

HOR.2019.5 / as / as

Art. 179

Urteil vom 24. Oktober 2019

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
 Ersatzrichterin Müller
 Handelsrichterin Baumann
 Handelsrichter Gruntz
 Handelsrichter Nauer
 Gerichtsschreiber Schneuwly
 Gerichtsschreiberin-Stv. Albert

Klägerin **D_AG**, _____
 vertreten durch lic. iur. Jürg Reutimann, Rechtsanwalt, B.erstrasse 414,
 8004 Zürich

Beklagte **W_AG**, _____
 vertreten durch Dr. iur. Simon Käch, Rechtsanwalt, Bahnhofstrasse 3,
 Postfach 507, 8965 Berikon 1

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Kommanditaktiengesellschaft mit Sitz in G. (AG); bis 18. April 2019 in T. (AG). Sie bezweckt im Wesentlichen _____ (Klagebeilage [KB] 2).

2.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B. AG). Sie bezweckt insbesondere _____ (KB 3).

3.

Die Beklagte hat der Klägerin am 27. Juli 2016 den Inhaberschuldbrief Nr. 123 über nominal Fr. 300'000.00, lastend auf Grdst.-Nr. 321 GB St. Gallen übergeben. Dr. F., unbeschränkt haftendes Mitglied der Klägerin mit Einzelunterschrift, hat den Erhalt des Schuldbriefs namens der Klägerin auf einer Kopie desselben gleichentags unterschriftlich bestätigt (Antwortbeilage [AB] 4).

4.

Die Klägerin überwies der Beklagten mit Valuta 5. September 2016 den Betrag von Fr. 318'000.00 auf ihr Bankkonto IBAN Nr. CH 567 bei der Bank M. Als Zahlungsgrund wurde "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" vermerkt (KB 4).

5.

Mit Schreiben vom 2. Januar 2018 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie kündige das ihr am 5. September 2016 gewährte Darlehen in Höhe von Fr. 318'000.00 auf den 19. Februar 2018. Zudem verlangte sie die Zahlung von 5 % Zins auf das Darlehen seit dem 1. Januar 2017. Das Darlehen sei längst zur Rückzahlung fällig gewesen (KB 5).

6.

Namens der Beklagten antwortete M.S. Dr. F. mit Schreiben vom 10. Januar 2018 wie folgt (KB 7):

" **Darlehenskündigung vom 2.1.2018**

Grüezi B.,

Bezugnehmend auf die Darlehenskündigung über CHF 318'000.00 teile ich Dir folgendes mit:

- a) Der Schuldbrief über CHF 300'000.00 lastend auf die Liegenschaft in St. Gallen von Herrn R. befindet sich bei Dir.
- b) Vereinbart war, dass die CHF 318'000.00 eine Zwischenfinanzierung war, als bis A.Z. den Betrag bei der Firma E. AG (Herr R.) einfordert. Dies hat er bis Dato versäumt.

- c) Ich schlage nun vor, dass ich selbst den Schuldbetrag bei Herrn R. einfordern werde und allenfalls auch bereit bin, im Falle einer Zwangsverwertung der Liegenschaft, diese selbst zu ersteigern. Somit ist Deine Zwischenfinanzierung gesichert.
- d) Bitte Dich um die nötige Geduld die Angelegenheit fertig zu lösen. Besten Dank für Dein Verständnis. [...]"

7.

Die Klägerin leitete beim Betreibungsamt B. gegen die Beklagte ein Betreibungsverfahren für den Betrag von Fr. 318'000.00 nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2017 ein. Der Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 789 vom 17. April 2018, in welchem als Forderungsgrund "Darlehen vom 05.09.2016 Kündigungsschreiben vom 02.02.2018" angegeben wurde, wurde der Beklagten am 19. April 2018 zugestellt. Die Beklagte erhob gleichentags Rechtsvorschlag (KB 8).

8.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2018 wandte sich der Rechtsvertreter der Klägerin an die Beklagte und forderte erneut die Rückzahlung des Darlehensbetrags von Fr. 318'000.00 nebst 5 % Zins, diesmal jedoch ab 5. Dezember 2016 (KB 6).

9.

Mit Klage vom 23. Januar 2019 (Postaufgabe: 29. Januar 2019) stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 318'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit 05.12.2016 zu bezahlen. Im Rahmen des vom Gericht der Klägerin zugesprochenen Betrages sei der Rechtsvorschlag aufzuheben, und es sei in diesem Umfang der Forderung der Klägerin definitiv Rechtsöffnung zu erteilen.

2.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, inkl. Mehrwertsteuer."

Die Klägerin begründete ihre Forderungsklage im Wesentlichen damit, die Parteien hätten mündlich einen auf drei Monate nach Überweisung befristeten Darlehensvertrag vereinbart. Gestützt darauf habe sie der Beklagten am 5. September 2016 den Betrag von Fr. 318'000.00 überwiesen und als Zahlungsgrund "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" vermerkt. Da die Beklagte den Betrag am vereinbarten Rückzahlungstermin und auch nach Zahlungsaufforderung (vgl. KB 5 und 6) nicht zurückbezahlt habe, habe sie Anspruch auf Rückzahlung von Fr. 318'000.00 zuzüglich 5 % Zins seit 5. Dezember 2016.

10.

Mit Klageantwort vom 6. März 2019 stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren:

- " 1.
Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Zur Begründung führte die Beklagte hauptsächlich aus, zwischen der Klägerin und der Beklagten sei kein Darlehensvertrag zustande gekommen. Die Zahlung von Fr. 318'000.00 gründe vielmehr auf einem Kaufvertrag zwischen den Parteien und sei das Entgelt für die vorangegangene Übertragung des Inhaberschuldbriefs Nr. 123 lastend auf Grdst.-Nr. 321 GB St. Gallen auf die Klägerin. Die Parteien hätten zu keiner Zeit die Rückzahlung dieser Summe an die Klägerin vereinbart. Eventualiter verrechne die Beklagte den eingeklagten Anspruch mit zwei Gegenforderungen in Höhe von gesamthaft Fr. 233'386.67.

11.

Mit Replik vom 26. April 2019 änderte die Klägerin ihre Rechtsbegehren wie folgt:

- " Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 318'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % p.a. seit 05.12.2016 zu bezahlen. Im Rahmen des vom Gericht der Klägerin zugesprochenen Forderungsbetrages samt Zinsen sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 789 des Betreibungsamtes B., Postfach 2047, aufzuheben und es sei in diesem Umfang der Forderung der Klägerin die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
2.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten, inklusive Mehrwertsteuer."

12.

In ihrer Duplik vom 29. Mai 2019 hielt die Beklagte an ihren Rechtsbegehren und Ausführungen fest.

13.

13.1.

Am 7. Juni 2019 verfügte der Vizepräsident die Edition der Gutschriftsanzeige des Betrags von Fr. 318'000.00 auf dem auf die Beklagte lautenden Konto IBAN: CH 567 bei der Bank M.

13.2.

Mit Eingabe vom 11. Juni 2019 reichte die Bank M. dem Handelsgericht einen Kontoauszug vom 5. September 2016 ein. Als Zahlungsgrund für die

Gutschrift vom 5. September 2016 ist "*DARLEHEN FÜR HOCHSTENS 3 MONATE*" vermerkt (Editionsbeilage).

14.

Am 29. August 2019 fand eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich welcher Dr. F. und M.S. befragt wurden. Die anschliessenden Vermittlungsgespräche blieben erfolglos.

15.

Mit Verfügung vom 2. September 2019 wurde die Streitsache an das Handelsgericht überwiesen, eine ergänzende Beweisverfügung erlassen und für die Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 vorgeladen.

16.

16.1.

Am 24. Oktober 2019 fand die Hauptverhandlung statt. Anlässlich dieser wurden der Zeuge V.K. sowie Dr. F. und M.S. je als Parteivertreter befragt. Zudem hielten die Parteien ihre Schlussvorträge und äusserten sich dabei je zweimal.

16.2.

Daraufhin zog sich das Handelsgericht zur Beratung zurück und fällte das Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung

1. Zuständigkeit

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Örtlich

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb das Handelsgericht örtlich zuständig ist.

1.2. Sachlich

Die Streitigkeit beschlägt zumindest die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten. Beide Parteien sind zudem im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen (KB 2 und 3) und der Streitwert beträgt Fr. 318'000.00. Das Handelsgericht ist demgemäss nach Art. 6 Abs. 2 ZPO sachlich zuständig.

2. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Auf die sich daraus ergebenden Obliegenheiten der Parteien ist vorab einzugehen:

2.1. Behauptungslast

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.¹ Die Aufteilung der Behauptungslast zwischen den Parteien folgt der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB.² Somit trägt die Behauptungslast für rechtserzeugende Tatsachen, wer ein Recht oder Rechtsverhältnis behauptet; für rechtsaufhebende Tatsachen, wer die Aufhebung oder den Untergang eines Rechts behauptet (z.B. Verwirkung, Erlass etc.) und für rechtshindernde Tatsachen, wer sich darauf beruft (z.B. Verjährung, Stundung etc.).³ Dementsprechend hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu behaupten, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt.⁴

Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden rechtlichen Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden.⁵ Was offensichtlich in anderen, ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist, muss nicht explizit behauptet werden (sog. implizite bzw. mitbehauptete Tatsachen).⁶ Blosser Mutmassungen stellen jedoch keine rechtsgenügenden Tatsachenbehauptungen dar.⁷ Ist ein Tatsachenvortrag im erwähnten Sinne vollständig, so wird er als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.⁸

Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich in den Rechtsschriften aufzustellen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und Art. 222 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht.⁹ Durch einen Verweis auf Urkunden können Sachverhaltselemente jedoch ausnahmsweise als behauptet gelten, wenn es überspitzt formalistisch wäre, eine Übernahme des Urkundeninhalts in die Rechtsschrift zu verlangen. Das ist jedoch nicht bereits dann der Fall, wenn die verlangten Informationen in einer Beilage in irgendeiner Form vorhanden sind. Weil ein Verweis auf Akten nicht dazu führen darf, dass die Gegenpartei und das Gericht die relevanten Tatsachen aus der Beilage selbst zusammensuchen müssen, muss auf die fragliche Information bzw. Tatsache problemlos zugegriffen

¹ Vgl. BGer 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2.

² BGE 132 III 186 E. 4.

³ SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N. 18.

⁴ BGE 128 III 271 E. 2.a.aa.

⁵ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N.; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1.

⁶ BGer 4A_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 4.1; 5P.445/2004 vom 9. März 2005 E. 2.3.2; 5C.26/1991 vom 30. September 1991 E. 3a.

⁷ BGer 4A_667/2014 vom 12. März 2015 E. 3.2.2.

⁸ BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.1 m.w.N.; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1.

⁹ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.1 m.w.N.

werden können und es darf kein Interpretationsspielraum bestehen.¹⁰ Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen.¹¹ Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (bzw. in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen.¹² Die in der Praxis beliebten Pauschalverweise auf eingereichte Akten bzw. die allgemeine Erklärung, diese würden "integrierenden Bestandteil" der Rechtsschrift bilden, stellen deshalb keine hinreichenden Behauptungen dar bzw. können fehlende Behauptungen nicht ersetzen.¹³

2.2. Bestreitungslast

Die Kehrseite der Behauptungslast ist die sog. Bestreitungslast: Bestreitet eine Partei eine Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).¹⁴ Art. 222 Abs. 2 ZPO verlangt von der beklagten Partei, darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden. Es ist deshalb empfehlenswert, die Tatsachenbehauptungen der Klägerin detailliert, d.h. Punkt für Punkt zu bestreiten. Bestreitungen sind dabei so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so bestimmt sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen selbst dann nicht aus, wenn sie explizit erfolgen. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird.¹⁵ Auch ein

¹⁰ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2 f.

¹¹ BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3.

¹² BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.3.

¹³ BK ZPO I-HURNI, 2012, Art. 55 N. 21 m.w.N.

¹⁴ BK ZPO I-HURNI (Fn. 13), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.

¹⁵ BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3.

implizites Bestreiten genügt unter diesen Voraussetzungen den Anforderungen der rechtsgenügenden Bestreitung.¹⁶

2.3. Substantiierungslast

Bestreitet aber der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei in rechtsgenügender Weise, so greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann.¹⁷ Das Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ein ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen.¹⁸ Der nicht oder nicht substantiiert vorgebrachte Sachverhalt ist im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime dem nicht bewiesenen Sachverhalt gleichzusetzen.¹⁹

2.4. Bezeichnung der Beweismittel

Die Parteien haben im Rahmen der Verhandlungsmaxime die einzelnen Beweismittel zu bezeichnen (vgl. Art. 221 Abs.1 lit. e ZPO, wonach die Klage die Tatsachenbehauptungen sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen zu enthalten hat). Dazu gehört auch, dass aus dem Zusammenhang klar wird, inwiefern die angerufenen Beweismittel den angestrebten Beweis erbringen sollen. Es genügt nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen.²⁰ Ein Beweismittel ist nur dann formgerecht angeboten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt.²¹ Deshalb sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufzuführen, welche durch sie bewiesen werden sollen ("Prinzip der sog. Beweismittelverbindung").²² Es ist hingegen unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich

¹⁶ SCHMID/HOFER, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016, S. 285 m.w.N.

¹⁷ BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; BGer 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.2.

¹⁸ DOLGE, Anforderungen an die Substanziierung, in: Dolge (Hrsg.), Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 21; vgl. auch BGE 108 II 337 E. 3.

¹⁹ BGer 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N. 12.

²⁰ BGer 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.3 m.w.N. (nicht publ. in BGE 140 III 602).

²¹ BGer 4A_291/2018 vom 10. Januar 2019 E. 4.4.2; 4A_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3 m.w.N.

²² BK ZPO II-KILLIAS, 2012, Art. 221 N. 29; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 221 N. 16. ff. Das "Prinzip der sog. Beweismittelverbindung" galt auch schon in der aarg. Zivilprozessordnung (EDELDMANN, in: Bühler/Edelmann/Killer (Hrsg.), Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 1998, § 167 N. 5).

pauschal auf eine Vielzahl von Urkunden oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen.²³ Bei umfangreichen Urkunden ist zudem die für die Beweisführung erhebliche Stelle zu bezeichnen (Art. 180 Abs. 2 ZPO).²⁴

3. Vereinbartes Vertragsverhältnis

3.1. Parteibehauptungen

3.1.1. Klägerin

Nach Auffassung der Klägerin wurde anlässlich einer Besprechung zwischen Dr. F. und M.S., welche am 28. Juli 2016 bzw. wohl am 27. Juli 2016 (Protokoll IV S. 3) stattfand, mündlich vereinbart, dass die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 318'000.00 überweise und letztere diesen innert maximal drei Monaten nach ihrer Überweisung zurückzuzahlen habe (Klage S. 3 f., Replik S. 2 f.).

Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass einerseits auf der Belastungsanzeige vom 5. September 2016 betreffend die Überweisung von Fr. 318'000.00 auf das Bankkonto der Beklagten als Zahlungsgrund explizit "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" vermerkt sei (KB 4). Der entsprechende Zahlungsvermerk sei auch der Gutschriftenanzeige der Beklagten zu entnehmen (Editionsbeilage). Andererseits habe die Klägerin das Darlehen mit Schreiben an die Beklagte vom 2. Januar 2018 (KB 5) respektive vom 4. Mai 2018 (KB 6) ausdrücklich gekündigt und die Rückzahlung verlangt. Das daraufhin von M.S. im Namen der Beklagten verfasste Antwortschreiben vom 10. Januar 2018 nehme ausdrücklich Bezug auf das Darlehen und halte konkretisierend dazu fest, dass die Fr. 318'000.00 als Zwischenfinanzierung angedacht gewesen seien (Replik S. 4, KB 7). Gestützt darauf sei belegt, dass auch die Beklagte bei Vertragsschluss von einem Darlehen ausgegangen sei.

3.1.2. Beklagte

Die Beklagte argumentiert, der Zahlung von Fr. 318'000.00 liege kein Darlehen, sondern ein Kaufvertrag über den Inhaberschuldbrief Nr. 123 zugrunde, welchen sie der Klägerin am 27. Juli 2016 übergeben habe. Eine Rückzahlung der besagten Geldsumme sei folglich nicht geschuldet (Antwort S. 4). Ferner bestreitet die Beklagte, dass auf der Gutschriftenanzeige über die Überweisung der Fr. 318'000.00 der Zahlungsgrund "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" ersichtlich sei. Durch das von M.S. unterzeichnete Schreiben vom 10. Januar 2018 (KB 7) habe dieser die Beklagte aufgrund seiner fehlenden Zeichnungsberechtigung nicht verpflichtet. Ferner werde im besagten Schreiben die Forderung der Klägerin nicht als Darlehen bezeichnet, sondern lediglich auf den Betreff des klägerischen Schreibens vom 2. Januar 2018 referenziert (Duplik S. 4).

²³ BK ZPO II-KILLIAS (Fn. 22), Art. 221 N. 29.

²⁴ BK ZPO II-RÜETSCHI, 2012, Art. 180 N. 17 ff.; WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 3), Art. 180 N. 10 ff. je m.w.N.

3.2. Zurechnung des Schreibens vom 10. Januar 2018 (KB 7) zur Beklagten

3.2.1. Rechtliches

Bei einer Aktiengesellschaft ist in erster Linie der Verwaltungsrat zur Geschäftsführung berechtigt (Art. 716 Abs. 2 OR). Jedoch kann auch eine andere zur Vertretung berechtigte Person die Gesellschaft gegen aussen hin binden (Prokura Art 458 ff. OR, Handlungsvollmacht Art. 462 ff. OR, bürgerliche Stellvertretung Art. 32 ff. OR).²⁵

Willensäusserungen können Personen unmittelbar selbst abgeben oder mittelbar durch einen Vertreter (sog. Stellvertretung). Die Stellvertretung ist somit rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen.²⁶ Damit eine Vertretungswirkung direkt beim Vertretenen eintritt, muss entweder der Vertreter eine entsprechende Vertretungsmacht (Vollmacht) haben (Art. 32 Abs. 1 OR), der Vertretene den Vertrag im Nachhinein genehmigen (Art. 38 Abs. 1 OR) oder der Dritte in seinem guten Glauben schützenswert sein (vgl. Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 37 OR).²⁷

Eine Vertretungsmacht (Vollmacht) hat, wer vom Vertretenen entsprechend bevollmächtigt (Vollmachtserteilung) wurde. Mit Erteilung der Bevollmächtigung wird der Vertreter befugt, den Vertretenen gegenüber Dritten zu vertreten, das heisst für diesen rechtserhebliches Handeln vorzunehmen.²⁸

Liegt weder eine Vollmacht noch eine nachträgliche Genehmigung vor, treten die Vertretungswirkungen nur ausnahmsweise zum Gutgläubensschutz DR. ein.²⁹ Dieser Fall zeichnet sich dadurch aus, dass der Vertretene die Vollmacht nach aussen (ausdrücklich oder stillschweigend)³⁰ kundgegeben hat und der Vertreter gegenüber einem Dritten handelt, dem die Vollmacht kundgegeben wurde. Der Dritte ist gestützt auf die ihm kundgegebene Vollmacht gutgläubig, indem er auf den Bestand der kundgegebenen Vollmacht vertraut. Sein guter Glaube wird durch die Kundgabe entweder begründet oder bestätigt, was voraussetzt, dass er im Zeitpunkt der Vertreterhandlung von der Kundgabe Kenntnis hat. Der gute Glaube wird in der Weise geschützt, dass dem Dritten das Fehlen der Vollmacht nicht entgegengehalten werden kann, die Vertretungswirkung demnach eintritt.³¹ In diesem Zu-

²⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Aufl., Zürich 2014, N. 1453.

²⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1307.

²⁷ BGE 131 III 511 E. 3.1 = Pra 95 (2006) Nr. 66.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1342 f.

²⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1389.

³⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1347.

³¹ Zum Ganzen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1390 ff.

sammenhang wird häufig auch von einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gesprochen.³² Als Duldungsvollmacht wird jener Fall umschrieben, in welchem dem Vertretenen der Wille zur Vollmachterteilung fehlt, er aber davon Kenntnis hat, dass ein anderer als sein Vertreter auftritt und dagegen nicht einschreitet. Bei der Anscheinsvollmacht hat der Vertretene weder Wille zur Vollmachterteilung noch Kenntnis vom Auftreten eines anderen als seinem Vertreter. Bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte der Vertretene das Handeln des Vertreters jedoch erkennen müssen und verhindern können.³³

Weiter muss der Vertreter dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handeln. Handelt er nicht in fremdem Namen, tritt die Vertretungswirkung nur dann ein, wenn der Dritte aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste, oder wenn es dem Vertretenen gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 OR).³⁴

3.2.2. Würdigung

M.S. war bis zum 17. Juli 2019 weder als Verwaltungsratsmitglied noch als Prokurist der Beklagten im Handelsregister eingetragen (vgl. KB 3). Eine Handlungsvollmacht von M.S. wird weder behauptet, noch ergibt sich eine solche aus den Akten. Eine Zurechnung des Schreibens vom 10. Januar 2018 (KB 7) zur Beklagten kann folglich einzig gestützt auf die bürgerliche Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) erfolgen.

Ob M.S. am 10. Januar 2018 tatsächlich über eine Vollmacht der Beklagten verfügte, kann aus dem folgenden Grund offengelassen werden: Die Beklagte führt selbst aus, dass M.S. anlässlich der Vertragsverhandlungen vom 27. Juli 2016 als Bevollmächtigter der Beklagten gehandelt hat (Duplik S. 9). Dadurch hat die Beklagte die Vertretungsberechtigung von M.S. betreffend das vorliegende Vertragsverhältnis der Klägerin gegenüber kundgetan. Ein Widerruf dieser Bevollmächtigung oder andere Umstände, gestützt auf welche die Klägerin auf den Widerruf dieser Vollmacht und damit die fehlende Vertretungsbefugnis hätte schliessen müssen, werden nicht vorgebracht. Mangels Mitteilung an die Klägerin und weil sich diese in gutem Glauben auf die Vollmacht verlassen konnte, könnte ein nicht behaupteter aber allenfalls bestehender Widerruf der Klägerin auch nicht entgegengehalten werden (Art. 34 Abs. 3 OR).

Selbst wenn jedoch die ursprüngliche Vollmacht von M.S. nur auf den Vertragsabschluss beschränkt gewesen wäre und die Beklagte somit keinen Willen gehabt hätte, M.S. auch für das Schreiben vom 10. Januar 2018 (KB 7) zu bevollmächtigen, so wäre die Klägerin in ihrem guten Glauben an das Vorhandensein einer solchen Vollmacht zu schützen: Die Beklagte

³² Vgl. auch BGE 141 III 289 E. 4; 120 II 197; BGer 4C.287/2002 vom 15. Dezember 2003 E. 4; 5A_500/2010 vom 12. Oktober 2010 E. 6.2.2.

³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1411 f.

³⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1318 ff.

hätte zumindest bei pflichtgemässer Sorgfalt vom Auftreten von M.S. wissen müssen, wenn sie es nicht sogar ganz genau wusste. Damit hat sie den Anschein geschaffen, dass M.S. für den am 27. Juli 2016 abgeschlossenen Vertrag und die damit verbundenen Angelegenheiten vertretungsbe-rechtigt war. Dieser Schluss wird ferner dadurch unterstützt, dass M.S. am 16. Januar 2018 als Vertreter der Beklagten an der Besprechung mit Dr. F. für die Klägerin und V.K. teilnahm (Antwort S. 3) und dass er am 19. April 2018 als Bevollmächtigter der Beklagten den Zahlungsbefehl des Betreibungsamts B. entgegennahm (KB 8). Ferner hat M.S., wiederum namens der Beklagten, die beiden Schreiben an Dr. F. vom 22. Oktober 2018 verfasst (AB 6 und 7). Somit liegt zumindest eine Anscheins- wenn nicht sogar eine Duldungsvollmacht vor, und die Beklagte hat sich das von M.S. unterzeichnete Schreiben vom 10. Januar 2018 (KB 7) anrechnen zu lassen.

3.3. Kenntnis des auf der Gutschriftsanzeige vermerkten Zahlungsgrunds "*Darlehen für höchstens 3 Monate*"

3.3.1. Rechtliches

Nach dem Zugangsprinzip werden Willenserklärungen mit ihrem Zugang, d.h. mit ihrem Eintreffen beim Adressaten wirksam. Nach diesem Grundsatz geht eine Willenserklärung in Briefform dem Empfänger zu, sobald sie in seinen Machtbereich gelangt. Bei einer Sendung, die privat oder durch die Post uneingeschrieben zugestellt wird, ist dies dann der Fall, wenn sie zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf, in den Briefkasten des Adressaten gelegt wird. Ob der Adressat auch tatsächlich von der Sendung Kenntnis nimmt, ist dagegen nicht entscheidend.³⁵

Das Zugangsprinzip gilt grundsätzlich analog für sogenannte Anzeigen oder Mitteilungen. Diese sind wie die Willenserklärungen darauf gerichtet, vom Adressaten zur Kenntnis genommen zu werden und damit empfangsbedürftig. Sie werden deshalb für die Frage des Wirksamwerdens den Willenserklärungen gleichgestellt, d.h. sie werden bereits mit ihrem Eintreffen in den Machtbereich des Adressaten und nicht erst mit ihrer Kenntnisnahme wirksam.³⁶

3.3.2. Würdigung

Die Beklagte bestreitet zwar, vom Zahlungsvermerk auf der Gutschriftsanzeige Kenntnis genommen zu haben, nicht jedoch deren Zustellung an sich. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist davon auszugehen, dass ihr die Gutschriftsanzeige ihrer Bank per Briefpost in den Briefkasten bzw. allenfalls via E-Banking zugestellt worden ist. Damit ist sie in den Machtbereich der Beklagten gelangt. Da die Gutschriftsanzeige somit im Zeitpunkt der Zustellung wirksam wurde, ist unerheblich, ob die Beklagte sie auch tatsächlich zur Kenntnis genommen

³⁵ BGE 118 II 42 E. 3b.

³⁶ WALTER, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, 2005, S. 31.

hat. Folglich ist die Beklagte so zu stellen, als hätte sie im Zeitpunkt der Zustellung der Gutschriftsanzeige deren Inhalt und somit auch den Zahlungsvermerk "*DARLEHEN FÜR HOCHSTENS 3 MONATE*" zur Kenntnis genommen (vgl. Editionsbeilage).

3.4. Vertrag und Vertragsauslegung

3.4.1. Rechtliches

Ist ein Vertrag zustande gekommen, bestimmt sich dessen Inhalt durch Auslegung der Willensäußerungen der Parteien. Massgebend ist dabei in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwille, sofern die Erklärung vom Adressaten übereinstimmend so verstanden wurde, wie sie gemeint war. Für das tatsächliche Verständnis der Erklärung ist nicht allein der Wortlaut massgebend, vielmehr indizieren die gesamten Umstände, unter denen sie abgegeben wurde, den inneren Willen der erklärenden Partei (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Für eine tatsächliche Willensübereinstimmung (sog. natürlicher Konsens) im von ihr behaupteten Sinn ist diejenige Partei beweisbelastet, die sich auf den entsprechenden Sinn beruft.³⁷

Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht festgestellt werden, sind die Erklärungen der Parteien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens anhand des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (sog. normativer Konsens).³⁸ Das Gericht hat zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben.³⁹ Neben dem Wortlaut sind die Entstehungsgeschichte des Vertrages wie Vorverhandlungen und Begleitumstände, das Verhalten der Parteien bei Vertragsabschluss, die Interessenlage, der Zweck und die Systematik des Vertrags im Rahmen einer ganzheitlichen Auslegung zu berücksichtigen. Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist bei mehreren Auslegungsvarianten diejenige massgebend, die den Vertrag nicht ungültig oder unvernünftig macht (*favor negotii*).⁴⁰

Wesentliche Bestandteile eines Darlehensvertrages (*essentialia negotii*) sind einerseits die Pflicht des Darleihers, dem Borger Eigentum an einer bestimmten Summe Geld oder an anderen vertretbaren Sachen zu verschaffen, sowie andererseits die entsprechende Rückgabeverpflichtung des

³⁷ Vgl. BGE 121 III 118 E. 4b/aa.

³⁸ Zum Ganzen BGE 143 III 157 E. 1.2.2 m.w.N.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1196 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, N. 33.01 ff.; BSK OR I-WIEGAND, 6. Aufl. 2015, Art. 18 N. 7 ff.

³⁹ BGer 4A_539/2016 vom 7. März 2017 E. 8.3.2 m.w.N.; BGE 122 III 420 E. 3a m.w.N.; BSK OR I-WIEGAND (Fn. 38), Art. 18 N. 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 1231.

⁴⁰ BSK OR I-WIEGAND (Fn. 38), Art. 18 N. 40; vgl. BGer 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 E. 5.2; BGer 5A_140/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.1 (zum *favor negotii* in Bezug auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden und von Todes wegen bei Nichteinhaltung der Formvorschriften).

Borgers (Art. 312 OR). Nicht zwingend ist die Vereinbarung einer Verzinsung (Art. 313 Abs. 1 OR).⁴¹ Das Darlehen untersteht keiner gesetzlichen Formvorschrift, weshalb auch die mündliche Vertragsabrede rechtsgültig ist (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR). In prozessualer Hinsicht obliegt es dem Darleiher, bei Geltendmachung des Rückforderungsanspruches sowohl die Hingabe des Kapitals als auch die Rückzahlungsverpflichtung zu beweisen.⁴²

Demgegenüber verpflichtet sich beim Kaufvertrag der Verkäufer zur Übertragung einer Sache zu Eigentum und der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises (Art. 184 ff. OR). Ist der Kaufgegenstand weder eine Liegenschaft noch ein als im Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht, liegt ein Fahrniskauf vor (Art. 187 Abs. 1 OR). Darunter fallen grundsätzlich auch Wertpapiere. Auch der Fahrniskauf untersteht keiner gesetzlichen Formvorschrift.⁴³

3.4.2. Würdigung

3.4.3. Konsens

Die Parteien sind sich einig, dass zwischen ihnen ein Vertragsverhältnis besteht. Nicht bestritten ist weiter, dass die Klägerin am 5. September 2016 den Betrag von Fr. 318'000.00 der Beklagten auf deren Bankkonto IBAN: CH 567 bei der Bank M. überwiesen hat (Klage S. 4, Klageantwort S. 4). Strittig ist hingegen, ob die Parteien die Rückzahlung dieser Summe vereinbart und folglich einen Darlehensvertrag geschlossen haben.

Vorliegend haben die Parteien keine schriftliche Vereinbarung getroffen. Der konkrete Wortlaut der Willensäusserungen liess sich auch anlässlich der Parteibefragung vom 29. August 2019 nicht mehr rekonstruieren, weshalb er vorliegend als Auslegungsmittel ausser Betracht fällt. Es bleibt zu prüfen, ob sich der tatsächliche Parteiwille aus den gesamten Vertragsumständen ergibt. Auch nachträgliches Parteiverhalten kann auf einen tatsächlichen Willen der Parteien im Abschlusszeitpunkt schliessen lassen.⁴⁴

Für den Abschluss eines Darlehensvertrags am 27. Juli 2017 spricht, dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 10. Januar 2018 (Replik S. 4, KB 7) selber ausführt, die ausbezahlte Summe von Fr. 318'000.00 sei als *Zwischenfinanzierung* angedacht gewesen, bis der entsprechende Betrag von der E. AG eingefordert würde. Ferner bittet die Beklagte den Adressaten Dr. F. um Geduld, um die Angelegenheit fertig lösen zu können. Bereits der Begriff der Zwischenfinanzierung impliziert grundsätzlich, dass das hier in Frage stehende Kapital der Beklagten nur vorübergehend zur Verfügung

⁴¹ Vgl. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, 10. Aufl. 2017, S. 285; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, N. 3055 ff.; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER, 6. Aufl. 2015, Art. 312 N 1 ff.

⁴² BGE 83 II 209 E. 2; HONSELL (Fn. 41), S. 293.

⁴³ HONSELL (Fn. 41), S. 41.

⁴⁴ BGE 132 III 626 E. 3.1, 101 II 323 E. 1; BGer 4A_264/2013 vom 23. September 2013 E. 3.3.2.

stehen soll. Dies ist naturgemäss bei einem Darlehen, nicht jedoch bei einem Kaufvertrag der Fall. Die geäusserte Bitte um Geduld deutet ferner darauf hin, dass die Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und der Klägerin noch nicht abgeschlossen ist, mithin die Klägerin noch auf Leistung der Beklagten wartet. Die Übergabe des Inhaberschuldbriefs kann damit nicht gemeint sein, da sich dieser bereits seit dem 27. Juli 2016 in den Händen der Klägerin befindet (vgl. AB 4) und dies im Schreiben vom 10. Januar 2018 auch so wiedergegeben wird (KB 7). Vielmehr kann das Schreiben der Beklagten vom 10. Januar 2018 (KB 7) nur so verstanden werden, als dass sie die Klägerin um Aufschub der Rückzahlung des Darlehens bittet, welches die Klägerin mit Schreiben vom 2. Januar 2018 gekündigt hat (KB 5).

Ein weiteres Indiz dafür, dass auch die Beklagte am 27. Juli 2016 von einem Darlehen ausging, liegt darin begründet, dass die Beklagte nicht remonstrierte, als sie von der angeblich abweichenden Rechtsauffassung der Klägerin erfuhr: Es ist unbestritten und durch den auf der Belastungsanzeige und der Gutschriftsanzeige vermerkten Zahlungsgrund "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" bzw. "*DARLEHEN FÜR HOCHSTENS 3 MONATE*" (vgl. KB 4, Editionsbeilage) nachgewiesen, dass zumindest die Klägerin von einem Darlehen ausging. Die Beklagte hat diese Auffassung der Klägerin nicht bestritten und anlässlich der Parteibefragung hat sie die Klägerin bestätigt (Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 29. August 2019 S. 3). Die Beklagte hätte von dieser Rechtsauffassung Kenntnis haben müssen (vgl. oben E. 3.3.2) Ungeachtet des Umstands, dass die Beklagte bereits nach Zustellung der Gutschriftsanzeige und den entsprechenden Zahlungsvermerk hätte erkennen müssen, dass die Klägerin von einem Darlehen ausgeht (vgl. oben E. 3.3.2), führt die Beklagte selbst aus, dass sie nach Zugang des Kündigungsschreibens der Klägerin vom 2. Januar 2018 (KB 5) von der entsprechenden Rechtsauffassung der Klägerin erfuhr (Duplik, Ziff. 1.3, S. 9). Hätten die Parteien tatsächlich, wie von der Beklagten behauptet, etwas anderes als ein Darlehen vereinbart, wäre spätestens ab diesem Zeitpunkt zu erwarten gewesen, dass die Beklagte ihre abweichende Rechtsauffassung der Klägerin kundtut. Dass die Beklagte hingegen nicht reagierte, sondern in ihrem Antwortschreiben vom 10. Januar 2018 (KB 7) vorbehaltlos auf die Kündigung des *Darlehens* Bezug nahm, kann nur dahingehend verstanden werden, dass auch die Beklagte bei Vertragsschluss tatsächlich von einem Darlehen ausging.

Zusammenfassend lässt sich das nachträgliche Parteiverhalten der Beklagten nur dahingehend verstehen, dass auch sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 27. Juli 2016 von einem Darlehen ausging. Entsprechend liegt betreffend den Abschluss eines Darlehens ein tatsächlicher Konsens vor.

Liesse sich ein tatsächlicher Konsens zum Abschluss eines Darlehensvertrags nicht bereits gestützt auf das beklagte Partieverhalten rekonstruieren, ergäbe sich ein normativer Konsens zum Abschluss eines Darlehensvertrags gestützt auf das Vertrauensprinzip aus der mit Valuta 5. September 2016 erfolgten Überweisung des Darlehensbetrags auf das Bankkonto der Beklagten IBAN Nr. CH 567 bei der Bank M.: Wie bereits ausgeführt, ist aufgrund des auf der Belastungs- und Gutschriftsanzeige vermerkten Zahlungsgrunds "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" bzw. "*DARLEHEN FÜR HOCHSTENS 3 MONATE*" (KB 4, Editionsbeilage) nachgewiesen, dass zumindest die Klägerin von einem Darlehen ausging. Da zwischen den Parteien anlässlich der Besprechung vom 27. Juli 2016 Vertragsverhandlungen stattgefunden haben, hätte die Beklagte die soeben beschriebene Banküberweisung als Offerte zum Abschluss eines Darlehens verstehen dürfen und müssen. Zwar reagierte die Beklagte auf diese Offerte nicht, und Stillschweigen gilt grundsätzlich nicht als Annahme einer Offerte (Art. 6 OR). Allerdings liegen aufgrund der bereits geführten Vertragsverhandlungen vom 27. Juli 2016 Umstände vor, wonach von einem eigentlichen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien gesprochen werden muss, sodass hieraus die Pflicht der Beklagten entstanden ist, die Vertragsofferte der Klägerin ausdrücklich abzulehnen, indem sie bspw. den Betrag wieder hätte zurücküberweisen lassen. Es sind daher Umstände vorhanden, die eine ausdrückliche Annahme der Vertragsofferte nicht erwarten liessen, sodass die Offerte zum Abschluss eines Darlehens mangels einer Remonstration durch Schweigen i.S.v. Art. 6 OR als angenommen gelten muss. Die Klägerin durfte und musste nach den vorliegenden spezifischen Umständen das Schweigen der Beklagten somit als Annahme ihrer Vertragsofferte deuten. Damit wäre spätestens nach Ablauf einer angemessenen Frist für die Ablehnungserklärung auch nach dem Vertrauensprinzip ein Darlehensvertrag zustande gekommen. Eine solche Erklärung hat die Beklagte unbestritten nicht abgegeben. Im Gegenteil, nahm sie mit ihrem Schreiben vom 10. Januar 2018 ausdrücklich auf das Darlehen Bezug, wodurch sie wiederum die Klägerin (KB 7) in ihrer Rechtsauffassung bestätigte.

Die Beklagte wendet zwar ein, der Betrag von Fr. 318'000.00 sei im Gegenzug zur Übertragung des Eigentums am Inhaberschuldbrief Nr. 123 geleistet worden, womit ein Kaufvertrag vereinbart worden sei. Hierfür lassen sich den Akten allerdings keinerlei Hinweise entnehmen. Soweit die Beklagte geltend macht, die Übertragung dieses Inhaberschuldbriefs mache anders als im Rahmen eines Kaufvertrages keinen Sinn (Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 S. 11 f.), so übersieht sie, dass es zahlreiche Gründe hierfür geben kann. Die Beklagte konnte jedenfalls nicht nachweisen, dass der Inhaberschuldbrief Nr. 123 überhaupt in irgendeiner Form mit der Überweisung der Fr. 318'000.00 im Zusammenhang steht. So liegen etwa zwischen der Übergabe des Inhaberschuldbriefs Nr. 123 vom 27. Juli 2016 und der Überweisung der Fr. 318'000.00 vom

5. September 2016 ganze 40 Tage. Hätten die Parteien einen Kaufvertrag abgeschlossen, so wäre dieser immerhin mit der Überweisung der Fr. 318'000.00 komplett erfüllt und erledigt gewesen. Es würde bei dieser Ausgangslage keinen Sinn ergeben, dass die Beklagte die Klägerin im Schreiben vom 2. Januar 2018 (KB 7) in Bezug auf die Darlehenskündigung um die nötige Geduld zur Erledigung der – nach der im vorliegenden Prozess von der Beklagten vertretenen Argumentation bereits abgeschlossenen – Angelegenheit bat. Da somit weder Hinweise vorhanden sind, die für einen Kaufvertrag sprechen und vielmehr das Verhalten der Beklagten gegen einen solchen spricht, kann dem Argument der Beklagten – es liege ein Kaufvertrag vor, anders lasse sich die Übertragung des Schuldbriefs nicht erklären – nicht gefolgt werden. Sofern die Beklagte geltend macht, es widerspräche den Gepflogenheiten, einen Darlehensvertrag in der Höhe von Fr. 318'000.00 mündlich abzuschliessen, was für einen Kaufvertrag spreche (Antwort Rz. 1.4; Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 S. 11 f.), so sei sie darauf hingewiesen, dass es genauso unüblich wäre, in diesem Betrag einen Wertpapierkauf bloss mündlich zu vereinbaren. Ob dies bei einem Kaufvertrag Zug um Zug anders aussehe (Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 S. 11), braucht nicht untersucht zu werden, da es sich vorliegend nicht um einen solchen handelt. Aus der fehlenden Schriftlichkeit kann die Beklagte daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zudem sind die Behauptungen der Beklagten nicht ohne Widerspruch, wenn sie einerseits behauptet, die Fr. 318'000.00 seien für die Übergabe des Inhaberschuldbriefs Nr. 123 bezahlt worden (Antwort Rz. 1.3), andererseits gleichzeitig behauptet, für den Inhaberschuldbrief Nr. 123 seien Fr. 218'000.00 bezahlt worden. Weitere Fr. 100'000.00 hätten dem Ausgleich von Verlusten aus anderen Geschäften gedient (Antwort Rz. "Zu 2. Vertragsvollzug"). Ob schliesslich das Darlehen in den Geschäftsbüchern der Klägerin vermerkt ist, spielt für die rechtliche Beurteilung keine Rolle, ob vorliegendes Geschäft als Darlehen oder Kaufvertrag qualifiziert, weshalb auch die beantragte Edition (Duplik Rz. "Zu 1.4") unterbleiben kann.

3.5. Zwischenfazit

Die Parteien haben einen Darlehensvertrag i.S.v. Art. 312 ff. OR im Umfang von Fr. 318'000.00 mit einer Dauer von höchstens drei Monaten vereinbart.

4. Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung und Zinsen

4.1. Parteibehauptungen

Gemäss der Klägerin wurde das Darlehen auf drei Monate befristet gewährt. Zum Beweis verweist sie im Wesentlichen auf die eingereichte Belastungsanzeige, welche als Zahlungsvermerk "*Darlehen für höchstens 3 Monate*" ausweist (KB 4). Da auch nach Ablauf des vereinbarten Verfalltages kein Zahlungseingang habe verbucht werden können, habe sie sich

aus Gründen der Sicherheit dazu entschlossen, das Darlehen mit Schreiben vom 2. Januar 2018 ausdrücklich zu kündigen (Klage S. 3 f.).

Die Beklagte bestreitet, dass überhaupt eine Rückzahlung des an sie überwiesenen Betrages von Fr. 318'000.00 vereinbart worden sei (Klageantwort S. 4 f.).

4.2. Rechtliches

Hinsichtlich der Beendigung eines Darlehensvertrages sind die Parteien frei, innerhalb der Schranken der Vertragsfreiheit eine Regelung zu treffen. Wurde ein zeitlich befristetes Darlehen mit bestimmtem Rückzahlungstermin vereinbart, liegt darin eine Verfalltagsabrede begründet und der Vertrag endet durch Zeitablauf, ohne dass eine Kündigung notwendig wäre.⁴⁵

Der Darleiher ist berechtigt, die Rückzahlung des Darlehens zu fordern, sobald der Rückerstattungsanspruch gemäss vertraglicher Vereinbarung oder nach Art. 318 OR fällig ist und der Durchsetzung des Anspruchs keine Einreden oder Einwendungen des Schuldners entgegenstehen.⁴⁶

Gerät der Borger mit der Rückzahlung in Verzug, ist der Darleiher berechtigt, Verzugszinsen zu verlangen (Art. 102 ff. OR). Vorausgesetzt, die Parteien haben selbst keinen höheren Zinssatz bestimmt, beträgt der Zinssatz 5 % der Darlehensvaluta (Art. 104 Abs. 1 OR).⁴⁷

4.3. Würdigung

4.3.1. Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens

Fraglich ist, ob sich die Parteien auch bezüglich des Rückzahlungszeitpunkts übereinstimmend geäußert und damit einen Konsens erzielt haben.

Besteht betreffend den Abschluss eines Darlehens ein natürlicher Konsens, so spielt es keine Rolle, ob auch betreffend die ursprüngliche Vereinbarung einer Befristung des Darlehens ein natürlicher Konsens nachgewiesen werden kann, da ein Darlehen auch unbefristet abgeschlossen werden kann. Unabhängig davon, ob die Parteien sich bereits am 27. Juli 2016 auf ein befristetes Darlehen geeinigt haben, wäre spätestens in der Überweisung der Darlehensvaluta unter der Bezeichnung "*Darlehen höchstens 3 Monate*" bzw. "*DARLEHEN FÜR HOCHSTENS 3 MONATE*" eine Offerte der Klägerin auf Befristung des Darlehens für 3 Monate ab Valuta der Banküberweisung zu sehen. Zwar kann ein Vertragsverhältnis nicht einseitig abgeändert werden, allerdings sind auch diesbezüglich Umstände vorhanden (vgl. zu diesen Umständen oben E. 3.4.3), wonach das Stillschweigen

⁴⁵ BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (Fn. 41), Art. 318 N 14.

⁴⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 2156; SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, 2010, N. 95.

⁴⁷ HUGUENIN (Fn. 41), N. 3080; HONSELL (Fn. 41), S. 293.

durch die Beklagte gemäss Art. 6 OR als Annahme der Offerte zur Befristung des Darlehensvertrags angesehen werden muss. Dies umso mehr, als die Beklagte hierdurch – *ex ante* betrachtet – gegenüber einem unbefristeten Darlehen, das jederzeit mit einer Frist von nur sechs Wochen hätte gekündigt werden können (Art. 318 OR), bessergestellt wurde. Ferner indiziert das Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 10. Januar 2018 (KB 7), dass der überwiesene Betrag der Beklagten nur kurz- bis mittelfristig zur Verfügung stehen sollte, da von einer Zwischenfinanzierung die Rede ist.

Ginge man betreffend den Abschluss des Darlehens von einem normativen Konsens aus, so wäre davon die Befristung auf drei Monate bereits umfasst, weil sich diese Befristung eindeutig aus der Vertragsofferte ergibt (vgl. oben E. 3.4.3).

Da die Klägerin das Darlehen von Fr. 318'000.00 mit Valuta 5. September 2016 auf das Konto der Beklagten überweisen liess (KB 4; Editionsbeilage), ist folglich die Fälligkeit der Rückzahlungsschuld der Beklagten gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 OR am 5. Dezember 2016 eingetreten. Der Verzug tritt aufgrund der Vereinbarung eines Verfalltages ohne Mahnung ein,⁴⁸ weshalb das Kündigungsschreiben der Klägerin vom 2. Januar 2018 (KB 5) unter diesem Aspekt rechtlich irrelevant ist.

Unter dem Vorbehalt etwaiger Einreden oder Einwendungen (vgl. dazu unten E. 6) steht der Klägerin gegenüber der Beklagten folglich ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von Fr. 318'000.00 zu.

4.3.2. Anspruch auf Verzugszinsen

Es ist unbestritten, dass die Beklagte das Darlehen bisher nicht zurückbezahlt hat (Replik S. 16, Duplik S. 11). Da dessen Fälligkeit am 5. Dezember 2016 eingetreten ist und es sich hierbei um einen Verfalltag handelt (vgl. oben E. 4.3.1), befindet sich die Beklagte seit dem 6. Dezember 2016 in Verzug. Ab diesem Tag schuldet die Beklagte Verzugszinsen.⁴⁹ Da die Parteien selbst für die Laufzeit des Darlehens keine höhere Verzinsung vereinbart haben, ist gestützt auf Art. 104 Abs. 1 OR ab dem 6. Dezember 2016 grundsätzlich ein Verzugszins in der Höhe von 5 % p.a. geschuldet.

Obwohl sich die Beklagte somit seit dem 6. Dezember 2016 in Verzug befindet, hat die Klägerin die Rückzahlung erst sehr viel später mit Schreiben vom 2. Januar 2018 verlangt (KB 5). Die verzögerte Geltendmachung ihres Anspruches begründet die Klägerin damit, dass sie bis dahin aufgrund von

⁴⁸ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 25), N. 2660; BSK OR I-SCHÄRER/MAURENBRECHER (Fn. 41), Art. 318 N. 14; HONSELL (Fn. 41), S. 291.

⁴⁹ Vgl. VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 151 f.

Versprechungen von M.S., die Zahlung zu leisten, auf eine frühere Geltendmachung verzichtet habe (Replik S. 15; vgl. auch Protokoll-IV S. 6). Eine erneute Zahlungsermahnung unter Fristansetzung ändert zwar nichts am bereits eingetretenen Verzug,⁵⁰ jedoch erkennt ein Teil der Lehre darin einen konkludenten Verzicht des Gläubigers auf den bis zur Zahlung hin aufgelaufenen Verzugszins, sofern die Zahlung innert der neu angesetzten Frist erfolgt.⁵¹ Die Klägerin argumentiert, aufgrund abgegebener Zahlungsverprechungen mit der Geltendmachung ihres Anspruchs zugewartet zu haben. Daraus ist zu schliessen, dass die Parteien über die verspätete Rückzahlung in Kontakt waren, was überdies auch das Schreiben der Beklagten vom 10. Januar 2018 (KB 7) vermuten lässt und sich anlässlich der Parteibefragung bestätigte (Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 29. August 2019 S. 6). Im Umstand, dass die Klägerin erst mit Schreiben vom 2. Januar 2018 die Rückzahlung des Darlehens verlangt hat, kann daher ein bedingter Verzicht auf die bis zur Zahlung anfallenden Verzugszinsen erblickt werden. Dieser Verzicht stand unter der Bedingung, dass die Beklagte das Darlehen auch tatsächlich innert der angesetzten Frist, also bis zum 19. Februar 2018, zurückbezahlen würde. Da die Beklagte innert dieser Frist allerdings nicht leistete, fällt ein Verzicht auf die aufgelaufenen Verzugszinsen ausser Betracht.

4.4. Fazit

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten ein Rückzahlungsanspruch aus Darlehen in der Höhe von Fr. 318'000.00 zzgl. 5 % Verzugszinsen ab dem 6. Dezember 2016 zu.

5. Aufhebung durch Übereinkunft

5.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte behauptet, am 16. Januar 2018 habe um 20:00 Uhr in der Praxis von Dr. F. eine Besprechung zwischen diesem, M.S. und V.K. stattgefunden. M.S. sei als Vertreter der Beklagten aufgetreten. V.K. sei als Verwaltungsratspräsident der A. AG (heute: W. AG) anwesend gewesen. Zwischen letzterer und der Klägerin bestünden ebenfalls geschäftliche Beziehungen, um die vor dem hiesigen Gericht gestritten werde (HOR.2018.30). Anlässlich dieser Besprechung habe Dr. F. als Vertreter der Klägerin den anderen Personen mitgeteilt, der Klägerin stünde aus der Zahlung von Fr. 318'000.00 keine Forderung gegenüber der Beklagten zu (Antwort, S. 3).

Die Klägerin bestreitet, dass Dr. F. am 16. Januar 2018 oder zu einem anderen Zeitpunkt gesagt habe, aus der Überweisung von Fr. 318'000.00 stünde der Klägerin nichts mehr zu (Replik, S. 8). Vielmehr hätten M.S. und

⁵⁰ Vgl. KGer GR ZK2 15 50 vom 23. Februar 2017 E. 4b) f.; HGer ZH HG150 210 vom 20. April 2016 E. 2.6 und 3.4; SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, N. 164.

⁵¹ VETTER/BUFF (Fn. 49), S. 152 f.

V.K. versucht, Dr. F. dazu zu überreden, gemeinsam gegen A.Z. vorzugehen. Sodann seien M.S. und V.K. miteinander verhandelt (Replik, S. 8). V.K. sei ein langjähriger Freund von M. und S. sowie der W. AG. Er sei auch Partner der Familie S. bei der F. GmbH. Es handle sich um eine langjährige und sehr enge Beziehung, die sowohl den privaten als auch den geschäftlichen Bereich betreffe (Replik, S. 8 f.).

5.2. Rechtliches

Nach Art. 115 OR kann eine Forderung durch Übereinkunft ganz oder teilweise auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsschliessenden gewählt war (Schulderlass, Aufhebungsvertrag). Davon zu unterscheiden ist die negative Schuldanerkennung, womit der ursprüngliche Gläubiger feststellt, dass ein bestimmtes Forderungsrecht nicht besteht.⁵² Als rechtsaufhebende bzw. -hindernde Tatsachen sind der Schulderlass und die negative Schuldanerkennung vom Ansprecher, d.h. vom Schuldner nachzuweisen.⁵³ Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Erforderlich ist somit die volle Überzeugung des Gerichts.⁵⁴

5.3. Würdigung

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 29. August 2019 wurden die Parteien zu besagter Besprechung befragt. Dabei führte Dr. F. aus, er habe anlässlich der Besprechung vom 16. Januar 2018 nicht gesagt, der Klägerin stünde aus der Zahlung von Fr. 318'000.00 nichts mehr zu (Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 29. August 2019 S. 9). Auf dieselbe Frage hin sagte M.S. zusammengefasst, an der Besprechung vom 16. Januar 2018 seien unterschiedliche Geschäfte zwischen der Beklagten und der Klägerin thematisiert worden und die Klägerin habe bestätigt, den Schuldbrief erhalten zu haben. Die Behauptung, Dr. Bernhard Holliger habe sagt, die Klägerin habe nichts mehr zugute, wollte M.S. hingegen auch auf konkrete Frage hin nicht wiederholen, sondern verlor sich in ausweichenden Ausführungen (Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 29. August 2019 S. 8).

Sodann hat auch der Zeuge V.K. anlässlich seiner Befragung während der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 auf die entsprechende Frage hin ausgesagt, er könne sich nicht daran erinnern, dass Dr. F. anlässlich der Besprechung vom 16. Januar 2018 gesagt habe, der Klägerin stehe aus der Zahlung von Fr. 318'000.00 nichts mehr zu. Er meine, es sei anders gewesen. Die Parteien hätten sich am Ende über das Darlehen, den

⁵² BSK OR I-GABRIEL, 6. Aufl. 2015, Art. 115 N. 3; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 24.43 ff.

⁵³ BSK OR I-GABRIEL (Fn. 52), Art. 115 N. 12.

⁵⁴ Statt vieler: BGE 140 III 610 E. 4.1.

Schuldbrief und die ganze Angelegenheit geeinigt. Der Zeuge V.K. führte jedoch sogleich auch aus, es sei an dieser Besprechung auch über andere Sachen gesprochen worden. Er habe zum Schluss auch nicht mehr alles überblickt. Auf die Frage hin, wie sich die Parteien geeinigt hätten, führte der Zeuge V.K. aus, er habe es so im Kopf, dass M.S. etwas auf sich genommen habe, das seien Fr. 100'000.00 oder Fr. 118'000 mit Zins gewesen (Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 S. 6 f.).

M.S. konnte somit keine konzisen Aussagen über den Inhalt der Besprechung vom 16. Januar 2018 machen. Auch die anfängliche Behauptung der Beklagten über die angebliche Aussage von Dr. F. wollte er auf konkrete Befragung hin nicht wiederholen. Deshalb sowie aufgrund des Umstandes, dass der Zeuge V.K. die beklagtische Behauptung nicht bestätigen konnte, sowie ausführte, er hätte am Ende der Besprechung auch nicht mehr alles überblickt, bestehen erhebliche Zweifel daran, dass an der besagten Besprechung tatsächlich eine Übereinkunft über die Aufhebung des Darlehens erzielt werden konnte. Entsprechend gelingt der Beklagten der Beweis einer solchen Übereinkunft nicht und eine Aufhebung des Darlehens ist nicht erfolgt.

In ihrem Schlussvortrag bemerkte die Beklagte bezüglich der Zeugenaussage von V.K., am 16. Januar 2018 sei es zu einer Einigung gekommen, wonach die Beklagte der Klägerin bloss noch Fr. 118'000.00 zu bezahlen habe (Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 S. 12). Hierbei handelt es sich allerdings um ein überschüssendes Beweisergebnis,⁵⁵ da keine der Parteien vor dem Aktenschluss den Abschluss eines solchen Vergleichsvertrags behauptet hat. Auf die entsprechende Aussage des Zeugen V.K. kommt es daher nicht an. Selbst wenn es jedoch ankäme, so wäre das ordentliche Beweismass nicht erreicht, denn der Zeuge V.K. hat gesagt, es seien mehrere Geschäfte besprochen worden und auch er habe am Ende nicht mehr alles überblickt. Bloss über eine Einigung konnte er sich mit Sicherheit erinnern, wie genau diese lautete und welche Geschäfte diese betraf, konnte er aber nicht mit Sicherheit aussagen (Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 S. 6 f.).

6. Verrechnungseinwendungen der Beklagten

6.1. Parteibehauptungen

6.1.1. Beklagte

Eventualiter erklärt die Beklagte in der Klageantwort, die Forderung der Klägerin mit zwei Gegenforderungen in der Höhe von gesamthaft Fr. 233'386.67 zu verrechnen (Klageantwort S. 10). Sie behauptet, diese Forderungen ergäben sich aus zwei Schreiben von M.S. im Namen der Beklagten an Dr. F., jeweils datierend vom 22. Oktober 2018 (Klageantwort S. 6 ff. sowie AB 6 und 7).

⁵⁵ Vgl. hierzu HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, 2015, N. 5.57.

Aus diesen Schreiben ergäbe sich, dass die Beklagte Dr. F. auffordere, den Betrag von Fr. 127'866.67 zu bezahlen, da er sich im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Liegenschaft in B. (AG) verpflichtet habe, die darauf lastende Hypothek zur Hälfte mit einer eigenen Liegenschaft zu übernehmen. Weil er diesem Versprechen jedoch seither nicht nachgekommen sei und die Beklagte in der Folge die gesamte Hypothek habe übernehmen müssen, schulde er ihr die Hälfte der Zinskosten im Umfang von Fr. 127'866.67 (AB 6). Zur zweiten Gegenforderung in Höhe von Fr. 105'520.00 macht die Beklagte geltend, Dr. F. habe sich im Zusammenhang mit dem Umbau einer Liegenschaft in L. (BE) zur Schadloshaltung aller Beteiligten verpflichtet für den Fall, dass sich aus diesem Zusammenhang steuerliche Konsequenzen ergeben würden, was der Fall gewesen sei (AB 7).

Obwohl beide Schreiben nicht an die Klägerin als Gesellschaft, sondern an Dr. F. persönlich adressiert sind, behauptet die Beklagte, die Forderungen würden sich gegen die Klägerin richten. Sie argumentiert, Dr. F. sei lediglich deshalb persönlich angeschrieben worden, um sicherzustellen, dass er persönlich in den Besitz der Schreiben gelange (Klageantwort S. 6 ff.).

6.1.2. Klägerin

Die Klägerin bestreitet sowohl Bestand als auch Umfang der beiden Verrechnungsforderungen (Replik S. 19 und S. 23). Darüber hinaus macht sie geltend, die gesetzlichen Voraussetzungen einer Verrechnung seien mangels Gegenseitigkeit der Forderungen nicht erfüllt (Replik S. 18). Während sich das erste Schreiben nicht an die Klägerin, sondern an Dr. F. als Privatperson richte (Replik S. 18), werde im zweiten Schreiben eine Forderung, welche bei M.S. als Privatperson und nicht bei der Beklagten entstanden sei, geltend gemacht (Replik S. 22).

6.2. Rechtliches

Wenn zwei Personen einander Geldsummen schulden, so kann jede ihre Schuld, sofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Eine Verrechnung tritt aber nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle (Art. 124 Abs. 1 OR).

Die Verrechnung setzt damit voraus, (i) dass die Forderungen gegenseitig sind, d.h. die gleichen Parteien betroffen sind, (ii) die Forderungen gleichartig sind, was bei Geldsummen der Fall ist, (iii) die Forderungen durchsetzbar sind (Klagbarkeit, Einredefreiheit und Fälligkeit der Verrechnungsforderung)⁵⁶ und (iv) muss derjenige, der die Verrechnung geltend macht, eine rechtsgenügeliche Verrechnungserklärung abgeben.

⁵⁶ SCHWENZER (Fn. 38), N. 77.01 ff. m.w.N.; SCHMID, Die Verrechnung vor staatlichen Gerichten, Jusletter vom 15. September 2008, N. 4.

Die Verrechnung zweier Forderungen setzt unter anderem deren Gegenseitigkeit voraus (Art. 120 Abs. 1 OR). Die Verrechnungsforderung muss sich gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richten.⁵⁷ Diese Identität der Beteiligten ist nicht gegeben, wenn sich die eine Forderung gegen eine Personengesellschaft richtet, die andere hingegen gegen die natürliche Person als Gesellschafter. Dasselbe gilt bei Körperschaften, namentlich Aktiengesellschaften, unter Vorbehalt der Voraussetzungen eines Durchgriffs.⁵⁸

6.3. Würdigung

6.3.1. Forderung im Betrag von Fr. 127'866.67

Wie die Klägerin zu Recht behauptet, ist das von der Beklagten eingereichte Schreiben nicht an die Klägerin, sondern an Dr. F. persönlich adressiert (AB 6). Die Beklagte bestreitet zwar den klägerischen Einwand der fehlenden Gegenseitigkeit (Duplik S. 12), vermag jedoch nicht rechtsgenügend darzulegen, dass sich die Forderung tatsächlich gegen die Klägerin richtet, obwohl das Schreiben vom 22. Oktober 2018 (AB 6), auf welches sie sich stützt, an Dr. F. persönlich adressiert ist. Dieses Schreiben ist allerdings nicht nur bloss an Dr. F. persönlich adressiert, auch inhaltlich bezieht es sich auf angebliche Verpflichtungen desselben und nicht auf die Klägerin ("Du", "Wir fordern Dich auf [...]"). Angesichts dieser Beweislage ist die Gegenseitigkeit der Forderungen nicht hinreichend belegt.

Im Übrigen wäre der Bestand der Verrechnungsforderung durch die Vorlage des Schreibens vom 22. Oktober 2018 (AB 6) alleine nicht nachgewiesen. Vielmehr hätte die Beklagte substantiiieren müssen, wann und zwischen wem was abgemacht worden sei (vgl. oben E. 2.3). Das Schreiben vom 22. Oktober 2018 (AB 6) beweist einzig, dass die Beklagte der Ansicht ist, die darin enthaltenen Angaben seien wahr. Damit kann aber kein Konsens über den Bestand der behaupteten Verrechnungsforderung nachgewiesen werden.

6.3.2. Forderung im Betrag von Fr. 105'520.00

In Bezug auf die zweite von der Beklagten zur Verrechnung gestellte Forderung kann auf das soeben Ausgeführte verwiesen werden (vgl. oben E. 6.3.1): Auch für diese Forderung stützt sich die Beklagte auf ein an Dr. F. persönlich anstatt an die Klägerin adressiertes Schreiben vom 22. Oktober 2018 (AB 7). Aus dem Schreiben geht ebenfalls hervor, dass dieses nicht nur an Dr. F. adressiert ist, sondern sich auch die darin behauptete Forderung auf diesen persönlich bezieht ("Du die W. AG [...] schadlos halten würdest"). Zudem würde der Betrag von Fr. 50'520.00, den angeblich G. S. als Busse habe begleichen müssen, diesem persönlich und nicht der Beklagten zustehen. Betreffend die Anwaltskosten im Umfang von

⁵⁷ BSK OR I-PETER, 6. Aufl. 2015, Art. 120 N. 5.

⁵⁸ BSK OR I-PETER (Fn. 57), Art. 120 N. 5 f.

Fr. 15'000.00 unterscheidet die Beklagte ebenfalls nicht zwischen den Kosten von G. S. und jenen der Beklagten. Die Gegenseitigkeit scheidet daher nicht nur in der Person der Klägerin, sondern auch seitens der Beklagten.

Folglich ist auch in Bezug auf die zweite Verrechnungsforderung zu schliessen, dass die Beklagte mit der Verrechnungseinwendung aufgrund der fehlenden Gegenseitigkeit der Forderungen nicht durchdringt. Im Übrigen wäre auch der Bestand dieser Verrechnungsforderung durch die blossе Vorlage des Schreibens vom 22. Oktober 2018 (AB 7) nicht nachgewiesen (vgl. dazu auch oben E. 6.3.1).

6.4. Fazit

Die Beklagte dringt mit ihren Verrechnungseinwendungen bereits mangels Gegenseitigkeit nicht durch.

7. Ergebnis

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten ein Rückzahlungsanspruch aus Darlehen in der Höhe von Fr. 318'000.00 zzgl. 5 % Verzugszinsen ab dem 6. Dezember 2016 zu.

8. Beseitigung des Rechtsvorschlages

Definitiv aufgehoben wird der Rechtsvorschlag nur bei Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 80 SchKG. Für das Rechtsöffnungsverfahren wäre nicht das Handelsgericht, sondern der Rechtsöffnungsrichter, d.h. das jeweilige Bezirksgerichtspräsidium, sachlich zuständig (Art. 84 Abs. 1 SchKG sowie Art. 251 lit. a ZPO i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO).

Das zu beurteilende Begehren kann – nach Treu und Glauben ausgelegt (vgl. Art. 52 ZPO) – indessen nur so verstanden werden, dass die Klägerin die Beseitigung des Rechtsvorschlages der Beklagten im Sinne von Art. 79 SchKG in der erwähnten Betreuung verlangt. Dafür ist das Handelsgericht sachlich zuständig. Dies ist der Klägerin im Umfang der Klagegutheissung auch zuzugestehen und der fragliche Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 789 des Betreibungsamts B. ist im Umfang von Fr. 318'000.00 nebst Verzugszins zu 5 % aufzuheben. Da die Klägerin im Betreibungsbegehren die Verzinsung jedoch erst ab dem 1. Januar 2017 verlangt hat (KB 8), kann auch nur im entsprechenden Umfang die Beseitigung des Rechtsvorschlages erfolgen.

9. Prozesskosten

Abschliessend sind die Prozesskosten entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Bei der Festsetzung der Prozesskosten ist vom eingeklagten Streitwert von Fr. 318'000.00 auszugehen. Gemäss Art. 91 Abs. 1

ZPO werden Zinsen nicht zum Streitwert hinzugerechnet, d.h. die geltend gemachten Verzugszinsen.⁵⁹

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Mit Ausnahme der Verzugszinsberechnung obsiegt die Klägerin vollumfänglich, sodass die Prozesskosten ganz der Beklagten aufzuerlegen sind.

9.1. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen aus der Entscheidunggebühren und den Kosten für die Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 lit. b und c ZPO). Die Entscheidunggebühren bemisst sich nach dem Streitwert. Der Grundansatz für die Entscheidunggebühren beträgt bei einem Streitwert von Fr. 318'000.00 gemäss § 7 Abs. 1 Zeile 7 VKD Fr. 13'866.00. Die Kosten für die Zeugenbefragung von V.K. betragen Fr. 98.75. Die gesamten Gerichtskosten von Fr. 13'964.75 werden im Umfang von Fr. 13'866.00 mit dem von der Klägerin und im Umfang von Fr. 300.00 mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dementsprechend hat die Beklagte der Klägerin den Betrag von Fr. 13'664.75 direkt zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Der Überschuss von Fr. 201.25 steht der Klägerin zu.

9.2. Parteientschädigung

Bei einem Streitwert von Fr. 318'000.00 bemisst sich die Parteientschädigung nach § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 7 AnwT. Die Grundentschädigung beträgt Fr. 24'222.00. Damit sind gemäss § 6 Abs. 1 AnwT unter anderem eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer Verhandlung abgegolten. Für die zusätzliche Rechtsschrift infolge doppelten Schriftenwechsels und die zusätzlich abgehaltene Instruktionsverhandlung ist praxisgemäss je ein Zuschlag von 20 % gerechtfertigt (vgl. § 6 Abs. 3 AnwT). Zusätzlich der Kleinkostenpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) resultiert damit eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 34'928.10.

Dem Antrag der Klägerin auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist zu entsprechen, da diese selber nicht mehrwertsteuerpflichtig und folglich nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist.⁶⁰

⁵⁹ STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 3), Art. 30 N. 30 m.w.N.

⁶⁰ <https://www.uid.admin.ch/> (zuletzt besucht am 24. Oktober 2019); vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente/6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_MwSt.pdf (zuletzt besucht am 24. Oktober 2019).

Das Handelsgericht erkennt:

1.

In **teilweiser Gutheissung** der **Klage** wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 318'000.00 zzgl. Zins von 5 % per 6. Dezember 2016 zu bezahlen.

2.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 789 des Betreibungsamts B. wird im Umfang von Fr. 318'000.00 zuzüglich 5 % Verzugszins seit dem 1. Januar 2017 beseitigt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 13'964.75 werden der Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 13'866.00 sowie dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 300.00 verrechnet. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 13'664.75 direkt zu ersetzen.

4.

Die Beklagte hat der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 34'928.10 zuzüglich 7.7 % MWST zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 und Abrechnung)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach mit Protokoll der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2019 und Abrechnung)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind

beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 24. Oktober 2019

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

