



Mitwirkend: Der Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, die Oberrichterin Dr. Helen Kneubühler Dienst, die Handelsrichter Caspar Comtesse, Dr. Rolf Dürr und Thomas Klein sowie der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 17. April 2012

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. *Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von CHF 660'215 zu bezahlen.*
2. *Es sei vom Nachklagerecht der Klägerin Vormerk zu nehmen.*
3. *Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."*

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Sachverhalt

Die Klägerin ist eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, deren Zweck der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen an Unternehmen aller Art, Tätigkeit und Verwaltung von Finanzanlagen sowie die Verwertung von immateriellen Rechten und Know-how ist. Die Beklagte ist eine im schweizerischen Handelsregister als Aktiengesellschaft eingetragene Immobiliengesellschaft, die den Erwerb, das Halten, Vermieten und Veräussern von Liegenschaften aller Art bezweckt (act. 1 Rz. 6 f.; act. 9 Rz. 7; act. 4/3-4).

Die Parteien schlossen am 31. Dezember 2007 eine als "Darlehensvertrag" bezeichnete Vereinbarung, worin sich die Beklagte verpflichtete, der Klägerin ein Darlehen von CHF 3'890'000 für die Zeit vom (spätestens) 31. Januar 2008 bis 30. Juni 2008 zu gewähren (act. 4/5 Ziffern 6 bis 8). Das Darlehen sollte durch Pfänder gemäss separatem Vertrag sichergestellt werden (act. 4/5 Ziffer 10). Im gleichentags geschlossenen Pfandvertrag verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten Zug um Zug gegen die Auszahlung des Darlehens folgende Aktien der C._____ AG zu Pfand zu übertragen:

- Zertifikat 2 über 190 Namenaktien, Aktiennummern ... bis ..., à nominal CHF 1'000

- Zertifikat 4 über 405 Inhaberaktien, Aktiennummern ... bis ..., à nominal CHF 2'000.

Gleichzeitig verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten eine Darlehensforderung gegenüber der C. _____ AG im Betrag von CHF 520'000 zu verpfänden (act. 4/6 Ziffern 5 und 6). Schliesslich wurde vereinbart, dass es Recht und Pflicht der Beklagten sei, bei Fälligkeit der Forderung die Pfandgegenstände zu verwerten bzw. selber zu übernehmen. Die Klägerin sollte sich einer Durchsetzung der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens widersetzen und ausschliesslich die Vollstreckung durch Verwertung der Pfandobjekte verlangen können (act. 4/6 Ziffer 11).

Die Beklagte zahlte den vereinbarten Betrag von CHF 3'890'000 nicht aus (act. 1 Rz. 13; act. 9 Rz. 16). Die Klägerin setzte der Beklagten deshalb mehrmals Frist zur nachträglichen Leistung an, namentlich mit Schreiben vom 1. Februar 2008 (act. 4/7) und 15. Mai 2008 (act. 4/9), unter der Androhung, nach Ablauf der Frist auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und stattdessen den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstehenden Schadens zu verlangen. Die Beklagte leistete diesen Zahlungsaufforderungen keine Folge, sondern verlangte mit Schreiben vom 7. Februar 2008 zunächst eine Fristerstreckung, damit sie weitere Abklärungen insbesondere über die Klägerin und ihre finanziellen Daten vornehmen könne (act. 4/8). Mit Schreiben vom 25. Mai 2008 machte sie die Auszahlung des vereinbarten Betrags von der Leistung weiterer Sicherheiten seitens der Klägerin abhängig. Zur Begründung erklärte sie, dass sie aufgrund ihrer Abklärungen zum Schluss gekommen sei, dass das Geschäft ein effektiver Verkauf der Aktien sei und eine allfällige Grundstückgewinnsteuer in der Höhe von ca. CHF 5 Mio. nach sich ziehen würde (act. 1 Rz. 18; act. 9 Rz. 23; act. 4/10). Am 23. Juni 2008 teilte die Klägerin der Beklagten schliesslich mit, dass sie nach unbenutztem Fristablauf bis 23. Mai 2008 auf die nachträgliche Leistung verzichte und den Ersatz des ihr aus der Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens verlange. Eine Zahlungsaufforderung erfolge, sobald ihr Schadenersatzanspruch genau beziffert werden könne (act. 1 Rz. 21; act. 9 Rz. 24; act. 4/11). Nach einer erfolglosen Sühnverhandlung am 14. Januar 2010 (act. 3) reichte die Klägerin am 14. April 2010 am hiesigen Gericht die vorliegende Klageschrift ein (act. 1).

II. Prozessuales

1. Prozessverlauf

Die Klägerin machte die Klage anhängig, indem sie die Weisung des Friedensrichteramtes D._____, vom 14. Januar 2010 unter Beilage der Klageschrift am 14. April 2010 (Datum Poststempel) einreichte (act. 1 und 3). Nach Eingang der Klageantwortschrift (act. 9) fand am 11. November 2010 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an der die Parteien einen Vergleich unter Widerrufsvorbehalt bis 22. November 2010 (Datum des Poststempels) schlossen (Prot. S. 4-5). Nachdem die Klägerin den Vergleich mit Eingabe vom 22. November 2010 innert Frist widerrufen hatte (act. 12), wurde das Verfahren schriftlich mit Replik vom 7. März 2011 (act. 17) und Duplik vom 30. Mai 2011 (act. 21) fortgesetzt und das Hauptverfahren mit Verfügung vom 6. Juni 2011 als geschlossen erklärt (Prot. S. 8).

2. Zuständigkeit

Die Klägerin hat ihren Sitz in Die Beklagte hat ihren Sitz in Es handelt sich vorliegend um einen Binnensachverhalt. Die Klägerin stützt ihre Forderung auf eine als "Darlehensvertrag" bezeichnete Vereinbarung, worin die Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung schlossen, nach welcher Zürich ausschliesslicher Gerichtsstand für alle Verfahren sein soll (act. 4/5 Ziffer 12). Die örtliche Zuständigkeit ist damit in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (GestG; zur Anwendbarkeit siehe Art. 404 Abs. 2 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]) gegeben.

Beide Parteien sind als Aktiengesellschaften im Handelsregister eingetragen. Nachdem auch der Streitgegenstand und der Streitwert den Anforderungen von § 62 GVG/ZH entsprechen, ist auch die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu Recht unbestritten geblieben (§ 62 Abs. 1 GVG/ZH i.V.m. § 18 Abs. 1 ZPO/ZH; act. 1 Rz. 5; act. 9 Rz. 6).

III. Materielles

1. Zusammenfassung der Parteistandpunkte

1.1. Die Klägerin macht geltend, die Parteien seien sich dahingehend einig gewesen, dass die Beklagte ihr ein Darlehen in der Höhe von CHF 3'890'000 gewährte und nach Ablauf der Darlehenslaufzeit die beiden Pfandobjekte (die 190 Namenaktien und die 405 Inhaberaktien der C._____ AG sowie die Darlehensforderung der Klägerin gegenüber der C._____ AG im Betrag von CHF 520'000; act. 1 Rz. 10) zu einem Preis in der Höhe des Darlehensbetrags käuflich erwerbe (act. 1 Rz. 8 und 11; act. 17 Rz. 9). Der Beklagten sei es letztlich darum gegangen, für einen Investor die Aktien der C._____ AG zu kaufen. Das bedeutendste Aktivum der C._____ AG sei das Hotel E._____ in F._____. Die Aktien würden zu je 50% von der Klägerin und G._____ gehalten (act. 17 Rz. 9 f. und 28 ff.). Die Transaktionskonzepte hätten vorgesehen, dass der Aktienanteil von G._____ an die B._____ AG verkauft und der Aktienanteil der Klägerin der Beklagten zunächst verpfändet und nach Ablauf der Darlehenslaufzeit von dieser käuflich erworben werden sollte (act. 17 Rz. 9, 30, 63 und 81). Entsprechend sei in dem zum Darlehensvertrag dazugehörigen Pfandvertrag explizit festgehalten worden, dass die Beklagte mit der Pfandbestellung berechtigt sei, sich einer Durchsetzung der Darlehensrückzahlung zu widersetzen und ausschliesslich die Vollstreckung durch Verwertung der Pfandobjekte zu verlangen (act. 17 Rz. 30). Sowohl die B._____ AG wie auch die Beklagte stünden im Eigentum von H._____ (z.T. auch "I._____" genannt, nachfolgend stets als "H._____" bezeichnet), der sich als Immobilienmakler betätige und die Unternehmungen gegenüber G._____ und der Klägerin stets vertreten habe (act. 17 Rz. 11 f.).

Die Einwendungen der Beklagten, sie habe mit der Rückzahlung des Darlehens gerechnet und keine Übernahme der C._____ -Aktien gewollt, dienten nur dazu, um vom wahren Grund ihrer Nichterfüllung der Verträge abzulenken. Dieser habe darin gelegen, dass die Beklagte bzw. H._____ nicht über die finanziellen Mittel zur Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen verfügt habe, weil sich der Drittinvestor aus persönlichen Gründen vom Geschäft zurückgezogen hatte (act.

17 Rz. 35 ff.). Es treffe auch nicht zu und sei im Übrigen irrelevant, dass sie – die Klägerin – mit der gewählten Vertragsgestaltung eine Umgehung der Grundstücksgewinnsteuern beabsichtigt habe (act. 17 Rz. 41).

Sie – die Klägerin – habe beabsichtigt, mit dem fest einkalkulierten Darlehensbetrag bzw. mit dem Erlös aus dem Verkauf der für das Darlehen bereitgestellten Pfandobjekte verschiedene konkrete Investitionsmöglichkeiten wahrzunehmen (act. 1 Rz. 25). Entgegen der beklagischen Behauptung sei das Darlehen nicht zweckgebunden erfolgt, da die Rückzahlung des Darlehens im Einverständnis beider Parteien nicht geplant gewesen sei. Das im Darlehensvertrag erwähnte Immobilienprojekt in der Gemeinde ... habe nur eine von mehreren Möglichkeiten dargestellt (act. 17 Rz. 44 f.). Eine dieser Opportunitäten habe das Immobilienprojekt "J._____" in ... betroffen. Sie hätte die Möglichkeit gehabt, sich im Frühjahr 2008 mit 40% an der diesbezüglichen Baugesellschaft "J._____", welche das Bauprojekt ausführte, zu beteiligen. Wegen der ausgebliebenen Darlehenszahlung der Beklagten hätten ihr die für die Beteiligung notwendigen finanziellen Mittel gefehlt, weshalb sie diese Gelegenheit nicht wahrnehmen können (act. 1 Rz. 25 ff.; act. 17 Rz. 61) und ihr dadurch ein beträchtlicher Gewinn entgangen sei, für den sie in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 OR Schadenersatz verlange. Der tatsächliche zukünftige Gewinn sei noch nicht abzuschätzen, weshalb sie ihre Schadenersatzforderung vorläufig auf CHF 600'000 beschränke, wobei sie sich ein Nachklagerecht vorbehalte (act. 1 Rz. 26 ff.; act. 17 Rz. 62 ff.). Auf diesen Betrag verlange sie Verzugszins von 5% ab dem Zeitpunkt des Verzugs (act. 1 Rz. 27).

1.2. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Klägerin H._____ überredet habe, ihr namens der Beklagten ein zweckgebundenes Darlehen für die angebliche Entwicklung und den Erwerb eines ca. 18'000 m² umfassenden Grundstücks in der Gemeinde ... zu gewähren (act. 9 Rz. 10 und 13; act. 21 Rz. 8). Später habe sie erkennen müssen, dass der vermeintliche Darlehensvertrag in Wahrheit einen verkappten Kaufvertrag darstelle (act. 9 Rz. 10). Die Klägerin und G._____ hätten damit offensichtlich geplant, die Aktien der C._____ AG veräussern zu können, ohne Grundstücksgewinnsteuern bezahlen zu

müssen. Es handle sich mithin um ein von der Klägerin geschickt geplantes Umgehungsgeschäft (act. 9 Rz. 11 und 15; act. 21 Rz. 8, 12 f., 17, 39 und 56). Es treffe nicht zu, dass sich die Parteien einig gewesen seien, dass sie – die Beklagte – nach Ablauf der Laufzeit die beiden Pfandobjekte (also die Aktien der C._____ AG und die Forderung der Klägerin gegenüber der C._____ AG) käuflich zu einem Preis in der Höhe des Darlehensbetrags von CHF 3'890'000 erwerben würde (act. 9 Rz. 15; auch act. 21 Rz. 17 und 31). Andernfalls hätte sie ja direkt einen Kaufvertrag mit der Klägerin abschliessen können. Ein Konsens betreffend der Essentialien des Darlehensvertrags bestehe demnach nicht. Damit bestehe keine gültig zustande gekommene vertragliche Grundlage, die der Klägerin einen entsprechenden Erfüllungsanspruch eingeräumt hätte (act. 9 Rz. 25 und 37 f.; act. 21 Rz. 5 ff. und 39 f.). Falls der Darlehensvertrag gültig zustande gekommen wäre, hätte die Klägerin sich grundsätzlich auf Art. 107 Abs. 2 OR berufen können. Das Recht, auf Erfüllung des Vertrags zu verzichten und stattdessen Ersatz des positiven Vertragsinteresses zu verlangen, habe sie dennoch längstens verwirkt, weil sie, obschon sie erstmals bereits mit Schreiben vom 1. Februar 2008 angedroht habe, von ihrem Wahlrecht nach Art. 107 Abs. 2 OR Gebrauch zu machen, erst mit Schreiben vom 23. Juni 2008 gegenüber der Beklagten erklärt habe, auf deren nachträgliche Leistung zu verzichten und stattdessen nach Art. 107 Abs. 2 OR Ersatz des ihr aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen (act. 9 Rz. 18 ff., 24, 26, 39 ff.). Da das Darlehen im Übrigen zweckgebunden für die Investition in ein Grundstück in der Gemeinde ... hätte erfolgen sollen und nicht für die Investition in ein Immobilienprojekt "J._____" vorgesehen war, fehle es an jedem Kausalzusammenhang zwischen dem nicht gewährten Darlehen und dem von der Klägerin behaupteten Schaden (act. 9 Rz. 27 und 41 ff.; act. 21 Rz. 20, 26 ff. und 48 ff.). Die Klägerin verhalte sich sodann rechtsmissbräuchlich, wenn sie der Beklagten vorwerfe, diese habe den Darlehensvertrag nicht erfüllt, nachdem sie schon im voraus gewusst habe, dass sie ihrer nach Vertrag bestehenden Rückzahlungspflicht nicht nachgekommen wäre. Zudem habe die Klägerin kein schützenswertes Interesse, weil sie nicht zu Schaden gekommen sei (act. 9 Rz. 46 f.; act. 21 Rz. 41 ff.). Ausserdem habe sie ihre Schadensminderungsobligationen verletzt (act. 9 Rz. 45). Ein Nachklagerecht sei dem schweizerischen

Recht schliesslich fremd und deshalb unzulässig (act. 9 Rz. 5 und 33; act. 21 Rz. 4).

1.3. Auf die weiteren Parteiausführungen wird nachfolgend, soweit notwendig, im Einzelnen eingegangen.

2. Schadenersatzanspruch der Klägerin

2.1. Die Klägerin leitet ihren Schadenersatzanspruch aus Art. 107 Abs. 1 und 2 OR ab. Demzufolge ist ein Gläubiger, wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen in Verzug befindet, berechtigt, diesem eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist nicht erfüllt, so kann der Gläubiger, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen. Der klägerische Schadenersatzanspruch erfordert folglich, dass (1) zwischen den Parteien ein zweiseitiger Vertrag zustande gekommen ist, dass (2) die Beklagte ihre vertraglich geschuldete Leistung nicht innert Frist erbrachte, (3) die Klägerin ihr eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung ansetzte und nach deren Ablauf (4) "unverzüglich" erklärte, auf die nachträgliche Leistung zu verzichten. Ferner muss der Klägerin (5) ein Schaden entstanden sein, (6) der auf die verspätete Erfüllung zurückzuführen ist (Kausalzusammenhang). Das (7) Verschulden der Beklagten wird vermutet. Ihr steht grundsätzlich der Exkulpationsbeweis offen.

Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nachfolgend zu prüfen. Dabei obliegt es grundsätzlich der Klägerin, das Klagefundament vollständig darzutun (siehe FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 113 N 3 ZPO/ZH). Bestrittene Tatsachenbehauptungen sind zu beweisen, soweit sie für die Beurteilung von Bedeutung sind. Ergibt sich bereits gestützt auf die (bestrittene) klägerische Sachdarstellung, dass die Klägerin ihren Anspruch nicht durchzusetzen vermag, ist ein Beweisverfahren überflüssig.

2.2. Gültig zustande gekommener Vertrag

2.2.1. Gemäss klägerischer Sachdarstellung vereinbarten die Parteien, dass die Beklagte ihr – der Klägerin – ab spätestens dem 31. Januar 2008 bis zum 30. Juni 2008 ein mit 2 3/8 % p.a. zu verzinsendes Darlehen gewährt. Das Darlehen sollte durch Übergabe von 190 Namenaktien und 405 Inhaberaktien der C._____ AG sowie eine Darlehensforderung der Klägerin gegen die C._____ AG pfandgesichert werden. Diese Pfandobjekte sollten durch die Beklagte nach Ablauf der Darlehenslaufzeit käuflich erworben und die Klägerin damit von ihrer Darlehensrückzahlungspflicht befreit werden (act. 1 Rz. 8 ff.; act. 17 Rz. 9, 30, 34).

2.2.2. Folgt man – unbenommen der Einwendungen der Beklagten – dieser Sachdarstellung, stellt sich die Frage, ob eine derartige Vereinbarung gültig ist. Art. 894 ZGB sieht vor, dass jede Abrede, wonach eine Pfandsache dem Gläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, als Eigentum zufallen soll, ungültig ist. Der Verfallvertrag definiert sich durch drei typische Vertragselemente: (1) die Abrede des Eigentumsübergangs bez. der Pfandsache, (2) die Nichtbefriedigung als Voraussetzung für den Eigentumsübergang und (3) der durch den Eigentumsübergang verfolgte Zweck, der in der (ersatzweisen) Befriedigung des Pfandgläubigers besteht (THOMAS BAUER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. Aufl. 2007; N. 6 zu Art. 894 ZGB). Die Klägerin behauptet, es sei vereinbart worden, dass die Beklagte die Pfandobjekte nach Ablauf der Darlehenslaufzeit zu einem fixierten Preis (in der Höhe des Darlehensbetrags) käuflich erwerben würde. Die Klägerin macht mit anderen Worten geltend, die Parteien hätten vereinbart, zu einem späteren Zeitpunkt einen Kaufvertrag zu schliessen. Mit dem Erwerb eines Kaufgegenstandes geht der Eigentumsübergang einher (Art. 184 OR). Wenn die Parteien sich folglich zum Abschluss eines Kaufvertrags über die Pfandsache verpflichteten, mit dem das Eigentum an den Pfandgegenständen an die Beklagte übergehen sollte, kommt diese Abrede faktisch einer Abrede des Eigentumsübergangs betr. der Pfandsache gleich. Die Klägerin konnte die verpfändeten Aktien und die Forderung nicht mehr durch Rückzahlung der Darlehensschuld zurückfordern und dauerhaft für sich behalten. Da die Beklagte die Pfandobjekte nach Ablauf der Darlehenslaufzeit erwerben und dieser Erwerb die Rückzahlung des Dar-

lehensbetrags ersetzen sollte, war der Eigentumsübergang an die Nichtbefriedigung des vertraglichen Anspruchs des Darlehensgebers auf Rückzahlung des geliehenen Geldes geknüpft. Schliesslich sollte die Beklagte mit dem Erwerb der Pfandobjekte befriedigt werden, zumal die Klägerin mit dem "Erwerb" der Aktien von ihrer Rückzahlungspflicht befreit sein sollte.

2.2.3. Damit erfüllt die nach klägerischer Sachdarstellung getroffene Abrede zwischen den Parteien die Voraussetzungen der Verfallsabrede und ist in diesem Umfang ungültig. Da die Klägerin selbst behauptet, sie habe angestrebt, die Aktien der C. _____ AG zu veräussern (act. 1 Rz. 11; act. 17 Rz. 9 und 12), kann nicht angenommen werden dass sie den Vertrag ohne die Verfallsabrede hätte aufrecht erhalten wollen, zumal sie damit verpflichtet gewesen wäre, den Darlehensbetrag von CHF 3.89 Mio. per 30. Juni 2008 zurück zu bezahlen, was ihr eine langfristige Investition verunmöglicht hätte. Eine Teilnichtigkeit des Vertrages im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR kommt deshalb nicht in Frage. Mithin ist der ganze Vertrag nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR und es fehlt der Klägerin an einer Anspruchsgrundlage für den von ihr geltend gemachten Schaden, weshalb ihre Schadenersatzklage bereits aus diesem Grund abzuweisen ist.

2.3.1. Das nichtige Vertragskonstrukt kann auch nicht einfach als Aktienkaufvertrag qualifiziert werden. Die Klägerin behauptet nicht, Darlehens- und Pfandvertrag seien nicht ernst gemeint bzw. simuliert gewesen. Sie bestreitet vielmehr, dass es bei der gewählten Vertragsgestaltung um einen verkappten Kaufvertrag bzw. die Umgehung von Grundstückgewinnsteuern gegangen sei (act. 17 S. 7 und 8). Mangels Simulation (eine solche wird nur von der Beklagten behauptet) stellt sich auch nicht die Frage, ob allenfalls ein dissimulierter Kaufvertrag vorliegt. Auch wenn die Klägerin erwähnt, dass die Parteien letztlich den Verkauf bzw. Erwerb der C. _____-Aktien angestrebt hätten, hat sie nicht in rechtsgenügender Weise dargetan, dass ein Aktienkaufvertrag abgeschlossen wurde.

2.3.2. Auch in den Nachfristansetzungen der Klägerin vom 1. Februar und 15. Mai 2008 (act. 4/7 und 4/9) ist nirgends davon die Rede, dass die Beklagte es versäumt habe, den Kaufpreis für die C. _____-Aktien zu bezahlen, sondern es wird nur erwähnt, dass eine fristgerechte Auszahlung der Darlehenssumme nicht

erfolgt sei. Bezüglich eines allfälligen Kaufpreises würde somit auch eine Nachfristansetzung fehlen, weshalb die Schadenersatzklage auch aus diesem Grunde abzuweisen wäre.

2.3.3. Selbst wenn aber angenommen würde, es sei ein gültiger Darlehens- oder Aktienkaufvertrag zustande gekommen, so wäre das klägerische Schadenersatzbegehren auch mangels genügend substantiierten Schadens abzuweisen, wie nachfolgend im Sinne einer Eventualbegründung darzutun ist.

3. Schaden

3.1. Nach allgemeinen Grundsätzen hat die Schadenersatz beanspruchende Partei den Schaden zu beweisen. Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen dabei inhaltlich zu substantizieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Wird das Vorliegen eines vorerst nur pauschal behaupteten Schadens vom Prozessgegner bestritten, hat der Ansprecher deshalb die einzelnen konkreten Tatsachen vorzutragen, welche Grundlage für die Qualifizierung einer Vermögenseinbusse als rechtlich relevanter Schaden bilden (BGE 127 III 365 E. 2b). Kommt der Ansprecher seinen Substanziierungspflichten nicht nach, wird auf das mangelhafte Parteivorbringen abgestellt (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 113 N 14, § 55 N 12 ZPO/ZH). Hat die Gegenpartei bereits erfolglos auf die mangelhafte Substanziierung einer Behauptung hingewiesen, erübrigen sich Substanziierungshinweise seitens des Gerichts gegenüber einer anwaltlich vertretenen Partei. Stattdessen ist die Annahme berechtigt, dass sich die nicht vorgebrachten Tatsachen nicht

verwirklicht haben (siehe FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 55 N 4 und § 113 N 15a ZPO/ZH).

3.2. Die Klägerin führt aus, dass sie mit dem fest einkalkulierten Darlehensbetrag bzw. mit dem Erlös aus dem Verkauf der für das Darlehen bereitgestellten Pfandobjekte verschiedene konkrete Investitionsmöglichkeiten habe wahrnehmen wollen. Eine der Opportunitäten habe das Immobilienprojekt "J._____" in ... betroffen. Sie habe die Möglichkeit gehabt, sich im Frühjahr 2008 mit 40% an der diesbezüglichen Baugesellschaft "J._____", welche das Bauprojekt angeführt habe, zu beteiligen. Da ihr jedoch die finanziellen Mittel gefehlt hätten, habe sie die Möglichkeit nicht wahrnehmen können. In der Zwischenzeit sei das Projekt "J._____" soweit vorangeschritten, dass bereits mit den Bauarbeiten habe begonnen werden können. Gestützt auf die aktuelle Erfolgsrechnung werde der Gewinn nach Steuern nach Abschluss des Projekts auf ca. CHF 3'200'000 geschätzt. Der auf die Klägerin entfallende Anteil würde demnach rund CHF 1'280'000 (40% des Gewinns) betragen. Sie – die Klägerin – habe somit ein äusserst gewinnträchtiges Geschäft verpasst, welches sie auf jeden Fall habe wahrnehmen wollen. Da der tatsächliche zukünftige Gewinn noch nicht abzuschätzen sei, beschränke sie vorliegend im Rahmen des entgangenen Gewinns aus dem Projekt "J._____" die Schadenersatzforderung auf CHF 600'000, wobei sie sich das Nachklagerrecht bezüglich den CHF 600'000 übersteigenden Gewinn ausdrücklich vorbehalte (act. 1 Rz. 25 ff.).

Die Beklagte erwidert, dass sie zum ersten Mal von diesem Projekt höre. Mit Verweis auf die entsprechenden Textstellen im Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung von FRANK/STRÄULI/MESSMER führt sie sodann aus, dass die Ausführungen der Klägerin die Anforderungen an eine gehörige Substanziierung nicht erfüllen würden. Auch wenn der Grundsatz "iura novit curia" gelte, entbinde dies die Klägerin nicht davon, die Voraussetzungen zur Geltendmachung des positiven Vertragsinteresses darzulegen. Mit der gewählten Vorgehensweise überlasse es die Klägerin der Beklagten und dem Gericht, die rechtserheblichen Tatsachen, aus denen sie ihre Ansprüche ableite, zusammensuchen. Dies könne nicht angehen. Die Klage sei mangels Substanziierung abzuweisen. Die Klägerin habe

Einzelheiten dieser angeblichen Beteiligungsmöglichkeit substantiiert darzulegen, was sie bis dato nicht getan habe (act. 9 Rz. 27 ff.).

Replicando entgegnet die Klägerin, dass ihr Schaden den in der Klageschrift substantiierten Gewinn umfasse, weil sie wegen des von der Beklagten verschuldeten Liquiditätsproblems eine attraktive Investition in das Projekt "J._____" in ... nicht habe tätigen können. Da der tatsächliche zukünftige Gewinn derzeit noch nicht abzuschätzen sei, jedoch, wie in der Klageschrift aufgezeigt, auf jeden Fall mehr als CHF 600'000 betragen werde, beschränke sie im vorliegenden Verfahren ihre Schadenersatzforderung im Rahmen des entgangenen Gewinns auf diesen Betrag. Dass sie nebst dem Verzugszins einen Schaden von mindestens CHF 600'000 erlitten habe, ergebe sich im Übrigen aus Folgendem: Gemäss den allgemeinen Prinzipien der Schadensberechnung könnten zum Ausgangspunkt der Berechnung der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand und demjenigen, der bei richtiger Vertragserfüllung vorläge, bei einem auf einen Verkauf hinaus laufenden Geschäft die Beschaffungskosten der verkauften Sache genommen werden. Damit seien die Ausgaben gemeint, welche der Verkäufer für den seinerzeitigen Ankauf habe aufwenden müssen. Die Rechtsprechung anerkenne auch insoweit die Differenztheorie, indem sie dem Verkäufer erlaube, die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem (tieferen) Beschaffungspreis geltend zu machen (siehe KOLLER ALFRED, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl. 2003, N 6 zu Art. 215 OR). Vorliegend sei die Transaktion zwischen den Parteien, wie aufgezeigt, auf den Erwerb des hälftigen Anteils der Klägerin an der C.____ AG durch die Beklagte gerichtet gewesen. Wie die Beklagte richtig ausführe, sei einziges Aktivum der C.____ AG das Hotel E.____ in F.____. Der hälftige Anteil an der C.____ AG habe mit anderen Worten dem hälftigen Anteil am Hotel E.____ in F.____ entsprochen, welches H.____ über die von ihm gehaltene Beklagte und die B.____ AG letztlich für einen Drittinvestor habe erwerben wollen. Gestützt auf einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom 30. November 2006 habe die C.____ AG von der K.____ AG das Hotel E.____ zu einem Kaufpreis von CHF 15'500'000 erworben. Im Zusammenhang mit dem Erwerb des Hotels E.____ habe G.____ der C.____ AG ein grundpfandversichertes Darlehen in Höhe von CHF 14,5 Mio. sowie ein nicht grundpfandversi-

chertes Darlehen in Höhe von CHF 500'000 gewährt. Sie – die Klägerin – ihrerseits habe der C._____ AG im Zusammenhang mit dem Kauf des Hotels ein Darlehen in Höhe von CHF 500'000 sowie danach ein weiteres Darlehen über CHF 20'000 gewährt. Für den Erwerb der C._____ -Aktien bzw. des von dieser Gesellschaft gehaltenen Hotels E._____ durch die von H._____ gehaltenen Gesellschaften hätten die Verträge mit G._____ und der Klägerin Zahlungen von insgesamt CHF 22'210'000 vorgesehen. Nehme man in Anwendung der Differenztheorie für die Schadensberechnung vorliegend die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem (tieferen) Beschaffungspreis, resultiere eine Schadensposition von insgesamt CHF 6'710'000, die sich je hälftig auf die beiden Aktionäre, G._____ und sie – die Klägerin –, aufteile. Ihr sei demnach aus der Nichterfüllung des Vertrags durch die Beklagte im Verhältnis zum Anschaffungswert ein Schaden in Höhe von CHF 3'350'000 entstanden. Damit sei erstellt, dass die vorliegend von ihr geltend gemachte (Teil-) Schadenersatzforderung in Höhe von lediglich CHF 600'000 auch unter diesem Aspekt bei Weitem gerechtfertigt sei (act. 17 Rz. 62 ff.).

Duplicando wendet die Beklagte ein, dass das, was die Klägerin zum angeblichen Schaden vortragen lasse, mit einer den Anforderungen von § 113 ZPO genügenden Substanziierung nichts, aber auch gar nichts zu tun habe. Hätte für die Klägerin im Frühjahr 2008 tatsächlich die Möglichkeit bestanden, sich mit 40% an der Baugesellschaft "J._____" zu beteiligen, was bestritten werde, hätte sie das Geld auch anderweitig, z.B. bei einer Bank oder einem anderen Darlehensgeber, besorgen können. Die Klägerin verliere kein Wort darüber, weshalb dies nicht möglich gewesen wäre. Abgesehen davon habe die Klägerin Einzelheiten dieser angeblichen Beteiligungsmöglichkeit substantiiert darzulegen, was sie bis dato nicht getan habe (act. 21 Rz.42 f.).

3.3. Soweit die Klägerin ihren Schaden mit der verpassten Investitionsmöglichkeit beim Projekt "J._____" in ... begründet, ist aus den Parteiausführungen unschwer erkennbar, dass die Klägerin damit die Anforderungen an eine genügende Substanziierung weit verfehlt, worauf sie von der Beklagten zu Recht ausdrücklich hingewiesen wurde. Während die pauschale Behauptung im Rahmen der Klage-

schrift noch berechtigt sein mochte, war sie es nach der beklaglichen Bestreitung und dem Substanziierungshinweis in der Klageantwort nicht mehr. Anstatt sich mit einer Prozentrechnung und dem Verweis auf eine Erfolgsrechnung vom 20. Juni 2008 zu begnügen, hätte die Klägerin darzulegen gehabt, mit wem sie wann und wo über die angebliche Beteiligung an der Baugesellschaft Vertragsverhandlungen geführt hat. Sie hätte sämtliche Umstände darlegen müssen, aus denen ersichtlich wäre, dass die Investition einzig an der mangelnden Liquidität scheiterte. Die pauschale Behauptung, sie habe eine Investitionsmöglichkeit gehabt, kann nicht zum Beweis verstellt werden, da unbestimmte Beweissätze unzulässig sind (siehe ZR 102 [2003] Nr. 15). Zudem wäre es die Aufgabe der Klägerin gewesen, zu erklären, wie sich der Gewinn genau berechnete und weshalb man in einer Phase, in der erst mit der Umsetzung des Projekts begonnen wurde, bereits mit Sicherheit von einem Gewinn von mindestens CHF 600'000 ausgehen konnte. Erfahrungsgemäss ist es vielmehr so, dass Grossbauprojekte regelmässig wesentlich mehr Kosten verursachen, als anfänglich prognostiziert. Lediglich auf eine unbegründete Prognose gestützt, kann der Klägerin keinesfalls ein Schadenersatzanspruch zugesprochen werden. Im Übrigen lässt sich eine Prognose auch nicht zum Beweis verstellen, denn es handelt sich dabei weniger um eine Tatsache, vielmehr um eine Einschätzung.

3.4. Die Klägerin erweckt selbst den Eindruck, erkannt zu haben, dass sie gestützt auf ihre Ausführungen im Zusammenhang mit dem Projekt "J._____" den geltend gemachten Schadenersatzanspruch nicht durchsetzen kann. Entsprechend bezieht sie sich in ihrer Replikschrift auf eine alternative Begründung, um darzutun, dass ihr ein Schadenersatzanspruch von CHF 600'000 zusteht. Dabei beruft sie sich auf folgende Ausführungen von ALFRED KOLLER im Basler Kommentar (a.a.O., Rz. 6 zu Art. 215 OR):

"Die Schadensberechnung wird in Art. 215 nicht umfassend geregelt. Der Schaden kann ebenso nach den allgemeinen Prinzipien berechnet werden. Namentlich können zum Ausgangspunkt der Berechnung auch die Beschaffungskosten genommen werden, d.h. der Preis den der Verkäufer für den Ankauf aufgewendet hat oder aufwenden müsste. Die Rechtsprechung anerkennt auch insoweit die Differenztheorie, indem sie dem Verkäufer erlaubt, die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem (tieferen) Beschaffungspreis geltend zu machen. Jedenfalls ist eine konkrete

Schadensberechnung zulässig, wenn der Verkäufer sich den Kaufgegenstand bereits beschafft hat oder sich dessen Lieferung hat vertraglich zusichern lassen (ZR 1937, 368). Aber auch die abstrakte Schadensberechnung wird befürwortet, wenn sich der Verkäufer die Ware zu einem Marktpreis hätte beschaffen können; der Schaden berechnet sich dann als Differenz zwischen Marktpreis und (höherem) Vertragspreis. Einschränkungen ergeben sich aus der allfälligen Pflicht, den Kaufgegenstand weiterzuverkaufen. Gegebenfalls muss sich der Verkäufer den Gewinn, den er bei einem Verkauf an einen Dritten hätte erzielen können oder erzielt hat, auf die Differenz zwischen Vertragspreis und Beschaffungskosten bzw. Marktpreis für die Beschaffung anrechnen lassen; die Schadensberechnung entspricht dann im Wesentlichen derjenigen nach Art. 215 Abs. 1 bzw. 2."

KOLLER stützt sich in seinen Ausführungen auf einen Entscheid der 1. Kammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1936, worin dieses entschieden hatte, dass sich der Schaden einer Automobilhandelsfirma wegen Nichterfüllung eines Autokaufvertrags auf Grund der Differenztheorie in der Weise berechne, dass von dem vereinbarten Verkaufspreis der (tiefere) Einstandspreis abgezogen werde. Der Einwand des Autokäufers, die Automobilhandelsfirma könne selbst nicht behaupten, dass sie das Automobil nur zu einem Minderpreis habe verkaufen können, sei irrelevant. Es sei davon auszugehen, dass die Automobilhandelsfirma eine Reihe solcher Geschäfte zu ähnlichen Preisen habe abschliessen können, weil es sich um Ware handelte, die serienweise hergestellt werde und daher in beliebiger Weise nachbezogen werden könne. Der Verkauf an den Beklagten sei nach der Erfahrung als ein Geschäft unter einer grösseren Zahl gleichwertiger Käufe anzusehen. Wenn dies angenommen werden dürfe, sei der Automobilhandelsfirma dadurch, dass eines dieser Geschäfte nicht realisiert werden konnte, der Gewinn eines dieser Geschäfte entgangen, auch wenn das streitige Automobil nachher zum gleichen Preis, wie er mit dem Beklagten vereinbart war, weiter habe veräussert werden können (ZR 36 [1937] Nr. 190).

Im Unterschied zu dem den Ausführungen KOLLERS zugrundeliegenden Fall, in dem es um den Weiterverkauf einer Gattungsware durch einen Händler ging, liegt im vorliegend zu beurteilenden Verfahren der Verkauf eines Aktienpakets im Streit. Ein Aktienpaket, bestehend hier aus nicht börsenkotierten Aktien, hinter denen ein Hotel steht, dem die eigentlichen Kaufabsichten der Beklagten galten, stellt keine Gattungsware dar. Es fragt sich, ob die besagte Schadensberech-

nungsmethode auch für den vorliegenden Fall zu Anwendung gelangen kann. Hinter der von KOLLER rezipierten Schadensberechnungsmethode steht der Gedanke, dass der Handel betreibende Verkäufer nicht nur ein, sondern eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte abschliessen will. Bei Nichterfüllung eines Kaufvertrags über eine Gattungsware kann der Verkäufer deshalb zum einen den entgangenen Gewinn verlangen, den er aus dem Geschäft mit dem Käufer erzielt hätte (Verkaufspreis ./ Beschaffungspreis), und zum andern die Sache an einen Dritten weiterverkaufen, ohne dass er den Gewinn, den er damit erzielt, mit dem gegenüber dem ursprünglichen Käufer geltend gemachten Schaden zu verrechnen hätte. Es wird vermutet, der Händler hätte beide Kaufgeschäfte tätigen können (ALFRED KOLLER, a.a.O. N 15 zu Art. 215 OR). Eine solche Vermutung rechtfertigt sich selbstverständlich nicht in Fällen, in denen – wie vorliegend – eine nicht vertretbare Sache als Kaufobjekt im Streit liegt. Es kann naturgemäss nicht davon ausgegangen werden, dass dieselbe Sache ein zweites Mal hätte verkauft werden können. Deshalb muss sich der Händler stets anrechnen lassen, was er im Rahmen des Deckungsverkaufs erwirtschaftet hat bzw. hätte erwirtschaften können. Es stellt sich unter diesen Umständen die Frage, ob der Händler – im vorliegenden Fall die Klägerin – zum Deckungsverkauf verpflichtet ist. Diese Frage richtet sich nach Art. 43 OR und ist zu bejahen, wenn der Weiterverkauf nicht nur möglich, sondern auch sinnvoll und zumutbar war. Sinnvoll ist ein Weiterverkauf immer dann, wenn er zu einer Schadensreduktion führt, was nicht zutrifft, wenn die Sache zu einem Preis unterhalb des Beschaffungspreises weggegeben werden müsste. Ist ein Weiterverkauf im umschriebenen Sinne sinnvoll, ist er dem Verkäufer regelmässig auch zumutbar, immer vorausgesetzt, dass kein Tatbestand gegeben ist, bei dem der Verkäufer Anspruch auf doppelten Gewinn hat. Wo eine Pflicht (Obliegenheit) zum Weiterverkauf besteht, ist der Gewinn, den der Verkäufer durch den Weiterverkauf erzielt hat, auf die Differenz zwischen Kaufpreis und Beschaffungspreis anzurechnen; die Schadensberechnung entspricht dann i.E. derjenigen von Art. 215 Abs. 1 OR (ALFRED KOLLER, a.a.O., N 16 zu Art. 215 OR).

Die Klägerin tut selbst dar, dass ein Weiterverkauf der Aktien grundsätzlich im Bereich des Möglichen ist und belegt dies mithilfe einer Absichtserklärung der

L. _____ AG, worin diese förmlich ihre Absicht kundtut, das Hotel E. _____ käuflich zu erwerben (act. 18/16). Ferner führt sie aus, dass es ihr bislang zwar nicht gelungen sei, einen Käufer zu finden, der die Aktien zu einem ähnlich hohen Preis übernehmen würde. Die L. _____ AG sei beispielsweise bis heute nicht bereit, das Hotel zu einem Preis von insgesamt CHF 21 Mio. zu übernehmen (act. 17 Rz. 72). Es ist aber auch gar nicht nötig, dass die Klägerin einen Käufer findet, der bereit ist, gleich viel zu bezahlen, wie die Beklagte es einmal war. Solange der Verkaufspreis den Betrag von CHF 15'500'000 übersteigt, wäre ein Verkauf nach dem Gesagten zumutbar und sinnvoll. Dass dieses Ziel nicht erreichbar ist, behauptet die Klägerin selbst nicht. Im Gegenteil hält sie es nicht für ausgeschlossen, dass sie das Hotel der L. _____ AG zum Verkaufspreis von CHF 21 Mio. verkaufen kann (siehe act. 17 Rz. 73). Unter diesen Umständen zeigt sich aber, dass der Weiterverkauf und damit die Schadensminderung möglich, zumutbar und sinnvoll ist. Da der Deckungsverkauf bis dato aber nicht erfolgte, lässt sich derzeit auch nicht feststellen, wie hoch der tatsächliche Schadenersatzanspruch sein könnte (wenn im Übrigen sämtliche Voraussetzungen erfüllt sein sollten). Die Klägerin hat auch keinen Höchstwert genannt, zu dem sie die Aktien bestenfalls verkaufen kann. Wenn sie es nicht für ausgeschlossen hält, der L. _____ AG die Aktien zum Wert von CHF 21 Mio. zu verkaufen, bedeutet das noch nicht, dass sie nicht auch einen Käufer finden kann, der mehr bezahlt. Gestützt auf die Prognose eines allfälligen Schadens kann der Klägerin kein Schadenersatz zugesprochen werden. Der Ersatz des positiven Interesses kann im vorliegenden Fall nur die Differenz zwischen dem vereinbarten Verkaufspreis und dem durch den Deckungsverkauf erzielten bzw. erzielbaren Preis sowie den aus der zeitlichen Verzögerung entstandenen Schaden umfassen. Die Differenz lässt sich nach dem Gesagten derzeit nicht festlegen. Der aus der zeitlichen Verzögerung entstandene Schaden wurde, wie bereits ausgeführt, ungenügend substantiiert.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Klägerin zur Schadensberechnung auch mit den falschen Zahlen operiert. Massgebend ist der Beschaffungs- und Verkaufspreis des Kaufobjekts. Kaufobjekt war vorliegend das Aktienpaket und nicht das Hotel E. _____. Den Beschaffungspreis der C. _____-Aktien nannte die Klägerin jedoch nicht.

3.5. Unter diesen Umständen wäre das klägerische Schadenersatzbegehren auch mangels genügend substantiierten Schadens ohne weitere Prüfung abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Klägerin verliert den Prozess, weshalb sie kosten- und entschädigungspflichtig wird (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist der anwaltlichen Vertretung der Beklagten unter Berücksichtigung von § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 und somit gestützt auf § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 aAnwGebV angemessen Rechnung zu tragen. Nachdem die Parteien keinen entsprechenden Antrag gestellt haben, enthält die Prozessentschädigung schon deshalb keine Mehrwertsteuer.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 36'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbescheinigung.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Christian Fischbacher