

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB110066-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
S. Clausen

## Urteil vom 12. Juli 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom  
5. September 2011 (CG100090)**

**Rechtsbegehren:**

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5% seit 29. Mai 2009 zu bezahlen.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes C. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 5. Juni 2009) für Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 29. Mai 2009 sowie für die Betreuungskosten zu beseitigen.

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 5. September 2011:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 100'000.– nebst Zins zu 5% seit 29. Mai 2009 zu bezahlen.  
  
Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreuungsamtes C. \_\_\_\_\_ (Zahlungsbefehl vom 5. Juni 2009) wird aufgehoben.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 8'800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 13'600.– zu bezahlen.

**Berufungsanträge:**

**des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 43 S. 2):**

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur neuen Beurteilung an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen.

**der Kläger und Berufungsbeklagten (Urk. 48 S. 2):**

Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. September 2011 zu bestätigen.

### **Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Z. \_\_\_\_\_. Sie bezweckt im Wesentlichen den Betrieb der ersten (Herren-...-)Mannschaft für den Verein D. \_\_\_\_\_, welche Mannschaft an der Meisterschaft der Swiss ... League teilnimmt. Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter) war seit der Gründung der AG im Jahre 2007 bis Juni 2008 Mitglied des Verwaltungsrates. Er ist am Aktienkapital von Fr. 100'000.– mit Fr. 10'000.– beteiligt. Mit der vorliegenden, am 7. Juni 2010 eingereichten Klage macht die Klägerin geltend, der Beklagte habe sich zur Zahlung von Fr. 100'000.– verpflichtet.

2. Für den Prozessverlauf im erstinstanzlichen Verfahren und die Parteivorbringen vor Vorinstanz kann auf das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 5. September 2011 verwiesen werden (Urk. 42 S. 2 ff.). Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels gut. Es ging dabei davon aus, dass sich der Beklagte gültig zur Zahlung von Fr. 100'000.– verpflichtet habe und dass die Zahlungspflicht nicht untergegangen sei (Urk. 42 S. 7 ff.).

3. Mit rechtzeitig eingereicherter Eingabe vom 10. Oktober 2011 erhob der Beklagte Berufung (Urk. 40 und 43), worauf ihm mit Verfügung vom 2. November 2011 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt wurde (Urk. 44). Nach fristgerechtem Eingang des entsprechenden Vorschusses (Urk. 46) wurde der Klägerin mit Verfügung vom 22. November 2011 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 47). Die rechtzeitig eingereichte Berufungsantwort datiert vom 10. Januar 2012 (Urk. 48). Diese wurde mit Verfügung vom 11. Januar 2012 dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 49).

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Das angefochtene Urteil datiert vom 5. September 2011. Damit ist auf das Berufungsverfahren die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen.

2. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung stellt es ins Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann. Dies wird häufig anzunehmen sein (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

3. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die von den Parteien geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen sowie die Ausführungen in der Berufungsantwort grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreiben. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

## II.

1. a) Die Klägerin leitet ihren Anspruch aus einer Verpflichtungserklärung ab, die der Beklagte anlässlich der Verwaltungsratssitzung der Klägerin vom 2. April 2007 abgegeben haben soll. Gemäss Protokoll dieser Sitzung waren die Verwaltungsräte E.\_\_\_\_ (Präsident), F.\_\_\_\_ (Delegierter), G.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_, J.\_\_\_\_ sowie der Beklagte anwesend. Gegenstand der Traktanden war u.a. das Budget 2007/2008, wobei von einem "Delta von rund 550'000.–" die Rede war, d.h. von einer Differenz von rund Fr. 550'000.– zwischen budgetierten Einnahmen und Ausgaben gesprochen wurde. Gemäss Protokoll sollen J.\_\_\_\_,

A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sich bereit erklärt haben, je Fr. 100'000.– beizutragen (Urk. 5/6 S. 2):

"J.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ haben sich bereit erklärt je CHF 100'000 als Beitrag an das bestehende Delta von rund 550'000 beizutragen."

Das Protokoll soll allen Verwaltungsräten per E-Mail zugestellt worden und unwidersprochen geblieben sein. An der folgenden Verwaltungsratssitzung vom 19. April 2007 wurde das Protokoll - in Abwesenheit des Beklagten - genehmigt (Urk. 5/7). Dieses Protokoll vom 19. April 2007 wurde sodann am 7. Mai 2007 in Anwesenheit des Beklagten ebenfalls genehmigt (Urk. 5/8). Währenddem E.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ ihre Zahlungsverprechen einlösten, habe der Beklagte erstmals im Juli 2008 seine Verpflichtung ausdrücklich bestritten. Mit der Replik vor Vorinstanz hielt die Klägerin fest, es handle sich nicht um ein Zahlungsverprechen, sondern um einen Sponsoringbeitrag (Urk. 28 Rz 11 und 18 ff.). Alternativ könne der Beitrag auch als Beitrag im Sinne von Art. 531 OR qualifiziert werden (Urk. 28 Rz 21 f.). Im Übrigen bestritt sie die vom Beklagten behauptete Schuldübernahme durch J.\_\_\_\_\_ (vgl. u.a. Urk. 28 Rz 26).

b) Die Vorinstanz hielt in ihrem Urteil vom 5. September 2011 vorweg fest, dass der Beklagte zumindest stillschweigend zu erkennen gegeben habe, dass er bereit sei, der Klägerin Fr. 100'000.– zu bezahlen (Urk. 42 S. 7 f.). Damit habe er sich vertraglich verpflichtet, diesen Betrag zu bezahlen. Daran ändere nichts, wenn er im Nachhinein erklärt haben will, er habe sich nicht zur Zahlung verpflichten wollen (Urk. 42 S. 9). Im Weiteren verwarf die Vorinstanz die Behauptung der Klägerin, dass es sich um einen Sponsoringbeitrag gehandelt habe. Es könne auch nicht auf eine Zahlungsverpflichtung im Sinne von Art. 531 OR geschlossen werden (Urk. 42 S. 10 f.). Die Vorinstanz schloss letztlich, es sei von einer freiwilligen Leistung eines Aktionärs ohne Gegenleistung auszugehen, nämlich einer Zuzahlung eines Gesellschafters an die Gesellschaft, für welche - dies unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Deutschen Bundesgerichtshofes - die Schenkungsvorschriften keine Anwendung finden würden (Urk. 42 S. 11-13). Schliesslich sei auch nicht von einer Simulation auszugehen (Versprechen nur

zum Zweck, die übrigen Verwaltungsräte zu einer Zahlung zu veranlassen, Urk. 42 S. 13-15), und es könne auch nicht auf eine externe Schuldübernahme durch J.\_\_\_\_\_ geschlossen werden (Urk. 42 S. 15-19). Letztlich verwarf die Vorinstanz auch den Einwand des Beklagten, dass das Zahlungsverprechen von einer Bedingung, nämlich dem tatsächlichen Eintritt eines Defizits in bestimmter Höhe, abhängig gemacht worden sei (Urk. 42 S. 19 f.).

c) Die Klägerin erachtet in ihrer Berufungsantwort das Urteil des Bezirksgerichts als zutreffend (Urk. 48 S. 2 und 6). Die Vorinstanz habe richtig ausgeführt, dass sich der Beklagte zu einer Zuzahlung und nicht zu einer Schenkung verpflichtet habe. Wer im Leitungsgremium der Trägergesellschaft eines im Spitzensport aktiven Vereins in der Schweiz mitmache, wisse, dass die Aktivitäten dieses Vereins chronisch defizitär seien und dass von ihm ein namhafter Beitrag in Form von Arbeitsleistung und/oder Geld erwartet werde. Die vom Beklagten versprochenen Zuzahlungen stünden im Zusammenhang mit seiner Position als Aktionär und Verwaltungsrat der Klägerin und seien keine Schenkungen. Die Klägerin habe die Vereinbarung als Sponsoringvertrag bezeichnet, wohl wissend, dass es sich nicht um einen Sponsoringvertrag im klassischen Sinn gehandelt habe. Der Beklagte habe keinen Marketing-Nutzen ziehen wollen. Die Gegenleistung sei immaterieller Natur, nämlich Freude und Befriedigung, Zugehörigkeit zu einem erfolgreichen Team. Auch steuerlich würden solche Zahlungen nicht als Schenkungen behandelt (Urk. 48 S. 3 f.). Von einer Simulation könne keine Rede sein. Der Beklagte habe mit seiner Willensäußerung andere Personen täuschen wollen, wobei die Klägerin von dieser Täuschungsabsicht keine Kenntnis gehabt habe (Urk. 48 S. 4). Eine Mentalreservation des Beklagten sei im Zeitpunkt des Austausches der Willensäußerungen nicht bekannt gewesen (Urk. 48 S. 5). Für die Klägerin seien der Beklagte und J.\_\_\_\_\_ ein Team gewesen, das gemeinsam verschiedenste Geschäfte finanziert und durchgeführt habe. Für die Klägerin sei es wichtig gewesen, dass die vom Beklagten und J.\_\_\_\_\_ versprochenen Leistungen auch bezahlt wurden, um die Auslagen für den laufenden Spielbetrieb decken zu können. Die Klägerin habe nie der behaupteten privaten Schuldübernahme zugestimmt (Urk. 48 S. 4 f.).

2. a) Es stellt sich die Frage, ob ein Entscheid gefällt werden kann oder ob - wie vom Beklagten vorgebracht wird (Urk. 43 Rz 122-142) - zuerst ein Beweisverfahren durchzuführen ist. Der Beklagte macht unter Hinweis darauf, dass zu Unrecht kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei, geltend, er habe im erstinstanzlichen Verfahren dargelegt,

- dass die Klägerin stets Kenntnis vom wahren Willen des Beklagten gehabt habe, nämlich sich nicht zu einer Leistung verpflichten zu wollen. Die Klägerin habe Kenntnis der fehlenden Schenkungsabsicht gehabt. J.\_\_\_\_\_ habe die fragliche Erklärung nur abgegeben, um weitere Verwaltungsräte zu einer Zahlung zu veranlassen (Urk. 43 Rz 125-129),

- dass - sofern man von einer Verpflichtung des Beklagten ausgehe - er durch die private Schuldübernahme durch J.\_\_\_\_\_ befreit worden sei, wovon entsprechend den Aussagen von F.\_\_\_\_\_ auch die Klägerin ausgegangen sei (Urk. 43 Rz 130-135),

- dass in der Bilanz der Klägerin vom 31. Mai 2008 keine Forderung gegenüber dem Kläger ausgewiesen worden sei, was als natürliche Vermutung dafür spreche, dass keine Forderung der Klägerin gegenüber dem Beklagten bestehe (Urk. 43 Rz 136-138),

- dass J.\_\_\_\_\_ die fragliche Forderung im Namen des Beklagten beglichen habe (Urk. 43 Rz 139-141 unter Hinweis auf Urk. 18 Rz. 21).

b) Die vom Beklagten angeführten Behauptungen - die bereits im erstinstanzlichen Verfahren erhoben wurden - stehen einer Gutheissung der Klage entgegen. Ohne eine Beweisabnahme über diese Behauptungen kann der Beklagte nicht verpflichtet werden, den von der Klägerin geforderten Betrag zu bezahlen. Hievon ausgenommen sind höchstens die Behauptungen, dass in der Bilanz per 31. Mai 2008 die Forderung gegenüber dem Kläger nicht aufgeführt ist und dass lediglich in den Erläuterungen erwähnt wurde, dass der Einjahresbeitrag des Klägers einen offenen Punkt darstelle. Bisher sei der Betrag bei J.\_\_\_\_\_ "eingetragen" gewesen. Diese Behauptungen wurden mit den eingereichten Ur-

kunden belegt (Urk. 18 Rz 22 und 27 i.V. mit Urk. 20/8 und 20/12), weshalb hievon auszugehen wäre. Allerdings stünde damit noch nicht abschliessend fest, dass der Beklagte nicht zu verpflichten wäre, den geforderten Betrag zu bezahlen. Andererseits ist aufgrund der Erläuterungen entgegen der Darstellung der Klägerin in der erstinstanzlichen Replik (Urk. 28 Rz 33) keineswegs klar gemacht worden, dass der Beklagte verpflichtet ist, Fr. 100'000.– zu zahlen. Zu prüfen wären auf jeden Fall die übrigen Behauptungen. Könnte der Beklagte nachweisen, dass die Klägerin durch ihre Verwaltungsräte F.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ Kenntnis davon hatte, dass der Beklagte nie beabsichtigte, einen Beitrag von Fr. 100'000.– zu bezahlen, dass J.\_\_\_\_\_ diese Erklärung vielmehr nur abgab, damit (auch) andere Verwaltungsräte einen Beitrag leisteten, so wäre der Klägerin dieses Wissen anzurechnen (BSK OR II - Watter, N 34 f. zu Art. 718 OR und N 24 zu Art. 718a OR) und dieses stünde der Gutheissung der Klage entgegen. Dasselbe gilt für die Behauptung, wonach auch die Klägerin - sofern eine Verpflichtung bestand - von einer Schuldübernahme durch J.\_\_\_\_\_ ausgegangen sei. Schliesslich wäre erst recht dem Beklagten Gelegenheit zu gewähren, seine Behauptung nachzuweisen, wonach J.\_\_\_\_\_ die fraglichen Fr. 100'000.– im Namen des Beklagten bezahlt habe.

c) Aus den nachstehenden Erwägungen geht indes hervor, dass von einem Beweisverfahren und damit von einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz abgesehen werden kann. Die strittigen Punkte können offen gelassen werden. Dies gilt auch für die umstrittene Behauptung, wonach der Beklagte selber erklärt habe, er verpflichte sich, einen Beitrag von Fr. 100'000.– an das bestehende Delta beizutragen. Der Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, dass er (selber) keine entsprechende Erklärung abgegeben habe (Urk. 43 Rz 52 und Rz 71). Ob er eine solche Erklärung selber abgegeben hat, wäre indes zu prüfen, da fraglich ist, ob auf ein stillschweigendes Akzept geschlossen werden könnte, wenn die massgebliche Erklärung von einer Drittperson abgegeben wurde. Die von der Vorinstanz angeführte Lehrmeinung (BSK-Vogt, Art. 239 OR N 3, vgl. Urk. 42 S. 8 unten) bezieht sich denn auch auf eine stillschweigende Annahme einer Schenkung durch den Beschenkten und nicht auf ein Stillschweigen des Schenkers auf eine Schenkungsofferte des Beschenkten oder eines Dritten.

3. a) Während die Klägerin mit der Klagebegründung vor Vorinstanz aus der Erklärung, wonach sich der Beklagte bereit erklärt habe, Fr. 100'000.– als Beitrag an das bestehende "Delta von rund Fr. 550'000.– beizutragen", ein Zahlungsverprechen, einen Beitrag à fonds-perdu, ableitete (Urk. 2 S. 7), machte sie mit der Replik geltend, es handle sich nicht um ein Zahlungsverprechen, sondern um einen Beitrag im Sinne von Art. 531 OR bzw. um einen Sponsoringbeitrag (Urk. 28 Rz 46). Mit der Berufungsantwort schloss sich die Klägerin dann - wie erwähnt - der Auffassung der Vorinstanz an, wonach sich der Beklagte zu einer Zuzahlung verpflichtet habe (Urk. 48 Rz 9).

b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 42 S. 12 f.) kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die mit einem Entscheid des Deutschen Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 94/95) nach deutschem Recht festgehaltenen Erwägungen zur Frage der Rechtsnatur einer Erklärung betreffend eine Zahlungsverpflichtung gegenüber einer Gesellschaft auch für das schweizerische Recht gelten. Dies ist vielmehr zu verneinen. Die Rechtsprechung zu den Bestimmungen des deutschen Schenkungsrechts nach den §§ 516 ff BGB lässt sich nicht einfach auf das schweizerische Recht übertragen. Sodann kann der Sachverhalt, der vom Bundesgerichtshof zu beurteilen war, auch gar nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt verglichen werden. Während im fraglichen deutschen Verfahren ein Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft erklärt hatte, er verpflichte sich gegenüber der Gesellschaft, unverzüglich jegliche Verluste, die während des Geschäftsganges eintreten, bis zu einer Summe von 1,5 Millionen Euro mittels geeigneter Massnahmen auszugleichen und auch die Versorgung der Gesellschaft jederzeit mit flüssigen Mitteln sicherzustellen, so dass die Gesellschaft jederzeit ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen könne, ging es bei der Klägerin um die Frage, ob das Budget 2007/2008 ohne die Verpflichtung von (kostspieligen) ausländischen Spielern oder mit entsprechender Verpflichtung und der Zielsetzung "Schweizer Meister" festgelegt werden soll. Die Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen erfolgte im Hinblick auf die kostspielige Variante, nämlich die weitere Verpflichtung von kostspieligen Spielern (Urk. 5/6 S. 2). Damit kann aber nicht - wie im angeführten Entscheid des Deutschen Bundesgerichtshofes - davon gesprochen werden, dass die gegenüber der Gesell-

schaft abgegebene Erklärung im Hinblick auf die Mitgliedschaft abgegeben wurde, nämlich im Hinblick auf die Werterhaltung der Gesellschaft, was die Anwendung der Schenkungsregeln ausschliesse. Der Bundesgerichtshof wendete die Schenkungsregeln ausdrücklich deshalb nicht an, weil solche Zusagen zwar ohne unmittelbare Gegenleistung im Rechtssinne, wohl aber vor dem Hintergrund abgegeben würden, dass sich der Gesellschafter davon eine Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar eine Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage verspreche. Hievon kann aber nicht die Rede sein, wenn es bloss darum geht, mit zusätzlichen Mitteln und mit ausländischen Spielern einen Titel in der Schweizer Meisterschaft anzustreben oder bloss "konservativ" ohne solche Spieler nur die Zielsetzung Rang 1-4 in der Meisterschaft anzupfeilen. Es ging mit den fraglichen Beiträgen nicht darum, die Vermögenssituation der Gesellschaft zu verbessern, sondern darum, mit zusätzlichen Mitteln aus der AG die erste Mannschaft des Vereins D. \_\_\_\_\_ tatkräftiger unterstützen zu können. Mit anderen Worten, selbst wenn das deutsche Recht analog angewendet würde, erschiene es fraglich, ob von den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 516 ff. BGB abzuweichen wäre und die Erklärung unabhängig von § 518 BGB, wonach ein Schenkungsversprechen nur gültig ist, wenn dieses notariell beurkundet ist, als gültig erachtet werden dürfte. Immerhin wäre zu beachten, dass die Schutzfunktion von § 518 BGB eben gerade darin liegt, dass der eine Leistung Versprechende vor übereilten Verpflichtungen abgehalten werden soll (Soergel, BGB, Band 4/1, 12. A., N 1 zu § 518 BGB).

c) Freiwillige Zuzahlungen an eine Aktiengesellschaft können auf gesellschaftsrechtlicher Basis oder auf vertraglicher Grundlage erfolgen (Armand Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, S. 173). Ob nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung eine gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftsrechtliche Verpflichtung zu weiteren Leistungen des Aktionärs zulässig oder unzulässig ist, ist hier nicht weiter zu prüfen. Es wird von keiner Seite geltend gemacht, dass von einer derartigen Verpflichtung auszugehen sei. Auf die Vorbringen des Beklagten, wonach die Verpflichtung des Aktionärs zu weiteren Leistungen gestützt auf eine gesellschaftsrechtliche bzw. mitgliedschaftsrechtliche Grundlage unzulässig sei (Urk. 43 Rz 31-

50), ist daher nicht weiter einzugehen. Zu prüfen bleibt somit - wie vom Beklagten geltend gemacht (Urk. 43 Rz 18) - nur, ob von einer gültigen Verpflichtung des Beklagten auf vertraglicher Grundlage auszugehen ist. Auch die Klägerin geht im Übrigen von einer Vereinbarung zwischen den Parteien aus (Urk. 48 Rz 4).

d) aa) Beim Sponsoringvertrag liegt in der Regel keine Schenkung vor. Die Klägerin anerkannte indes im Berufungsverfahren zu Recht die erstinstanzlichen Erwägungen, wonach die behauptete Verpflichtung des Beklagten nicht als Sponsoringvertrag qualifiziert werden könne (Urk. 42 S. 10 und Urk. 48 Rz 9). Der Sponsor erbringt geldwerte Leistungen in der Absicht eines kommerziellen Nutzens. Hier fehlt jeglicher Hinweis darauf, dass die fragliche Verpflichtung für den Beklagten einen kommerziellen Nutzen hätte erbringen können. Ein solcher Nutzen ist indes typisch für das Vorliegen eines Sponsoringvertrages. Eine Gegenleistung, meist in der Form von Werbung, ist Merkmal eines Sponsoringvertrages. Hier fehlt ein solches Austauschverhältnis (vgl. hiezu u.a. BSK OR I, 5. A., Amstutz/Morin/Schluep, Einl. vor Art. 184 ff. N 381, 382 und 386, sowie BSK OR I, 5. A., Vogt, Art. 239 N 28b; ferner Peter Philipp, Rechtliche Schranken der Vereinsautonomie und der Vertragsfreiheit im Einzelsport, Zürich 2004, S. 16 und 154).

bb) Im schweizerischen Recht wird im Zusammenhang mit Nachschussleistungen ohne Erhöhung des Aktienkapitals von Zuzahlungen gesprochen, nämlich dann, wenn die Aktionäre mit freiwilligen Zahlungen auf eine einfache Art und Weise wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielen wollen, wie dies mit einer Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Wiedererhöhung erzielt werden könnte. Dies geschieht bei notleidenden Gesellschaften, und es wird damit eine sogenannte stille Sanierung angestrebt. Solche Zuzahlungen können aber nur mit der Einwilligung aller bzw. der betroffenen Aktionäre beschlossen werden. Bei einem Mehrheitsbeschluss - sofern als zulässig erachtet - sind nur die zustimmenden Aktionäre gebunden (Armand Rubli, a.a.O., S. 171, und Peter Forstmoser, Aktienrecht, § 15 N 222 ff.). Zuzahlungen oder die Übernahme von Verlusten können allerdings auch auf der Basis individualrechtlicher Verträge mit Aktionären oder Dritten statt durch Gesellschaftsbeschluss vorgesehen werden. Aber

auch solche Verträge haben die Sanierung einer Aktiengesellschaft zum Ziel (vgl. u.a. Siegwart, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 650 OR; Bürgi, Zürcher Kommentar, N 21 ff. zu Art. 680 OR). Entscheidend ist, dass solche Zuzahlungen regelmässig nicht aus Wohltätigkeit, sondern aus wirtschaftlichen Beweggründen geleistet werden. Der zuzahlende Aktionär will damit seine Gesellschaft sanieren oder sie einfach wirtschaftlich stärken (Armand Rubli, a.a.O., S. 172). Hievon kann aber vorliegend - wie bereits angeführt - nicht ausgegangen werden. Ziel der umstrittenen Zusicherungen war es, im Rahmen des zu erstellenden Budgets 2007/2008 einen höheren Betrag zur Verfügung zu haben, um damit der ersten Mannschaft des D.\_\_\_\_\_ (teure) ausländische Spieler zur Verfügung stellen zu können, dies mit dem Ziel, den Schweizer Meistertitel und damit eine Teilnahme an der Champions League anstreben zu können (Urk. 5/6 S. 2). Es stand weder eine Sanierung der Klägerin noch eine auf Dauer ausgerichtete finanzielle Stärkung der Klägerin zur Diskussion, die letztlich auch als eine langfristige (im Ergebnis eigennützige) Sanierungsmassnahme hätte betrachtet werden können. Es kann daher nicht von einer freiwilligen Zuzahlung gesprochen werden. Diese Zuzahlungen haben stets die Sanierung einer Gesellschaft oder die langfristige wirtschaftliche Stärkung der Gesellschaft zum Ziel (vgl. ergänzend Armand Rubli, a.a.O., S. 174 f.).

cc) Wird ein Sportler oder eine Mannschaft - so wie dies hier indirekt über die Klägerin geschehen sollte (und soweit Zahlungen erfolgten, auch geschehen ist) - mit finanziellen Leistungen unterstützt, ohne dass eine Gegenleistung erfolgt, so kann von einem Mäzenatentum die Rede sein. Der Mäzen, der einen Sportler bzw. eine Mannschaft unterstützt, erwartet im Gegensatz zum Sponsor keine kommerzielle Gegenleistung, er erwartet höchstens die Steigerung seines persönlichen Ansehens. Sein Antrieb bleibt mehrheitlich altruistischer Natur; er will den Sportler oder die Mannschaft unterstützen (vgl. Peter Philipp, a.a.O., S. 17). Genau dies wurde denn auch mit den vorgesehenen Zahlungen angestrebt: "Nach längerer Diskussion war die Mehrheit der VR-Mitglieder für die Weiterverfolgung einer progressiven Variante mit der Verpflichtung von ... als Torhüter, ... als Kreisläufer und einem Rückraum rechts." Erst im Anschluss an diesen Entscheid wurde festgehalten, dass "J.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_" je Fr.

100'000.– an das bestehende Delta von rund Fr. 550'000.– beitragen würden (Urk. 5/6 S. 2). Auch wenn diese Zusicherungen bzw. letztlich die Vornahme der Zahlungen der Klägerin weitere Geldmittel zukommen liessen, wurde ihre finanzielle Leistungsfähigkeit nicht langfristig gestärkt, diese Mittel waren vielmehr dazu bestimmt, Mehrausgaben tätigen zu können.

Damit steht jedoch klar eine Schenkung bzw. ein Schenkungsversprechen im Raum, sollte der Beklagte das strittige Zahlungsverprechen tatsächlich abgegeben haben oder müsste er sich die entsprechende Äusserung J.\_\_\_\_s anrechnen lassen, ohne dass das Zahlungsverprechen nur zum Schein gemacht worden wäre. Nach dem Wortlaut von Art. 239 Abs. 1 OR gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert, als Schenkung. Die Absicht des Schenkers muss auf eine unentgeltliche Zuwendung gerichtet sein, dies ist entscheidend. Der Rechtsgrund der Verpflichtung liegt in der Absicht, dem Beschenkten einen Vermögenswert zuzuwenden, und diese Absicht muss, für sich allein, den hinreichenden Rechtsgrund der Verpflichtung bilden. Die Beweggründe sind bedeutungslos. Sie können auch eigennützig und auf ein Publizitätsbedürfnis zurückzuführen sein (Cavin, Schweizerisches Privatrecht, VII/1, Obligationenrecht - Besondere Verhältnisse, S. 185 f.).

Bei der fraglichen Zusicherung fehlt unbestrittenermassen ein vermögenswertes Interesse auf Seiten der Geldgeber. Die gemäss Protokoll vorgesehene Verwendung der Geldmittel erklärt denn auch die Absicht der Geldgeber und damit den Zweck der vorgesehenen Leistung. Dieser liegt nicht im Gesellschaftsverhältnis, sondern im angestrebten Erfolg der ersten Mannschaft des D.\_\_\_\_. Damit ist jedoch klar von einer Schenkungsabsicht auszugehen. Auch wenn die Leistungen von "J.\_\_\_\_, A.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_" im Hinblick auf die erwähnte Stärkung der ersten Mannschaft des D.\_\_\_\_ gedacht waren, lag darin keine Bedingung, die eine Gegenleistung darstellen würde, es könnte höchstens von einer Auflage im Sinne von Art. 245 Abs. 1 OR gesprochen werden. Auch dies braucht indes nicht weiter geprüft zu werden. Die im Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Klägerin vom 2. April 2007 festgehaltenen Verpflichtungen zur Zahlung von

Fr. 100'000.– ohne Gegenleistung (Urk. 5/6 S. 2) stellen nach dem Gesagten keine auf eine Sanierung oder langfristige Stärkung der Klägerin ausgerichtete Zahlungen, sondern Schenkungsversprechen dar, mit denen freiwillige Beiträge à fonds perdu zugesichert wurden, um der ersten Mannschaft von D. \_\_\_\_\_ zum Erfolg zu verhelfen (vgl. zur Abgrenzung ergänzend: Peter Philipp, a.a.O., S. 154 f., und Cavin, a.a.O., S. 189 ff.). Daran ändert nichts, dass es durchaus üblich sein kann, dass Mitglieder von Leitungsgremien von Trägergesellschaften eines im Spitzensport aktiven Vereins wissen sollten, dass von ihnen namhafte Beiträge erwartet werden (Urk. 48 S. 3 f.). Solche Beiträge ohne Gegenleistungen bleiben trotzdem Schenkungen. Entgegen der Darstellung der Klägerin (Urk. 48 S. 4) verpflichtete auch nicht die "Zugehörigkeit zum Team" zu freiwilligen Zusatzleistungen, sondern erst der Entscheid, die erwähnten Zielsetzungen weiterführen zu wollen.

dd) Wird von einem Schenkungsversprechen ausgegangen, so fehlt es offensichtlich an einer gültigen Verpflichtung des Beklagten. Es ist unbestritten, dass ein Schenkungsversprechen zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedarf (Art. 243 Abs. 1 OR). Dieses Formerfordernis soll den Schenker vor unüberlegtem Handeln schützen (BSK OR I, 5. A., Vogt, Art. 243 N 1). Vorliegend wurde das Schriffterfordernis nicht eingehalten. Der Beklagte hat sich nie unterschrieben verpflichtet, der Klägerin Fr. 100'000.– zu zahlen. Damit ist die Klage abzuweisen, ohne dass auf die weiteren Einwendungen des Beklagten einzugehen ist.

### III.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Gegen die Bemessung der erstinstanzlichen Kosten und gegen die Höhe der Entschädigung sind keine Einwendungen erhoben worden. Damit ist die Gerichtsgebühr von Fr. 8'800.– zu bestätigen und es ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von

Fr. 13'600.– zu bezahlen. Antragsgemäss sind die Aufwendungen für die Mehrwertsteuer hinzuzurechnen. Dabei ist für die Grundgebühr (Fr. 10'900.–) ein Ansatz von 7,6% heranzuziehen, für den erst im Jahre 2011 für die Duplik angefallenen Zuschlag (Fr. 2'700.–, vgl. dazu AnwGebVO vom 21. Juni 2006, § 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 lit. c i.V. mit Abs. 2) ist dagegen der ab 1. Januar 2011 erhöhte Ansatz von 8% zu berücksichtigen. Die Entschädigung für das erstinstanzliche Verfahren beläuft sich damit auf insgesamt Fr. 14'644.40 (Fr. 13'600.– zuzüglich Fr. 828.40 und zuzüglich Fr. 216.–).

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist die Entscheidgebühr auf Fr. 8'750.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 i.V. mit § 12 Abs. 1 GGebVO vom 8. September 2010). Die Parteientschädigung ist auf Fr. 5'450.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 436.–), mithin auf insgesamt Fr. 5'886.– festzulegen (§ 4 Abs. 1 i.V. mit § 13 Abs. 2 AnwGebVO vom 8. September 2010).

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 8'800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'750.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt. Sie werden mit dem vom Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Vorschuss von Fr. 8'750.– zu ersetzen.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 14'644.40 und für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'886.– zu bezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Fr. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Dr. M. Kriech

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am:  
mc