

# ZH\_OBERGERICHT LB190010 vom 26. November 2019

ZH Obergericht, 2019-11-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB190010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB190010)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB190010 du 26 novembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LB190010 del 26 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) war bis 31. Dezember 2015 mit 50% am Aktienkapital der C.\_\_\_\_\_ Service AG (nachfolgend: Gesellschaft) beteiligt und Mitglied des Verwaltungsrats der Gesellschaft. Im Verlaufe des Jahres 2015 äusserte der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagter) den Wunsch, die Mehrheit an der Gesellschaft und die alleinige Geschäftsführung zu übernehmen. Der Kläger schlug daraufhin vor, dem Beklagten seine Aktien zu verkaufen. Am 9. Dezember 2015 schlossen die Parteien ein Memorandum of Understanding. Schliesslich schlossen die Parteien am 24. Dezember 2015 einen Aktienkaufvertrag ab (act. 4/2). In Ziffer 4 des Kaufvertrages trafen die Parteien folgende Regelung betreffend die Dividende für das Geschäftsjahr 2015: "4. Bonuszahlungen und Dividende 2015 [Bonusanspruch des Klägers] [Bonusanspruch des Beklagten] Die Dividendenberechtigung für das Geschäftsjahr 2015 bleibt für die 75 hier veräusserten Kaufaktien beim Verkäufer [Kläger], d.h. er erhält 50% der noch zu beschliessenden Dividende für das Geschäftsjahr 2015, wobei die Parteien heute davon ausgehen und vereinbaren, dass die Bruttodividende für das Jahr 2015 total CHF 600'000 ausmachen soll, zahlbar spätestens per 30. Juni 2016 (unter Abzug der Verrechnungssteuer von 35%), zu je 50% an die beiden Parteien. Der Käufer [Beklagter] verpflichtet sich, dafür besorgt zu sein, dass die Dividende 2015 entsprechend beschlossen und ausbezahlt wird." Für das Geschäftsjahr 2015 wurde schliesslich eine Dividende von Fr. 300'000.– beschlossen. In der Folge wurden dem Kläger Fr. 150'000.– abzüglich 35% Ver-

- 4 - rechnungssteuer, also Fr. 97'500.–, überwiesen. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger gegenüber dem Beklagten geltend, mit Ziff. 4 des Aktienkaufvertrages vom 24. Dezember 2015 habe er eine Dividendenauszahlung in der Höhe von Fr. 300'000.– garantiert, so dass er zu verpflichten sei, die Differenz zur effektiv ausbezahlten Dividende von Fr. 150'000.– zu bezahlen.

### E. 2

Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel (in Tat- und Rechtsfragen)

- 5 - frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweise auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen

des bereits vor der ersten Instanz Vorge- tragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanz- lichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – ab- gesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftli- chen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfpro- gramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklä- gers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer ande- ren Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vor- instanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Ent- sprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, dass und inwiefern die Vor- instanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, zutreffen muss die- se Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwir- ken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten,

- 6 - wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

## **E. 2.1**

Der Kläger rügt, dass ihm von der Vorinstanz keine Möglichkeit zum Nach- weis eines tatsächlichen Konsenses gegeben worden sei, obwohl er einen tat- sächlichen Konsens substantiiert behauptet habe (act. 38 Rz 5). Der Kläger ver- weist (a.a.O.) auf diverse Stellen in den erstinstanzlichen Rechtsschriften, in de- nen er einen tatsächlichen Konsens substantiiert behauptet habe. Im Einzelnen hat er an den angeführten Stellen (nebst den unten wiedergegebenen im Weite- ren: act. 2 Rz 16; act. 17 Rz 2, Rz 43; act. 27 Rz 2, Rz 7) Folgendes vorgebracht: - act. 2 Rz 14: "Die Parteien sind dabei davon ausgegangen und haben ver- einbart, dass die Bruttodividende für das Jahr 2015 den genannten Betrag von CHF 600'000.00 ausmachen soll". - act. 2 Rz 18: "Das, was der Beklagte in Ziff. 4 des Kaufvertrages garantiert hat und garantieren wollte, ergibt sich zweifelsfrei aus dem Vertragstext. Entscheidend ist, dass die Parteien zunächst vereinbart hatten, dass die Dividende für das Jahr 2015 total CHF 600'000.00 ausmachen sollte". - act. 2 Rz 19: "[...] zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kauvertrags [recte: Kaufvertrags] stand der Gewinn des Jahres 2015 noch nicht fest. Dividen- den für das Geschäftsjahr 2015 konnten damit logischerweise nicht durch die Gesellschaft zugesichert oder gar beschlossen werden. Gerade deshalb, weil bezüglich Höhe der Dividenden noch eine gewisse Unsicherheit be-

- 8 - stand, wurde die Dividende in der Höhe von CHF 600'000.00 vom Beklagten und damaligen Verkäufer persönlich zugesichert". - act. 17 Rz 7: "Die Parteien gingen davon aus, dass die Dividende CHF 600'000.00 betragen würde und haben folgerichtig vereinbart,

dass die Dividende auch in entsprechender Höhe beschlossen werden soll." Damit hat der Kläger entgegen der Vorinstanz durchaus rechtsgenügend behauptet, es habe im Zeitpunkt des Kaufvertrags diesbezüglich einen tatsächlichen Konsens zwischen den Parteien gegeben, auch wenn diese Behauptungen grösstenteils unter dem Titel "Rechtliches" – und nicht unter dem Titel "Tatsächliches" – vorgebracht wurden.

### **E. 2.2**

Nicht stichhaltig ist hingegen der Vortrag des Klägers, ihm sei gar keine Möglichkeit gegeben worden, eine tatsächliche Willensübereinstimmung zu beweisen (act. 38 Rz 5, ähnlich Rz 10). Der Kläger rügt nämlich nicht mit der erforderlichen Klarheit, dass das Recht auf Beweis verletzt worden sei (Art. 152 ZPO). Diese Rüge wäre sodann, selbst wenn sie hinreichend erhoben würde, auch nicht überzeugend, weil der beweisbelastete Kläger die einzelnen Beweismittel "zu den behaupteten Tatsachen" hätte bezeichnen müssen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO, Prinzip der Beweisverbindung). Daran fehlt es in Klage und Replik. Zwar bringt der Kläger substantiierte Behauptungen im Zusammenhang mit dem Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses vor (wenn auch unter dem Titel "Rechtliches"), stellt aber keinerlei Beweisofferten zu diesen Behauptungen. Die Behauptung des Klägers, er habe Behauptungen aufgestellt und dazu Beweismittel angeboten (act. 38 Rz 30), ist daher unzutreffend. Die Vorinstanz war demnach nicht gehalten, das Vorliegen eines behaupteten – aber bestrittenen (act. 11 Rz 12 f.; Rz 16 f.) – tatsächlichen Konsenses beweismässig abzuklären. Entgegen den Vorbringen in der Berufung ist damit ein solches Beweisverfahren zu Recht unterblieben.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz hat demnach im Ergebnis das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses zwar mit der falschen Begründung, inhaltlich aber zutreffend verneint.

- 9 -

## **E. 3**

Nachdem damit das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses nicht erhärtet war, hat die Vorinstanz Ziff. 4 des Vertrages (zutreffend) nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und ist dabei zum Schluss gekommen, weder aus der gewählten Formulierung des Vertragstextes noch aus den Begleitumständen könne geschlossen werden, dass der Beklagte dem Kläger eine Dividende von Fr. 300'000.– zugesichert habe (act. 40 E. 4.2 S. 8 ff.). Der Kläger rügt die vorinstanzliche Auslegung als verfehlt und legt in der Berufung im Einzelnen dar, was seiner Ansicht nach zum entgegengesetzten Schluss hätte führen müssen (act. 38 Rz 11 ff.), der Beklagte bestreitet die klägerischen Ausführungen und stimmt der Vorinstanz zu (act. 46 Rz 18 ff.).

### **E. 3.1**

Die Auslegung der Vorinstanz vermag nicht zu überzeugen:

#### **E. 3.1.1**

Der Wortlaut des Vertrages (vgl. oben, Ziff. I.1.) ist entgegen der Vorinstanz klar: Die Parteien gehen von einer Dividende von Fr. 600'000.– aus (Ziff. 4 Abs. 3) und der Beklagte verpflichtet sich, dafür besorgt zu sein, dass die Dividende entsprechend (d.h. Fr. 600'000.–) beschlossen und ausbezahlt wird (Ziff. 4 Abs. 4). Dies ist eine zulässige und klare Garantieverpflichtung des Beklagten. Dass die Parteien damals die genaue Höhe der

Dividende naturgemäss noch nicht wissen konnten, ändert daran nichts: Genau deshalb war es nötig – aber auch ausreichend – festzuhalten, von welcher Dividende die Parteien im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung ausgingen, und sodann, dass sich der Käufer (Beklagter) verpflichtet dafür zu sorgen, dass diese Dividende von der (ihm dann zumal gehörenden) Gesellschaft beschlossen und ausbezahlt werde. Als ob dies nicht reichen würde, haben die Parteien überdies festgehalten, dass sie nicht nur übereinstimmend von einer Dividende für das Geschäftsjahr 2015 von Fr. 600'000.– ausgehen und sich der Beklagte verpflichtet dafür zu sorgen, dass die Dividende 2015 entsprechend beschlossen und ausbezahlt wird, sondern dass sie von einer Dividende in dieser Höhe nicht nur ausgehen, vielmehr dies auch vereinbaren. Auch wenn der Beklagte nach der Übernahme von 50% der Aktien vom Kläger als dann zumal alleiniger Eigentümer der Gesellschaft das Sagen haben würde, so musste den Parteien klar sein und war es offenbar auch, dass sie nicht vereinbaren konnten, dass die von der Generalversammlung

- 10 - als Organ der Gesellschaft zu beschliessende Dividende Fr. 600'000.– betragen werde. Hätten sie vereinbart, dass die Bruttodividende für das Jahr 2015 total Fr. 600'000.– ausmachen wird, so hätten sie einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter geschlossen, der überdies offensichtlich gesellschaftsrechtlich ungültig gewesen wäre. Entsprechend ersetzten sie "wird" durch "soll" ("[Dividendenberechtigung 2015 bleibt für seinen Anteil beim Verkäufer], wobei die Parteien heute davon ausgehen und vereinbaren, dass die Bruttodividende für das Jahr 2015 total Fr. 600'000.– ausmachen soll, zahlbar [...]"). Das scheint die Vorinstanz zu übersehen, wenn sie festhält, die Parteien hätten vorliegend nicht vereinbart, dass die Dividende Fr. 600'000.– ausmachen wird, sondern ausmachen soll (act. 40 E. 4.2. S. 9), und bemerkt, für die Festsetzung der Dividende würde der Bilanzgewinn 2015 massgebend sein, der damals nicht feststand. Gerade weil damals die Dividende noch nicht feststand (und die Parteien die Dividende nicht festsetzen konnten), haben die Vertragsparteien so formuliert und festgehalten, von welcher Dividende sie gemeinsam ausgehen, ja welche Dividende sie "vereinbaren" und dass der Käufer der Aktien (der Beklagte) verpflichtet sei dafür zu sorgen, dass die Dividende entsprechend ausbezahlt werde. Fehl geht schliesslich das Argument der Vorinstanz, die Parteien seien nicht nur von einer bestimmten Dividende ausgegangen, sondern hätten überdies in ihrem Vertragstext die Formulierung "heute" verwendet, was impliziere, dass die Verhältnisse "morgen" bzw. im Zeitpunkt der Generalversammlung anders aussehen könnten (act. 40 E. 4.2. S. 8). Die Parteien haben indes weder "morgen" noch im Zeitpunkt der Generalversammlung eine gegenseitig übereinstimmende Willenserklärung abgegeben. Es kommt daher nicht darauf an, was dann gelten würde, sondern einzig, von welcher Dividende die beiden Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ("heute") ausgingen.

### **E. 3.1.2**

Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass der Kläger darauf hingewiesen hatte, aus den Begleitumständen – konkret: aus dem Verhalten der Parteien vor dem Vertragsschluss – sei ebenfalls darauf zu schliessen, der Beklagte habe dem Kläger im Aktienkaufvertrag die Auszahlung einer Dividende in der Höhe von Fr. 300'000.– garantiert. Sie hält fest, dass das unstreitig vom Beklagten unter-

- 11 - breitete Kaufangebot vom 19. November 2015 (act. 4/4) sowie das Memorandum of Understanding vom 9. November 2015 (act. 4/5) beide eine Dividende von Fr. 300'000.– als Teil des Kaufpreises nennen. Indes könne alleine daraus noch nicht der Schluss gezogen werden, der Beklagte habe dem Kläger eine Dividende in dieser Höhe garantiert, denn

massgeblich sei letztlich die Regelung gemäss Kaufvertrag vom 24. Dezember 2015 (act. 40 E. 4.2. S. 10, Hervorhebung hinzu- gefügt). Nach dem soeben Dargelegten folgt dieser Schluss indes schon aus dem Kaufvertrag. Es ist unstrittig geblieben, dass im Vorfeld des Vertragsabschlusses stets von einer Dividende von Fr. 300'000.– sowie einem Bonus von Fr. 200'000.– die Rede war (während u.a. der Aktienkaufpreis ebenso wie die Erfolgs- und Beraterhonorare in den zum Vertragsschluss hinführenden Dokumenten unterschiedliche Höhen aufwiesen). In jenen Dokumenten, die im Gegensatz zum Aktienkaufvertrag noch nicht von einem Anwalt formuliert waren, scheint noch keinerlei Hinweis auf das Bewusstsein auf, dass der Käufer der Aktien und nachmalig alleinige Eigentümer der Gesellschaft nicht selbst festlegen kann, wie hoch die erst noch zu beschliessende Dividende sein wird. Dieses vorvertragliche Verhalten der Parteien lässt auf den Willen der Parteien schliessen, unter dem Titel "Dividende 2015" dem Verkäufer Fr. 300'000.– zukommen zu lassen, auch wenn schliesslich der von einem Anwalt formulierte Aktienkaufvertrag (vgl. act. 4/4 S. 1; act. 46 Rz 21) in Bezug auf diese Problematik differenzierter gefasst ist. Allein aus diesem vorvertraglichen Verhalten liesse sich vielleicht nicht schliessen, dass der Beklagte dem Kläger eine Dividende in dieser Höhe garantieren wollte, indes deutet die Vorgeschichte des Vertragsabschlusses doch stark darauf hin, dass das Garantievorsprechen in Bezug auf eine Dividende von Fr. 300'000.– gleich wie der Bonusanspruch von Fr. 200'000.– Teil der Kaufpreisgestaltung war.

### **E. 3.2**

Nach Vertrauensprinzip ist Ziff. 4 der Vereinbarung vom 24. Dezember 2015 demnach so zu verstehen, dass der Beklagte die Festsetzung einer Dividende für das Geschäftsjahr 2015 in der Höhe von total Fr. 600'000.– und die Auszahlung der Hälfte davon – d.h. Fr. 300'000.00 – an den Kläger garantierte, zahlbar spätestens per 30. Juni 2016, unter Abzug der Verrechnungssteuer von 35%. Der gegenteiligen Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden.

- 12 -

### **E. 3.3**

Es ist unbestritten geblieben, dass dem Kläger bislang eine Dividende in der Höhe von Fr. 150'000.– abzüglich 35% Verrechnungssteuer überwiesen wurde (act. 2 Rz 10; act. 11 Rz 7 f.). Damit ist die Zahlung der Differenz zwischen der vom Beklagten zugesicherten Dividende in der Höhe von Fr. 300'000.– und der ausbezahlten Dividende von Fr. 150'000.–, mithin Fr. 150'000.– nach wie vor offen. Der Kläger verlangt überdies Zins zu 5% ab dem 16. September 2016 (Abdruck der Anträge oben, S. 2). Er macht indes in seinen Rechtsschriften nirgends geltend, den Beklagten zur Erfüllung seines Garantievorsprechens gemahnt zu haben. Eine Mahnung liegt indes in der Einreichung einer Leistungsklage (BGE 130 III 597), mithin in der Einreichung des Schlichtungsgesuchs (Art. 62 ZPO). Das Schlichtungsgesuch des Klägers ging am 21. März 2017 ein (act. 1 S. 2). Ab diesem Datum sind die geforderten Verzugszinsen von 5% geschuldet (Art. 104 Abs. 1 OR). Im Mehrumfang – Zinsenlauf vom 16. September 2016 bis 20. März 2017 – ist die Klage nicht begründet und demnach abzuweisen.

### **E. 4**

Der Beklagte hat vor Vorinstanz für den Fall, dass nach Ansicht des Gerichts dem Kläger aus dem Aktienkaufvertrag für das Geschäftsjahr 2015 eine Dividende in der Höhe von Fr. 300'000.– zustehen sollte, eine Gegenforderung aus absichtlicher Täuschung zur

Verrechnung gebracht (act. 11 Rz 5 ff., Rz 23 ff.). Auch in der Berufungsantwort hält der Beklagte unter Verweis auf seine Ausführungen vor Vorinstanz an dieser Eventualverrechnung fest (act. 46 Rz 5).

#### **E. 4.1**

Der Beklagte brachte in der Klageantwort vor, er sei vom Kläger im Zusammenhang mit einem Kunden der Gesellschaft in den ... [Land], dem Unternehmen D.\_\_\_\_ (nachfolgend D.\_\_\_\_), getäuscht worden. Der Kläger sei seinerzeit als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Gesellschaft für D.\_\_\_\_ zuständig gewesen und habe Letztere in Eigenregie betreut. Nach dem Verlust dieses Kunden im Herbst 2015, der der Gesellschaft durch das ihn betreffende Projekt jedes Jahr einen Umsatz von EUR 2'000'000.– eingebracht hätte, habe der Kläger dem Beklagten mitgeteilt, die Chancen stünden gut, im Geschäftsjahr 2016 das Projekt zurückzugewinnen, und dass die Gesellschaft an D.\_\_\_\_ ein Angebot unterbreiten könnte. Der Kläger habe angeboten, bei der Ausarbeitung dieses Angebots 2016 für D.\_\_\_\_ behilflich zu sein (act. 11 Rz 24). Aufgrund dieser Äusserungen

- 13 - des Klägers sei der Beklagte bereit gewesen, einen Fr. 432'526.– höheren Kaufpreis für die Aktien zu bezahlen und den Kläger weiterhin in einem 60%-Pensum für die Gesellschaft als Berater anzustellen. Beim nächsten Kundenbesuch bei D.\_\_\_\_ im Februar 2016, also nach Abschluss des Kaufvertrags, sei ihm (dem Beklagten) mitgeteilt worden, dass die Neuvergabe des Projekts 2015 für mehrere Jahre, d.h. über das Jahr 2016 hinaus, erfolgt sei und dass dies dem Kläger bewusst gewesen sei. Bis zu dieser Information von D.\_\_\_\_ über die mehrjährige Vergabe des verlorenen Projekts sei er, der Beklagte, durch die absichtliche Täuschung des Klägers bei Kaufvertragsabschluss davon ausgegangen, dass die Gesellschaft an D.\_\_\_\_ im 2016 ein Angebot für die Wiederübernahme des Projekts machen könne. Nur aus diesem Grund und mit Aussicht auf einen zusätzlichen Jahresumsatz von EUR 2'000'000.– habe der Beklagte einen höheren Aktienpreis bezahlt und mit dem Kläger ein Beraterhonorar in der Höhe von Fr. 250'000.– vereinbart (act. 11 Rz 25-27). Der Kläger hat die Tatsachenbehauptungen des Beklagten im Einzelnen bestritten (act. 17 Rz 27, Rz 30 ff., Rz 47 ff.). Er wies in der Replik sodann nicht zuletzt darauf hin, dass der Beklagte die angebliche Täuschung anlässlich eines Kundenbesuchs bei D.\_\_\_\_ im Februar 2016 entdeckt haben wolle (act. 11 Rz 26). Die Klageantwort des Beklagten datiere indes vom 6. Oktober 2017, womit die einjährige Frist gemäss Art. 31 OR längst abgelaufen gewesen sei. Zwar habe der Beklagte mit Schreiben vom 18. November 2016 auf die Angelegenheit D.\_\_\_\_ hingewiesen, jedoch dort weder erklärt, er wolle den Vertrag nicht halten, noch eine bereits erfolgte Leistung zurück gefordert, sondern sich lediglich für den Prozessfall vorbehalten, die Differenz widerklageweise geltend zu machen (act. 17 Rz 32). Der Beklagte entgegnete in der Duplik darauf nur, die absichtliche Täuschung sei nicht widerklageweise geltend gemacht worden, sondern durch Verrechnung, was möglich sei (act. 23 Rz 28).

#### **E. 4.2**

Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Hätte der Getäuschte den Vertrag ohne die Täuschung nicht geschlossen, so ist

- 14 - zweifellos die angemessene Folge, dass der Vertrag für ihn unverbindlich ist. Hätte der Getäuschte den Vertrag ohne die Täuschung trotzdem abgeschlossen, aber mit anderen Modalitäten – insbesondere im Falle eines Kaufes mit einem tieferen Kaufpreis –, so ist je nach den Umständen die angemessene Folge, dass der Vertrag bestehen bleibt, indes zu den Konditionen, wie er ohne Täuschung abgeschlossen worden wäre. Auf diese Rechtsprechung zum sog. *dolus incidens* beruft sich der Beklagte (BGE 81 II 213 E. 2.b S. 219; BGE 99 II 308 E. 4.), wenn er Minderung aus absichtlicher Täuschung (verrechnungsweise) geltend macht. Voraussetzung ist indes auch diesfalls, dass der Getäuschte binnen Jahresfrist nach Entdeckung der Täuschung der anderen Partei eröffnet, dass er den Vertrag nicht halte oder eine schon erfolgte Leistung zurückfordere resp. sich auf den *dolus incidens* beruft und Minderung geltend macht. Tut er dies nicht, so gilt der Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR). Bei der Jahresfrist von Art. 31 OR handelt es sich dabei nicht um eine Verjährungs-, sondern um eine Verwirkungsfrist (BGE 114 II 131 E. 2.b S. 141 m.w.H.). Der Beklagte hat nach eigener Darstellung in der Klageantwort die von ihm geltend gemachte Täuschung anlässlich eines Kundenbesuchs im Februar 2016 entdeckt (act. 11 Rz 26; act. 17 Rz 32; gemäss Darstellung in der Duplik soll er bei einem Kundenbesuch am 24. März 2016 erstmals vom Verlust des Rahmenvertrags erfahren haben [act. 25 Rz 25], doch kommt es, wie zu zeigen sein wird, auf diese Divergenz nicht an). Weiter ist unbestritten geblieben, dass der Beklagte erstmals mit Schreiben seines Vertreters vom 18. November 2016 auf die Angelegenheit D. \_\_\_\_\_ hingewiesen hat, jedoch in jenem Schreiben – das im vorinstanzlichen Verfahren nicht eingereicht worden ist – weder erklärte, er wolle den Vertrag nicht halten, noch eine bereits erfolgte Leistung zurück gefordert hat (act. 17 Rz 32 und act. 23 Rz 28 f.). Hätte sich der Beklagte auf die Erklärung in jenem Schreiben berufen wollen, welches erstmals vom Kläger thematisiert – und für ungenügend erachtet – wurde (act. 17 Rz 5, Rz 32), so wäre es an ihm gelegen, dieses Schreiben als Beweisofferte zu nennen und einzureichen. Die mit Einreichung der Klageantwort vom 6. Oktober 2017 (act. 11) geltend gemachte (Minderungs-)Forderung gestützt auf absichtliche Täuschung erfolgte zweifellos nach Ablauf der Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 2 OR. Dass der Beklagte sonst innert

- 15 - Jahresfrist nach Entdeckung der geltend gemachten Täuschung die Unverbindlichkeit des Vertrags – oder Minderung infolge *dolus incidens* – gegenüber dem Kläger geltend gemacht hätte, wird vom Beklagten nicht behauptet (geschweige denn belegt) und ist auch nicht ersichtlich. Damit ist die Berufung auf die absichtliche Täuschung verwirkt und es ist dem Beklagten verwehrt, verrechnungsweise die Unverbindlichkeit resp. die Minderung geltend zu machen. Soweit der Beklagte der Meinung sein sollte, seine Verrechnungsforderung aus absichtlicher Täuschung sei aufgrund der Ungültigkeitstheorie seit Vertragsschluss fällig (so act. 11 Rz 36), so übersieht er, dass auch bei Geltung der Ungültigkeitstheorie die seit Vertragsschluss vorliegende Ungültigkeit nur unter der Voraussetzung beachtet werden darf, dass der Getäuschte sich fristgerecht auf sie beruft (BGE 114 II 131 E. 3). Tut er dies nicht – wie vorliegend –, so gilt der Vertrag als "geheilt" (BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, 6. Aufl. 2015, Art. 21 N 15 w.m.H.).

### **E. 4.3**

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Der Beklagte hat keine Verrechnungsforderung gegen den Kläger.

### **E. 5**

Die Gerichtskosten beider Instanzen werden dem Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden aus den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen bezogen. Dem Kläger wird in diesem Umfang der Rückgriff auf den Beklagten eingeräumt.

- 17 -

#### **E. 6**

Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 620.– zu ersetzen und für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 19'900.– (inkl. Mehrwertsteuer) sowie für das Berufungsverfahren eine solche von Fr. 9'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 46, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 8**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 150'000.–. 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. S. Kröger versandt am:

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