

ZH_OBERGERICHT LB150022 vom 14. September 2015

ZH Obergericht, 2015-09-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB150022

FR: ZH_OBERGERICHT LB150022 du 14 septembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LB150022 del 14 settembre 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Die A._____ AG ist eine im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Gesellschaft. Sie bezweckt im Wesentlichen den Erwerb, das Halten, das Vermieten und das Veräussern von Liegenschaften aller Art. B._____ war Eigentümer von 50% des Aktienkapitals der E._____ AG, einer ebenfalls im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Gesellschaft. Zweck der E._____ AG ist u.a. die Vermittlung, Finanzierung und Verwaltung von Beteiligungen sowie die Beratung in Finanzierungs- und Investitionsprojekten. Die E._____ AG hatte bei

- 4 - B._____ zudem aus Darlehensverträgen Schulden in der Höhe von rund Fr. 15'000'000.-, die teilweise grundpfandgesichert waren. Hauptaktivum der E._____ AG war im Jahr 2007 eine Liegenschaft in ..., auf der sich das Hotel ... befand. Die A._____ AG hatte die Absicht, zusammen mit ihrer Schwestergesellschaft A1._____ AG dieses Hotel zu erwerben. Letztere schloss deshalb mit der F._____ AG Verträge ab, die den Erwerb der weiteren 50% des Aktienkapitals der E._____ AG zum Gegenstand hatten. Zwischen der F._____ AG und der A1._____ AG kam es in der Folge zu einem Rechtsstreit, der hier indes nicht zu beurteilen ist.

E. 1.1

Für Rechtsmittel gegen Entscheide, die seit dem 1. Januar 2011 eröffnet werden, gelten die Regeln der ZPO (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO). Zu diesen Regeln zählen nebst den Rechtsmittelvorschriften in den Art. 308 ff. ZPO, welche u.a. die Rechtsmittelfristen bestimmen, ebenfalls z.B. die Regeln zur Fristberechnung, zum Friststillstand während der Gerichtsferien usf. Das angefochtene Urteil wurde im März 2015 eröffnet. Das Rechtsmittel dagegen sowie das vorliegende Rechtsmittelverfahren beurteilen sich daher nach den Regeln der ZPO. Und es bleibt vorab festzuhalten, dass die Beklagte mit Blick auf Art. 308 ZPO richtigerweise Berufung erhob. Diese erweist sich zudem unter Berücksichtigung der Gerichtsferien (vgl. Art. 145 Abs. 1 ZPO) als rechtzeitig. Im Berufungsverfahren zu beachten sind die mit der sog. Begründungspflicht einhergehende Rügeobliegenheiten der Berufung führenden Partei (vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgebrachten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu auch BGE 138 III 625).

E. 1.2

Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO sind Verfahren, die am 1. Januar 2011 schon rechtshängig waren, von der betroffenen Instanz hingegen nicht nach den Regeln

- 8 - der ZPO, sondern nach denen des kantonalen Prozessrechts zum Abschluss zu führen. Im Kanton Zürich ist dieses Recht vor allem in der ZPO/ZH, im GVG sowie in dazugehörigen Nebenerlassen enthalten. Das Bezirksgericht hatte daher sein Verfahren noch nach den Regeln der ZPO/ZH usw. durchzuführen und auch durchgeführt. Rügen bzw. Einwände gegen das bezirksgerichtliche Verfahren wären daher im Berufungsverfahren nach diesem Recht zu beurteilen, wurden allerdings nicht erhoben. 2. - 2.1 Das Bezirksgericht hat die Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe gutgeheissen und alle ihm von der Beklagten vorgetragene und rechtlich erheblich erscheinende Argumente, gemäss denen die Beklagte dem Kläger nichts schulden soll, im Wesentlichen aufgrund des ihm vorgetragenen unstrittigen Sachverhaltes verworfen. Auf dem Weg zu diesem Ergebnis prüfte das Bezirksgericht – kurz zusammengefasst – vorab, ob die Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Vertragsstrafe entsteht, erfüllt sind (vgl. act. 135 S. 6 f.), als da sind der Bestand einer Hauptforderung (vgl. a.a.O., S. 7 ff.), die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des Gläubigers der Strafe und die schuldhaftes Nichterfüllung der Hauptforderung durch den Schuldner (vgl. a.a.O., S. 13 f.) sowie die Inverzugsetzung des Schuldners der Strafe (a.a.O., S. 14 f.). Es bejahte das und verwarf zudem die Einwände der Beklagten, der Kläger habe seinen Anspruch auf Strafe verwirkt bzw. verstosse mit seinem Festhalten an der Strafe gegen das Rechtsmissbrauchsverbot (vgl. a.a.O., S. 15 ff.). Schliesslich befasste es sich einlässlich mit der Frage einer Herabsetzung der Vertragsstrafe, sah indessen dafür keinen Anlass (a.a.O., S. 17 ff.).

E. 1.3

Unbestrittenermassen (vgl. act. 133 S. 4 f., act. 143 S. 3 f.) wurden sowohl der sog. Aktienkaufvertrag als auch der weitere Vertrag über den Forderungskauf im Dezember 2007 von den Parteien unterzeichnet. Im Anschluss an die Unterzeichnung des sog. Aktienkaufvertrages erbrachten die Parteien die nachstehenden Leistungen: Die Aktien wurden der Beklagten übertragen und der Kaufpreis wurde von dieser zugleich mit dem vom Kläger eingeräumten Darlehen beglichen; dem Kläger wurden die Aktien als Pfand für die Besicherung der Darlehensrückzahlung zurückübertragen (vgl. etwa act. 10 S. 5 und dazu act. 2 S. 3 f., ferner act. 32 S. 3 und act. 34). Unstrittig ist weiter, dass die vereinbarten Darlehensrückzahlungen der Beklagten ausblieben. Es folgten darauf verschiedene Erklärungen beider Parteien, die – soweit in den Akten dokumentiert – unstrittig sind (act. 4/11-15 und act. 33/18-19), so eine Erklärung des Klägers am 1. Februar 2008 (4/11), ferner solche der Beklagten vom 7. Februar 2008, vom 19. März 2008 und vom 9. April 2008, in denen sie den Kläger um Geduld bat bzw. eine baldige Entscheidung in Aussicht stellte (act. 4/12, 33/18-19), dann eine Fristansetzung des Klägers vom 15. Mai 2008 (act. 4/13), in der er "bereits heute" mitteilte, im Fall ausbleibenden Zahlungseingangs aus dem Aktienkaufvertrag verzichte er auf die nachträgliche Leistung der Beklagten und verlange Ersatz des Schadens aus Nichterfüllung des Aktienkaufvertrages; dokumentiert sind weiter eine Antwort der Beklagten nach Ablauf der Frist vom 25. Mai 2008, in dem u.a. Schadenersatzansprüche des Klägers zurückgewiesen werden (act. 4/14), und schliesslich ein Schreiben des Klä-

- 6 - gers vom 23. Juni 2008, in dem u.a. am Verzicht des Klägers auf die nachträgliche Leistung der Beklagten festgehalten wird (vgl. act. 4/15).

E. 2

März 2015. Ihm können weitere Einzelheiten zum Gang des bezirksgerichtlichen Verfahrens entnommen werden (vgl. a.a.O., S. 4-6).

E. 2.2

Die Beklagte rügt mit der Berufung das bezirksgerichtliche Urteil unter diversen Gesichtspunkten. Wiederum nur sehr knapp zusammengefasst, hält die Beklagte zunächst einmal am Standpunkt fest – streckenweise unter wörtlicher Wiederholung des dem Bezirksgericht bereits Vorgetragenen (vgl. act. 133 S. 7 f., dort Ziff. 13 f. und 18, und dazu act. 34 S. 2 f., dort Ziff. 1-2).–, der "Akteinkaufvertrag" sei mangels Eintritt einer aufschiebenden Bedingung nicht gültig zu Stande gekommen. Die Auffassung des Bezirksgerichtes überzeuge in keiner Art und Wei-

- 9 - se. Weiter hält sie ebenso am Standpunkt fest, es liege eine im Lichte von Art. 894 ZGB ungültige Verfallabrede vor, weil sie primär vorsehe, dass die zu Pfand gegebenen Aktien ins Eigentum des Käufers zurück gingen (vgl. act. 133 S. 9 ff.). Der Geltendmachung der Konventionalstrafe sei damit das Fundament entzogen. Auch in diesem Zusammenhang wird schon Vorgebrachtes wiederholt, streckenweise wörtlich (vgl. etwa act. 133 S. 10 f. [dort Ziff. 23] und dazu act. 34 S. 4, dort Ziff. 2). Ausführlich und in Auslegung des Vertrages, welcher in der Klausel IX.23 inhaltlich ein Rücktrittsrecht des Klägers vorgesehen habe, trägt die Beklagte überdies erneut ihren dem Bezirksgericht vorgetragenen Standpunkt vor (streckenweise auch hier wiederum wörtlich), der Kläger habe seine Rechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR verwirkt (vgl. act. 133 S. 12 ff. [dort auch etwa Ziff. 31 f.] und act. 10 S. 6 ff., S. 11 ff. [dort auch etwa Ziff. 24 f.]): Eine Verzichtserklärung (Rücktritt) habe er nicht rechtzeitig abgegeben; sein Wahlrecht, das einen Verzicht auf die Vertragsstrafe beinhalte, habe er zudem ausgeübt (vgl. auch act. 133 S. 15 ff.). Schliesslich hält die Beklagte weiterhin am Standpunkt fest, die Strafe müsste, wäre sie geschuldet, herabgesetzt werden, weil sie dem negativen Vertragsinteresse entspräche. Ein Schaden dieser Art sei dem Kläger aber nicht entstanden und vom Kläger auch nicht dargelegt worden. Daher sei nichts geschuldet (vgl. etwa act. 133, S. 18 ff. und dazu act. 10 S. 10 f.).

E. 2.3

Der Kläger widerspricht mit seiner Berufungsantwort (act. 143) den Auffassungen der Beklagten in allen wesentlichen Punkten und hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Insbesondere widerspricht er – knapp zusammengefasst – der Auffassung, der Aktienkauf sei unter einer aufschiebenden Bestimmung geschlossen worden: Wenn überhaupt eine Bedingung vereinbart worden sei, dann eine auflösende in Bezug auf das kaufrechtliche Verfügungsgeschäft (vgl. act. 143 S. 9 ff.). Weiter hält er den in Vertragsziffer 23 vorgesehenen Selbsttritt des Verpfänders grundsätzlich für zulässig und macht geltend, selbst wenn dem so nicht wäre, hätte das lediglich eine Teilnichtigkeit zur Folge, welche die Verfallsabrede im Übrigen unberührt lasse (vgl. a.a.O., S. 11 ff.). Die Vorbringen der Beklagten zur Verwirkung der Rechte nach Art. 107 OR stellen für den Kläger Interpretationen des Tatsächlichen und Auslegungen dar, die Wesentliches über-

- 10 - gehen und weder der Rechtsprechung noch der herrschenden Lehre entsprechen (vgl. a.a.O., S. 14 ff.). Mit seinem Schreiben vom 15. Mai 2008 habe er die Wahl in Bezug auf den Aktienkauf getroffen und keineswegs auf die Konventionalstrafe verzichtet. Endlich hält der Kläger die von der Beklagten geforderte Herabsetzung der Vertragsstrafe

im Berufungsverfahren für unbeachtlich, weil ein entsprechender Eventualantrag nicht gestellt worden sei (vgl. a.a.O., S. 20 f.). Im Übrigen ist der Kläger der Auffassung, das Bezirksgericht habe sein Ermessen pflichtgemäss ausgeübt und dabei zutreffend erwogen, weshalb die Strafe nicht herabzusetzen sei (a.a.O., S. 21 f.).

E. 3

A., Zürich 2003, Art. 312 N 52, mit Verweis u.a. auf BGE 51 II 303 ff. [Abschluss eines eigenen Vertrages]). - Ergänzend hielten die Parteien zum "Closing" fest, es stehe unter der auf-schiebenden Bedingung, dass die Beklagte den dem Vertrag beiliegenden Forderungskauf zwischen der E._____ AG und dem Kläger unterzeichnet und die dort niedergelegten Bedingungen erfüllt habe (vgl. a.a.O., S. 6). Ebenso das beschlägt – sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Sinn gemäss Treu und Glauben im Verbund mit den übrigen Regelungen des Vertrages – eine Erfüllungshandlung, also den Vollzug eines zuvor abgegebenen Leistungsversprechens, und zwar der Beklagten (vgl. dazu auch nachstehend Ziff. II/3.4.2). Die Erfüllungshandlung besteht in der Abgabe einer Willenserklärung, also der Zustimmung der Beklagten zu einem Geschäft, an dem ein Dritter beteiligt ist, sowie in Erfüllungshandlungen gemäss diesem weiteren Vertrag. In diesen Erfüllungshandlungen hätte dann eine Bedingung i.S. der Art. 151 ff. OR gelegen, wenn die Wirksamkeit des Aktienkaufvertrages bzw. einzelne seiner Wirkungen von einer nach den Vorstellungen beider Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschluss ungewissen Tatsache abgehangen hätte, d.h. die Verpflichtung des Schuldners (hier der Beklagten, die Zustimmung zu erteilen und die Bedingungen des Vertrages mit der E._____ AG zu erfüllen) im Grundsatz ungewiss gewesen wäre und nicht bloss hinsichtlich des Erfüllungszeitpunktes (vgl. BGE 122 III 15 f.). Keine Partei (namentlich nicht die Beklagte; vgl. act. 133, dort insbes. S. 4-8) hat indessen geltend gemacht, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei für sie noch ungewiss gewesen, ob die Beklagte dem Forderungskaufvertrag mit der E._____ AG zustimmen und die dort festgelegten Bedingungen erfüllen werde. Ungewiss war demnach lediglich der Zeitpunkt der Vertragserfüllung durch die Beklagte in diesem weiteren Punkt, im Gegensatz zu den übrigen Leistungen, für deren Erfüllung von den Parteien

- 14 - Termine vorgesehen worden waren (vgl. act. 147 [= act. 150] Vertragsziffern 18, 21). Keine Ungewissheit im hier interessierenden Sinne stellt übrigens – um selbst das noch anzusprechen – das nachträglich, sog. subjektive Unvermögen einer Partei dar, die vertraglich abgegebenen Leistungsversprechen zu erfüllen. - Das eben Dargelegte wird durch die Feststellung des Bezirksgerichtes untermauert (vgl. act. 135 S. 8 f.), beide Parteien hätten im Nachgang zum Vertragsschluss alles in ihrer Macht stehende unternommen, um den Vertrag vereinbarungsgemäss zu erfüllen. Die Richtigkeit dieser Feststellung wird von der Beklagten mit der Berufung mit Fug nicht in Abrede gestellt - sie stützt sich nämlich auf den unstrittigen Sachverhalt und Sachdarstellungen der Beklagten: -- Unstrittig wurden die Aktien der Beklagten, vertreten durch ihr Organ H._____, nach der Vertragsunterzeichnung noch vor Weihnachten 2007 physisch übergeben (vgl. Vi-Prot. S. 13) und der Kaufpreis getilgt durch Umwandlung in eine entsprechende Darlehenssumme. Erfüllt wurden damit sowohl der Kaufvertrag im Grundsatz durch beide Parteien als auch der Darlehensvertrag durch den Kläger. Nicht erfüllt hat hingegen unbestrittenermassen die Beklagte ihre Rückgabepflicht aus Darlehensvertrag. Und nicht erbracht wurden ebenfalls unstrittig die weiteren Leistungsversprechen, die die Parteien zusätzlich in Vertragsziffer 19 als zum "Closing" (zur vollständigen Erfüllung) des Vertrages vom Dezember 2007

gehörend vereinbart hatten. -- Die Beklagte hält dazu auch in der Berufung nochmals fest, sie sei den Vertrag mit dem festen Willen eingegangen, ihn auch "auszuführen" (vgl. VI-Prot. S. 13). Sie sei dann aber später nicht mehr in der Lage gewesen, den Vertrag zu erfüllen, weil sich der von ihr für die Finanzierung des Geschäfts beigezogene Investor im Januar 2008 aufgrund eines tragischen familiären Vorfalles aus dem geplanten Investment zurückgezogen habe (vgl. act. 133 S. 5 und act. 10 S. 6 [Ziff. 14]).

E. 3.2

Die Beklagte hat im bezirkgerichtlichen Verfahren geltend gemacht, es fehle bereits an der ersten Voraussetzung des Anspruchs auf Konventionalstrafe, nämlich am gültigen Bestand einer Hauptforderung. In der Berufung hält sie daran fest, und zwar im Wesentlichen mit den selben rechtlichen Argumenten wie vor dem Bezirksgericht.

E. 3.2.1

Soweit die Beklagte in der Berufungsschrift ihre früheren Vorbringen einfach wiederholt, ob nun wortwörtlich oder in andere Worte gekleidet, genügt sie den sog. Rügeobliegenheiten (vgl. vorn Ziff. II/1.1) nicht. Ihre Berufung erweist sich in diesem Punkt insoweit von vornherein als unbegründet. Die Beklagte stützt sich im Übrigen auch in der Berufung vor allem auf die vertraglichen Regelungen zum "Closing" in den Vertragsziffern 18 sowie 19 und macht geltend, der Vertrag sei gemäss diesen Regelungen unter aufschiebender Bedingung geschlossen worden. Die Bedingung sei nicht eingetreten und der Vertrag daher gar nie gültig zu Stande gekommen (vgl. act. 133 S. 7 ff., insbes. S. 8). Unter aufschiebender Bedingung gestanden habe daher auch die Einräumung eines Darlehens zur Tilgung des Kaufpreises (a.a.O., S. 7). Sodann hält die Beklagte gegenteilige Auffassungen des Klägers für nicht überzeugend (vgl. a.a.O., S. 8). Sie legt damit in der Berufungsschrift indessen nicht dar, was an den bezirkgerichtlichen Erwägungen falsch sein soll und begründet die Berufung insoweit nicht hinreichend. Die Berufung erweist sich daher in diesem Punkt letztlich insgesamt als unbegründet (vgl. vorn Ziff. II/1.1).

E. 3.2.2

Wollte man entgegen dem eben Dargelegten die Berufung – warum auch immer – in diesem Punkt als hinreichend begründet erachten, so wäre für die Beklagte aus folgenden Gründen immer noch nichts gewonnen. Mit der Frage nach dem gültigen Bestand der Hauptforderung, deren Nichterfüllung Voraussetzung eines Anspruchs auf eine Konventionalstrafe ist, hat sich

- 12 - das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil einlässlich befasst (vgl. act. 135 S. 7 ff.). Es berücksichtigte dabei alle Argumente der Beklagten, die in der Sache von Belang erscheinen, und stellte – wie anderweitig schon vermerkt – insofern zugleich auf den unstrittigen Sachverhalt ab (der soweit als erstellt gelten darf). Ergänzend stützte es sich zudem auf die Sachdarstellungen der Beklagten. Die entsprechenden Erwägungen des Bezirksgerichtes und das Ergebnis, zu dem es mit ihnen gelangte, erweisen sich insgesamt als grundsätzlich zutreffend; zur Vermeidung von Wiederholungen kann daher vorab auf sie verwiesen werden. Was folgt, dient noch deren Verdeutlichung und Ergänzung. - Das Bezirksgericht hat auf den Vertrag vom Dezember 2007 und dessen Wortlaut als von beiden Parteien übereinstimmend Gewolltem abgestellt. Letzteres wird von der Beklagten, die sich wiederholt auf den Vertrag bzw. dessen Wortlaut beruft, nicht ernsthaft in Abrede gestellt (vgl. zudem Vi-Prot. S. 12). - Es ist, worauf der Kläger richtig verweist, zu

unterscheiden zwischen dem Vertragsschluss und dessen Wirkungen einerseits sowie der Vertragserfüllung gemäss den dazugehörenden weiteren Vereinbarungen der Parteien anderseits. Ein Vertrag kommt dann zu Stande, wenn die Parteien formkorrekt inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen über Leistungen ausgetauscht haben, die zu erbringen sie versprechen. Ist der Vertrag geschlossen, sind die Parteien an ihre Leistungsversprechen gebunden und haben sie ihren Versprechen gemäss tatsächlich zu erbringen – darin liegt die Erfüllung des Vertrags. Im Vertrag vom Dezember 2007 vereinbarten die Parteien die Übertragung der vom Kläger gehaltenen Aktien in das Eigentum der Beklagten und in den Ziff. 20-23 (vgl. act. 147 [= act. 150 = act. 4/5] S. 5 f.) die Kaufpreiszahlung durch die Beklagte. Weiter definierten die Parteien das "Closing" als Aktienübertragung gegen Tilgung des Kaufpreises nach Massgabe von Vertragsziffer IX (Zahlungsbedingungen), welches bis zum 24. Dezember 2007 erfolgen soll. "Closing" meint damit – unter Berücksichtigung aller massgeblichen Auslegungsmittel, namentlich des Wortlauts, aber ebenso nach dem Sinn gemäss Treu und Glauben im Verbund mit den übrigen Regelungen des Vertrages – unübersehbar die vollständige Vertragserfüllung durch die Parteien, die einen Vertragsschluss mit entsprechenden Leistungspflichten voraussetzt. Um die

- 13 - unmittelbare Erfüllung der Kaufpreiszahlung durch die Beklagte zu ermöglichen, schlossen die Parteien zugleich einen Darlehensvertrag. Dieser bezweckte einzig die Tilgung des Kaufpreises durch Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine entsprechende Darlehenssumme, die damit der Beklagten zugleich als Borgerin ausgehändigt wurde (vgl. dazu etwa ZK-HIGI, Die Leihe,

E. 3.2.3

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Beklagte mit ihren Argumenten, mit denen sie gegen das bezirksgerichtliche Urteil ankommen will, ihrer Rügeobliegenheit nicht nachgekommen ist (vgl. vorn Ziff. II/3.2.1), und sich ihre Berufung im hier geprüften Punkt insoweit als offenkundig unbe-

- 15 - gründet erweist. Unabhängig davon erwies sich die Berufung im hier geprüften Punkt aufgrund der in Ziff. II/3.2.2 dargelegten Gründen dann als (sachlich) un begründet, wenn man die Argumente der Beklagten als hinreichende Rügen berücksichtigen wollte.

E. 3.3

Die Beklagte wehrt sich mit der Berufung ebenfalls gegen die Auffassung des Bezirksgerichtes, die pfandrechtliche Regelung der Parteien in Vertragsziffer 23, die für den Fall des Verzugs der Beklagten mit der Rückzahlung des Darlehens ein Recht des Klägers auf Rücknahme der Aktien ins Eigentum vorsehe, halte vor Art. 894 ZGB stand (vgl. act. 133 S. 9 ff.). Sie macht geltend, die Verfallsabrede hinsichtlich des Pfandes sei ungültig. Damit sei aufgrund von Art. 20 Abs. 1 OR der Geltendmachung der Vertragsstrafe das Fundament entzogen (vgl. a.a.O., S. 10 f.). Denn "eigentliche Verfallsabrede und Konventionalstrafe" stellten ein Ganzes dar, das durch die Ungültigkeit der Abrede gemäss Vertragsziffer 23 des Vertrages vom Dezember 2007 dahinfalle (vgl. a.a.O., S. 11, 12). Der Sache nach geltend gemacht werden damit eine unrichtige Anwendung von Art. 20 OR sowie ein falsches bezirksgerichtliches Verständnis des unstrittigen Vertragstextes und dem beidseits von den Parteien Gewollten. Bevor näher darauf einzugehen ist, bleibt erneut anzumerken, dass die Berufung zu diesem Punkt überall dort nicht hinreichend begründet ist (vgl. vorn Ziff. II/1.1), wo die Beklagte entweder wörtlich oder bloss in etwas anderen

Worten das wiederholt, was sie bereits dem Bezirksgericht vorgetragen hat.

E. 3.3.1

Das Bezirksgericht hat sich mit der Frage der Wirksamkeit bzw. Gültigkeit der Vertragsziffer 23 einlässlich befasst (vgl. act. 135 S. 10 ff., dort insbes. E. 2.12-2.16). Vorab gab es zum besseren Verständnis den Wortlaut der Vertragsziffer 23 wieder (a.a.O., E. 2.13). Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (wie etwa BGE 56 II 444, 119 II 344, 41 III 437 und Literatur) legte es hernach dar, weshalb unter dem Gesichtspunkt von Art. 894 ZGB gegen die Gültigkeit der in Vertragsziffer 23 von den Parteien getroffene "Verfallsklausel" keine Bedenken bestünden, diese also gültig sei. Zusätzlich verwies das Bezirksgericht im Sinne einer Eventualbegründung darauf (vgl. a.a.O., E. 2.16), dass selbst dann, wenn die pfandvertragsrechtliche

- 16 - Verfallsregelung gegen Art. 894 ZGB verstossen würde, das nicht zugleich ebenso die Ungültigkeit des Darlehensvertrages und damit der Konventionalstrafe nach sich zöge. Durch die unwirksame dingliche Sicherung der Darlehensschuld würde weder der Bestand noch die Gültigkeit des Darlehensvertrages tangiert. Folglich würde daher die Hauptschuld (Rückzahlung des Darlehens) auch dann bestehen und sei im Fall des Verzugs der Beklagten ebenso die Konventionalstrafe geschuldet. Beide Begründungen des Bezirksgerichtes und das Ergebnis, zu dem es mit ihnen gelangte, erweisen sich insgesamt als grundsätzlich zutreffend. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann daher darauf verwiesen werden, mit dem zutreffenden Bemerkungen, dass sowohl die Haupt- als auch die Eventualbegründung den angefochtenen Entscheid im hier zu prüfenden Punkt je für sich allein zu tragen vermögen. Was folgt, dient noch der Verdeutlichung und Ergänzung des vom Bezirksgericht Erwogenen.

E. 3.3.2

Gemäss gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist die Regel des Art. 20 Abs. 2 OR eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes, wonach im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion des Vertrages (favor negotii: BGE 120 II 40 und 43 II 661 f.) die Nichtigkeit nur so weit reichen soll, wie es der Schutzzweck der verletzten Norm verlangt (vgl. auch BGE 131 III 470, 123 III 298). Diesem Grundsatz kann aufgrund des Wortlautes von Art. 20 Abs. 2 OR stets dann nachgelebt werden, wenn erstens (objektiver Aspekt) der inhaltliche Mangel, der die Nichtigkeit zur Folge hat, nur einen Teil des Vertrages betrifft und der Vertrag im Übrigen ohne den nichtigen Teil als sinnvolles Ganzes gültig bleiben kann (Teilbarkeit des Vertrages). Zweitens muss (subjektiver Aspekt) angenommen werden können, die Parteien hätten den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen (sog. hypothetischer Parteiwille). Die Teilbarkeit des Vertrages ist hier, wie das Bezirksgericht in seiner Eventualbegründung richtig erkannt hat, offenkundig gegeben. Der Vertrag vom Dezember 2007 hat als Ganzes auch dann sinnvoll Bestand, wenn die pfandrechtliche Abrede, die Aktien fielen in das Eigentum des Klägers zurück, falls die Beklagte das Darlehen nicht zeitgerecht zurückzahle, aufgrund von Art. 894 ZGB nichtig ist. Die Beklagte bezweifelt das denn auch so nicht ernsthaft. Von der

- 17 - Nichtigkeit der pfandrechtlichen Sicherungsvereinbarung berührt wird sodann objektiv gesehen ebenso wenig der Darlehensvertrag in seinem Bestand und damit zugleich in seinen Wirkungen (hier der Verpflichtung des Beklagten zur Darlehensrückzahlung). Das gilt sowohl grundsätzlich gesehen (Darlehensverträge lassen sich auch ohne gleichzeitige Pfandbestellung schliessen) wie ebenso vom Zweck des hier in Frage stehenden

Darlehensvertrags her betrachtet. Und das- selbe gilt – worauf es im hier zu prüfenden Zusammenhang (Bestand der Haupt- forderung) an sich nicht mehr ankommt, wohl aber im Weiteren – für die damit zu- sammenhängende Sicherungsvereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall verspäteter Rückzahlung des Darlehens. Auch Verträge über Konventionalstrafen i.S. der Art. 160 ff. OR lassen sich unabhängig von Pfandbestellungsverträgen abschliessen: Die Nichtigkeit letzterer oder von Teilen letzterer lassen sie folglich objektiv unberührt. Nichtig aufgrund von Art. 894 ZGB kann hier im Übrigen ohne- hin nicht der gesamte Pfandbestellungsvertrag sein, sondern nur die Klausel, wel- che die Rücknahme des Pfandgegenstandes ins Eigentum des Klägers vorsieht. Die Nichtigkeit der Klausel hat dann zur Folge, dass der Eigentumsübergang nicht stattgefunden hat und die Regel des Art. 891 ZGB gilt, gemäss der sich der Klä- ger aus dem Erlös der Verwertung des Pfandgegenstandes bezahlt zu machen habe. Was die subjektive Seite betrifft, so haben die Parteien in Vertragsziffer 32 für den Fall einer teilweisen Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit oder Unwirksamkeit ihrer Abmachungen gemeinsam den ausdrücklichen Willen zum favor negotii bekundet (vgl. act. 147 [= act. 150], S. 7). Vereinbarungen wie Vertragsziffer 32 sind im Lichte von Art. 19 OR zulässig und beachtlich (vgl. zum Ganzen beispielweise auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 695 ff. mit Verweisen auf Judikatur und Literatur). Das gilt hier umso mehr, als die Parteien in Vertragsziffer 32 gemäss unstrittigem und klaren Wortlaut, aber auch mit Blick auf die übrigen massgebli- chen Auslegungselemente, keine von Art. 20 Abs. 2 OR abweichende Regel ge- troffen haben, sondern im Wesentlichen nur ihren übereinstimmenden Willen be- kräftigten, dass am Vertragsganzen festzuhalten sei, wenn immer das sachlich möglich ist. Der Kläger verweist zu Recht darauf (vgl. act. 143, dort Rz. 44). Die Beklagte übergeht das hingegen in ihrer Argumentation gegen das bezirksgericht- - 18 - liche Urteil (vgl. act. 134 S. 9 ff.). Soweit sie in ihrer Argumentation übrigens dem Kläger erstmals (vgl. act. 10, 34, und Vi-Prot. S. 12 ff, 17 ff., 23 und 28 ff.) auch noch einen anderen tatsächlichen Willen als dem im Vertragsziffer 32 ausdrück- lich Bekundeten unterstellt (vgl. a.a.O., S. 12), ist sie damit gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu hören. Wollte man die Beklagte gleichwohl hören – wozu kein Anlass besteht – gründete ihre Behauptung/Deutung dessen, was der Kläger beim Vertragsschluss gewollt haben soll, mit Blick auf Vertragsziffer 32 sodann auf dem Gegenteil einer verlässlichen tatsächlichen Stütze. Die Argumentation der Beklagten, mit der sie die Eventualbegründung des Bezirksgerichtes im ange- fochtenen Urteil angreift, erweist sich daher sowohl insoweit als auch im Rest als sachlich nicht haltbar.

E. 3.3.3

Als weiteres Zwischenergebnis festzuhalten ist somit, dass die Berufung auch im hier geprüften Punkt insgesamt unbegründet bleibt.

E. 3.4

Die Beklagte lässt die zutreffenden, sich auf den unstrittigen Sachverhalt (vgl. vorn Ziff. I/1.3) abstützenden Erwägungen des Bezirksgerichtes unangefochten, sie habe die Darlehenssumme nicht zurückbezahlt, die Hauptforderung, auf die sich die Strafe bezieht, also nicht erfüllt, und zwar aus Gründen, die ausschliess- lich sie – die Beklagte – zu vertreten hat (vgl. act. 135 S. 13 f.; zu den Gründen siehe auch vorn Ziff. II/3.2.2: Ausstieg des Investors der Beklagten aus persönli- chen Gründen). Die Beklagte stellt richtigerweise ebenfalls nicht in Abrede, dass sie – wie das Bezirksgericht auch vermerkte (vgl. a.a.O., S.

14 f.) – aufgrund der vertraglichen Regelungen ohne Mahnung sowohl mit der Rückzahlung der Darlehenssumme als auch mit der Leistung der Konventionalstrafe in Verzug geriet (vgl. auch die Vertragsziffern 22 und 23) und sich in diesem weiterhin befindet. Weitere Ausführungen zu allen diesen Gesichtspunkten erübrigen sich. Die Beklagte hält demgegenüber mit ihrer Berufung an der Auffassung fest, der Kläger habe seine Rechte gemäss Art. 107 OR verwirkt (vgl. act. 133 S. 12 ff.), nämlich das Recht, auf ihre Leistung zu verzichten und statt dessen Ersatz des ihm aus Nichterfüllung entstandenen Schadens geltend zu machen. Er habe die erforderliche Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben. Darüber hinaus sei der Kläger, selbst wenn man von einer noch rechtzeitigen Erklärung ausginge, auch

- 19 - des Rechts verlustig gegangen, gemäss Ziffer 23 des Vertrages vom Dezember 2007 vorzugehen, also die Leistung der Konventionalstrafe zu verlangen. Denn er habe – so die Beklagte ausdrücklich (vgl. a.a.O., S. 17, dort insbes. Ziff. 40) – schon im Mai bzw. Juni 2008 die rechtsgestaltende Erklärung ausgeübt, das positive Vertragsinteresse geltend zu machen. Mit dem Geltendmachen des positiven Vertragsinteresses sei ein Rückfall der Aktien ins Eigentum des Klägers unvereinbar.

E. 3.4.1

Die Regeln des Art. 107 OR (und damit auch die der Art. 108 f. OR) gelangen nur bei vollkommen zweiseitigen (sog. synallagmatischen) Verträgen zur Anwendung. Die Parteien haben unstrittig ein unverzinsliches Darlehen vereinbart, also einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag, bei dem die Rückgabe (Rückzahlung) der Darlehenssumme nicht im Austauschverhältnis zur Hauptleistung des Darleihers steht. Die Hauptleistung besteht darin, dem Borger die Darlehenssumme auf Zeit zur Verfügung zu stellen, was wiederum die vorgängige Übergabe der Darlehenssumme an den Borger voraussetzt (vgl. etwa auch BGE 83 II 210). Ein Austauschverhältnis ("do ut des") wäre nur bei einem verzinslichen Darlehen gegeben – im Austauschverhältnis stehen bei diesem einerseits die Überlassung der geborgten Summe auf Zeit ("do") und im Gegenzug ("ut") andererseits die Zahlung von (Darlehens-)Zins des Borgers dafür ("des"; vgl., statt vieler: HIGI, a.a.O., Art. 312 N 10, mit zahlreichen Verweisen). Die Parteien haben gerade kein verzinsliches Darlehen abgeschlossen und die besonderen, für synallagmatische Verträge vorgesehenen Verzugsregeln des Art. 107 OR sind daher nicht anwendbar (was auf der Hand liegt, weil der Vertrag ja in den für ihn typischen Dauerleistungen, die Hauptleistung sind, vollständig erfüllt ist). Insoweit konnten dem Kläger keine Rechte aus Art. 107 OR entstehen und konnte er solche ebenso wenig verwirken. Für den Verzugsfall bei der Rückgabe der Darlehenssumme gelten für die Darlehensvertragsbeziehung der Parteien hingegen vorab die allgemeinen Verzugsregeln der Art. 102 ff. OR, darunter der Art. 104 Abs.1 OR, welcher als dispositive Norm die Vereinbarung einer vom 5%-Satz abweichenden Höhe des Verzugszinses erlaubt. Die Parteien haben unbestrittenermassen diese Möglichkeit wahrgenommen und den Verzugszins auf 6% festgesetzt. Zusätzlich haben die

- 20 - Parteien unbestrittenermassen eine Konventionalstrafe für die Nichteinhaltung der Erfüllungszeit bei der Rückgabeleistung der Beklagten als Borgerin vereinbart, die der Kläger heute fordert. Mit dieser Rückgabeleistung ist die Beklagte in Verzug geraten, nicht hingegen mit einer (Darlehens-)Zinszahlung. Sie kann folglich aus Art. 107 OR nichts zu Gunsten ihres Standpunktes herleiten, die Konventionalstrafe sei nicht geschuldet. Und dasselbe gilt hinsichtlich des Pfandbestellungsvertrages, den die Parteien zur Sicherung

der Darlehensrückgabe durch die Beklagte zusätzlich vereinbart haben. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt dazu noch anzumerken, dass selbst dann, wenn die im Pfandbestellungsvertrag vereinbarte Rückfallsklausel nichtig wäre, das – wie gesehen (vorn Ziff. II/3.3.2) – am gültigen Bestand des Darlehensvertrages und der Rückgabeverpflichtung der Beklagten nichts änderte. Denn wäre die pfandrechtliche Rückfallsklausel nichtig, bestünde richtig besehen ein Verwertungsrecht des Klägers (der Erlös käme dann zur Anrechnung an die Forderung des Klägers auf Rückgabe des Darlehens).

E. 3.4.2

Soweit die Beklagte sich mit dem Verweis auf Rechte gemäss Art. 107 OR auf den Aktienkauf abstützen will, den die Parteien im Vertrag vom Dezember 2007 vereinbart haben, so übergeht sie vorab, dass die Konventionalstrafe nicht zur Sicherung kaufvertraglicher Leistungen abgeschlossen wurde, wie z.B. im von ihr zitierten Urteil des Bundesgerichts 4C.58/2004 vom 23.06.2004 (vgl. act. 133 S. 14), sondern zur Sicherung der Darlehensrückzahlung. Insoweit lässt sich aus dem von ihr zitierten Urteil des Bundesgerichts nichts zu Gunsten ihres Standpunktes herleiten. Auf den Art. 107 OR kann sich die Beklagte folglich überhaupt nur dann berufen, wenn der Darlehensvertrag Teil des Synallagmas (des Austauschverhältnisses von Leistungen) des Aktienkaufvertrages bildete, sei es des Kaufgeschäfts selbst oder sei es als Teil eines darüber hinausgehenden synallagmatischen Vertragsganzen. Diesen Standpunkt nimmt die Beklagte offensichtlich ebenfalls ein. Vertragsparteien steht es grundsätzlich frei zu vereinbaren, welche Leistungen sie – abgesehen von den vertragswesentlichen Punkten bei Nominatverträgen – in das Synallagma (Austauschverhältnis im Sinne von "do ut des") einbeziehen wollen und welche nicht (so stellt z.B. die Leistung der Sicherheit i.S. des Art. 257e OR grundsätzlich keine synallagmatische Verpflichtung des Mieters dar;

- 21 - sie kann aber in das Synallagma einbezogen werden, in dem die Übergabe der Mietsache von der vorgängigen Leistung der Sicherheit abhängig gemacht wird). Die Parteien können sich ferner Haupt- und Nebenleistungen versprechen, die weder sog. vertragstypisch sind noch sachlich miteinander zusammenhängen oder in einem Austauschverhältnis zueinander stehen. Daneben können sie gleichzeitig mehrere Verträge abschliessen und in einer einzigen Vertragsurkunde fixieren, wobei die Verträge sachlich nicht zueinander gehören müssen; ebenso können die Parteien Verträge verknüpfen, so dass z.B. der eine das (Vor-)Bestehen des anderen voraussetzt (wie etwa die Vereinbarung einer Sicherheitsleistung i.S. des Art. 257e OR) oder die Erfüllung des anderen oder nichts von dem. Die Tatsache, dass die Parteien den Abschluss mehrere Verträge in einer einzigen Vertragsurkunde fixieren, macht diese Verträge daher für sich allein noch nicht zu einem insgesamt synallagmatischen Vertrag, auf den deshalb insgesamt die Regeln des Art. 107 OR Anwendung finden. Zu prüfen ist daher stets, ob die vertraglichen Verpflichtungen in einem Verbund stehen und insofern ein einheitliches Ganzes bilden (vgl. STÖCKLI, Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich 2008, S. 29), in dem nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien jede Zuwendung der einen nur im Austausch mit der einer anderen erfolgt (vgl. STÖCKLI, a.a.O., S. 28). Denn das Synallagma ist Ausdruck eines wechselseitigen Vergütungsinteresses der Parteien (vgl. STÖCKLI, a.a.O.). Leistungen, die Ausdruck entsprechender wechselseitiger Vergütungsinteressen der Parteien sind, bilden im sog. Aktienkaufvertrag der Parteien vom Dezember 2007 zum einen die Übergabe der Aktien und die Verschaffung des Eigentums daran durch den

Kläger; darin liegt das Vergütungsinteresse der Beklagten. Zum anderen geht es um die Leistung des Kaufpreises durch die Beklagte, sowie gemäss den Regeln zum "Closing" um die Erfüllung der in Vertragsziffer 19 erwähnten weiteren Verpflichtungen durch die Beklagte; darin liegt das Vergütungsinteresse des Klägers. Von keinem dieser zwei wechselseitigen Vergütungsinteressen erfasst ist hingegen die Beschaffung der Mittel durch die Beklagte, die sie zur Leistung des Kaufpreises benötigt. Zwar lag in der Mittelbeschaffung der Beklagten – wie gesehen – der Grund bzw. Zweck des Darlehensvertrages, und insoweit setzte er den Bestand des Kaufvertrages voraus. Der Darlehensvertrag

- 22 - lässt sich aber nicht als Ausdruck eines Vergütungsinteresses des Klägers begreifen, das im Austausch mit den kaufvertraglichen Leistungen der Beklagten als Zuwendung steht – Zuwendung ist allein der Kaufpreis. Der Darlehensvertrag lässt sich eben so wenig als Ausdruck eines Vergütungsinteresses des Klägers begreifen, das im Austausch mit dem Kaufvertrag als einer entsprechenden Zuwendung der Beklagten an den Kläger steht; und dasselbe gilt für den umgekehrten Fall (Kaufvertrag als Vergütungsinteresse des Klägers, das im Austausch mit dem Darlehensvertrag als Zuwendung der Beklagten steht). Der Darlehensvertrag fällt daher weder in das kaufvertragliche Synallagma noch unter das Synallagma eines gesamthaften, als Einheit zu begreifenden Ganzen. Demnach konnten dem Kläger auch insofern keine Rechte aus Art. 107 OR entstehen, die den Darlehensvertrag berühren, und der Kläger konnte solche Rechte ebenso wenig verwirken. Der hier zu prüfende Standpunkt der Beklagten erweist sich folglich auch insoweit nicht als haltbar und es bleibt ihre Berufung gleichermassen sachlich unbegründet. Um selbst das noch zu erwähnen: Der Vollzug des Darlehensvertrages führte im Ergebnis wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Stundung des Kaufpreises. Die Stundung bzw. Stundungsvereinbarungen beschlagen Fragen des Erfüllungszeitpunktes und sind nicht Gegenstand des Synallagmas (also einer Zuwendung, die erbracht wird, um von der Gegenpartei eine andere Zuwendung zu erhalten). Auch von daher liesse sich nichts zu Gunsten des beklagten Standpunktes herleiten, ganz abgesehen davon, dass die Parteien keine Stundungsvereinbarung getroffen haben, obwohl das möglich gewesen wäre, sondern übereinstimmend eben anderes gewollt und vereinbart haben.

E. 3.4.3

Wollte man entgegen dem eben Dargelegten den Darlehensvertrag gleichwohl als Teil des Synallagmas des Aktienkaufvertrages betrachten bzw. als Teil des Synallagmas eines Gesamtvertrages, den die Parteien unter dem Titel des Aktienkaufvertrages im Dezember 2007 abgeschlossen haben, so verhilfe selbst das dem Standpunkt der Beklagten nicht zum Durchbruch. Denn es gölten dann die insoweit im Tatsächlichen und Rechtlichen zutreffenden Erwägungen des Bezirksgerichts im angefochtenen Urteil (act. 135 S. 15 ff.), auf die der Kürze halber verwiesen wird. Und es bliebe die Berufung auch insoweit unbegründet.

- 23 - Ergänzend wäre dem noch beizufügen, dass die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten in der Berufungsschrift soweit nicht zutrifft (vgl. act. 133 S. 12 ff.), wie die Beklagte dabei Interpretationen von unstrittigen Erklärungen der Parteien (vgl. insbesondere act. 4/11, act. 33/18, act. 33/19, act. 4/13) vornimmt und dann einfach diese Eigeninterpretationen bzw. -deutungen als Tatsachen behauptet. Vor dem Vertrauensprinzip halten diese Interpretationen bzw. Deutungen zudem nicht stand. Dass die Beklagte dabei ausblendete, was als Hinhalten und Verzögern ihrerseits gemäss Vertrauensprinzip

erkennbar ist, kommt noch hinzu. Die Beklagte kommt mit ihrer Sachverhaltsinterpretation jedenfalls gegen die zutreffenden bezirksgerichtlichen Überlegungen nicht an, die dem Schreiben des Klägers vom 15. Mai 2008 (act. 4/13) die Bedeutung einer nochmaligen Nachfristsetzung mit gleichzeitiger zulässiger Abgabe des Wahlrechts i.S. des Art. 107 Abs. 2 OR beimassen (vgl. act. 135 S. 17). Soweit die Beklagte mit der Berufung gegen die Konsequenzen dieser Überlegungen des Bezirksgerichtes auch noch anführt (vgl. act. 133 S. 15 ff.), der Kläger habe sein "Wahlrecht" zwar am 15. Mai 2008 ausgeübt und sich dabei sowie am 23. Juni 2008 für die Geltendmachung von Schadenersatz aus Nichterfüllung (positives Interesse) entschieden, es stehe das jedoch der Geltendmachung der Konventionalstrafe entgegen, bliebe der Vollständigkeit halber noch Folgendes anzumerken: - Mit dieser Entscheidung hätte der Kläger auch nach Auffassung der Beklagten am Vertrag als Ganzem festgehalten. Bestand hätte dann aber auch die Abrede der Vertragsstrafe (vgl., statt vieler, etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., S. 124 und 125: Aufrechterhaltung des Vertrages, aber es ist vom Schuldner anstatt der vertraglichen Leistung Schadenersatz zu leisten). - Die Beklagte hat ihre geschäftswesentliche kaufvertragliche Verpflichtung, nämlich die Leistung des Kaufpreises, bereits erbracht und im Vertrag vom Dezember 2007 gerade nicht versprochen, sie zahle die Vertragsstrafe im Fall, dass sie die übrigen kaufvertraglichen Leistungsversprechen (vgl. vorn zum "Closing") nicht erfüllen werde. Ein Zusammenhang zwischen einem allfälligen "positiven Vertragsinteresse" des Klägers schadenersatzrechtlicher Natur gemäss Art. 107 OR wegen Nichterfüllung kaufvertraglicher Leistungsverspre-

- 24 - chen und der von den Parteien übereinstimmend gewollten Vertragsstrafe besteht von daher nicht. - Die Vertragsstrafe zu bezahlen versprach die Beklagte denn auch einzig für den Fall nicht zeitgerechter vollständiger Rückzahlung des Darlehens, das ihr der Kläger erbracht hat. Die Beklagte hat indessen unbestrittenermassen das Darlehen weder zeitgerecht noch verspätet zurückbezahlt, sondern nie. Sie schuldet folglich die vertraglich vereinbarte Rückzahlung des schon erfüllten Darlehensvertrags (vgl. vorn Ziff. II/3.4.1) weiterhin; die Forderung des Klägers entspricht dem und beinhaltet keinen Schadenersatzanspruch aus Vertrag, schon gar nicht einen Schadenersatzanspruch i.S. des Art. 107 OR. - Die Beklagte hat schliesslich die für den Fall verspäteter Rückzahlung des Darlehens versprochene Strafe nicht geleistet. Bei dieser Strafe handelt es sich wiederum um eine vertraglich vereinbarte Schuld der Beklagten, also um eine Forderung des Klägers aus Vertrag, und nicht um Schadenersatz aus Vertrag, geschweige denn um Schadenersatz aus Nichterfüllung i.S. des Art. 107 OR (vgl. wiederum statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., S. 312 f.).

E. 3.5

Im Sinne eines Zwischenergebnisses bleibt festzuhalten, dass die Berufung in allen vorhin behandelten, von der Beklagten mit der Berufung aufgeworfenen Punkten unbegründet geblieben ist. Auch sonst bringt die Beklagte in ihrer Berufung (act. 133) nichts von Belang vor, was zu einem anderen Ergebnis als diesem führen könnte. Die Konventionalstrafe, die der Kläger mit seiner Klage verlangt, ist somit grundsätzlich geschuldet. Das Bezirksgericht hat dem Kläger die mit der Klage geforderte Konventionalstrafe vollumfänglich zugesprochen. Die Beklagte ist der Auffassung, die Strafe sei herabzusetzen (vgl. act. 133 S. 18 ff.). Bevor darauf näher eingegangen wird, ist der Klarheit halber nochmals kurz Folgendes zu rekapitulieren: Gültig vereinbart haben die

Parteien im Dezember 2007 einen Vertrag über ein unverzinsliches Darlehen des Klägers an die Beklagte; dieser Darlehensvertrag ist kein vollkommener zweiseitiger Vertrag. Der Darlehensvertrag wurde vom Kläger als Darleher vollständig erfüllt, was die Verpflichtung der Beklagten begründete, die ihr vom Kläger erbrachte Darlehenssumme zurückzuzahlen, und zwar auf die vertraglich vereinbarten Termine im Januar 2008 hin. Die gleichzeitig im Dezember

- 25 - 2007 getroffene Vereinbarung über die Konventionalstrafe geht dahin, dass die Strafe dann geschuldet ist, wenn die Darlehenssumme nicht auf die vereinbarten Termine hin zurückbezahlt wird. Ebenso diese Vereinbarung ist gültig zu Stande gekommen. Die Beklagte ist ihrer sog. Hauptverpflichtung (vgl. dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., S. 310) auf Rückzahlung der Darlehenssumme unbestrittenermassen bis heute nicht nachgekommen, hat folglich insbesondere nicht termingerecht geleistet, und zwar aus eigenem Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit). Damit ist die Voraussetzung (aufschiebende Bedingung; vgl. statt vieler wiederum: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., S. 311) eingetreten, unter der die Forderung des Klägers auf Zahlung der Strafe entstand. Letzteres gälte im Übrigen auch denn, wenn man – wie die Beklagte (vgl. act. 133 S. 18 Ziff. 41) – in der Vertragsziffer 23 zwar kein vereinbartes, aber doch "faktisches Rücktrittsrecht" des Klägers für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages vom Dezember 2007 durch die Beklagte erkennen wollte (wozu indessen wie gesehen kein Anlass besteht).

E. 4

4.1 Die Konventionalstrafe kann von den Parteien grundsätzlich in beliebiger Höhe bestimmt werden (vgl. Art. 163 Abs. 1 OR). Übermässige Konventionalstrafen hat das Gericht jedoch gemäss Art. 163 Abs. 3 OR nach seinem freien (pflichtgemässen) Ermessen herabzusetzen. Die Bestimmung des Art. 163 Abs. 3 OR ist zwingender Natur und vom Gericht auch dann anzuwenden – und es ist also eine allfällige Herabsetzung zu prüfen –, wenn der Schuldner das nicht ausdrücklich verlangt (vgl. BGE 133 III 209, Urteil des BGer 4A_174/2011 vom 17. Oktober 2011, dort E. 6.1). Das übersieht der Kläger bei seinen Einwendungen gegen eine Prüfung der Herabsetzung im Berufungsverfahren (vgl. vorn Ziff. II/2.3, a.E., mit Verweis). Die Prüfung einer allfälligen Herabsetzung hat in zwei Schritten zu erfolgen. Zum ersten muss nach pflichtgemässem Ermessen in Würdigung des Einzelfalls beurteilt werden, ob die Konventionalstrafe angemessen ist oder nicht. Ist im ersten Schritt ein Übermass festgestellt worden, gilt es im zweiten Schritt in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens, also wiederum in Würdigung des Einzelfalls die (noch) angemessene Höhe der Strafe festzusetzen. Der zweite Schritt entfällt allerdings dann, wenn im ersten Schritt kein Übermass festzustellen ist.

- 26 - Weder die Anwendung der Norm von Amtes wegen noch die dabei vorzunehmende Prüfung nach pflichtgemässem Ermessen entbinden den Schuldner allerdings davon, die tatsächlichen Voraussetzungen einer Herabsetzung (also die tatsächlichen Umstände des konkreten Einzelfalls und das Missverhältnis zwischen Strafe und Erfüllungsinteresse des Gläubigers) zu behaupten und – soweit umstritten – zu beweisen. Diese im erstinstanzlichen Prozess zu beachtenden (und vom Bezirksgericht auch beachteten) Grundsätze verlangen im Berufungsverfahren aufgrund der Rügeobliegenheit (vgl. vorn Ziff. II/1.1) gewissermassen verstärkt Beachtung: Denn nur mit der Berufung Gerügtes ist näher zu prüfen, Unbeanstandetes gilt als gegeben. Der Zweck von Art. 163 Abs. 3 OR liegt primär im Schutz der wirtschaftlich schwächeren Partei vor dem Rechtsmissbrauch durch den

wirtschaftlich Stärkeren (vgl. BGE 41 II 142). Es ist allerdings mit Blick auf Art. 163 Abs. 1 OR der Grundsatz der Vertragstreue zu beachten und es hat das Gericht entsprechend Zurückhaltung zu üben: Für ein Übermass muss zwischen dem vereinbarten Strafbetrag und den Interessen des Ansprechers, an diesem ungeschmälert festzuhalten, ein krasses Missverhältnis bestehen, damit der Eingriff in den Vertrag erlaubt ist (gl. z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 3828 mit Verweisen auf Judikatur und Literatur). Eine Strafe ist daher nicht bereits deshalb übermassig, weil sie den Betrag übersteigt, den der Gläubiger als Schaden wegen Nichterfüllung erleidet, verlöre die Strafe doch – nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 161 Abs. 2 OR – ihren Sinn (vgl. auch BGE 133 II 54). Insofern unmassgeblich bleiben daher der tatsächliche Schaden des Gläubiger sowie der – abstrakt gesehen – grösstmögliche Schaden des Gläubigers aus Nichterfüllung. Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung gerade des Übermasses vielmehr die konkreten Umstände, insbesondere die wirtschaftliche Stellung beider Vertragsparteien bzw. ihre Abhängigkeiten aus dem Vertragsverhältnis, auch unter dem (sozialschutzrechtlichen) Aspekt stärkerer und schwächerer Parteien, die Geschäftserfahrung der Parteien, die Art und Dauer des Vertrages, die Vertragsverletzung, die zur Strafe führt sowie das Verschulden des Verletzers, das Schadensrisiko dem der Gläubiger ausgesetzt war usf. (vgl. etwa BGE 38 II 103, 91 II 383, 95 II 539 f., 103 II 108 f. und 135, 133 III 48 f., 54 f., und 211; siehe ferner z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMME-

- 27 - NEGGER, a.a.O., mit zahlreichen Verweisen). Diese rechtlichen Grundsätze hat das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil im Übrigen zutreffend erwähnt (vgl. act. 135, dort insbes. E. 7.8 und 7.9), weshalb hier ergänzend darauf verwiesen werden kann. Und es hat sie in der Folge – wie zu sehen sein wird – auch beachtet.

E. 4.2

Die Beklagte begnügt sich in der Berufung im Wesentlichen mit einer Argumentation, die sich auf das Verhältnis von Strafe und Schaden bezieht; dabei setzt sie die Strafe in Relation zum Kaufpreis bzw. zum positiven und negativen Interesse des Klägers aus dem gescheiterten Kaufvertrag (vgl. act. 133 S. 18 f.). Und sie hält der Auffassung des Bezirksgerichtes, wonach bei der Würdigung der gesamten Umstände auch das Schadensrisiko des Gläubigers im Zeitpunkt der Vertragsverletzung zu würdigen sei, noch entgegen, es sei ein solches Risiko inexistent gewesen, weil der Kläger die Aktien wieder in sein Eigentum nehmen können (a.a.O., S. 19 f.). Diese Argumentation greift nur einige wenige Punkte der einlässlichen bezirksgerichtlichen Begründung an, setzt sich mit den übrigen vom Bezirksgericht erwogenen wesentlichen Gesichtspunkten des Einzelfalls nicht auseinander und bietet insoweit keine Grundlage nur schon für die Feststellung eines Übermasses der Strafe. Der Kläger verweist darauf zu Recht (vgl. act. 143 S. 20 f.). Insoweit erscheint die Berufung auch in diesem letzten Punkt unbegründet, was zur Abweisung führt.

E. 4.3

Erachtete man die bloss punktuelle Argumentation der Beklagten als hinreichende Begründung, bliebe der Berufung aus nachstehenden Überlegungen dennoch kein Erfolg beschieden.

E. 4.3.1

Die Beklagte übergeht mit dieser Argumentation vorab, dass die Strafe geschuldet ist, weil sie – die Beklagte – ihrer darlehensvertraglichen Verpflichtung zur Rückerstattung nicht

nachgekommen ist. Das ist unter dem Gesichtspunkt der Art des Vertrages (unverzinsliches Darlehen) zu berücksichtigen, zu dessen Erfüllungssicherung die Strafe vereinbart worden war. Und es bleibt nochmals festzuhalten (vgl. vorn Ziff. II/3.4.2 und 3.5), dass es weder um Schaden i.S. des positi-

- 28 - ven Interesse i.S. des Art. 107 OR noch um einen Rücktritt vom Vertrag und einen Schaden i.S. des negativen Interesse gemäss Art. 109 OR geht. Die Beklagte übergeht in ihrer Berufung sodann die Gesichtspunkte der kurzen Vertragsdauer sowie des Zwecks des Darlehensvertrages. Letzterer bestand darin, der Beklagten den Kauf der Aktien schon im Dezember 2007 zu ermöglichen, als sie noch nicht über die zur Kaufpreistilgung erforderlichen Mittel verfügte, aber gleichwohl kaufen wollte. Das zeigt im Übrigen, dass die Beklagte ein für sie sehr risikobehaftetes Geschäft einging und in Kenntnis dessen der Strafe zustimmte, ohne ihrerseits eine Absicherung zu treffen. Damit ist ebenso der Gesichtspunkt des Risikos des Klägers als Darleiher erwähnt, das darin bestand, die der Beklagten in Erfüllung des Darlehensvertrages unentgeltlich vorgeschossenen Mittel nicht oder zumindest nicht fristgerecht zurückzuerhalten. Diesem Risiko des Klägers stand zudem der Vorteil der Beklagten gegenüber, ohne zusätzliche finanzielle Aufwendungen (wie sie bei der Beschaffung von Mitteln bei Dritten üblich sind) den Kaufpreis bereits im Dezember 2007 erbringen zu können und den Kaufvertrag davon unbelastet danach im Übrigen zu erfüllen. Im Fall zeitlicher Erfüllung des Darlehensvertrages wären der Beklagten gemäss vertraglicher Abrede nämlich keine weiteren Kosten entstanden. Im Fall der verspäteten Zahlung ist die Strafe überdies gemäss Vertragsziffer 23 ungeschmälert als Teilzahlung von gut 30% der gesamten Darlehensrückgabeleistung anzurechnen. Nicht beanstandet hat die Beklagte mit der Berufung sodann die sachwesentlichen Feststellungen des Bezirksgerichts zu den weiteren Umständen, nämlich vorab die zutreffenden Feststellungen, dass beide Parteien geschäftsgewandt sind, zwischen ihnen kein (wirtschaftliches und sozialschutzrechtliches) Verhältnis bestand und besteht, in dem die Beklagte als die schwächere Partei dastünde, zumal die Beklagte gemäss eigenen Angaben über gute finanzielle Verhältnisse verfüge (vgl. act. 135 S. 25 [dort. E. 7.19]). Unbeanstandet geblieben sind mit der Berufung ebenso die Feststellungen des Bezirksgerichtes, die Parteien hätten bereits in der Vergangenheit Geschäfte miteinander abgeschlossen und stünden in keinem Abhängigkeitsverhältnis voneinander (vgl. a.a.O.). Unbeanstandet gelassen hat die Beklagte endlich die anschliessende Wertung des Bezirksgerichtes, es würden alle diese Gesichtspunkte gegen die Annahme einer Übermässigkeit

- 29 - bzw. der Herabsetzung der Strafe sprechen, und auch das mit Fug: Denn von einem Rechtsmissbrauch der stärkeren Partei gegenüber der Schwächeren, den Art. 163 Abs. 3 OR bezweckt, kann insofern noch keine Rede sein. Es gilt daher den Grundsatz der Vertragstreue entsprechend hoch zu halten, gerade auch mit Blick auf Art. 163 Abs. 1 OR. Und es lässt sich insofern kein krasses Missverhältnis zwischen dem klägerischen Erfüllungsinteresse auf vollständige Rückzahlung des Darlehens und der Strafe, die letztlich auf eine Teilrückzahlung des Darlehens hinausläuft, ausmachen. Ein solches Missverhältnis ist auch nicht mit Blick auf die zusätzliche Sicherheit für die Rückgabeleistung mittels Pfandbestellung zu erkennen. Letztere dient nach dem Willen beider Parteien ohnehin nur der Tilgung der vertraglichen Rückgabeleistung im Fr. 1'000'000.- übersteigenden Umfang (vgl. die Ziffer 23 des Vertrags vom Dezember 2007). Endlich verbietet sich die Annahme eines Missverhältnisses, wenn man berücksichtigt, dass

die Beklagte ein für sie sehr risikobehaftetes Geschäft einging, indem sie die zeitgerechte, mit Strafe verbundene Rückzahlung eines Darlehens versprach, ohne gerade über die dafür nötigen eigenen Mittel zu verfügen und ohne zugleich für die Absichten ihres eigenen Risikos gegenüber dem Investor zu sorgen, der sein Interesse im Januar 2008 verlor. In der fehlenden Absicherung eigener Risiken liegt ein schon fast aleatorisches anmutendes Element, das allein die Beklagte als geschäftsgewandte Person zu verantworten hat und ihr entsprechend zum Verschulden gereicht.

E. 4.3.2

Die Berufung erweist sich aus allen in vorstehender Ziff. II/4.3.1 erwähnten Gründen ebenfalls in diesem letzten von der Beklagten aufgegriffenen Punkt als unbegründet. Zusammengefasst ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Konventionalstrafe die rechtzeitige Erfüllung der darlehensvertraglichen Rückzahlungspflicht der Beklagten bezweckte und Teil dieser vertraglichen Rückzahlungsverpflichtung ist. Ein Verhältnis zwischen einem schadensersatzrechtlichen Erfüllungsinteresse des Klägers und der Konventionalstrafe, welches auf Angemessenheit zu prüfen wäre, besteht daher grundsätzlich nicht und bestünde ebenso wenig mit Blick auf Art. 160 Abs. 2 OR. Das lässt keinen Raum für eine Herabsetzung bzw. einen entsprechenden Eingriff in den Vertrag (hier Vertragsziffer 23). Eine Herabsetzung verringerte im Übrigen die darlehensvertragliche Rückgabe-

- 30 - verpflichtung der Beklagten, kurz einen Schulderlass. Für einen solchen richterlichen Eingriff liesse sich kein rechtfertigender Grund finden.

E. 4.4

Die Beklagte stellt mit der Berufung wie schon vor Bezirksgericht die Strafe in den weiteren Kontext des Aktienkaufvertrages. Das ist – wie anderweitig erwähnt – sachlich unzutreffend. Um nichts zu versäumen, sei immerhin noch angemerkt, dass ebenfalls die Berücksichtigung dieses weiteren Kontextes bzw. Rahmens nichts daran zu ändern vermöchte, dass die Berufung auch im eben geprüften Punkt (Herabsetzung) selbst dann unbegründet bliebe, wenn das nicht schon je für sich genommen aufgrund dessen der Fall wäre, was in Ziff. II/4.2 und 4.3 dargelegt wurde. Das Bezirksgericht hat diesen weiteren Rahmen in seinen Erwägungen ebenfalls berücksichtigt (vgl. act. 135, dort insbes. S. 21 ff.). Unbeanstandet lässt die Beklagte mit ihrer Berufung (act. 133 S. 18 ff.) die Feststellungen des Bezirksgerichtes zum Nichterfüllungsschaden des Klägers, der sich auf Fr 3'330'000.- zuzüglich einer jährlichen Rendite von Fr. 33'300.- beläuft, die hätte erzielt werden können, wenn die Beklagte ihren Versprechen nachgekommen wäre (vgl. a.a.O., E. 7.17); diese Feststellungen sind hier noch mit dem Hinweis zu ergänzen, dass sich der Nichterfüllungsschaden allein hinsichtlich der nicht erzielbaren jährlichen Rendite heute auf über Fr. 230'000.- beläuft. Unangefochten lässt die Beklagte weiter die Feststellungen des Bezirksgerichts in den Erwägungen 7.12 ff. des Urteils (act. 135 S. 23 ff.), wonach die von ihr – der Beklagten – geltend gemachte Wertsteigerungen der Aktien im Zeitpunkt des Vertragsbruchs nicht eingetreten sei, der Kläger bei korrekter Vertragserfüllung durch die Beklagte die Verluste der E. _____ AG in den Folgejahren nicht zu tragen gehabt hätte, für eine Verletzung der Schadensminderungsobligationen durch den Kläger keine ausreichenden Hinweise vorlägen und schliesslich die Behauptung der Beklagten unbewiesen geblieben sei, dass dem Kläger im Zeitpunkt der Vertragsverletzung verbindliche Offerten zum Verkauf der Aktien an Dritte vorgelegen hätten. Richterweise unbeanstandet blieb

die Folgerung des Bezirksgerichtes, es könne daher nicht gesagt werden, der Kläger hätte die Aktien zu einem gleichen oder höheren Preis verkaufen können.

- 31 - Alle diese weiteren Gesichtspunkte sind, wie erwähnt, mit der Berufung gerade nicht in Frage gestellt worden und erweisen sich nur schon von daher als zutreffend. Daher kann vorab ergänzend auf die entsprechenden Erwägung des Bezirksgerichtes verwiesen werden. Diese weiteren vom Bezirksgericht erwähnten Gesichtspunkte sind sodann nicht isoliert zu betrachten, sondern in das Bild einzufügen, das bereits in Ziff. II/4.3.1 gezeichnet wurde. Insbesondere zu berücksichtigen sind daher der dort erörterte Zweck des Darlehens, die Feststellungen und Wertungen zu Art und Dauer des Darlehensvertrages sowie zum Zweck der Strafvereinbarung. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, was dort zur Stellung bzw. Beziehung der Parteien zueinander dargelegt ist sowie zu den Risiken beider Parteien und zum Verschulden der Beklagten. Und es bleibt das Fazit, dass die geschäftsgewandte und -erfahrene Beklagte in für sie hochriskanter Art Aktien kaufen wollte und kaufte, obwohl sie über die erforderlichen Mittel dazu gerade nicht verfügte und vom Kläger unentgeltlich bevorschussen liess. Im Wissen darum versprach sie auch die Strafzahlung. Dass sie ihre vertraglichen Versprechen insbesondere auf Zahlung nicht zu erfüllen vermochte, hat die Beklagte selbst zu vertreten (und jedenfalls nicht der Kläger). Ebenso hat ausschliesslich sie es zu vertreten, dass sie ihre Risiken, die Mittel für die Rückzahlung des vorgeschossenen Kaufpreises bzw. Darlehens rechtzeitig zu erlangen, nicht absicherte (z.B. durch vertragliche Bindung des Investors oder Zusagen einer Bank für den Fall des späteren Desinteresse des Investors) und damit in Kauf nahm, das zur Vertragserfüllung notwendige Geld weder zur versprochenen noch in absehbar später Zeit zur Verfügung zu haben. Das schliesst Rechtfertigungen für das Abweichen vom Grundsatz der Vertragstreue und einen gerichtlichen Eingriff in den von der Beklagten gewollten Vertrag, namentlich auch zur Strafe und deren Höhe, aus.

E. 5

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. 1'000'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Diggelmann lic. iur. K. Würsch versandt am:

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