act. 4/5: im Mai 2012) und der Reklamation gegenüber dem Beklag-

ten (act. 4/7: im August 2015) liess der Kläger bemerkenswert viel Zeit verstreichen. Immerhin erläutert der Beklagte selber, dass der Verzicht auf die Kapitalerhöhung erst im Dezember 2013 feststand (act. 18 Rz. 11). Warum der Kläger "offenbar" rechtsmissbräuchlich handelte (Art. 2 Abs. 2 ZGB), indem er gegenüber dem Beklagten erst gut eineinhalb Jahre später reklamierte und die seiner Auffassung nach für die Aktien zu viel bezahlten Fr. 20'000.-- zurück forderte, führt der Beklagte aber nicht näher aus - insbesondere macht er keine Umstände geltend, weshalb er in einem Vertrauen auf den Bestand eines nie gültig zustande gekommenen Vertrages zu schützen sei, und das ist nicht zu erkennen. - Endlich glaubt der Beklagte, der Kläger stehe aktuell wirtschaftlich nicht schlechter, als wenn sich die Verhältnisse um die C._____ AG in allen Teilen so entwickelt hätten wie bei Vertragsschluss erwartet: er (der Beklagte) habe zwar nicht Aktienkapital eingeschossen, der Gesellschaft aber anderweitig Kapital zur Verfügung gestellt und verweist dafür auf das Protokoll einer Generalversammlung vom 12. Dezember 2013 (act. 18 Rz. 11 ff. und passim, act. 19/6). Was es mit der dort (S. 3 oben) genannten "Kapitaleinlage von CHF 200'000 per 31.12.2012 gemäss Amendment zum Aktienkaufvertrag" auf sich hat, und insbesondere das Verhältnis zu dem Darlehen von Fr. 264'000.--, welches der Beklagte laut Vereinbarung D._____ / B._____ / E._____ (act. 4/6) zu gewähren versprochen hatte, bleibt im Dunkeln. Nach dem genannten Protokoll erwartete die Gesellschaft inzwischen (aus dem laufenden Geschäftsjahr 2013) einen weiteren substanziellen Betriebsverlust von Fr. 200'000.--. Wie dem auch sei: der Kläger war und ist frei, aufgrund der aktuellen Situation eine neue Vereinbarung mit dem Beklagten abzuschliessen, und vielleicht gibt es ökonomische Gründe dafür. Dass er ohne Weiteres so gestellt sei wie bei Vertragsschluss mit dem Beklagten erwartet, trifft nicht zu, und es ist keinesfalls rechtsmissbräuchlich, wenn er sich damit nicht abfinden will.

Die Zinsforderung ist weder vom Datum noch von der Höhe her bestritten.

Die Berufung ist begründet. Es ist neu zu entscheiden, und die Klage ist gutzuheissen.

4. Die Verfahrenskosten treffen den unterliegenden Beklagten. Die Parteienschädigung ist für beide Instanzen festzusetzen. Dabei ist zu berücksichti-

gen, dass die Komplexität der Sache eher unterdurchschnittlich war, dass in erster Instanz mit der zweiten Rechtschrift aber ein Zuschlag zu berechnen ist (§ 11 AnwGebV, was dem Einzelrichter bei seinen Überlegungen im angefochtenen Urteil E. 4 entgangen sein könnte). Angemessen ist für beide Instanzen zusammen eine Entschädigung von Fr. 6'000.--. Der Kläger hat für die Parteientschädigung Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt (act. 42 Rz. 46), was für beide Instanzen zu berücksichtigen ist (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Fr. 20'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 7. Oktober 2015 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal (Zahlungsbefehl vom 27. Oktober 2015) wird aufgehoben.
3. Die Entscheidgebühr für das angefochtenen Urteil wird auf Fr. 3'150.-- festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.
5. Die Gebühren beider Instanzen werden aus den vom Kläger geleisteten Vorschüssen bezogen, und dem Kläger wird für diese Fr. 6'150.-- der Rückgriff auf den Beklagten eingeräumt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Verfahren beider Instanzen eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 52, sowie an das Bezirksgericht Horgen/Einzelrichter und an das Betreibungsamt Sihltal im Dispositivauszug Ziff. 2, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 20'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. R. Barblan

versandt am: