

ZH_HANDELSGERICHT HG100174 vom 25. Mai 2012

Zh Handelsgericht, 2012-05-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG100174

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG100174 du 25 mai 2012

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG100174 del 25 maggio 2012

Erwägungen

E. 1

Im vorliegenden Verfahren wurden die in separaten Verfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich erhobenen Klagen der Parteien gegen den jeweils anderen miteinander vereinigt (Prot. S. 11 f.). Um Klarheit zu schaffen, wird im Folgenden durchgängig entsprechend der Parteirollenverteilung nach der Vereinigung der Prozesse die A._____ AG als Klägerin und die B._____ AG als Beklagte bezeichnet.

E. 1.1

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

E. 1.2

Die vorliegenden Klagen waren am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Demnach ist das frühere kantonale Verfahrensrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend, für die Rechtsmittel indes das neue Prozessrecht (Art. 308 ff.). 2. Zuständigkeit

E. 2

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Sie bezweckt den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Immobilien ausschliesslich in der Schweiz, kann Zweigniederlassungen errichten, sich an gleichartigen oder ähnlichen Unternehmen beteiligen und sich mit solchen zusammenschliessen und zudem alle kommerziellen, finanziellen und anderen Tätigkeiten ausüben und Geschäfte tätigen, welche mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen oder geeignet sind, die Entwicklung der Unternehmung und Erreichung des Gesellschaftszwecks zu fördern (act. 5/1).

E. 2.1

Bei der Unterzeichnung der streitgegenständlichen Verträge vom 28. April 2009 wurden beide Parteien unbestrittenermassen von Dr. F._____ und G._____ vertreten (vgl. act. 4/5 und 4/6).

E. 2.2

Die Gefahr von Interessenkollisionen ist bei der Konstellation, in der eine Person als Organ zweier Gesellschaften Rechtsgeschäfte zwischen diesen

- 9 - Gesellschaften abschliesst, offenkundig. Daher gelten gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die Grundsätze zur Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens auch für die gesetzliche Vertretung zweier oder mehrerer miteinander kontrahierender juristischer

Personen durch deren Organe. Selbstkontrahieren hat die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Die- selben Regeln gelten auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe. Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder ne- bengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A_134/2007 vom 31. Juli 2007 E. 3.1; BGE 127 III 332 E. 2a). Das Bundesgericht erwo- gen in diesem aktuellen Urteil 4A_134/2007 vom 31. Juli 2007 in Erwägung 3. f. (mit weiteren Hinweisen): "3. Die Beschwerdeführerin bringt im Weiteren vor, die Beschwerdegegnerin habe ge- stützt auf die "Verpfändungsbestätigung" vom 11. Dezember 2001 mit dem Willen der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB Besitz am Schuldbrief und damit ein Retentionsrecht daran erworben.

E. 2.3

Die Vertretung beider Parteien durch die Verwaltungsräte Dr. F._____ und G._____ beim Abschluss der streitgegenständlichen Verträge führt daher grundsätzlich zu deren Ungültigkeit.

E. 2.4

Die Beklagte vertritt indes die Auffassung, vorliegend sei eine Ausnah- me von diesem Grundsatz gegeben. Sie macht geltend, es habe keine Gefahr ei- ner Benachteiligung der Klägerin bestanden. Überdies habe eine Ermächtigung zum Abschluss dieser Verträge durch einen unabhängigen Verwaltungsrat resp. einen entsprechenden Beschluss des gesamten Verwaltungsrates vorgelegen. Schliesslich beruft sie sich darauf, Doppelvertretung sei im Konzern zulässig (act. 17 Rz. 49, 102 ff.). 3. Gefahr einer Benachteiligung

E. 3

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____ (seit 19. Mai 2011, act. 36). Ihr Zweck ist die Planung, Erstellung und Verwaltung von Bauten aller Art, der Betrieb einer Generalbauunternehmung sowie der An- und Verkauf und die Vermittlung von Liegenschaften und Grundstücken. Sie kann sich an ähn- lichen Unternehmungen beteiligen und alle Geschäfte tätigen, welche den Zweck der Gesellschaft fördern oder direkt oder indirekt damit in Zusammenhang stehen (act. 36).

E. 3.1

Die Beklagte führt hierzu im Wesentlichen aus, sowohl bei der Abtre- tungsvereinbarung vom 28. April 2009 als auch beim Darlehensvertrag vom 28. April 2009 sei eine Benachteiligung der Klägerin nach der Natur der Sache ausgeschlossen gewesen. Mit der Abtretungsvereinbarung vom 28. April 2009 habe die Beklagte eine Forderung gegen die die Klägerin stimmenmässig beherr- schende Aktionärin I._____ Ltd. in der Höhe von rund CHF 3.2 Mio. zediert gegen eine Kontokorrentschuld gegenüber der Klägerin in gleicher Höhe. Das Geschäft sei bilanzneutral gewesen. Die abgetretene Forderung gegen die I._____ Ltd. ha- be diese in der Vereinbarung vom 23. Dezember 2008 ausdrücklich anerkannt. Weiter sei die I._____ Ltd. als Eigentümerin sämtlicher Stimmrechtsaktien der Klägerin mit einem Wert von mehreren Millionen Franken in der Lage gewesen bzw. sei in

der Lage, die ausgewiesene und von ihr anerkannte Forderung zu be- gleichen. Für die Klägerin habe weder ein Inkassorisiko noch ein Ausfallrisiko be- standen. Der Klägerin habe somit durch den Erwerb der Forderung zum Nomi- nalwert kein Nachteil und kein Schaden entstehen können. Des Weitern habe die I. _____ Ltd. gemäss Bilanzen der Klägerin per 31. Dezember 2008 und per 31. Dezember 2009 die Forderung gegen sie durch eine Pfandübereignung sicherge- stellt. Auch beim Darlehensvertrag vom 28. April 2009, welcher die Kontokorrent- schuld noviert habe, sei eine Benachteiligung ausgeschlossen gewesen. Der Dar- lehensvertrag sei bilanzneutral gewesen. Die Darlehensforderung in Höhe von

- 11 - CHF 3'276'590 habe exakt der abgelösten Kontokorrentforderung entsprochen. Zudem habe der Darlehensvertrag für die Klägerin verschiedene Vorteile geboten, nämlich eine geregelte Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten, einen nied- rigen Zinssatz von 2,5 % und somit ein Zinsdifferenzgeschäft zu ihren Gunsten. Die abgetreten erhaltene Forderung gegen die I. _____ AG habe letztere mit ei- nem höheren Zinssatz zu verzinsen gehabt als die Beklagte das Darlehen. Das Bestellen einer Sicherheit - vorliegend das Verpfänden eines Schuldbriefs - um günstigere Darlehensbedingungen zu erhalten, sei geschäftsüblich und gefährde die Rechtsposition der Beklagten nicht. Schulden seien zu bezahlen, ob sie nun gesichert seien oder nicht. Der Schuldbrief sei an 8. Pfandstelle und somit nach- rangig; zudem sei die Besicherung erfolgsneutral gewesen, d.h. sie habe keinen Einfluss auf die Erfolgsrechnung der Klägerin gehabt. Beim Darlehensvertrag sei nicht nur eine Schädigungsmöglichkeit der Klägerin ausgeschlossen gewesen, sondern er habe die Klägerin namentlich mit dem ermöglichten Zinsdifferenzge- schäft bevorteilt. Demgemäss sei bei beiden Rechtsgeschäften von einer zulässi- gen Doppelvertretung auszugehen (act. 17 Rz. 103 ff., act. 24/1 Rz. 31 und 47 ff., act. 31 Rz. 52 ff.).

E. 3.2

Im Gegensatz dazu vertritt die Klägerin die Ansicht, mit den beiden Ver- einbarungen vom 28. April 2009 habe nicht nur die Gefahr einer Benachteiligung bestanden, sondern G. _____ und Dr. F. _____ hätten sie durch den Abschluss dieser beiden Vereinbarungen auch tatsächlich und erheblich geschädigt. Jene hätten der Beklagten zulasten der Klägerin eine grundpfandgesicherte Forderung gegen eine börsenkotierten Gesellschaft eingeräumt, währenddem der Klägerin im Gegenzug eine ungesicherte Forderung der Beklagten in der Höhe von CHF 3'276'590 gegenüber der mit lediglich CHF 150'000 kapitalisierten I. _____ Ltd. abgetreten worden sei. Die übernommene Forderung stehe also in einem ek- latanten Missverhältnis zur Höhe des Aktienkapitals der I. _____ Ltd., und zudem sei jegliche Gewährleistung für die Einbringlichkeit der Forderung ausgeschlossen worden. Das heisse, es müsse damit gerechnet werden, dass die Forderung auf- grund der dünnen Kapitalisierung der I. _____ Ltd. und des Ausschlusses jeglicher Gewährleistung nicht oder lediglich zu einem verschwindend kleinen Teil einbring- lich sei. Es sei also offensichtlich, dass bereits die Forderungsabtretung nicht nur

- 12 - mit keinerlei Vorteil, sondern mit einem gravierenden Nachteil für die Klägerin verbunden gewesen sei. Weiter sei für jeden Aussenstehenden offensichtlich, dass die Umwandlung der Kontokorrentforderung in ein Darlehen und die gleich- zeitige Besicherung des Darlehens durch die Übergabe eines Inhaberschuldbrie- fes die vor diesem einzelnen Geschäft bestehende Rechtslage der Klägerin mas- siv verschlechtert habe. Eine Kontokorrentforderung habe nur für eine logische Sekunde bestanden, da die Abtretungsvereinbarung und der Darlehensvertrag gleichzeitig oder zumindest unmittelbar

nacheinander am 28. April 2009 unterzeichnet worden seien. Es habe also von vornherein die Absicht bestanden, ein Darlehen zu gewähren und keine Kontokorrentforderung stehen zu lassen. Im Weiteren bestreitet die Klägerin, dass sie durch die Abtretungsvereinbarung und den Darlehensvertrag vom 28. April 2009 ein Zinsdifferenzgeschäft zu ihren Gunsten habe machen können. Selbst wenn die beiden Vereinbarungen vom 28. April 2009 ihr ein Zinsdifferenzgeschäft ermöglicht hätten, dürfte dieser minime Vorteil die gravierenden Nachteile, welche die beiden Vereinbarungen mit sich zögen, in keiner Weise aufwiegen. Objektiv gesehen habe sich die Rechtslage der Klägerin durch den Abschluss der beiden Vereinbarungen vom 28. April 2009 offensichtlich markant verschlechtert (act. 1 Rz. 73 f., act. 24/9 Rz. 72 f., act. 27 Rz. 37 ff.).

E. 3.3

Nach der bundesgerichtlichen Verbotsregel sind nur jene Insihgeschäfte zulässig, bei denen nach der Natur des Geschäfts die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ausgeschlossen ist (BGE 127 II 332 E. 2a). Die Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin durch die vorliegend strittigen Verträge kann indessen nicht ausgeschlossen werden. Sowohl bei der entgeltlichen Forderungsabtretung als auch beim zinspflichtigen, pfandgesicherten Darlehen handelt es sich um synallagmatische Verträge. Bei solchen ist aus rechtlicher Sichtweise die dadurch begründete Verpflichtung der Klägerin als Benachteiligung einzustufen. Aber auch die wirtschaftliche Gefahrenanalyse führt zu keinem anderen Ergebnis, da die primären Leistungspflichten bei Leistungsstörungen zu sekundären Schadenersatzpflichten führen können, die eine unbeschränkte Haftung der Klägerin auslösen, welche nach dem typischen Geschehensablauf sehr wohl

- 13 - über den Wert ihrer Forderung hinausgehen kann (vgl. ANSGAR SCHOTT, a.a.O., S. 152 mit weiteren Hinweisen). Vorliegend kann in Bezug auf die entgeltliche Forderungsabtretung insbesondere die von der Klägerin zu tragende Gefahr von Bonität und Verität der zum Nominalwert abgetretenen Forderung zu einer Benachteiligung der Klägerin führen (vgl. act. 4/5). Und auch beim Darlehensvertrag kann die Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin nicht ausgeschlossen werden, etwa weil der Verzugszins für die Rückzahlung des Darlehens auf 6 % festgelegt wurde oder auch, weil die Klägerin zur Sicherung des Darlehens einen Inhaberschuldbrief über CHF 4'000'000 als Faustpfand übergeben musste. Daher besteht eine Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin durch diese Verträge. Dieses Resultat stimmt überein mit der Prüfung des Ausschlusses der Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin anhand der durch die langjährige deutsche, österreichische und schweizerische Praxis und Doktrin herausgearbeiteten Fallgruppen: Insihgeschäfte zwecks Erfüllens einer Verbindlichkeit, Insihgeschäfte zu Markt- und Börsenpreisen, Insihgeschäfte zum Vorteil des Vertretenen sowie Insihgeschäfte bei bestimmten Steigerungskonstellationen (vgl. ANSGAR SCHOTT, Insihgeschäft und Interessenkonflikt, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 123). Von diesen Fallgruppen kommt vorliegend aufgrund der Parteidarstellungen einzig das Insihgeschäft zum Vorteil des Vertretenen in Betracht; die Parteien haben insbesondere nicht behauptet, es würde sich um Insihgeschäfte zu Markt- und Börsenpreisen handeln. Bei der Fallgruppe der Vorteilsgeschäfte ist jedoch gemäss ANSGAR SCHOTT eine Doppelvertretung ausgeschlossen. Denn bei ihr müsste das Geschäft zum Vorteil beider Parteien sein, sofern nicht eine Partei in ein Geschäft zu ihrem Nachteil einwilligt, was kaum je der Fall sein dürfte. Gewiss mag es Geschäfte geben, die sich zum Vorteil beider Parteien auswirken. Beim Vorteilsgeschäft muss es sich aber um ein Geschäft handeln, bei

dem überhaupt die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen ausgeschlossen ist. Der Vorteil des einen ist hier aber regelmässig der Nachteil des anderen (ANSGAR SCHOTT, a.a.O., S. 160, mit weiteren Hinweisen). Damit sind die streitgegenständlichen Verträge in keine dieser Fallgruppen der In-sichgeschäfte einzureihen, bei denen die Gefahr einer Benachteiligung ausgeschlossen wäre.

- 14 -

E. 3.4

Zusammengefasst handelt es sich bei den streitgegenständlichen Verträgen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht um solche, welche die Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin ausschliessen. Zur Gültigkeit der Verträge wäre somit die Ermächtigung oder Genehmigung eines über- oder nebengeordneten Organs notwendig.

E. 4

Ermächtigung

E. 4.1

Die Beklagte beruft sich ferner auf eine Ermächtigung von Dr. F._____ und G._____ zum Abschluss des Vertrages. Sie macht geltend, der Verwaltungsrat der Beklagten habe an seiner Sitzung vom 6. April 2009 einstimmig beschlossen, die Forderung zum Nominalwert abzutreten. Die Ermächtigung habe somit schon vor Unterzeichnung der Abtretung vorgelegen. Anlässlich ihrer Sitzung vom 28. April 2009 hätten alle Verwaltungsratsmitglieder der Klägerin den vorbereiteten Darlehensvertrag zwischen ihr und der Beklagten geprüft und genehmigt (act. 17 Rz. 34, 106; act. 23/1 Rz. 33, 51). Weiter vertritt die Beklagte die Auffassung, selbst wenn - was nicht zutrefte - eine Interessenkollision oder Befangenheit bei Dr. F._____ und G._____ bestanden hätte, und diese allenfalls bei einem Verwaltungsratsbeschluss der Klägerin bei der Genehmigung der Abtretungsvereinbarung und des Darlehensvertrages nicht hätten mitwirken können, hätte Dr. J._____ als Verwaltungsratspräsident einen solchen Beschluss allein zu fassen vermocht. Gemäss Art. 17 Abs. 1 der damals gültigen Statuten der Klägerin sei der Verwaltungsrat beschlussfähig gewesen, wenn mindestens ein Mitglied anwesend gewesen sei. Der Verwaltungsrat habe seine Beschlüsse mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, wobei der Vorsitzende mitgestimmt und bei Stimmgleichheit seine Stimme doppelt gezählt habe. Gemäss dieser Statutenbestimmung hätte Dr. J._____ somit ganz allein einen entsprechenden zustimmenden Verwaltungsratsbeschluss der Klägerin fassen können (act. 17 Rz. 109; act. 24/1 Rz. 55). Im vorliegenden Fall habe der Verwaltungsrat der Klägerin mit der Stimme des Dr. J._____ sowohl die Forderungsabtretung als auch den Darlehensvertrag vor deren Zustandekommen beschlossen. In diesem Zeitpunkt komme es nicht auf die Zeichnungsbefugnis an, sondern auf das Pro-Kopf-Stimmrecht im Verwaltungsrat. Mit der Zustimmung des

- 15 - Verwaltungsratspräsidenten Dr. J._____ vor Abschluss der In-sichgeschäfte liege die Ermächtigung zu dessen Abschluss vor (act. 31 Rz. 80). Der Verwaltungsratspräsident der Klägerin, Dr. J._____, habe weder die Abtretungsvereinbarung noch den Darlehensvertrag unterzeichnet. Er sei ein in jeder Hinsicht unabhängiger Verwaltungsrat gewesen. Andernfalls wäre er nicht aus dem Verwaltungsrat der Klägerin zurückgetreten, als er mit der Verschiebung der Generalversammlung vom 23. Juli 2009 nicht einverstanden gewesen und von den beiden andern Verwaltungsräten überstimmt worden sei. Dr. J._____

sei zwar im Frühling 2009 auch in den Verwaltungsrat der Beklagten gewählt worden. Die Eintragung im Ta- gebuch des Handelsregisters sei am 27. April 2009 erfolgt. Die Publikation im SHAB sei am 1. Mai 2009 erfolgt, mithin drei Tage nach der Verwaltungsratssit- zung der Klägerin vom 28. April 2009. Dr. J. _____ habe jedoch nie für die Beklag- te gehandelt und bis zu seinem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat, welcher am 21. Juli 2009 erfolgt sei, hätten auch keine Verwaltungsratssitzungen der Beklag- ten stattgefunden. Eine Ermächtigung zum Abschluss oder eine nachträgliche Genehmigung der beiden Vereinbarungen vom 28. April 2009 durch Dr. J. _____ sei somit sehr wohl möglich gewesen. Er habe sich nicht in einem Interessenkon- flikt befunden (act. 17 Rz. 107 f., act. 24/1 Rz. 52 ff.). Entsprechend hält die Beklagte fest, mit den Verwaltungsratsbeschlüssen vom 6. April 2009 und vom 28. April 2009 lägen die Ermächtigungen von einem nebengeordneten Organ, nämlich dem Verwaltungsrat, für die Forderungsabtre- tung vom 28. April 2009 und für den Darlehensvertrag vom 28. April 2009 vor. Nicht notwendig gewesen sei somit eine Genehmigung durch die Generalver- sammlung der Klägerin. Somit seien die beiden streitgegenständlichen Vereinba- rung infolge Ermächtigung für beide Parteien rechtsverbindlich und hätten volle Gültigkeit. Ebenso sei das Pfandrecht am Schuldbrief gültig zustande gekommen (act. 17 Rz. 110, 120, act. 24/1 Rz. 56, 60).

E. 4.2

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, dass in Bezug auf die streitgegenständlichen Vereinbarungen weder eine besondere Ermächtigung noch eine nachträgliche Genehmigung, und zwar weder durch den Verwaltungs- rat noch durch die Generalversammlung der Klägerin, vorgelegen habe noch ein-

- 16 - geholt worden sei (act. 1 Rz. 76, act. 24/9 Rz. 75). Vorliegend sei unbestritten, dass neben den an der Doppelvertretung beteiligten G. _____ und Dr. F. _____ Dr. J. _____ das einzige Mitglied des Verwaltungsrates der Klägerin gewesen sei. Dr. J. _____ sei kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt gewesen. Dementspre- chend sei eine Ermächtigung zum Abschluss der beiden Vereinbarungen vom 28. April 2009 allein durch Dr. J. _____ gar nicht möglich gewesen, da es keine weite- ren unbeteiligten Verwaltungsräte gegeben habe. Da es einzig auf die Zeich- nungsberechtigung des unbeteiligten Verwaltungsrats ankomme, sei die interne Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrates entgegen der Behauptung der Beklag- ten unerheblich und vermöge die fehlende (Einzel-) Zeichnungsberechtigung von Dr. J. _____ nicht zu ersetzen. Dementsprechend reichten die beiden Verwal- tungsratsbeschlüsse vom 6. und 28. April 2009 nicht als Ermächtigung für die Ab- tretungsvereinbarung und den Darlehensvertrag vom 28. April 2009 (act. 27 Rz. 52 f.). Weiter führt die Klägerin aus, eine Ermächtigung oder Genehmigung der streitgegenständlichen Vereinbarungen durch den Verwaltungsrat sei auch gar nicht möglich gewesen, weil es gar keine unabhängigen Verwaltungsräte gege- ben habe (act. 1 Rz. 77, act. 24/9 Rz. 76). Dr. J. _____ sei entgegen der Behaup- tung der Beklagten ein in keiner Weise unabhängiger Verwaltungsrat gewesen. Vielmehr sei er bereits am 30. März 2009 in den Verwaltungsrat der Beklagten gewählt worden und habe sich deshalb sowohl beim Verwaltungsratsbeschluss vom 6. April 2009, anlässlich welcher die Forderungsabtretung beschlossen wor- den sei, als auch beim Verwaltungsratsbeschluss vom 28. April 2009, anlässlich welcher der Darlehensvertrag genehmigt worden sei, im selben eklatanten Inte- ressenkonflikt wie die beiden Mitverwaltungsräte G. _____ und Dr. F. _____ be- funden. Aus diesem Grund sei eine Ermächtigung zum Abschluss oder eine

nach- trägliche Genehmigung der beiden streitgegenständlichen Vereinbarungen durch Dr. J._____ auch gar nicht möglich gewesen (act. 27 Rz. 55). Folglich wäre einzig eine besondere Ermächtigung oder eine nachträgliche Genehmigung der streit- gegenständlichen Vereinbarungen durch die Generalversammlung der Klägerin in Frage gekommen. Eine solche Ermächtigung oder Genehmigung durch die Gene- ralversammlung der Klägerin sei aber, wie oben ausgeführt, nie erfolgt und auch

- 17 - nicht beantragt worden. Dementsprechend seien die beiden streitgegenständli- chen Vereinbarungen ungültig (act. 1 Rz. 78, act. 24/9 Rz. 77). Darüber hinaus sei darauf hinzuweisen, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen vom 28. April 2009 aufgrund der Rückabwick- lung vom 30. März 2009 keine Tochtergesellschaft der Klägerin mehr gewesen sei und damit nicht mehr zum Konzern der Klägerin gehört habe. Aus diesem Grund würden denn die Forderungen der Beklagten vom Verwaltungsratsbe- schluss der Klägerin vom 6. April 2009 auch nicht erfasst. Ziel und Zweck dieses Beschlusses bzw. der Forderungsabtretungen sei gewesen, wie die Beklagte selbst betone, die Zusammenfassung sämtlicher Forderungen der Tochtergesell- schaften der Klägerin gegen die I._____ Ltd. sowie K._____ bei der Klägerin zwecks Entflechtung der Forderungen und Schulden. Nachdem nun aber die Be- klagte spätestens mit Vollzug der Rückabwicklung am 16. April 2009 mit Rückwir- kung per 20. November 2007 keine Tochtergesellschaft der Klägerin mehr gewe- sen sei, sei eine Abtretung der Forderungen der Beklagten an die Klägerin nicht mehr im Willen der Klägerin und dementsprechend auch nicht mehr vom Sinn und Zweck des Verwaltungsratsbeschlusses vom 6. April 2009 erfasst gewesen. Folg- lich würde denn im Beschluss vom 6. April 2009 auch keine Ermächtigung zur Ab- tretung der Forderungen der Beklagten liegen, falls Dr. J._____ tatsächlich zu ei- ner Ermächtigung befugt gewesen wäre (act. 27 Rz. 54 f.).

E. 4.3

Ein in Doppelvertretung geschlossener Vertrag, bei dem die Gefahr ei- ner Benachteiligung des Vertretenen nicht ausgeschlossen ist, kann nur aufgrund einer Ermächtigung oder nachträglichen Genehmigung eines über- oder neben- geordneten Organs gültig sein (BGE 127 III 332 E. 2.a). Die Genehmigung ist dann durch unabhängige Mitglieder des Verwaltungsrates oder die Generalver- sammlung zu erteilen (ROLF WATTER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 3. Aufl. 2008, N 12 b zu OR 718a). Ein Mitglied des Verwaltungsrates kann dabei nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsrates genehmigen oder ihn dazu ermächtigen (vgl. BGE 127 III 332 E. 2.b.aa mit weiteren Hinweisen). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 17 Rz. 102) genügt es somit nicht, wenn der genehmigende Verwaltungsrat

- 18 - nur zur Kollektivunterschrift zu zweien berechtigt ist. Wenn hingegen der Verwal- tungsrat, der das Insichgeschäft abgeschlossen hat, das einzige Verwaltungs- ratsmitglied ist, steht kein nebengeordnetes Organ zur Genehmigung zur Verfü- gung. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass als übergeordnetes Organ ledig- lich die Generalversammlung für die Genehmigung des Insichgeschäfts zuständig ist (BGE 127 III 332 E. 2.b.aa mit weiteren Hinweisen). Dasselbe muss gelten, wenn aufgrund einer Kollektivzeichnungsberechtigung nicht genügend andere Verwaltungsräte zur Genehmigung vorhanden sind oder kein unabhängiger Ver- waltungsrat zur Genehmigung zur Verfügung steht. Die Beklagte macht geltend, die Zustimmung sei durch Verwaltungsratsbe- schluss resp. durch den Verwaltungsrat Dr. J._____ erfolgt. Dr. J._____ war im Zeitpunkt des Abschlusses der streitgegenständlichen Verträge Verwaltungsrats- präsident der Klägerin mit

Kollektivunterschrift zu zweien (act. 4/3). Er war daher nicht berechtigt, alleine die Ermächtigung zum Abschluss dieser Verträge zu erteilen. Hinzu kommt, dass Dr. J. _____ kein unabhängiger Verwaltungsrat der Klägerin war, welcher die Ermächtigung zum Abschluss der streitgegenständlichen Verträge hätte erteilen können. Er wurde nämlich gemäss unbestrittener Darstellung der Klägerin (act. 27 Rz. 55) am 30. März 2009 in den Verwaltungsrat der Beklagten gewählt. Die Wahlperiode eines Verwaltungsrates beginnt, Annahme der Wahl vorausgesetzt, mit dem Datum der Generalversammlung, welche die Wahl vorgenommen hat (MARTIN WERNLI, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, a.a.O., N 3 zu Art. 710 OR). Damit war Dr. J. _____ bereits ab seiner Wahl am 30. März 2009 auch Verwaltungsrat der Beklagten. Als Organ beider vertrags-schliessenden Parteien befand er sich aber in Bezug auf den Abschluss der streitgegenständlichen Verträge im April 2009 in einem Interessenkonflikt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person still-schweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- oder pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen. Eine stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis kann aber dem gutgläubigen Dritten nicht entgegen ge-

- 19 - halten werden. Der Interessenkonflikt vermag die Vertretungsbefugnis nur zu begrenzen, wenn er für den Dritten erkennbar war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen. Dann fehlt es aber an der Vertretungsmacht, selbst wenn sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht zum Nachteil der vertretenen Person ausgewirkt hat. Der Interessenkonflikt bewirkt, dass der rechtsgeschäftliche Wille nicht fehlerfrei zustande kommen und damit das Rechtsgeschäft für den Vertretenen nicht wirksam werden kann. Die Regeln des Selbstkontrahierens sind deshalb analog anzuwenden (BGE 126 III 361 E. 3.a mit weiteren Hinweisen). Der Beklagten war der Interessenkonflikt von Dr. J. _____, welcher sich aus seiner Organstellung bei beiden Parteien ergab, sehr wohl bekannt, womit auch er in Bezug auf diese Verträge den Regeln des Selbst-kontrahierens unterlag. Da er aber nur solche Geschäfte genehmigen kann, welche er auch selbst abschliessen könnte (vgl. ROLF WATTER, a.a.O., N 21 zu Art. 718 OR), war er nicht zur Genehmigung resp. Erteilung der Ermächtigung be-rechtigt. Im April 2009 waren Dr. F. _____, G. _____ und Dr. J. _____ die einzigen Verwaltungsräte der Klägerin. Damit stand kein nebengeordnetes Organ zur Er-mächtigung zum Abschluss der streitgegenständlichen Verträge zur Verfügung. Gemäss der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre in einem solchen Fall die Generalversammlung zur Erteilung der Ermächtigung zuständig. Ein Beschluss des Gesamtverwaltungsrates - wie die Beklagte geltend macht - genügt demgegenüber nicht. Der Generalversammlung wurden die Verträge je-doch nie vorgelegt. Es ist daher festzuhalten, dass keine Ermächtigung zum Ab-schluss der Verträge vorlag. Dass eine nachträgliche Genehmigung erfolgt wäre, macht die Beklagte sodann nicht geltend.

E. 5

Konzern

E. 5.1

Schliesslich führt die Beklagte zur Gültigkeit der Verträge trotz Doppel-vertretung noch aus, die einheitliche Besetzung des Verwaltungsrats bei der Mut-tergesellschaft und bei den Tochtergesellschaften einer Gesellschaftsgruppe sei

- 20 - gängig und nicht zu beanstanden. Im Gegenteil: eine solche Besetzung dränge sich auf, damit der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft über die Aktionärsrechte hinaus Einblick in die Tochtergesellschaften habe. Unter solchen Umständen sei Doppelvertretung zulässig. Doppelorgane gehörten zum Wesen des Konzerns und die Doppelvertretung sei im Konzern zulässig (act. 17 Rz. 49). Keine Rolle spiele, dass mit der Vereinbarung vom 30. März 2009 die Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 20. November 2007 festgelegt worden sei, und diese Rückabwicklung am 16. April 2009 vollzogen bzw. abgeschlossen worden sei. Wie die Zusatzvereinbarung vom 9. Juli 2009 klarstellen würde, sei die Ausgliederung der Beklagten per 16. April 2009 bilanzwirksam vollzogen worden und somit erst im Jahresabschluss 2009 zu erfassen gewesen. Die Klägerin habe denn auch die Beteiligung an der Beklagten im Jahresabschluss 2008 noch voll konsolidiert. Die Transaktionen gemäss dem Beschluss des Verwaltungsrates vom 6. April 2009, formalisiert in den Verträgen vom 28. April 2009, seien rückwirkend per Stichtag 31. Dezember 2008 erfolgt (act. 31 Rz. 76).

E. 5.2

Die Klägerin stellt dagegen klar, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen am 28. April 2009 aufgrund der Rückabwicklung vom 30. März 2009 keine Tochtergesellschaft der Klägerin mehr gewesen sei und damit nicht mehr zum Konzern der Klägerin gehört habe. Die Beklagte sei spätestens mit Vollzug der Rückabwicklung vom 16. April 2009 mit Rückwirkung per 20. November 2007 keine Tochtergesellschaft der Klägerin mehr gewesen. Der Vollzug der Rückabwicklung sei am 16. April 2009 erfolgt und damit auch noch vor dem Abschluss der Vereinbarung vom 28. April 2009 (act. 27 Rz. 46, 54).

E. 5.3

Gemäss Darstellung beider Parteien hatte die Klägerin die Aktien der Beklagten aufgrund eines Kaufvertrages vom 20. November 2007 von L. _____ erworben. Der Kauf wurde sodann mit Rückabwicklungsvertrag vom 30. März 2009 rückgängig gemacht (vgl. act. 4/16). In diesem Rückabwicklungsvertrag wurde festgehalten, dass die Parteien vereinbarten, den Kaufvertrag ex tunc, d.h. rückwirkend per 20. November 2007, aufzuheben und die Vertragsleistungen vollständig rückabzuwickeln (act. 4/16 Ziff. 2). Wie diese Rückabwicklung im Einzelnen vonstatten geht resp. gehen soll, haben die Parteien sodann in einer ergän-

- 21 - zenden Vereinbarung am 9. Juli 2009 noch geregelt (vgl. act. 4/18 Vorbemerkung). Diese Regelung des Vollzugs ändert indes nichts daran, dass sich die Parteien am 30. März 2009 auf die rückwirkende Aufhebung per 20. November 2007 geeinigt haben. Damit stand ab dem 30. März 2009 fest, dass die Parteien rückwirkend per 20. November 2007 gar nicht zu einem Konzern verbunden waren. Als am 6. April 2009 der Verwaltungsrat der Klägerin einen Beschluss über Forderungsabtretung zum Nominalwert fasste und am 28. April 2009 die Verträge genehmigte, lag damit keine Verbindung zu einem Konzern zwischen Klägerin und Beklagter vor. Die Klägerin hat allerdings den Rückabwicklungsvertrag vom 30. März 2009 beim Bezirksgericht Zürich angefochten (act. 1 Rz. 36 ff., act. 17 Rz. 15 f.). Ihr Hauptbegehren auf Herausgabe der Aktien der Beklagten hat sie jedoch nach erfolgter Duplik zurückgezogen und nur ihr vorheriges Eventualbegehren um Verpflichtung von L. _____ zur Leistung einer Geldzahlung als neues Hauptbegehren aufrechterhalten. Das ursprüngliche Hauptbegehren wurde mit

Beschluss vom 26. Juli 2011 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben (act. 27 Rz. 13; vgl. act. 35 S. 2 ff.). Diesem Erledigungsentscheid kommt materielle Rechtskraft zu (§ 191 Abs 1 und 2 ZPO/ZH), was bedeutet, dass keine Verpflichtung von L._____ besteht, die Aktien der Beklagten wieder auf die Klägerin zu übertragen. Damit steht fest, dass auch nicht aufgrund dieser Klage ein Konzern zwischen den Parteien zu bejahen ist.

E. 5.4

Demzufolge ist festzuhalten, dass die Zulässigkeit einer Doppelvertretung im Konzern nicht weiter zu prüfen ist, nachdem bei den hier massgeblichen Vorgängen kein Konzernverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand.

E. 6

Fazit

E. 6.1

Da die Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin bestand und keine Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung vorlag, sind die beiden in Doppelvertretung geschlossenen, streitgegenständlichen Verträge vom 28. April 2009

- 22 - ungültig. Bei diesem Ergebnis ist die von der Klägerin im Eventualpunkt vorgebrachte Anfechtung wegen absichtlicher Täuschung, Irrtums und Übervorteilung nicht weiter zu untersuchen.

E. 6.2

Die Ungültigkeit des Darlehensvertrages führt zunächst dazu, dass die Klägerin nicht gestützt auf diesen Vertrag verpflichtet ist, der Beklagten den Betrag von CHF 3'338'026.05 zu bezahlen. Einen anderen Grund, weshalb die Klägerin zur Zahlung dieses Betrages an die Beklagte zu verpflichten wäre, hat die Beklagte nicht geltend gemacht bzw. auch nicht in ein Rechtsbegehren gefasst. Sollte aus welchen Gründen auch immer die Frage der Gültigkeit der entgeltlichen Abtretung der Forderung vom 28. April 2009 (act. 4/5) auch thematisiert sein, so wäre diesbezüglich eventualiter festzuhalten, dass auch diese Forderung aus den oben genannten Gründen (Doppelvertretung) nichtig ist und daraus keine Geldforderungen der Beklagten gegenüber der Klägerin bestehen. Damit ist das Rechtsbegehren Ziffer 1 der Gegenklage der Beklagten auf Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von CHF 3'338'026.05 nebst Zins zu 6 % seit 1. Oktober 2009 abzuweisen. Hingegen ist auch klar, dass damit die abgetretene Forderung wieder der Beklagten zusteht und von ihr geltend gemacht werden kann. Nachdem die Ungültigkeit des Darlehensvertrages vom 28. April 2009 auch den darin enthaltenen Pfandvertrag beschlägt, wurde kein zulässiges Pfandrecht am Inhaberschuldbrief begründet. Daher ist das Begehren Ziffer 2 der Gegenklage auf Feststellung des Bestandes des Pfandrechts am Inhaberschuldbrief Nr. ... über CHF 4'000'000 an 8. Pfandstelle mit eingetragenem Maximalzins von 8 % auf der Liegenschaft C._____strasse 1, 2, 3, 4 und 5, D._____, abzuweisen. Aus der Abweisung der Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 der Gegenklage folgt, dass auch das Begehren der Beklagten um Rechtsöffnung in der Betreuung auf Faustpfandverwertung, Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D._____ 2 (Zahlungsbefehl vom 15. Januar 2010), abzuweisen ist. Zusammengefasst ist die Gegenklage der Beklagten abzuweisen.

E. 6.3

Aufgrund der Ungültigkeit des Pfandvertrages fehlt der Rechtsgrund für die dingliche Verfügung der Klägerin über den Inhaberschuldbrief. Sie kann die- sen daher von der Beklagten nach Art. 641 Abs. 2 ZGB herausverlangen. Das Hauptbegehren der Klägerin ist somit gutzuheissen und die Beklagte ist zur Her- ausgabe des Inhaberschuldbriefes zu verpflichten. Die Klägerin beantragt, die Beklagte unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB zur Herausgabe des Inhaberschuldbriefes bis spätes- tens 5 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides zu verpflichten. Diesem Antrag der Klägerin um Vollstreckungsanordnungen ist zu entsprechen (§ 304 Abs. 1 ZPO/ZH). Indes erscheint die genannte Frist von 5 Tagen als zu kurz; an- gemessen erscheint eine Frist von 10 Tagen. Demzufolge ist die Beklagte unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe mit Busse wegen Verstosses gegen Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung zu verpflichten, der Klägerin den Inhaberschuldbrief Nr. ... über CHF 4'000'000 an

E. 8

Pfandstelle mit eingetragenen Maximalzins von 8 % auf der Liegenschaft C._____strasse 1, 2, 3, 4 und 5, D._____, innerhalb einer Frist von 10 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils herauszugeben. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Der Streitwert bestimmt sich vorliegend nach dem Wert der Rechtsbegeh- ren von Klage und Gegenklage, soweit sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (§ 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 2 analog ZPO/ZH). Die Beklagte hat die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von CHF 3'338'026.05 nebst Zins verlangt. Die Klage auf Herausgabe des Inhaberschuldbriefes über CHF 4'000'000 und die Gegenklage auf Feststellung des Pfandrechts an diesem schliessen sich gegen- seitig aus. Damit beträgt der Streitwert CHF 7'338'026.05. 2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterlie- gen zu regeln (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Beklagte unterliegt bei der Klage und der Gegenklage, hat aber im Massnahmeverfahren obsiegt

- 24 - (act. 19). Die Klägerin ist daher zur Tragung der Kosten des Massnahmeverfah- rens zu verpflichten; im Übrigen sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen. Un- ter Berücksichtigung des Aufwandes für die beiden vereinigten Prozesse und für das Massnahmeverfahren ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 Ziff. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 auf CHF 140'000.– festzulegen und ausgangsgemäss zu einem Drittel der Klägerin und zu zwei Dritteln der Beklagten aufzuerlegen. 3. Die Beklagte ist ferner zu verpflichten, der Klägerin eine um deren Unter- liegen im Massnahmeverfahren reduzierte Prozessentschädigung einschliesslich Anteil Weisungskosten (act. 3) von CHF 48'000.– zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH sowie §§ 3 Abs. 1 und 6 der Verordnung des Obergerichts über die An- waltsgebühren vom 21. Juni 2006).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.