

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}

4A\_581/2012

Urteil vom 29. August 2013

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,  
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterinnen Kiss, Niquille, nebenamtlicher Bundesrichter Berti,  
Gerichtsschreiber Humi.

Verfahrensbeteiligte  
X. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwälte  
Dr. André Lebrecht und Dr. Miryam Meile,  
Beschwerdeführerin,

gegen

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Roger Giroud,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Kaufrechtsvertrag; Herausgabe von Aktien,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 24. August 2012.

Sachverhalt:

A.

A.a. Die X. \_\_\_\_\_ AG (Klägerin und Beschwerdeführerin) ist eine Immobiliengesellschaft mit Sitz in Y. \_\_\_\_\_.

A. \_\_\_\_\_ (Beklagte und Beschwerdegegnerin) war Eigentümerin sämtlicher Namenaktien der Z. \_\_\_\_\_ AG. Am 20. November 2007 schloss sie, vertreten durch ihren Sohn B. \_\_\_\_\_, Immobilientreuhänder, einen "Kaufvertrag betreffend sämtliche Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG " mit der X. \_\_\_\_\_ AG ab.

A.b. Die Parteivereinbarung regelt gemäss ihrer Präambel den "Kauf" der vorerwähnten Aktien, wobei der "Kauf" "im Rahmen eines eigentlichen Aktientausches" durchgeführt werde. Die "Käuferin", also die X. \_\_\_\_\_ AG, hatte den "Kaufpreis" durch Ausgabe und Übergabe von Beteiligungspapieren der eigenen juristischen Person zu begleichen. Der "Kaufpreis" wurde "kurzfristig in Form eines verzinslichen Darlehens gestundet und unmittelbar danach aufgrund der separaten Umwandlungserklärung und aufgrund der Zeichnungsscheine mittels Kapitalerhöhung durch Verrechnung in Aktien und Partizipationsscheinen der X. \_\_\_\_\_ AG gewandelt". Als Bezahlung des "Kaufpreises" galt die Einbuchung dieser neu geschaffenen Titel auf das von der "Verkäuferin" bezeichnete Aktiendepot. Die "Verkäuferin" hatte sodann Zug um Zug (gegen die Einbuchung der Titel auf dem Aktiendepot) die auf die "Käuferin" indossierten Aktienzertifikate der Z. \_\_\_\_\_ AG an die "Käuferin" zu übergeben.

Die Parteivereinbarung wurde denn auch so abgewickelt; in der Folge wurde B. \_\_\_\_\_ Mitglied des Verwaltungsrats der X. \_\_\_\_\_ AG.

A.c. Mit Schreiben vom 6. März 2009 focht B. \_\_\_\_\_ namens seiner Mutter A. \_\_\_\_\_ den "Kaufvertrag" wegen absichtlicher Täuschung und Grundlagenirrtum an. Am 30. März 2009 vereinbarten die Parteien die Aufhebung des "Kaufvertrages vom 20. November 2007", am 6. April 2009 trafen sie eine erste "Ergänzende Vereinbarung zum Vertrag betreffend Aufhebung des Kaufvertrages vom 20.11.2007" und am 9. Juli 2009 trafen sie eine weitere "Ergänzende Vereinbarung zum Vertrag betreffend Aufhebung des Kaufvertrages vom 20.11.2007". Gestützt darauf wurden die erfolgten Leistungen tatsächlich rückabgewickelt.

In der Folge entstand ein Rechtsstreit betreffend die Gültigkeit dieser Vereinbarungen und die sich daraus ergebenden Folgen. Das Verhalten verschiedener Personen sowohl in diesem Zusammenhang wie auch als Funktionsträger der involvierten Gesellschaften bildete Gegenstand mehrerer Strafuntersuchungen. Zudem wurden weitere Zivilverfahren zwischen den Parteien wegen anderer Rechtsgeschäfte durchgeführt.

B.

B.a. Am 19. Februar 2010 erhob die X. \_\_\_\_\_ AG (Klägerin) gegen A. \_\_\_\_\_ (Beklagte) beim Bezirksgericht Zürich Klage. Mit ihrem Hauptbegehren beantragte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe von 1'000 Namenaktien der Z. \_\_\_\_\_ AG, Zug um Zug gegen Übergabe von 60'000 Namenaktien der Klägerin und 112'374 Inhaber-Partizipationsscheinen der Klägerin sowie von Fr. 800'910.-- in bar. Mit ihrem Eventualbegehren beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zu verurteilen, ihr Fr. 14'237'500.-- abzüglich Fr. 800'910.-- zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übergabe von 60'000 Namenaktien der Klägerin sowie 112'374 Inhaber-Partizipationsscheinen der Klägerin.

Mit Eingabe vom 25. März 2011 zog die Klägerin ihr Hauptbegehren auf Herausgabe der Beteiligungspapiere zurück und beschränkte ihre Klage auf das Eventualbegehren. Mit Urteil vom 1. Dezember 2011 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage vollumfänglich ab.

B.b. Am 23. Januar 2012 erhob die Klägerin gegen das bezirksgerichtliche Urteil Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 14'237'500.-- abzüglich Fr. 800'910.--, Zug um Zug gegen Übergabe von 60'000 Namenaktien der Klägerin sowie 112'374 Inhaber-Partizipationsscheinen der Klägerin; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Berufung.

Mit Urteil vom 24. August 2012 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich Berufung und Klage ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin dem Bundesgericht die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und erneuert ihr vor Obergericht gestelltes Hauptbegehren, welches dem früher vor Bezirksgericht gestellten Eventualbegehren entspricht; eventualiter beantragt sie Rückweisung der Sache an das Obergericht zu neuer Entscheidung.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz liess sich nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 137 III 417 E. 1; 136 II 101 E. 1 S. 103, 470 E. 1 S. 472; 135 III 212 E. 1 S. 216).

1.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Rechtsmittelentscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 90 BGG i.V.m. Art. 75 BGG). Sie ist innert der Beschwerdefrist (Art. 100 BGG) von der mit ihren Rechtsbegehren unterlegenen Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht worden. Bei der Streitsache handelt es sich um eine Zivilsache (Art. 72 BGG) mit einem Streitwert von weit über Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) einzutreten.

1.2. Mit der Beschwerde in Zivilsachen kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Bundesverfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG; BGE 134 III 379 E. 1.2 S. 382). Nicht zu den in Art. 95 BGG vorgesehenen Rügegründen gehört hingegen die Verletzung der kantonalen Zivilprozessordnung, deren Anwendung und Auslegung das Bundesgericht einzig unter dem Blickwinkel eines Verstosses gegen Bundesrecht oder gegen Bundesverfassungsrecht beurteilen kann (BGE 136 I 241 E. 2.4; 135 III 513 E. 4.3 S. 521; 134 III 379 E. 1.2 S. 382 f.).

1.3. Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; vgl. dazu BGE 132 II 257 E. 2.5 S. 262; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Es prüft dabei aber nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254 mit Hinweisen). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Aus den materiellrechtlichen Rügen muss zumindest sinngemäss ersichtlich sein, inwieweit der angefochtene Entscheid nach Ansicht der Beschwerdeführerin bundesrechtliche Normen verletzen soll, wenn der von der Vorinstanz verbindlich festgestellte - und nicht lediglich ein vom Beschwerdeführer behaupteter abweichender - Sachverhalt zugrunde gelegt wird (Art. 105 Abs. 1 BGG).

1.4.

1.4.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Lebenssachverhalt, der dem Streitgegenstand zugrunde liegt, als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, namentlich die Parteivorbringen in denselben (Urteile 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 2; 4A\_439/2010 vom 20. Oktober 2011 E. 2.1). Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeführerin, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind und das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre; andernfalls kann ein Sachverhalt, der vom im angefochtenen Entscheid festgestellten abweicht, nicht berücksichtigt werden (vgl. BGE 133 III 350 E. 1.3 S. 351 f., 393 E. 7.1 S. 398, 462 E. 2.4 S. 466 f.).

1.4.2. Die Beschwerdeführerin setzt sich über weite Strecken über diese Vorgaben hinweg. An zahlreichen Stellen ergeht sie sich in appellatorischer Kritik, auf die nicht eingetreten werden kann. An anderen Stellen stellt sie tatsächliche Behauptungen auf, wie wenn die Streitsache noch vor einer kantonalen Tatsacheninstanz hängig wäre. Ein solches "Plädieren" im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren ist angesichts der gesetzlichen Vorgaben zum vorneherein ungeeignet, zum Ziel zu führen. Darauf ist nicht einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin hält an ihrem vor der Vorinstanz vertretenen Standpunkt fest, wonach die Aufhebungsvereinbarung vom 30. März 2009 ungültig sei und die Beklagte sich nicht in einem Willensmangel befunden habe. Deshalb stehe der Beschwerdeführerin sowohl ein Vindikations- wie auch ein Bereicherungsanspruch zu. Weil indes die Z. \_\_\_\_\_ AG (finanziell) "ausgehöhlt" worden und der Beschwerdeführerin eine Rücknahme von deren Aktien deshalb nicht zumutbar sei, sei ihr stattdessen der Kaufpreis zu erstatten.

2.1. Nach Auffassung der Vorinstanz stünde der Klägerin gegenüber der Beklagten zwar ein Vindikationsanspruch auf Herausgabe der Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG zu, wenn man dem Standpunkt der Parteien folge, wonach die Aufhebungsvereinbarung vom 30. März 2009 ungültig sei. Die Klägerin habe aber durch Rückzug ihres Hauptbegehrens rechtskräftig auf den Herausgabeanspruch verzichtet (vgl. § 191 Abs. 2 der auf die vorinstanzlichen Verfahren anwendbaren aber inzwischen aufgehobenen ZPO ZH vom 13. Juni 1976).

Diese Schlussfolgerung wird mit der Beschwerde nicht in Frage gestellt. Sie ist dahingehend zu ergänzen, dass die materielle Rechtskraft des Rückzuges des Herausgabebegehrens nicht nur den Vindikationsanspruch als Grundlage für eine Gutheissung jenes Begehrens ausschliesst, sondern auch alle weiteren Anspruchsgrundlagen, die dem eingeklagten Lebenssachverhalt entnommen werden könnten (vgl. BGE 139 III 126 E. 3.2.2 i.f. und E. 3.2.3 S. 130 f.). Diese Rechtslage galt schon vor Inkrafttreten der ZPO von Bundesrechts wegen im kantonalen Zivilprozess (Urteil 4A\_496/2012 vom 25. Februar 2013 E. 1.4, nicht in der amtlichen Sammlung publiziert, mit Hinweis auf BGE 95 II 639 E. 4a S. 643 und auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 3 zu § 191 ZPO/ZH).

2.2. Die Vorinstanz erwog sodann, der Beschwerdeführerin stehe - immer bei unterstellter Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung - neben dem Vindikationsanspruch kein Bereicherungsanspruch zu. Die Vorinstanz verwarf die Kritik der Beschwerdeführerin an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs gegenüber dem Vindikationsanspruch. Bezüglich der behaupteten Eingriffskondition hielt sie fest, die Beschwerdeführerin habe eine solche voraussetzende Entäusserung der Sache nicht prozessrechtskonform behauptet. Die erst im Berufungsverfahren erhobene Behauptung der Klägerin, sie habe den ursprünglichen Kaufvertrag aufgehoben, erachtete die Vorinstanz als verspätet sowie unsubstanziert und überdies, sofern mit der behaupteten Aushöhlung der Z. \_\_\_\_\_ AG durch die Beklagte begründet, als nicht zielführend. Weiter lehnte es die Vorinstanz ab, die Rechtsfolge bei vollständiger Entwehung im Sinne von Art. 195 OR analog heranzuziehen.

2.3. Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Klägerin bei Unterstellung der Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung einzig einen Vindikationsanspruch auf Herausgabe der Aktien habe, als bundesrechtswidrig; vielmehr stehe der Klägerin wahlweise neben der Vindikation ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises zu, und deshalb hätte die Vorinstanz die Frage der Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung nicht offen lassen dürfen.

2.3.1. Solange ein Eigentümer berechtigt ist, eine Sache von einem anderen gestützt auf sein Eigentum herauszuverlangen, hat er gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegenüber dem anderen keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGE 135 III 474 E. 3.3.1 S. 480; 110 II 228 E. 2d S. 235; 84 II 369 E. 4 S. 377). Dass die Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) den Bereicherungsanspruch (Art. 62 OR) ausschliesst, ist herrschende Auffassung (BGE 84 II 369 E. 4 S. 377; 110 II 228 E. 2d S. 234; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Aufl. 2008, Rz 1499 ff. mit weiteren Hinweisen), was auch von Autoren mit abweichender Meinung anerkannt wird (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, § 30 Rz 8, § 33 Rz 20; vgl. auch PAUL OBERHAMMER, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, 2008, N. 12 zu Art. 62 OR, der die herrschende Meinung als gut vertretbar bezeichnet).

2.3.2. Was die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorbringt, gibt nicht Anlass, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen. Einerseits behauptet sie, es stehe der Klägerin wahlweise neben der Vindikation auch ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises zu. Andererseits wirft sie der Vorinstanz vor, ihr die Möglichkeit einer Eingriffskondition wegen Entäusserung einer fremden Sache durch die Beklagte abgesprochen zu haben. Dabei geht es aber um zweierlei Konditionsgegenstände: im ersten Fall um einen Kaufpreis, den es nach Auffassung der Vorinstanz nicht gibt, und im zweiten Fall um die angeblich von der Beklagten aus der Entäusserung einer fremden Sache - der Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG - erlangten Bereicherung, welche die Klägerin nach Auffassung der Vorinstanz nicht prozessrechtskonform geltend gemacht hat. Selbst im für die Klägerin günstigen Fall der Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung - den die Vorinstanz auch unterstellt hat - hat die Klägerin die Konsequenz zu tragen, dass sie ihr Herausgabebegehren mit Rechtskraftfolge zurückgezogen hat, ohne gleichzeitig prozesskonform die tatbestandlichen Grundlagen für eine Eingriffskondition oder einen Anspruch auf Ersatz eines Schadens wegen Entbehnung des Besitzes (dazu BGE 135 III 474 E. 3.2.2 S. 480) zu behaupten für den Fall, dass ihr Eventualbegehren auf Kondizierung eines Kaufpreises abgewiesen würde. Hätte die Klägerin ihr Herausgabebegehren aufrechterhalten, so wäre die Vorinstanz um die Prüfung der Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung nicht herum gekommen. Ebenfalls hätte diese Frage geprüft werden müssen, wenn die Klägerin unter Verzicht auf den Besitz, aber bei Festhalten an ihrem behaupteten Eigentum einen Anspruch aus der angeblichen Aushöhlung der Z. \_\_\_\_\_ AG prozesskonform behauptet hätte. Da sie dies nicht getan hat, kann die Frage der Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung offen bleiben.

## 3.

Die Beschwerdeführerin macht sodann eine Aktenwidrigkeit geltend. Die Annahme der Vorinstanz sei unzutreffend, wonach die Klägerin erst im Berufungsverfahren geltend gemacht habe, die Beklagte habe den Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG durch den Verkauf von Liegenschaften jeglichen Wert entzogen; dies habe die Klägerin vielmehr bereits vor der ersten Instanz geltend gemacht.

3.1. Die kantonalen Akten ergeben folgendes Bild: Die Klägerin hat in der Tat und entgegen der Angaben der Vorinstanz bereits in ihrer Stellungnahme vom 7. Juni 2011 zu den Noven in der Duplik behauptet, die Beklagte habe in der Zwischenzeit die Z. \_\_\_\_\_ AG ausgehöhlt, so dass die Rückgabe der Aktien und Partizipationsscheine sinn- und wertlos geworden sei. Daraus leitete die Klägerin aber einzig ab, sie könne statt Herausgabe der Aktien Rückerstattung des "Kaufpreises" verlangen; weitere Anspruchsgrundlagen wurden nicht thematisiert. Diese Stellungnahme wurde am 20. Juni 2011 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt und dieser gleichzeitig Frist angesetzt, um zur Eingabe der Klägerin vom 25. März 2011, in welcher die Klägerin unter anderem ihr Herausgabebegehren zurückgezogen hatte, Stellung zu nehmen. Die Beklagte erstattete am 22. Juni 2011 eine Stellungnahme. Sie bestritt, dass die Z. \_\_\_\_\_ AG ausgehöhlt worden sei und reichte ein privates Gutachten über den Marktwert der Liegenschaften in Q. \_\_\_\_\_ sowie ein privates Gutachten über den Marktwert der Liegenschaft R. \_\_\_\_\_ ein. Mit Beschluss vom 26. Juli 2011 stellte die erste Instanz die Eingabe der Beklagten der Klägerin samt Beilagen zur Kenntnisnahme zu. Sie erwog, die Beklagte habe mit ihrer Stellungnahme erneut Noven eingebracht und neue Behauptungen dazu aufgestellt; die Noven bezögen sich einzig auf die Begründung der Klägerin zur Klagebeschränkung sowie auf die Schlussfolgerung, dass sich die Klage quantitativ nicht reduziere, und erschienen damit einzig hinsichtlich der Kostenfolgen von Relevanz, weswegen sie der Klägerin lediglich zur Kenntnisnahme zuzustellen seien. Die Klägerin quittierte die Zustellung am 28. Juli 2011, nahm dazu aber nicht Stellung. Der erstinstanzliche Entscheid erging am 1. Dezember 2011.

3.2. Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Umstand, dass die erste Instanz sie nicht ausdrücklich zur Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 22. Juni 2011 aufgefordert habe, während die Vorinstanz ihr eine Stellungnahme im Berufungsverfahren gestützt auf Art. 317 ZPO als verspätet verwehrete.

3.2.1. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie die Klägerin selber in der Beschwerde hervorhebt, hat sie die Aushöhlung der Z. \_\_\_\_\_ AG vor der ersten Instanz in ihrer Stellungnahme vom 7. Juni 2011 behauptet und die Beklagte eine solche in ihrer Stellungnahme vom 22. Juni 2011 unter Beilegung von Gutachten bestritten. Jede Partei hat einen verfassungsmässigen Anspruch darauf, sich zu jeder Eingabe im Verfahren zu äussern, unabhängig davon, ob sie neue oder wesentliche Vorbringen enthält; dabei ist es ihre Sache zu entscheiden, ob sie eine Entgegnung für erforderlich hält oder nicht (Urteil 5A\_155/2013 vom 17. April 2013, E. 1.4 mit Hinweisen). Zur Wahrung dieses unbedingten Replikrechts genügt es grundsätzlich, dass den Parteien die Eingaben zur Kenntnisnahme zugestellt werden, wenn von ihnen erwartet werden kann, dass sie unaufgefordert Stellung nehmen, wie dies bei einer anwaltlich vertretenen Partei vorausgesetzt werden kann (BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487).

3.2.2. Im vorliegenden Fall hätte die anwaltlich vertretene Klägerin ohne weiteres zur Eingabe der Beklagten vom 22. Juni 2011 Stellung nehmen können, obwohl die erste Instanz sie nicht dazu ausdrücklich aufgefordert hatte. Von einer Verletzung ihres rechtlichen Gehörs kann nicht die Rede sein. Vielmehr hat sie die Konsequenzen zu tragen, wenn sie es unterlassen hat, innerhalb der Grenzen des Eventualgrundsatzes gemäss §§ 114 und 115 aZPO/ZH sowie des verfassungsmässigen Replikrechts die Tatbestandselemente aller denkbaren alternativen Ansprüche, die Grundlage für eine Gutheissung ihrer Klagebegehren hätten bilden können, zu behaupten und zum Beweis zu verstellen.

## 4.

In Bezug auf das Eventualbegehren der Klägerin auf Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung einer Geldsumme Zug um Zug gegen Übergabe der Beteiligungspapiere an der X. \_\_\_\_\_ AG bestätigte die Vorinstanz die Vertragsauslegung der ersten Instanz, wonach ein Austauschverhältnis zwischen den Parteien ausschliesslich mit Bezug auf Beteiligungspapiere bestehe. Deshalb sei selbst bei der Unterstellung der Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung kein Kaufpreis, sondern seien die Aktien an der Z. \_\_\_\_\_ AG zurückzugewähren. Die Vorinstanz verwarf die Auffassung der Klägerin, wonach die Vereinbarung vom 20. November 2007 in zwei voneinander unabhängige Teile aufzuteilen sei; sie bestätigte vielmehr die Auffassung der ersten Instanz, wonach eine gesamtheitliche

Vereinbarung mit einem einzig auf Beteiligungspapiere gerichteten Austauschverhältnis vorliege. Bei Annahme eines Willensmangels fiel die Vereinbarung als Ganzes ex tunc dahin und das Austauschverhältnis wäre rückgängig zu machen; allfällige weitere Konsequenzen aus der Rückabwicklung wären erst nach ihrem Vollzug zu ziehen. Deshalb scheidet selbst bei Unterstellung der Ungültigkeit der Parteivereinbarung wegen eines Willensmangels eine Beschränkung der Abwicklung auf einen "kaufrechtlichen" Teil unter Ausklammerung eines "gesellschaftsrechtlichen" Teils aus.

4.1. Mit der Beschwerde wiederholt die Klägerin die bereits in der Berufung vorgetragene Kritik an der Auslegung der Parteivereinbarung, ohne sich überzeugend mit der konkreten Argumentation der Vorinstanz auseinander zu setzen. Die Beschwerdeführerin räumt denn auch selber ein, dass die Parteien zwar in wirtschaftlicher und steuerlicher Hinsicht einen Aktientausch gewollt haben mögen, will dies hingegen in schuld- und gesellschaftsrechtlicher Hinsicht nicht gegen sich gelten lassen.

4.2. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass die Beklagte sämtliche Aktien der Z. \_\_\_\_\_ AG habe "verkaufen" wollen. Die Parteien hätten indes eine Barzahlung aus steuerlichen Gründen vermeiden wollen und das Rechtsgeschäft deshalb (wie in der Präambel ihrer Vereinbarung festgehalten) als eigentlichen Aktientausch konzipiert. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass ein Rechtsgeschäft nicht zugleich Kauf im Sinne von Art. 184 ff. OR und Tausch im Sinne von Art. 237/8 OR sein kann. Insoweit in der Parteivereinbarung beide Begriffe verwendet werden, können nicht beide technisch gemeint sein. Für das Vorliegen eines Tausches entscheidend ist, dass nach dem übereinstimmenden Parteiwillen die wechselseitige Übertragung von Besitz und Eigentum an bestimmten Sachen Inhalt der Hauptobligation beider Parteien bildete (Art. 237 OR). Dass die Parteien den vereinbarten Leistungen einen Geldwert zum Zwecke der Bemessung der Austauschäquivalenz zugemessen haben, ändert am Charakter ihres Rechtsgeschäfts als Tausch nichts.

4.3. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz Willkür vor, weil diese offen gelassen habe, ob die Rückübertragung der Wertpapiere gesellschaftsrechtlich zulässig gewesen wäre. An der bemängelten Stelle hält der angefochtene Entscheid fest, die Klägerin knüpfe zwar an die behauptete Unzulässigkeit der Rückübertragung bzw. Rücknahme der Aktien und Partizipationsscheine ihre eigene Verpflichtung, diese herauszugeben, leite hinsichtlich ihrer eigenen Forderung hieraus hingegen nichts ab. Die Vorinstanz begründete dies damit, die Klägerin habe mit der Formulierung ihres Eventualbegehrens auf Verurteilung der Beklagten zur Bezahlung eines Geldbetrages Zug um Zug gegen Übergabe von Beteiligungspapieren an der X. \_\_\_\_\_ AG an die Beklagte klar zum Ausdruck gebracht, dass wenn die Leistungsklage abgewiesen werde, auch die Rückgabe der Beteiligungspapiere entfalle, weil die Beklagte ihrerseits diese nicht prozessual beantragt habe und die bei der Klägerin befindlichen Beteiligungspapiere der Beklagten nicht aufgezwungen werden dürfen. Darin ist keine Willkür zu erblicken. Die Klägerin unterstellt der Vorinstanz zu Unrecht, sie lasse im Rahmen ihrer (zugunsten der Klägerin angenommenen) Unterstellung der Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung im Ergebnis zu, dass ein Willensmangel die Zeichnung der klägerischen Beteiligungspapiere durch die Beklagte mittels Verrechnungslibrierung im Rahmen der Erfüllung der Parteivereinbarung in Frage stelle, was gegen gesellschaftsrechtliche Prinzipien verstosse. Indes misst die Vorinstanz der Rückabwicklung der Parteivereinbarung keineswegs die Rechtsfolge zu, dass diese die Zeichnung und Herausgabe der Beteiligungspapiere der X. \_\_\_\_\_ AG tangiere; diesen vollzogenen aktienrechtlichen Vorgang stellt sie nicht in Frage. Die Vorinstanz hält vielmehr zutreffend fest, dass die Klägerin angesichts der mit ihren Prozessbegehren geschaffenen Rechtslage die Beklagte nicht zwingen könne, die bei ihr liegenden Beteiligungspapiere wieder anzunehmen. Denn die Klägerin hat durch den Rückzug ihres Herausgabebegehrens die Grundlage für eine Verurteilung zum Rücktausch der Beteiligungspapiere Zug um Zug selber zunichte gemacht.

4.4. Die vorinstanzliche Auslegung der Parteivereinbarung als Tauschgeschäft ist mithin nicht zu beanstanden. Die Parteivereinbarung liefert keine Grundlage für eine Gutheissung des Eventualantrages auf Rückzahlung eines Kaufpreises. Die Vorinstanz stellt weiter unangefochten fest, dass die Beschwerdeführerin vor den kantonalen Instanzen eine weitere Anspruchsgrundlage zur Begründung ihres Eventualstandpunktes nicht vorgetragen hat. Zwar habe sie angedeutet, durch die Abnahme des Immobilienbestandes der Z. \_\_\_\_\_ AG einen grossen Schaden erlitten zu haben; sie hat diesen aber nicht zur Begründung ihres Eventualantrages substantiiert dargelegt. Diese Rüge wurde bereits als unbegründet verworfen (s. oben E. 3.2.2). Die Abweisung des Eventualbegehrens ist gesetzeskonform.

5.

Die Beschwerde erweist sich damit insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.  
Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 40'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 50'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. August 2013

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Humi