

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB200033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 22. Januar 2021

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2020; Proz. CG190033

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 100'000 nebst Zins zu 5% seit 22. November 2017 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlichem Mehrwertsteuerzuschlag sowie der Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 615.00, zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

(act. 28 S. 15 f.)

1. Die beklagte Partei wird verpflichtet, dem Kläger CHF 100'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Januar 2019 zu bezahlen.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf CHF 7'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der beklagten Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss der klagenden Partei verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 2'600.– wird von der beklagten Partei eingefordert. Zudem hat die beklagte Partei der klagenden Partei den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 4'400.– zu ersetzen.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteient-schädigung von CHF 9'800.70 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 615.– zu erstatten.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittel).

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 25 S. 2):

1. Das Urteil vom 10. Juli 2020 des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, sei aufzuheben und das vor erster Instanz gestellte Klageantwortbegehren vollumfänglich gutzuheissen, welches lautet:

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. Mehrwertsteuerzuschlag sowie der Kosten des Schlichtungsverfahrens, zu Lasten des Klägers.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 34 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2020 (Proz. Nr. CG190033) sei vollumfänglich zu bestätigen.

Entsprechend sei die Beklagte und Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Kläger und Berufungsbeklagten CHF 100'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2019 zu bezahlen sowie die vom Bezirksgericht Zürich für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzten Beträge für Ersatz des Gerichtskostenvorschusses von CHF 4'400, Parteientschädigung von CHF 9'800.70 und Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 615.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich gesetzlichem Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

(Übersicht Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. Die Parteien schlossen am 17. November 2017 einen bis 31. Dezember 2018 befristeten Darlehensvertrag (act. 4/2). Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) überwies als Darlehensgeber der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) als Darlehensnehmerin am 22. November 2017 den Betrag von CHF 100'000.–. Der Vertrag enthielt am Ende der Ziffer 3 unter dem Titel *Darlehensdauer* eine Klausel, wonach die Beklagte das Darlehen in Aktien wandeln könne zu einem Preis von CHF 12.– pro Aktie, falls sie dies wünsche. Nachdem der Kläger die Beklagte mit E-Mail vom 10. Januar 2019 auf die ausstehende Rückzahlung hingewiesen und diese verlangt hatte, informierte ihn die Beklagte mit Schreiben vom 11. Januar 2019 (versandt am 13. Januar 2019), dass sie vom Wandlungsrecht Gebrauch mache, die Darlehensschuld in 8'333 Aktien wandle, die Aktien rückwirkend per 1. Januar 2019 übertrage und ins Aktienbuch eintragen lasse (act. 4/5 und 4/6). Mit Schreiben vom 30. Januar 2019 lehnte der Kläger die Wandlung ab (act. 4/7). Am 29. August 2019 erteilte die Beklagte ihrer Bank den Auftrag, die Aktien auszuliefern (act. 15/2-4). Der Kläger refusierte die Einlieferung.

2. Am 17. Mai 2019 erhob der Kläger Klage beim Bezirksgericht Zürich auf Rückzahlung des Darlehens. Nach Einholung der Klageantwort und Durchführung der Hauptverhandlung hiess die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 10. Juli 2020 im Forderungsbetrag gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger CHF 100'000.– zuzüglich 5% Zins seit 1. Januar 2019 zu bezahlen (act. 20 = act. 27/2 = act. 28).

3. Dagegen wehrt sich die Beklagte mit Berufung bei der Kammer und stellt die eingangs erwähnten Anträge (act. 25). Nachdem sie den Kostenvorschuss bezahlt hatte (act. 31), wurde dem Kläger Frist zur Berufungsantwort angesetzt

(act. 32). Diese ging am 14. Oktober 2020 ein (act. 34) und wurde der Beklagten am 9. Dezember 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 35). Diese machte von ihrem (unbedingten) Replikrecht keinen Gebrauch.

4. Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist durchgeführt (Art. 312 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Die Erwägungen der Vorinstanz zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich (act. 28 S. 3) wurden nicht beanstandet und sind zutreffend. Auch die formalen Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt (vgl. Art. 311 ZPO). Die Berufung wurde fristgerecht erhoben und mit Anträgen sowie einer Begründung versehen. Der Kostenvorschuss wurde ebenfalls fristwährend bezahlt und der Streitwert für die Berufung ist mit CHF 100'000.– erreicht. Auf die Berufung ist deshalb einzutreten.

2. Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO); zu letzterer zählt auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss. Denn das zweitinstanzliche Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass bereits eine gerichtliche Beurteilung des Streits vorliegt. Entsprechend ist es an der Berufung erhebenden Partei, anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrecht erhalten lassen (Urteil 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3). Blosser Verweise auf die Vorakten oder Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (BSK ZPO-KARL SPÜHLER,

3. Auflage, Art. 312 N 15; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016, Art. 311 N 36 f.; BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die Berufungsinstanz kann sämtliche hinreichend substantiierten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Sie hat den Entscheid einer unabhängigen neuen Beurteilung zu unterziehen und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheids gebunden, sondern wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1). 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). Die volle Kognition der Berufungsinstanz bedeutet allerdings nicht, dass die Berufungsinstanz alle sich stellenden Fragen zu untersuchen hat, wenn die Berufung erhebende Partei diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt. Vielmehr hat sich die Berufungsinstanz – 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 und 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3).

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 die Novenqualität jedes ihrer Vorbringen darzutun und zu beweisen. Im Falle unechter Noven hat sie die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; u.a. OGer ZH LB170050 vom 22. September 2017, E. II./3 und LB170028 vom 30. November 2017, E. II./1.2).

3.

3.1 Der Kläger begründete seine Klage vor Vorinstanz im Wesentlichen damit, er habe sich bezüglich der Wandlungsklausel in einem Grundlagenirrtum befunden. Das Wandlungsrecht sei nie besprochen worden und er habe bei Unterzeichnung des Vertrags davon keine Kenntnis genommen, ansonsten er die Streichung verlangt hätte. Er habe den Vertrag bezüglich dieser Klausel am 30. Januar 2019 angefochten; die Vereinbarung sei in diesem Punkt teilungültig. Eventualiter stellte er sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe das Wandlungsrecht verspätet ausgeübt; dieses sei verwirkt (act. 2 und 18).

3.2 Die Beklagte hielt dem zusammengefasst entgegen, sämtliche Vertragsklauseln seien ausführlich besprochen worden. Das Wandlungsrecht habe unbestimmt gegolten und sie habe es umgehend nach der Aufforderung des Klägers zur Rückzahlung des Darlehens ausgeübt (act. 14 und Prot. Vi S. 6 ff.).

4. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Beklagte sei am 31. Dezember 2018 mit der Rückzahlung des Darlehens in Verzug geraten. Sie behaupte zwei unterschiedliche Vereinbarungen bezüglich des Verfalls des Darlehens und des Wandlungsrechts. Dies könne sie indes nicht beweisen, weshalb davon auszugehen sei, dass für das Verfalldatum des Wandlungsrechts kein Zeitpunkt vereinbart worden sei. Es bestehe diesbezüglich eine vom Gericht zu füllende Vertragslücke. Zur Vertragsergänzung zog die Vorinstanz die Grundsätze von Art. 5 Abs. 1 OR zur Annahmefrist unter Abwesenden zu Rate und kam zum Schluss, der Beklagten sei eine Frist zur Überlegung, ob sie das Wandlungsrecht ausüben wolle, und zur Übermittlung der Erklärung einzuräumen. Sie erwog dabei, dass die Beklagte ihr Wandlungsrecht seit über einem Jahr gekannt habe und ihr die Entscheidungsgrundlagen im Zeitpunkt der Fälligkeit des Darlehens hätten bekannt sein müssen. Der Kläger habe damit rechnen dürfen, dass die Beklagte ihr Recht spätestens am 31. Dezember 2018 wahrnehme. Als sich die Beklagte 10 Tage nach der Fälligkeit des Darlehens erst mit der Frage über die Ausübung des Wandlungsrechts zu befassen begonnen habe, sei das Recht bereits verwirkt gewesen. In einer Eventualbegründung führte die Vorinstanz aus, die Klausel enthalte eine Alternativermächtigung zu Gunsten der Beklagten. Die Hauptforderung (Darlehen)

gehe dabei erst unter, wenn die Beklagte die Ersatzleistung (Übergabe von Aktien) erbracht oder tatsächlich angeboten habe. Die Beklagte habe mit ihrem Schreiben vom 11. Januar 2019 jedoch nur über ihre Wahl informiert. Dies bedeute kein rechtsgenügendes Angebot, das Darlehen statt in Geld in Form von Aktien zurückzuzahlen. Sie habe das Wahlrecht somit am 11. Januar 2019 noch nicht rechtgenügend ausgeübt. Erst Mitte September 2019 habe sie den Auftrag zur Aktienausslieferung und Einbuchung erteilt (act. 28).

5.

5.1 Die Beklagte wirft der Vorinstanz in der Berufung eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine unrichtige Rechtsanwendung vor. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, die Beklagte habe ihr Wandlungsrecht verspätet ausgeübt. Die Parteien hätten explizit darauf verzichtet, einen Zeitpunkt, bis wann das Gestaltungsrecht ausgeübt werden müsse, zu vereinbaren. Die Parteien hätten damit der Beklagten als Start-up Unternehmen mehr Freiheit in der Liquiditätsplanung einräumen wollen. Die Vorinstanz stelle den Sachverhalt diesbezüglich falsch fest und es bestehe keine vom Gericht zu füllende Vertragslücke. Abgesehen davon, dass keine Vertragslücke vorliege, wende die Vorinstanz das Recht bei der Lückenschliessung, konkret Art. 5 Abs. 1 OR, unrichtig an. So gehe sie fälschlicherweise davon aus, es müsse von einer relativ kurzen Überlegungsfrist von einigen wenigen Tagen ausgegangen werden. Die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass das Darlehen verlängert werde, nachdem dieses bis Ende 2018 nicht gekündigt worden sei. Zudem seien ihre Büros vom 24. Dezember 2018 bis 3. Januar 2019 betriebsbedingt geschlossen und die Mitarbeiter ferienhalber abwesend gewesen. Schliesslich habe der Entscheid als solcher sowie die Abklärung, ob die notwendigen 8'333 Aktien verfügbar seien, weitere Zeit benötigt. Die Wandlungserklärung vom 11. Januar 2019 sei deshalb rechtzeitig erfolgt. Bezüglich der Eventualbegründung wendet die Beklagte ein, sie habe das Wahlrecht vollständig und rechtsgenügend ausgeübt. Sie habe alles unternommen, um dem Kläger die Aktien zu übertragen und ihn als Aktionär im Aktienbuch einzutragen. Die Vorinstanz übersehe, dass dieser die Einlieferung der Aktien mit Schreiben vom 30. Januar 2019 abgelehnt habe (act. 25).

5.2 Der Kläger hält die Erwägungen der Vorinstanz für zutreffend. Es liege weder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts noch eine unrichtige Rechtsanwendung vor. Er habe die Beklagte bereits mit Schreiben vom 10. Dezember 2018 sowie mündlich auf die bevorstehende Fälligkeit des Darlehens hingewiesen. Er moniert zudem, diverse von der Beklagten in der Berufung vorgebrachten Behauptungen seien neu, verspätet und deshalb unzulässig. Weiter führt er aus, die Vorinstanz habe die Frage, ob er einem Willensmangel unterlegen sei, nicht mehr geprüft, weil sie das Wandlungsrecht im Zeitpunkt der Ausübung durch die Beklagte als verwirkt betrachtet habe. Dies ändere nichts daran, dass er bezüglich des Wandlungsrechts einem Grundlagenirrtum unterlegen sei. Im Weiteren wiederholt er in der Berufungsantwort seine im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen Behauptungen zu diesem Punkt und folgerte, die Beklagte sei auch wegen Ungültigkeit der Vertragsklausel zur Rückzahlung des Darlehens zu verpflichten (act. 34).

6.

6.1 Nachdem die Vorinstanz die Frage des Willensmangels nicht behandelt hat, ist im Berufungsverfahren hauptsächlich abzuklären, ob die Beklagte das Wandlungsrecht rechtzeitig, eventuell ungenügend ausgeübt hat. Damit verknüpft ist die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt das Gestaltungsrecht auszuüben war.

6.2 Die Beklagte behauptet zunächst eine falsche Tatsachenfeststellung durch die Vorinstanz und bestreitet, dass eine Vertragslücke bestanden habe, legt indes nicht dar, weshalb die Erwägungen der Vorinstanz, die Beklagte habe nicht beweisen können, dass die Parteien bezüglich der Frist für die Wandelung eine separate Vereinbarung getroffen haben, unzutreffend sein soll. Wenn die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren plädiert, die Parteien hätten ausdrücklich auf die Vereinbarung eines Fälligkeitsdatums für das Wandlungsrecht verzichtet (act. 28 S. 7, vgl. auch act. 25 Rz 12), kann darin durchaus eine separate Abrede betrachtet werden, die von der Beklagten im Bestreitungsfall zu beweisen ist. Die Erwägung der Vorinstanz, die Beklagte behaupte zwei unterschiedliche Vereinbarungen für die Rückzahlung des Darlehens und die Ausübung des Wandlungsrechts (act. 28 S. 7), ist daher nicht zu beanstanden und wird von der Beklagten auch

nicht substantiiert gerügt. Die Beklagte bemängelt sodann nicht, die Vorinstanz habe es unterlassen, von ihr rechtzeitig angebotene Beweise zur behaupteten Abrede abzunehmen. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, die Beklagte habe keine Beweise angeboten (act. 28 S. 7), was in der Berufung unwidersprochen blieb. Eben so wenig offeriert die Beklagte im Berufungsverfahren im Sinne von Art. 317 ZPO zulässige Beweise für ihre Behauptung einer separaten Vereinbarung betreffend Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungsrechts. Damit ist nicht ersichtlich, worin eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz liegen könnte. Deren Schlussfolgerung, die von der Beklagten behauptete Abrede, keine Befristung für das Wandlungsrecht vorzusehen, sei unbewiesen geblieben (act. 28 S. 7 unten), ist daher nicht zu korrigieren. Die Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung ist folglich unbegründet. Zu ergänzen bleibt, dass die Beklagte eine solche Abrede weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren hinreichend substantiiert hätte.

6.3 Die Vorinstanz zieht aus der Erkenntnis, es habe eine Abrede über ein über die Vertragsdauer des Darlehens hinausgehendes Wandlungsrecht gefehlt, unmittelbar den Schluss, es sei für das Verfallsdatum des Wandlungsrechts nichts vereinbart worden, und schloss auf eine Vertragslücke (act. 28 S. 8). Wie nachfolgend behandelt (Er. II./6.5), ist diese Vorgehensweise nicht korrekt, ändert indessen am Ergebnis nichts.

6.4 Die Beklagte bemängelt die Lückenschliessung des Vertrags durch die Vorinstanz zunächst mit dem Argument, es bestehe keine Vertragslücke, da (sinnemäss) eine mündliche Vereinbarung vorliege. Letzteres trifft, wie vorstehend erwogen, nicht zu, weshalb dieses Argument nicht verfängt. Die Vorinstanz hat sodann die rechtlichen Voraussetzungen der gerichtlichen Vertragsergänzung grundsätzlich korrekt dargestellt (act. 28 S. 8). Mit diesen Erwägungen hat sich die Beklagte nicht auseinandergesetzt, sondern hat es dabei belassen, die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 OR betreffend Frist zur Übermittlung des Akzepts unter Abwesenden pauschal in Frage zu stellen (act. 25 Rz 28). Dabei wirft sie der Vorinstanz vor, diese habe das Recht falsch angewendet, indem sie angenommen habe, die Frist zur Ausübung des Gestaltungsrechts sei am 11. Januar 2019

abgelaufen und das Recht sei damals verwirkt gewesen. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang unter anderem, die Beklagte sei sich seit mehr als einem Jahr bewusst gewesen, dass ihr das Wandlungsrecht zustehe. Sie hätte deshalb die Grundlagen für ihren Entscheid über das Wandlungsrecht schon am 31. Dezember 2018 kennen müssen; der Beklagten habe nach der Vertragsdauer nur eine relativ kurze Frist zur Ausübung des Wandlungsrechts zur Verfügung gestanden (act. 28 S. 9). Auf diese Erwägungen geht die Beklagte wiederum nicht substantiiert ein und zeigt nicht auf, weshalb diese falsch sein sollen. Die Überlegungen der Vorinstanz leuchten im Grundsatz ein und sind zu belassen.

Auch die weiteren Rügen der Beklagten verfangen nicht. So wendet sie zwar ein, sie habe anfangs Januar 2019 mangels einer Zahlungsaufforderung des Klägers annehmen dürfen, die Darlehenslaufzeit werde verlängert (act. 25 Rz 25). In Ziffer 3 des Darlehensvertrags haben die Parteien indessen unmissverständlich vereinbart, dass das Darlehen längstens bis zum 31. Dezember 2018 gewährt wird, und abgemacht: "*Sofern und soweit es bis dahin nicht zurückbezahlt wurde, ist es nach diesem Datum ohne weitere Aufforderung umgehend und vollumfänglich zur Rückzahlung fällig*" (act. 4/2 Ziffer 3). Dass diese Ziffer nachträglich von den Parteien schriftlich (vgl. act. 4/2 Ziffer 5) geändert worden sei oder der Kläger der Beklagten eine Verlängerung mündlich zugesichert habe, behauptet die Beklagte nicht. Entgegen ihrer Auffassung war für den Eintritt der Fälligkeit des Darlehens somit weder eine Kündigung noch eine Zahlungsaufforderung durch den Kläger erforderlich. Ihre Annahme, sie habe von einer (konkludenten) Vertragsverlängerung ausgehen dürfen, erweist sich vielmehr als haltlos (vgl. auch act. 4/2 Ziffer 5, wonach Vertragsänderungen zur Gültigkeit der Schriftlichkeit bedürfen).

Unbehelflich sind überdies ihre Vorbringen, ihre Büros seien über die Festtage bis 3. Januar 2019 betriebsbedingt geschlossen gewesen (act. 25 Rz 25). Es ist nicht einzusehen, wie sich dieser Umstand auf den Fristenlauf des vertraglichen Gestaltungsrechts auswirken soll, zumal der Beklagten - wie bereits die Vorinstanz erwog - das Vertragsende seit längerem bekannt gewesen war. Der Kläger wendet diesbezüglich ein, die Beklagte habe den Einwand, sie habe vor dem Entscheid über die Ausübung des Wandlungsrechts zuerst abklären müssen, ob die

Liquidität oder die nötige Anzahl Aktien vorhanden seien, sowie der Hinweis auf die Schliessung der Büros über die Festtage erstmals in der Berufung und damit verspätet erhoben (act. 34 Rz 24 und 25). Es wäre angesichts dieses Einwands an der Beklagten gewesen, im Rahmen der Replik im Berufungsverfahren aufzuzeigen, dass und an welcher Stelle sie ihre Behauptungen vor Vorinstanz erhoben hat. Dies hat sie unterlassen, weshalb ihre Einwände verspätet und folglich unbeachtlich sind. Unklar bleibt, was die Beklagte mit ihrer Behauptung, der Kläger sei vor Abschluss des Darlehensvertrags über die finanzielle Situation des Start-Up informiert worden (act. 25 Rz 20), für ihren Standpunkt ableiten möchte. Um welche Informationen es sich dabei gehandelt hat und welche rechtlichen Auswirkungen diese auf das Wandlungsrecht haben sollen, erläutert sie nicht.

Zusammenfassend ist anhand der vorgebrachten Einwände der Beklagten die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, das Recht auf Wandlung sei verwirkt gewesen, als die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 11. Januar 2019 (versandt am 13. Januar 2019) darüber informierte.

6.5 Die Vorinstanz hat einen subjektiven Konsens der Parteien darüber, den Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungsrechts offenzulassen, verneint. Daraus folgerte sie sogleich, es bestehe keine Vereinbarung über ein Verfalldatum des Wandlungsrechts, und beschritt den Weg der gerichtlichen Vertragsergänzung. Der Kläger rügt diese Vorgehensweise sinngemäss, indem er darlegt, die Auslegung des Darlehensvertrags nach dem Vertrauensprinzip führe zum Ergebnis, das Wandlungsrecht müsse spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückzahlung des Darlehens bzw. am 31. Dezember 2018 ausgeübt werden (act. 34 Rz. 19 und 22 ff.). Diese Auffassung hat er bereits vor Vorinstanz vertreten (act. 2 Rz 27 und 18 Rz 58).

Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 140 III 86 ff. E. 4.1; BGE 132 III 268 ff. E. 2.3.2). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprin-

zip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Bei der Prüfung nach dem Vertrauensgrundsatz hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, wobei es als Vertragswillen anzusehen hat, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. E. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. E. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. E. 4.2.1). Nur wenn auch ein normativer Konsens fehlt, liegt möglicherweise eine Vertragslücke vor. Die objektivierende Auslegung betrifft eine rechtliche Frage, die im Berufungsverfahren frei erörtert werden kann.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Vorinstanz, nachdem sie einen subjektiven Konsens bezüglich einer speziellen Abrede über den Zeitpunkt der Wahrnehmung des Wandlungsrechts verneint hatte, als nächsten Schritt hätte abklären müssen, ob durch normative Vertragsauslegung des Vertragstextes ein (objektiver) Konsens bezüglich der Zeitpunkts, bis wann das Wandlungsrecht auszuüben ist, vorliegt. Vom schriftlichen Vertrag abweichende konkrete mündliche Willensäusserungen der Parteien, welche auszulegen wären, hat die Beklagte nicht substantiiert, weshalb sich die Auslegung auf den Vertragstext beschränkt.

Der Wortlaut erweist sich bezüglich der Vertragsdauer als unmissverständlich (act. 4/2, Ziffer 3). Danach handelt es sich um ein bis 31. Dezember 2018 befristetes Darlehen. Die Möglichkeit, das Wandlungsrecht nach der Vertragsdauer auszuüben, fehlt. Der Kläger hat den Charakter des Wandeldarlehens im erstinstanzlichen wie im Berufungsverfahren unter Verweis auf die Lehre zutreffend umrissen (act. 34 S. 4 ff., act. 18 Rz 13 und 21) und aufgezeigt, dass das Wandlungsrecht grundsätzlich während der Laufzeit des Darlehens auszuüben ist (act. 34 Rz 21 ff.). Zudem hat er ausführlich dargelegt, weshalb eine Vertragsklausel, welche die Darlehensnehmerin einseitig über die Laufzeit des Darlehens unbeschränkt hinaus berechtigen würde, das Wandlungsrecht auszuüben, für einen vernünftigen

Darlehensgeber keinen Sinn machen würde (act. 34 S. 5 f. und act. 18 Rz 22). Auch schilderte er nachvollziehbar, dass die Beklagte aufgrund ihrer damals wenig rosigen finanziellen Lage als Start-Up Unternehmen auf das Darlehen angewiesen war und den Darlehensvertrag auch ohne Wandlungsrecht über die Laufzeit des Darlehens hinaus abgeschlossen hätte (u.a. act. 18 Rz 27 ff.; vgl. auch act. 34 S. 9). All diese Ausführungen werden von der Beklagten im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Die Vorbringen des Klägers sind ferner schlüssig und überzeugen. Ohne auf die Problematik eines Willensmangels einzugehen, ist aufgrund der klaren vertraglichen Regelung zur Vertragsdauer, der Zielsetzung der Vereinbarung sowie der Interessenlagen der Parteien ohne weiteres anzunehmen, dass diese als vernünftige Geschäftspartner vereinbaren wollten, dass das Wandelungsrecht während der Dauer des Darlehensvertrags auszuüben ist. Auch nach dieser Argumentation war das Gestaltungsrecht der Beklagten am 11. Januar 2019 bereits verwirkt.

7. Der Vollständigkeit halber ist auf die Eventualbegründung der Vorinstanz einzugehen. Diese argumentierte, die Beklagte habe mit Schreiben vom 11. Januar 2019 den Kläger bloss über die Ausübung des Wahlrechts informiert, damit jedoch nur ungenügend "angeleistet" und das Wahlrecht nicht ausgeübt. Die Realobligation bei der Alternativermächtigung setze voraus, dass die Schuldnerin alles unternehme, damit es nur noch am Gläubiger liege, ob sich der Leistungserfolg verwirkliche. Die Beklagte habe den Auftrag zur Auslieferung und Einbuchung der Aktien erst Mitte September 2019 erteilt (act. 28 S. 10 f.).

Die Beklagte stellt die rechtlichen Überlegungen der Vorinstanz zur Alternativermächtigung zu Recht nicht in Frage. Das Gestaltungsrecht bei der alternativen Ermächtigung wird nicht durch die blosser Erklärung, sondern durch das tatsächliche Angebot des Schuldners (Realoblation) ausgeübt (GAUCH/SCHLUEP/-EMMENEGGER, OR AT, 10. Auflage, Rz 2269 ff.; BK OR-ROLF H. WEBER, Bd IV, 2005, Art. 72 N 73). Die Beklagte behauptet zwar in der Berufung, mit Schreiben vom 11. Januar 2019 alles unternommen zu haben, um das Wahlrecht gehörig auszuüben (act. 25 Rz 14 ff.), bestreitet indessen nicht, dass sie den Auftrag zur Aktienausslieferung erst vorgenommen hat, nachdem sie von der Klageeinreichung

bei der Vorinstanz erfahren hatte. Ihr Einwand, sie habe dies unterlassen, weil der Kläger die Aktieneinbuchung mit Schreiben vom 30. Januar 2019 abgelehnt habe, ist nicht nachvollziehbar. Auch Ende August 2019, als sie den Auftrag zur Aktienauslieferung erteilte, war der Kläger damit nicht einverstanden. Die Realerfüllung durch Übereignung von Aktien setzt konkret voraus, dass die Beklagte als Eigentümerin der Aktien alle nötigen Erklärungen zur Eigentumsübertragung der Wertpapiere und zur Ausübung der Aktionärsrechte durch den Kläger abgegeben hat. Gemäss HR-Eintrag der Beklagten bestehen Namenaktien (act. 4/1). Im Gegensatz zu Inhaberaktien ist die Übertragung der Namenaktien komplizierter. Neben der Übergabe der Titel sind die Aktien zu indossieren oder es ist eine Abtretungserklärung beizubringen (u.a HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 3 N 43; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 90). Zudem sind die Aktionäre bei Namenaktien im Aktienbuch einzutragen, damit sie ihre Rechte gegenüber der Gesellschaft ausüben können (vgl. Art. 686 OR). Um die Realerfüllung genügend anzubieten, hätte die Beklagte daher alles vorkehren müssen, um dem Kläger das Eigentum an den Namenaktien zu verschaffen bzw. diese aus ihrem Depot bei der C._____ [Bank] in dessen Depot zu übertragen und zu indossieren. Dies gilt unabhängig davon, ob der Kläger als Gläubiger gewillt war, die Erfüllung anzunehmen oder nicht. Der Auftrag an die C._____, die Aktien ins Depot des Klägers auszuliefern, erfolgte unbestritten erst im September 2019. Ob eine Indossierung erfolgte, bleibt aufgrund der Behauptungen unklar. Demnach ist die Auffassung der Vorinstanz, die Beklagte habe das Wahlrecht mit Schreiben vom 11. Januar 2019 noch nicht rechtsgenügend ausgeübt, nicht zu beanstanden.

8. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Rügen der Beklagten unbegründet sind und die Berufung abzuweisen ist.

III.

(Kosten und Entschädigung)

1. Die Beklagte unterliegt im Berufungsverfahren vollumfänglich. Ausgangsgemäss hat sie die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 ZPO).

2. Die Beklagte hat die Aufhebung des gesamten angefochtenen Urteils verlangt, indessen die Höhe, die Auferlegung sowie Liquidation der erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 7'000.– nicht beanstandet, weshalb es dabei sein Bewenden hat. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt CHF 100'000.–. Die gemäss §§ 4 und 12 GebV OG zu berechnenden Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind auf CHF 6'000.– zu veranschlagen.

3. Die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung an die Beklagte im Betrag von CHF 9'800.70.– (inkl. MWSt.) wird ebenfalls nicht substantiiert gerügt. Auch Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils der Vorinstanz ist demnach zu belassen. Die Beklagte ist zudem zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 10. Juli 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 6'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin/Beklagten auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem von der Berufungsklägerin/Beklagten geleisteten Vorschuss von CHF 8'000.– verrechnet; der Überschuss wird ihr zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Die Berufungsklägerin/Beklagte wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten/Kläger eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– (inkl. MWSt.) zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF. 100'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. M. Häfeli

versandt am: