

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 11. Januar 2016

in Sachen

A. _____ GmbH,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
15. Juni 2015; Proz. CG120104**

Rechtsbegehren:

(act. 1, S. 1)

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der A. _____ GmbH USD 250'000.00 zuzüglich Zins zu 4% seit dem 25. Juni 2009 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (7. Abt.) vom 15. Juni 2015:

(act. 72 S. 12)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 14'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 25'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 69 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich in der Geschäfts-Nr. CG120104-L/U vom 15. Juni 2015 aufzuheben;
2. Es sei die Klage der Berufungsklägerin gemäss den Rechtsbegehren in der Klageschrift vom 21. September 2012 gutzuheissen.
3. Eventuell sei die Klage zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 81 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Juli 2015 (Geschäfts-Nr. CG 120104-L/U) vollumfänglich abzuweisen.
2. Auf die Noveneingabe der Berufungsklägerin vom 28. September 2015 sei nicht einzutreten.
3. Eventualiter: Die Klage der Berufungsklägerin vom 21. September 2012 sei zur Neuurteilung an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin ist eine in der internationalen Filmbranche tätige Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Handel mit Lizenzen und die Finanzierung sowie Beteiligung im Bereich des Entertainment im In- und Ausland (act. 5/3). Der Beklagte ist selbständiger Geschäftsmann mit Wohnsitz in Zürich.

Am 23. Juni 2009 schloss der Beklagte mit der ebenfalls in der internationalen Filmbranche tätigen C._____ AG in Liquidation mit Sitz in Zürich (nachfolgend C._____) ein "Bridge Loan Agreement" über USD 500'000.-- (act. 5/4). Das Darlehen der C._____ an den Beklagten sollte in zwei Tranchen zu je USD 250'000.-- am 25. Juni bzw. 25. Juli 2009 ausbezahlt werden und war am 30. September 2009 zur Rückzahlung fällig. Zur Auszahlung gelangte unbestrittenermassen nur eine Tranche. C._____ hat die Darlehensforderung mit schriftlicher Zession vom 28. August 2011 an die Klägerin abgetreten (act. 5/5). Die C._____, deren Zweck in der Veräusserung bzw. Verwertung von Filmrechten und -lizenzen bestand, war mit Beschluss der Generalversammlung vom 8. Mai 2009 aufgelöst worden. Gemäss Handelsregisterauszug war die Liquidation am 30. August 2011 beendet; die Gesellschaft wurde gelöscht (act. 24/1).

2. Am 21. September 2012 erhob die Klägerin bei der Vorinstanz Klage. Sie verlangt vom Beklagten die Rückzahlung des Darlehens zuzüglich Zins ab Auszahlungstag (act. 1 und 2). Der Beklagte bestreitet die Forderung. Er machte vor

Vorinstanz zusammengefasst geltend, die Abtretung sei nicht rechtsgültig erfolgt, es liege ein Fall unzulässiger Doppelvertretung vor, und überdies handle es sich beim Darlehensvertrag um ein Scheingeschäft (act. 22 und 52). Mit Urteil vom 15. Juni 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 72). Für die Prozessgeschichte des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

3. Am 19. August 2015 erhob die Klägerin rechtzeitig Berufung (act. 69 i.V.m. act. 64). Sie beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Gutheissung der Klage. Am 27. August 2015 bezahlte sie rechtzeitig den ihr auferlegten Prozesskostenvorschuss (act. 75). Am 28. September 2015 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 77). Die Berufungsantwort (mit der Stellungnahme zur Noveneingabe) erging innert angesetzter Frist am 24. November 2015 (act. 81). Sie wurde der Klägerin am 10. Dezember 2015 zur Kenntnis zugestellt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Die Klägerin hat sie unter Berücksichtigung der Gerichtsferien rechtzeitig (act. 64, 65 und 76; Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO), schriftlich begründet und mit Anträgen versehen erhoben. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Gegenstand der vorinstanzlichen Prüfung bildete einzig die Gültigkeit der in Frage stehenden Abtretung. Einzig diese Frage kann auch Gegenstand des Berufungsverfahrens sein.

III.

1. Es ist unbestritten, dass die Zession des Anspruchs der C._____ gegen den Beklagten an die Klägerin vom 28. August 2011 (act. 5/5) von D._____ als in jenem Zeitpunkt einzigem Zeichnungsberechtigten der C._____ unterzeichnet worden war. D._____ war in jenem Zeitpunkt auch einziger Zeichnungsberechtigter der Klägerin.

Der Beklagte hatte in der Klageantwort u.a. geltend gemacht hatte, die Abtretung sei nicht rechtsgültig erfolgt, weil die C._____ im Zeitpunkt der Abtretung ihrer Darlehensforderung an die Klägerin bereits liquidiert gewesen sei und ein unzulässiger Fall einer Doppelvertretung vorliege. Die Vorinstanz forderte die Klägerin mit Verfügung vom 14. Januar 2014 auf, "...soweit sie sich auf Rechtsgeschäfte berufe, welche mittels Selbstkontrahieren bzw. Doppelvertretung zustande kamen, Sachumstände substantiiert darzulegen, die für die Gültigkeit dieser Rechtsgeschäfte sprechen, sei es weil ihrer Natur nach die Gefahr einer Benachteiligung ausgeschlossen war, weil der Vertreter zum Geschäft besonders ermächtigt wurde oder weil das Geschäft im Nachhinein genehmigt wurde." (act. 34). In ihrem die Klage abweisenden Urteil kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass die Voraussetzungen der Gültigkeit eines Inlichgeschäfts nicht nachgewiesen seien, keine gültige Abtretung vorliege und die Klägerin in Bezug auf die eingeklagte Forderung nicht aktivlegitimiert sei (act. 72).

2.1 Die Klägerin hält in ihrer Berufungsbegründung zunächst fest, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid zu Recht angenommen, dass im Zeitpunkt der Zession, d.h. am 28. August 2011, die C._____ weiterhin rechts- und handlungsfähig gewesen sei. Der gegenteiligen Auffassung des Beklagten sei die Vorinstanz zu Recht nicht gefolgt. Irrtümlicherweise habe sie dann aber geschlossen, die Rechtmässigkeit der Zession sei nicht nachgewiesen (act. 69 S. 4/5). Im Einzelnen macht die Klägerin geltend, sie sei klarerweise Gläubigerin der C._____ AG in Liquidation gewesen, was der Beklagte auch anerkannt habe. Die Zession sei daher in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt, welche – wie die Klägerin vor Vorinstanz plädiert habe – keine Benachteiligung seitens der C._____ habe zur Folge haben können. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei genau in diesem Falle der Doppelvertretung, wo keine Gefahr einer Benachteiligung bestehe, keine besondere Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ erforderlich, um die ausnahmsweise Gültigkeit des Inlichgeschäftes zu begründen. Die Alternativen für eine gültige Doppelvertretung, eine vorgängige Ermächtigung oder die nachträgliche Genehmigung, wie sie die Vorinstanz geprüft habe, seien nur dann nötig, wenn eine Benachteiligung nicht ausgeschlossen werden könne. Mit der Behauptung der Gläubigerei-

genschaft der Klägerin und nach der erfolgten Anerkennung durch den Beklagten sei dem Erfordernis der Rechtfertigung Genüge getan, doch habe sich die Vorinstanz mit dieser Begründung überhaupt nicht auseinandergesetzt. Indem sie den Rechtfertigungsgrund der Klägerin zur erfolgten Tilgung der ausstehenden Schuld nicht beachtet und zu Unrecht die Gültigkeit der Zession verneint habe, habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt und das Recht falsch angewendet. Die Abtretung vom 28. August 2011 sei rechtsgültig (act. 69 S. 6f. Rz 14 - 27).

2.2. Der Beklagte hält die Berufung der Klägerin in der Berufungsantwort vorab für unbegründet, da sie ausschliesslich auf Vorbringen unechter und damit unzulässiger Noven beruhe. Er verweist auf seine Vorbringen vor Vorinstanz, dass kein Darlehensvertrag, sondern ein Scheingeschäft vorliege, die behaupteten Millionenforderungen der Klägerin gegenüber der C._____ im Zeitpunkt der Abtretung bestritten seien und er betont den damals bestehenden Interessenkonflikt des Liquidators. Mit der Vorinstanz geht er sodann davon aus, dass unklar geblieben sei, wer die Aktionäre der C._____ AG gewesen seien; die Klägerin, welche in den Genuss der Abtretung gekommen sei, sei es zu keinem Zeitpunkt gewesen. Schliesslich macht er geltend, dass auch in der Noveneingabe unzulässige, unechte Noven geltend gemacht würden (act. 81).

2.3 Es ist nachstehend im Einzelnen auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung relevant ist.

3. Die Vorinstanz hat vorab zutreffend festgehalten, dass die Voraussetzungen der Abtretung gemäss Art. 164 Abs. 1 und Art. 165 Abs. 2 OR erfüllt seien. Die Abtretung ist am 28. August 2011 schriftlich erfolgt und betrifft eine konkret umschriebene Forderung. Zutreffend ist auch der Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die gesellschaftsrechtliche Vertretungsmacht der Organe ein Insichgeschäft grundsätzlich nicht abdeckt, wenn keine besondere Ermächtigung oder eine nachträgliche Genehmigung des Vertretenen vorliegt und eine Gefahr der Benachteiligung nicht ausgeschlossen werden kann (act. 72 S. 9 mit Verweis auf BGE 89 II 324ff., 126 III 361ff., 127 III 332ff.). Die Vorinstanz hielt fest, dass eine besondere Ermächtigung oder eine nachträgliche Genehmigung

der Zession vorliegend nicht behauptet worden sei. Alsdann erwog sie, dass die Abtretung einer Darlehensforderung ihrer Natur nach eine Interessenkollision nicht ausschliesse, die Gefahr einer Benachteiligung aber entfalle, wenn ein Organ ein Eigengeschäft abgeschlossen habe und kein Gesellschaftsgläubiger und keine weiteren Aktionäre vorhanden seien; ein Schutzbedürfnis fehle, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär sei (act. 72 S. 9 mit Hinweis auf BGE 126 III 361 E. 5a und 50 II 168 E. 5). Da die Klägerin für den massgeblichen Zeitpunkt die Alleinaktionäreseigenschaft von D._____ aber nicht hinreichend klar behauptet und dazu auch keine Beweisofferten gemacht habe, fehle es vorliegend an einer Rechtfertigung für das Inschlaggeschäft und es sei von der Ungültigkeit der Zession auszugehen.

4.1 Es trifft zu, dass die Vorinstanz nicht geprüft hat, ob die Benachteiligungsgefahr entfalle, weil es sich bei der Zession um eine reine Erfüllungshandlung gehandelt habe, wie dies die Klägerin vor Vorinstanz geltend gemacht hatte. Insoweit rügt die Klägerin zu Recht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz. Die Benachteiligungsgefahr des zu beurteilenden Geschäfts hat die Vorinstanz indes unter dem Aspekt des Schutzbedürfnisses geprüft. Sie kam wie gesehen zum Schluss, dass die Klägerin nicht klar behauptet habe bzw. keine Beweismittel dafür bezeichnet habe, dass D._____ im Zeitpunkt der Abtretung Alleinaktionär der C._____ war, dass deshalb das Schutzbedürfnis (wegen Alleinaktionäreseigenschaft) und als Folge davon auch die Benachteiligungsgefahr nicht entfalle.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ist grundsätzlich formeller Natur, womit seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zu seiner Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Die Verletzung kann nur ausnahmsweise dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer ist und die betroffene Person die Möglichkeit hat, sich vor der Rechtsmittelinstanz zu äussern, welche sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (für viele: BGE 133 I 201 E. 2.2). Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend anzunehmen: Die Vorinstanz hat die Frage der Benachteiligungsgefahr zwar geprüft, indes nicht unter allen von der

Klägerin angeführten Aspekten, was als noch nicht gravierend bezeichnet werden kann. Sodann hat sich die Klägerin im Berufungsverfahren dazu äussern können und es kommt der Kammer im Berufungsverfahren umfassende Prüfungsbefugnis zu. Es rechtfertigt sich daher, von einer Aufhebung des Urteils zufolge Missachtung des rechtlichen Gehörs abzusehen. Die Klägerin selbst verlangt unter diesem Titel denn auch keine Aufhebung des Urteils.

4.2 Selbstkontrahieren oder Doppelvertretung ist grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und eine Ausnahme nur Platz greift, wo nachweislich keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter besteht. Letzteres nehmen Lehre und Rechtsprechung beispielsweise bei reinen Erfüllungsgeschäften und z.B. bei der Abtretung einer Forderung zahlungshalber an. Die Frage der Benachteiligungsgefahr ist aber immer aufgrund des konkreten Einzelfalls zu beurteilen.

Im Entscheid BGE 89 II 321 ff. E. 7 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Zahlung einer zweifelhaften Verbindlichkeit an sich selbst nicht zulässig sein könne, weil dies nicht nur die Erfüllung, sondern zugleich ein Anerkenntnis oder doch die Gewährung eines prozessualen Vorteils in sich schliesse. Die Lehre hat diese Meinung teilweise kritisiert. Da aber Inschlaggeschäfte grundsätzlich unzulässig sind, fordert sie zu Recht, dass der Vertreter, der sich auf die Gültigkeit beruft, das Bestehen der vermeintlich erfüllten Verbindlichkeit jedenfalls nachzuweisen hat (ZÄCH, BK OR, 2. Aufl., 2014, Art. 33 N 80 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre; BGE 89 II 321ff. insbes. E. 5 und 7; BGE 39 II 568; BGE 127 III 332; BGE 131 III 636; Urteil 4C.25/2005 vom 15. August 2005; ZR 17 Nr. 197; ZR 55 Nr. 92; KUT, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., 2012, Art. 33 OR N 27; SCHOTT, Inschlaggeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich 2002, S. 124ff., insbes. S. 130).

4.3.1 Zur Frage der Doppelvertretung hatte die Klägerin in der vorinstanzlichen Replik ausführen lassen, im Zeitpunkt der in Frage stehenden Zession, am 28. August 2011, habe sie gegenüber der C._____ über offene Forderungen in Millionenhöhe verfügt, was der Beklagte in der Klageantwort anerkannt habe. Diese Forderungen hätten zum Abschluss der Liquidation der C._____ nur zu ei-

nem kleinen Teil befriedigt werden können. Die C._____ habe dementsprechend als letzten Akt im Rahmen ihres Liquidationsverfahrens sämtliche ihr noch verbliebenen Aktiven auf die Klägerin als einzig verbliebene Gläubigerin übertragen. Dadurch habe die C._____ in keiner Weise benachteiligt werden können. Sie habe mit der Übertragung offene Forderungen der Klägerin befriedigt, die bereit gewesen sei, die Übertragung der fraglichen Forderung an Zahlungs statt akonto ihrer offenen Forderungen anzunehmen (act. 39 Rz 22).

4.3.2. Der Beklagte hatte in seiner Klageantwort zunächst die Komplexität der Verhältnisse im Bereich der Filmfinanzierung ausführlich dargelegt und darauf hingewiesen, dass es wegen der in der Branche bestehenden Risiken und des grossen Finanzbedarfs häufig sei, dass sich verschiedene Parteien zusammenschlossen und sich gemeinsam an der Finanzierung beteiligten. Dabei ergäben sich regelmässig und fast zwangsläufig Reibungsflächen aufgrund unterschiedlicher Quoten, Risiken, Rechte und Rangfolge sowie der Ungewissheit des sich einstellenden Erfolges. Die Protagonisten der vorliegenden Auseinandersetzung, D._____ und der Beklagte, hätten in diesem Bereich über Jahre zusammengearbeitet, sie und die ihnen gehörenden juristischen Personen seien in einem nur schwer zu durchschauenden Geflecht von Beteiligungen, Rechten, gegenseitigen Forderungen, Zahlungsströmen aus verschiedenen Projekten etc. verwoben. Der Beklagte machte geltend, dass es sich bei dem zur Diskussion stehenden "Bridge Loan Agreement" vom 23. Juni 2009 nicht um die Auszahlung eines tatsächlichen Darlehens an ihn, sondern um eine Voraus-Ausschüttung des mutmasslichen Liquidationserlöses aus der Liquidation der C._____ AG auf Rechnung der an diesem Erlös Berechtigten gehandelt habe (act. 22 Rz 4 - 9). Die C._____ habe sich über zwei Darlehen finanziert, eines der E._____, welches Eigenkapital-Charakter besessen habe, und ein zweites von der F._____ [Bank]. Letztere habe sich 1996 entschieden, die Finanzierung einzustellen und den Beklagten mit der Abwicklung der C._____ beauftragt. Deren Produktion sei eingestellt worden und es sollten nur noch die vorhandenen (Film-)Rechte verwertet werden. 1997 hätten D._____ und der Beklagte die Geschicke der Gesellschaft übernommen, die Filmrechte seien während der folgenden Jahre auftragsgemäss verwertet und das Darlehen der F._____ über die Jahre hinweg sukzessive zurückgeführt worden. Im Jahr

2007 sei festgestanden, dass das Darlehen wohl nie ganz getilgt werden könne, worauf sich die F._____ erkundigt habe, ob es nicht möglich sei, die verbleibenden Rechte der C._____ zu verkaufen, um die Darlehen soweit als möglich tilgen zu können. Es sei ihm, dem Beklagten, dann der Gedanke gekommen, die noch ausstehenden Darlehen den Gläubigern (F._____ und E._____, bzw. Konkursmasse der letzteren) abzukaufen. Aufgrund seiner Beziehungen in Hollywood habe er sich die Chancen ausgerechnet, die Filmrechte, welche in der Gesellschaft noch vorhanden gewesen seien, mittelfristig verkaufen und anschliessend die C._____ geordnet liquidieren zu können. Zur Umsetzung des Erwerbs der ausstehenden Darlehen der F._____ und der E._____ gegenüber der C._____ sei zwischen D._____ und dem Beklagten vereinbart worden, die A._____ GmbH (und heutige Klägerin) zu gründen. Es sei vereinbart worden, die Liquidationserlöse nach Abzug der Kosten hälftig zu teilen. Die Klägerin, an welcher D._____ und der Beklagte zu gleichen Teilen Gesellschafter und beide auch Geschäftsführer gewesen seien, sollten die der C._____ gewährten Darlehen erwerben und damit - als letzte verbleibende wesentliche Gläubigerin der C._____ - wirtschaftlich Berechtigter der C._____ werden. Um Interessenkonflikte im Zusammenhang mit dem Kauf der Darlehen zu minimieren, sei später vereinbart worden, dass der Beklagte gegen aussen als Gesellschafter und Geschäftsführer ausscheide, im Innenverhältnis aber berechtigt bleibe. Da sich die Übernahme der Darlehen in der Folge schwieriger als erwartet erwiesen habe, sei G._____, ein Berater in Insolvenzfragen, dazugestossen. Schlussendlich habe die Konstellation bestanden, dass die Herren D._____, G._____ und der Beklagte vereinbart hätten, beim Erwerb der Darlehen der F._____ und der E._____ und der Verwertung der Filmrechte der C._____ zusammenzuarbeiten und sich den späteren Nettoerlös aus der geplanten Liquidation der C._____ zu gleichen Teilen zukommen zu lassen. Dabei sei keine schriftliche Vereinbarung zwischen den drei Beteiligten abgeschlossen worden (act. 22 Rz 10 - 20). Im Mai 2009 habe mit der H._____ (nach einer im Laufe des Jahres 2008 geschlossenen Grundsatzvereinbarung) ein endgültiger Abschluss über den Verkauf der Filmrechte erzielt und der Kauf der Darlehen vollzogen werden können, womit die Klägerin die C._____ faktisch kontrolliert habe. Diese habe nun im Rahmen einer geordneten Liquidation aufgelöst

werden können, was von der Generalversammlung beschlossen worden sei. Als dann sei beschlossen worden, vor Abschluss des Liquidationsverfahrens erste provisorische Ausschüttungen an die Berechtigten auf (spätere) Anrechnung an den Liquidationserlös vorzunehmen. Aufgrund der subsidiären persönlichen Haftung der Liquidatoren der C._____ (D._____ und Beklagter) für allfällige Steuern seien die Ausschüttungen an die Berechtigten als Darlehen deklariert worden, damit diese Ausschüttungen im Falle von Steuerforderungen, welche durch die verbleibenden Cash-Guthaben in der C._____ nicht gedeckt wären, von der Gesellschaft wieder zurückverlangt werden konnten. In der Folge sei der I._____ AG, einer Gesellschaft, welche D._____ gehöre, am 3. Juni 2009 ein Darlehen im Betrag von USD 3'000'000 ausgerichtet worden, mit einem vereinbarten Rückzahlungstermin am 6. August. Dieses Darlehen sei nie zurückbezahlt und auch nie zurückgefordert worden. Mit dem Beklagten sei in gleicher Weise das im vorliegenden Verfahren in Frage stehende Darlehen vereinbart worden. Der Beklagte habe entsprechend seinem Vorschlag eine Honorarnote über USD 500'000 ausgestellt. Um auch hier im Zusammenhang mit allfälligen Steuerforderungen die Rückzahlung an die Gesellschaft verlangen zu können, sei ein Darlehensvertrag vereinbart worden. Zur Auszahlung seien dann USD 250'000 gekommen. Bei den Zahlungen an die I._____ AG und an den Beklagten habe es sich um vorgezogene Ausschüttungen des Erlöses aus der Liquidation der C._____ an die Berechtigten gehandelt (act. 22 R. 21 - 32), welche später bei der Aufteilung zu berücksichtigen waren. Eine Rückforderung der Darlehen wäre nur im Falle notwendig und vorgesehen gewesen, wenn die Liquidationssteuern nicht hätten bezahlt werden können, für welche die Liquidatoren, Herr D._____ und der Beklagte, persönlich haftet hätten. Für diesen Fall, und nur dafür, seien die entsprechenden Forderungstitel bereitgestellt gewesen. Die liquiden Mittel hätten aber bei Weitem ausgereicht, um diese fälligen Steuern bezahlen zu können, weshalb eben eine Rückforderung der Darlehen nie zur Diskussion gestanden habe (act. 22 Rz 39).

In der Duplik hielt der Beklagte ausdrücklich an seiner Darstellung fest. Er bestritt eine Pflicht zur Rückzahlung des angeblich ausbezahlten Darlehensbetrages und bekräftigte, dass das Geschäft gemäss dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten, einschliesslich der bestehenden, ebenfalls übereinstimmenden Mentalre-

servationen zu beurteilen sei. Wenn sich die Klägerin auf das Dokument des Darlehensvertrages berufen möchte, dann gelte das für das ganze Geschäft und die gesamten dazugehörigen Absprachen und nicht nur für den ihr gut scheinenden Teil (act. 52 Rz 28 ff.). Er hielt daran fest, dass die Liquidation im Zeitpunkt der Abtretung bereits abgeschlossen gewesen sei und die Klägerin in jenem Zeitpunkt nicht habe über offene Forderungen gegenüber der C._____ verfügen können, schon gar nicht über solche in Millionenhöhe (act. 52 Rz 19/20 und Rz 35). Eine Benachteiligung könne sodann aufgrund der Natur des Geschäftes nicht ausgeschlossen werden, weil D._____ als Liquidator der Gesellschaft nicht zwischen den Vermögenssphären der Gläubigerin und Klägerin und der Aktionärin, einer dem Beklagten nicht bekannten juristischen Person, welche aber nicht mit der Klägerin identisch sei, unterscheide. Die Transaktion sei demnach ungültig (act. 52 Rz 37/38).

4.3.3 Die Klägerin stützt sich in der Berufung zur Begründung der fehlenden Benachteiligungsgefahr im Wesentlichen einzig darauf, dass der Beklagte die Gläubigerstellung der Klägerin gegenüber der C._____ vor Vorinstanz nicht bestritten hat. Dies trifft zwar im Grundsatz zu und in der Duplik hat der Beklagte dies insbesondere auch mit dem Hinweis auf die Darlehensübernahmeverträge (act. 54/4 und 54/6) bestätigt. Für den Zeitpunkt der Abtretung ist der Bestand dieser Forderungen indes wie gesehen bestritten. Unberücksichtigt lässt die Klägerin auch die in diesem Zusammenhang ergangenen weiteren Vorbringen des Beklagten, wie sie eben dargelegt wurden und zum Schluss führen, dass eben gerade nicht von einer Anerkennung der Forderung ausgegangen werden kann. Wenn die Klägerin davon ausgeht (act. 39 Rz 29), es gehe einzig um eine simple, gut dokumentierte Forderung aus einem Darlehensvertrag und es seien irgendwelche "Geflechte" nicht zu untersuchen, dann kann ihr darin nicht gefolgt werden. Um zu beurteilen, ob es sich bei der in Frage stehenden Abtretung zahlungshalber um eine reine Erfüllungshandlung gehandelt hat, welche eine Benachteiligungsgefahr ausschliesst, sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen, und dazu gehören im vorliegenden Fall insbesondere die verschiedenen Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten und ebenso solche zwischen Personen oder Gesellschaften, die dem Beklagten und/oder der Klägerin nahe stehen. Dass ver-

schiedene Rechtsbeziehungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten bzw. zwischen diesen nahe stehenden Personen bestanden, hat die Klägerin vor Vorinstanz nicht in Abrede gestellt. Sie hielt allerdings dafür, dass dies nichts mit der Klage zu tun habe (act. 39 S. 7 Rz 29). Dies trifft nicht zu. Die ausnahmsweise Gültigkeit der Zession bei Doppelvertretung setzt ein im Wesentlichen unbestrittenes Grundverhältnis voraus, was vorliegend nicht der Fall ist: Der Beklagte hat nicht nur die Gültigkeit der Zession wegen bereits erfolgter Liquidation der C._____ im Zeitpunkt der Zession bestritten, sondern auch die fehlende Benachteiligungsgefahr, mit der Begründung, dass Interessenkollisionen mit der ihm nicht bekannten Aktionärin und D._____ als Liquidator der Klägerin bestünden. Sodann steht der Beklagte auf dem Standpunkt, es handle sich beim Darlehensvertrag um ein Scheingeschäft. Bestritten ist damit, dass überhaupt eine Rückzahlungsforderung der Klägerin besteht, welche abgetreten werden konnte. Auch der Bestand der vermeintlich erfüllten Forderung ist weder unbestritten noch nachgewiesen, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Benachteiligungsgefahr entfällt, weil von einer reinen Erfüllungshandlung auszugehen ist. Der Einwand der Klägerin erweist sich damit als unbegründet.

5.1 Die Klägerin rügt in der Berufung, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, sie, die Klägerin, habe nicht klar behauptet, wer im Zeitpunkt der Abtretung Aktionär der C._____ gewesen sei. Sie habe vor Vorinstanz die Alleinaktionärsenschaft von D._____ behauptet, auf Beweisofferten indes verzichtet, weil sie sich für die Rechtfertigung des Inschlaggeschäftes auf den Nachweis der fehlenden Benachteiligung (zufolge reiner Erfüllungshandlung) konzentriert habe. Nachdem die Vorinstanz sich unerwarteterweise und zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt habe, die prozedurale Rechtfertigung der Gültigkeit der Zession könne nur mittels Nachweis der Alleinaktionärsstellung von D._____ erstellt werden, sei die Klägerin befugt, im Berufungsverfahren dazu neue Beweismittel einzureichen (act. 69 S. 9 f. Rz 28 - 39).

5.2 Der Beklagte macht demgegenüber geltend, die Vorinstanz habe mit ihren Substantiierungshinweisen klar gestellt, dass die Klägerin das Vorliegen der formellen Voraussetzungen für die Gültigkeit erbringen müsse, die Klägerin habe in

der Folge bewusst darauf verzichtet; die entsprechenden Vorbringen erst im Berufungsverfahren seien unzulässig (act. 81 S. 15 ff.). Für den Eventualfall, dass das Berufungsgericht die Vorbringen als zulässig erachtet, bestreitet er, dass die neuen Vorbringen die von der Klägerin behauptete Alleinaktionärserschaft von D._____ nachzuweisen vermögen; vielmehr belegten diese, dass er eben gerade nicht Alleinaktionär gewesen sei.

5.3 Die Klägerin räumt ein, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren auf weitere Beweisofferten und Ausführungen zur Frage der Alleinaktionärserschaft von D._____ bei der C._____ verzichtet habe. Sie geht indes davon aus, sie sei berechtigt, den Beweis für diese behauptete Tatsache auch noch im Rechtsmittelverfahren zu führen, nachdem die Vorinstanz die Rechtfertigung der Doppelvertretung unerwarteterweise allein vom Nachweis der Alleinaktionärsstellung von D._____ abhängig gemacht habe, obwohl sie in der Verfügung vom 14. Januar 2014 noch von Alternativen gesprochen hatte.

Dem kann nicht gefolgt werden: Lagen nach der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. Januar 2014 alternative Möglichkeiten vor, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bzw. der Doppelvertretung nachzuweisen und beschränkte sich die Klägerin – wie sie selber ausführt (act. 69 Rz 29) – auf die ihr am einfachsten und effizientesten erscheinende Art diesen Nachweis zu erbringen, dann verzichtete sie bewusst darauf, sich im Sinne einer Eventualbegründung auch mit den andern Alternativen auseinander zu setzen. Dies kann sie im Berufungsverfahren nicht nachholen, wenn sie sich nicht auf das Novenrecht gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO berufen kann. Gerade weil die Vorinstanz – jedenfalls in der Verfügung vom 14. Januar 2014 – die Alternativen erwähnte, hätte die Klägerin auf diese eingehen können und müssen. Es trifft auch nicht zu, dass die Klägerin nach dem Urteil mit einer neuen rechtlichen Grundlage konfrontiert war, wenn sich die Vorinstanz wie gesehen mit der Prüfung nur einer von mehreren Rechtfertigungsmöglichkeiten für die Doppelvertretung befasste. Auch ist es entgegen der Auffassung der Klägerin (act. 69 Rz 33) im Berufungsverfahren nicht generell zulässig, neue Beweismittel einzureichen, wenn damit eine bereits vor erster Instanz behauptete Tatsache bewiesen werden soll. Die Zulässigkeit ist vielmehr nur nach Massgabe

von Art. 317 Abs. 1 ZPO gegeben, mithin ist *kumulativ* vorausgesetzt, dass die Beweismittel unverzüglich vorgebracht werden und sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Anderes lässt sich auch der von der Klägerin in der Berufungsschrift zitierten Literatur und Rechtsprechung nicht entnehmen.

Es ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht behauptet, dass die im Berufungsverfahren im Zusammenhang mit der Alleinaktionärsstellung von D._____ bei der C._____ bezeichneten Beweismittel nicht schon vor Vorinstanz hätten genannt werden können. Die diesbezüglichen Noven der Klägerin im Berufungsverfahren sind daher nicht zulässig und unbeachtlich. Damit bleibt es dabei, dass die Klägerin für die vom Beklagten bestrittene Alleinaktionärsstellung von D._____ bei der C._____ keine Beweismittel offeriert hat. Auch wenn davon ausgegangen würde, dass insoweit eine hinreichende Behauptung vorliegt, bleibt diese damit beweislos.

6. Es ist im Weiteren zu prüfen, ob die Gültigkeit der Abtretung aus anderem Grund anzunehmen ist. Als alternative Möglichkeiten kommen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die besondere Ermächtigung des Vertreters oder die nachträgliche Genehmigung in Betracht (BGer 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 4; BGer 4C.327/2005 vom 24. November 2006, E. 3.2.5; BGE 127 III 332 E. 2 a; 126 III 361. E. 3a). Beides hat die Klägerin vor Vorinstanz nicht geltend gemacht.

6.1. Im Berufungsverfahren beruft sich die Klägerin im Eventualstandpunkt auf die nachträgliche Genehmigung der Zession durch die Aktionäre der C._____ AG in Liquidation. Auch insoweit geht sie davon aus, dass sie – weil sie nicht damit habe rechnen müssen, dass die Vorinstanz in (nach Auffassung der Klägerin) widersprüchlicher Weise nur eine der möglichen Alternativen zum Nachweis der Rechtmässigkeit der Zession für richtig halte – berechtigt sei, im Berufungsverfahren mit neuen Beweismitteln die Argumentation zu entkräften (act. 69 S. 11/12 Rz 40). Sie habe aufgrund des Urteils der Vorinstanz die Wiedereintragung der C._____ AG im Handelsregister durch ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksge-

richt Zürich vom 3. August 2015 erwirkt. Mit der Noveneingabe legt die Klägerin alsdann einen Auszug aus dem Schweizerischen Handelsamtsblatt über den Wiedereintrag der C._____ AG in Liquidation sowie einen Beschluss des Liquidators und der ausserordentlichen Generalversammlung der C._____ vom 24. September 2015 ins Recht (act. 69 S. 12 Rz 42 ff.; act. 77 und act. 78/1-3).

6.2 Der Beklagte wendet ein, es handle sich bei der Noveneingabe lediglich um die Komplettierung und "Dokumentation" der bereits vorgetragenen unzulässigen, da unechten Noven. Vorgebracht würden nicht echte Noven, sondern eine nicht statthafte Ergänzung der Sachverhaltsdarstellung, die vor Vorinstanz hätte erfolgen müssen. Überdies bewiesen auch die in der Noveneingabe dargelegten neuen Sachverhaltselemente nicht das, was hätte bewiesen werden müssen. Auch mit den nachträglichen, unzulässigen Behauptungen und Beweismitteln sei nicht erstellt, dass der Liquidator D._____ im Zeitpunkt der Abtretung Alleinaktionär der C._____ gewesen sei (act. 81 S. 6/7 Rz 12 und S. 17 ff. Rz 41 - 49).

6.3 Auch im Zusammenhang mit der Genehmigung der Abtretung kann die Klägerin die Zulässigkeit ihrer Vorbringen nicht damit begründen, dass die Vorinstanz ihren Entscheid in für sie, die Klägerin, unerwarteter Weise begründet hat. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich betreffend Wiedereintragung der C._____, deren Wiedereintrag im Handelsregister wie auch der erwähnte Beschluss des Liquidators und der ausserordentlichen Generalversammlung der wieder eingetragenen C._____ ergingen demgegenüber erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid. Sie konnten vor Vorinstanz nicht vorgebracht werden und sind in diesem Sinne neu. Auch wurden sie – wie die Klägerin zu Recht geltend macht - ohne Verzug ins Verfahren eingebracht und zwar in einem Zeitpunkt, als das Behauptungsverfahren vor der Berufungsinstanz noch nicht abgeschlossen war. Die Klägerin beruft sich insoweit zu Recht auf das Novenrecht gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO.

6.4 Gestützt auf den vorinstanzlichen Entscheid, der nicht rechtskräftig, sondern Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, hat der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 3. August 2015 die Wiedereintragung der C._____ AG in Liquidation ins Handelsregister angeordnet, da

nach der Feststellung der Ungültigkeit der vorliegend fraglichen Zession glaubhaft sei, dass die C._____ AG in Liquidation weiterhin Gläubigerin der abgetretenen Forderung sei (act. 71/8). Am 17. bzw. 22. September 2015 wurde die Anordnung durch das Handelsregisteramt vollzogen (act. 78/1 und 78/2). Sodann erging am 24. September 2015 ein Beschluss des Liquidators D._____ und der ausserordentlichen Generalversammlung der C._____ AG (act. 78/3): Darin wird erwogen, dass die Vorinstanz mit ihrem Urteil vom 15. Juni 2015 die Ungültigkeit der Zession mangels technischer Genehmigung durch die Generalversammlung festgestellt habe. In Umsetzung der gerichtlichen Erwägungen des Wiedereintragungsentscheidendes des Bezirksgerichts Zürich (Abschluss der Liquidation) beschliesst alsdann der Liquidator und Alleinaktionär der C._____ AG in Liquidation (act. 78/3):

- "1) Herr D._____, geb. tt. Dezember 1941, von Zürich ZH, wohnhaft ... [Adresse] wird als Aktionär aller 3'045 Namenaktien zu CHF 1'000 der C._____ AG in Liquidation, Zürich anerkannt und als solcher ins Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen und das Aktienbuch hiermit genehmigt (Beilage 1);
- 2) Die Zession der C._____ AG in Liquidation, Zürich des Darlehensanspruchs gegen Herrn B._____ aus dem Bridge Loan Agreements vom 23. Juni 2009 an die A._____ GmbH, Zürich vom 28. August 2011 (Beilage 2) wird hiermit nachträglich ausdrücklich durch den Liquidator und den Alleinaktionär der C._____ AG in Liquidation, Zürich, dessen Aktienkapital in der Person Herrn D._____ hiermit im Sinne einer Universalversammlung vollständig vertreten ist, genehmigt."

Das Dokument ist zweimal von D._____ unterzeichnet, einmal in der Funktion des Liquidators, einmal als Aktionär der wiedereingetragenen C._____.

Eine nachträglich erfolgte Genehmigung der Abtretung vom 28. August 2011 könnte nach dem Gesagten grundsätzlich als echtes Novum im Berufungsverfahren berücksichtigt werden. Die Genehmigung hatte durch die Generalversammlung zu erfolgen – davon geht auch die Klägerin aus (act. 77 S. 2) Sie macht geltend, D._____ habe als wieder eingesetzter Liquidator eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen, welche infolge seiner Alleinaktionärserschaft als Universalversammlung habe durchgeführt werden können. Mit Bezug auf die Alleinaktionärserschaft von D._____ befasst (Ziff. 1 des Beschlusses) knüpft

die Klägerin damit an die Verhältnisse vor der Löschung der C._____ an und damit an einen Sachverhalt, der im vorinstanzlichen Verfahren Thema und insbesondere umstritten war. In diesem Zusammenhang sind aber neue Vorbringen wie ausgeführt grundsätzlich nicht zulässig. Dies gilt auch für die neue Behauptung, es werde anerkannt, dass D._____ Alleinaktionär sei und er sei ins Aktienbuch eingetragen worden. Die Alleinaktionärsenschaft von D._____ blieb vor Vorinstanz beweislos (vgl. vorne Ziff. 5.3), Noven in diesem Zusammenhang sind unbeachtlich. Eine "Anerkennung" dieser beweislos gebliebenen Tatsache – nota bene wiederum durch D._____ – vermag hieran im vorliegenden Verfahren nichts mehr zu ändern und damit bleibt auch der behauptete Aktienbucheintrag ohne Bedeutung. Mit Bezug auf die Frage der Alleinaktionärsenschaft bleibt es beim vorinstanzlichen Ergebnis, mithin dabei, dass diese nicht nachgewiesen ist. Die nachträgliche Genehmigung, die grundsätzlich berücksichtigt werden könnte, genügt damit den – auch seitens der Klägerin gestellten – Anforderungen nicht und kann damit die in Doppelvertretung ergangene Abtretung nicht rechtfertigen. Es bleibt damit auch unter Berücksichtigung der Vorbringen der Klägerin in der Berufung bei der Ungültigkeit der Abtretung.

7. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben und ist nicht mehr weiter zu prüfen, ob im Zeitpunkt der Abtretung überhaupt noch eine Forderungsübergabe hat stattfinden können. Der Beklagte bestreitet dies auch im Berufungsverfahren mit der Begründung, dass die Verwertung der Aktiven schon lange vor diesem Zeitpunkt habe stattgefunden haben müssen (act. 81 S. 6-8), wogegen die Vorinstanz die Abtretung unter dem Blickwinkel der Rechts- und Handlungsfähigkeit der C._____ grundsätzlich nicht beanstandet hat (act. 72 S. 7/8).

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Ungültigkeit der Abtretung zu Recht festgestellt und die Klage abgewiesen hat. Die Berufung ist abzuweisen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es auch beim erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsentscheid. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind

ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen und diese ist zu verpflichten dem Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren ist ausgehend von einem Streitwert von rund CHF 233'000.-- auf CHF 14'000.-- festzusetzen und aus dem von der Klägerin geleisteten Prozesskostenvorschuss zu beziehen. Die Parteientschädigung ist auf CHF 9'000.-- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 2 der Anwaltsgebührenverordnung).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (7. Abt.) vom 15. Juni 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 14'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Klägerin und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Beklagten und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich (7. Abt.) und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 233'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. M. Hinden

versandt am: