

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB190010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 26. November 2019

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_,

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law, Master of Science in Management Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 14. Januar 2019; Proz. CG170013**

### Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

"Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 150'000.00 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % ab 16. September 2016;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

### **Urteil des Bezirksgerichtes:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidungsbüher wird auf CHF 10'750.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet.
4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 19'000.00 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung].
6. [Rechtsmittelbelehrung].

### **Berufungsanträge:**

des Berufungsklägers (act. 38 S. 2 f.):

- "1. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 1 sei die Klage gutzuheissen, und es sei der Beklagte und Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger den Betrag von CHF 150'000.00 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% ab 16. September 2016;
2. in Abänderung von Dispositiv Ziffer 3 des angefochtenen Urteils seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien ausgangsgemäss aufzuerlegen;
3. in Abänderung von Dispositiv Ziffer 4 des angefochtenen Urteils sei die Parteientschädigung (zuzügl. MWSt.) für das erstinstanzliche Verfahren ausgangsgemäss aufzuerlegen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt.) zulasten des Beklagten und Berufungsbeklagten.

Eventualantrag:

Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren zur Neuurteilung und Durchführung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWSt.) zulasten des Beklagten und Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (act. 46 S. 2):

"1. Die Berufung vom 19. Februar 2019 sei vollumfänglich abzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers (zzgl. MwSt.)."

### Erwägungen:

#### **I. Sachverhaltsüberblick und Prozessverlauf**

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-

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.

2. Der Kläger machte die vorliegende Forderungsklage am 15. August 2017 bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1 und 2). Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels fand am 26. März 2018 eine Instruktionsverhandlung statt. Die im Rahmen dieser Verhandlung geführten Vergleichsgespräche scheiterten. Nachdem die Parteien (unter Vorbehalt der Vorträge im Rahmen eines allfälligen Beweisverfahrens) auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet hatten (act. 32 und 34), erging am 14. Januar 2019 das vorinstanzliche Urteil (act. 35 = act. 39 = act. 40 [Aktenexemplar], fortan act. 40).

Am 19. Februar 2019 (Datum Poststempel) erhob der Kläger rechtzeitig (act. 36/2 i.V.m. act. 38) Berufung mit den oben wiedergegebenen Anträgen. Am 25. Juni 2019 ging bei der Kammer die Berufungsantwortschrift ein (act. 46). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-36). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Wegen des Wechsels des bisherigen Referenten Oberrichter Dr. S. Mazan übernahm neu Oberrichter Dr. M. Sarbach das Dossier.

## **II. Formelles**

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 27. Februar 2019 auferlegte Kostenvorschuss (act. 41) wurde geleistet. Dem Eintreten steht nichts entgegen.
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)

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 Verweis 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 Vorgelegten genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen 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 – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen 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 vorgetragene Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers 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 anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz 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). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – 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,

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).

3. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun und zu beweisen, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3; LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2; LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1b; LB130063 vom 17. September 2014, E. II./2; LB140014 vom 3. Juni 2014, E. III./2).

### **III. Materielles**

1. Die Parteien streiten sich darüber, was aus Ziffer 4 des zwischen ihnen abgeschlossenen Aktienkaufvertrags vom 24. Dezember 2015 (Wortlaut oben, Ziff. I.1.) folge. Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm der Beklagte als Teil des Kaufpreises für die Aktien die Zahlung einer Dividende durch die Gesellschaft in der Höhe von Fr. 300'000.– garantiert hat (act. 2 Rz 14 ff.; act. 38 Rz 5 ff.). Der Beklagte wiederum hält dafür, eine persönliche Zusicherung seinerseits über die Höhe der zukünftigen Dividende sei nie Gegenstand der Verhandlungen zum Kaufpreis gewesen; weder sei eine fixe Dividende von Fr. 300'000.– für das Geschäftsjahr 2015 vereinbart worden, noch habe der Beklagte eine Dividende in dieser Höhe persönlich garantiert (act. 23 Rz 9, Rz 35; act. 46 Rz 12, Rz 22 f.).

2. Die Vorinstanz hat in ihrer rechtlichen Würdigung die rechtlichen Grundlagen eines Garantievertrags im Allgemeinen und sodann die Zulässigkeit der Zusicherung einer festen Dividende im Sinne eines Garantieversprechens durch einen

Dritten im Speziellen dargelegt. Auf deren zutreffenden Ausführungen kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (act. 40 E. 4.1.1. f. S. 5 f.). Die Vorinstanz führt sodann zur Auslegung der strittigen Vertragsklausel im angefochtenen Urteil richtig aus, dass primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln sei (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn die tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibe, wäre zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund der Vertrauensprinzips auszulegen (act. 40 E. 4.1.3. S. 6 f.). In der gleich anschliessenden Würdigung führt die Vorinstanz aus, ein tatsächlicher Konsens sei von den Parteien nicht bzw. nicht substantiiert behauptet worden (act. 40 E. 4.2. S. 7).

2.1 Der Kläger rügt, dass ihm von der Vorinstanz keine Möglichkeit zum Nachweis eines tatsächlichen Konsenses gegeben worden sei, obwohl er einen tatsächlichen Konsens substantiiert behauptet habe (act. 38 Rz 5). Der Kläger verweist (a.a.O.) auf diverse Stellen in den erstinstanzlichen Rechtsschriften, in denen er einen tatsächlichen Konsens substantiiert behauptet habe. Im Einzelnen hat er an den angeführten Stellen (nebst den unten wiedergegebenen im Weiteren: 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 vereinbart, 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 Kauvertrages [recte: Kaufvertrages] stand der Gewinn des Jahres 2015 noch nicht fest. Dividenden 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-

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.

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.

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

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.).

3.1 Die Auslegung der Vorinstanz vermag nicht zu überzeugen:

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 dannzumal 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 dannzumal 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

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.

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-

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 hinzugefügt). 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 Garantieverprechen in Bezug auf eine Dividende von Fr. 300'000.– gleich wie der Bonusanspruch von Fr. 200'000.– Teil der Kaufpreisgestaltung war.

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.

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 Garantieverprechens 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.

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).

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

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).

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

zweifelloso 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 zweifelloso nach Ablauf der Jahresfrist gemäss Art. 31 Abs. 2 OR. Dass der Beklagte sonst innert

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.).

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

5. Die Berufung ist demnach bis auf den Zinsenlauf vom 16. September 2016 bis 20. März 2017 gutzuheissen, und das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Der Beklagte unterliegt fast vollumfänglich. Entsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Mit dem Entscheid in der Sache ist zudem über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Bei einem Streitwert von Fr. 150'000.– beträgt die Grundgebühr, von der bei der Bemessung der Gerichtskosten auszugehen ist, Fr. 10'750.–. Die Vorinstanz hat die erstinstanzlichen Gerichtskosten zutreffend festgelegt; darauf kann verwiesen werden, verbunden mit dem Hinweis, dass diese Kosten im Berufungsverfahren auch gar nicht beanstandet wurden. Sie sind dem Beklagten aufzuerlegen, ebenso wie die von der Vorinstanz festgesetzte und im Berufungsverfahren nicht

beanstandete Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 19'000.– (MwSt. inbegriffen). Die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von Fr. 620.– sind zu den Kosten der Hauptsache zu schlagen (Art. 207 Abs. 3 ZPO).

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist – ausgehend vom Streitwert – gestützt auf § 12 Abs. 1-2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 10'750.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen. Der Beklagte ist zudem zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf § 13 Abs. 1-2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 9'500.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 14. Januar 2019 wird aufgehoben.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 150'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 21. März 2017 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag (Zinsenlauf 16. September 2016 bis 20. März 2017) wird die Klage abgewiesen.

3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 10'750.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden auf Fr. 10'750.– festgesetzt.
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.

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.
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.

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: