



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Dr. Arnold Huber, Dr. Alexander Müller und Markus Koch sowie der Gerichtsschreiber David Egger

## Urteil vom 15. Juli 2014

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

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

gegen

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

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

betreffend **Forderung**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

"Es sei die Beklagte zu verpflichten der Klägerin Fr. 602'918.13 nebst Zins zu 5% seit 31.7.2000 zu bezahlen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft (AG), die insbesondere den Erwerb, Verkauf, die Vermittlung, Vermietung, Finanzierung sowie Verwaltung von Liegenschaften bezweckt (act. 3/3). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft (AG), die vor allem die Produktion von Wurst- und Fleischwaren betreibt (act. 3/2).

##### b. Prozessgegenstand

Hintergrund der vorliegenden Streitigkeit bildet der Kaufvertrag über die Aktien der Beklagten zwischen A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ einerseits sowie D.\_\_\_\_\_ andererseits vom 31. Juli 2000 (act. 1 S. 3 Rz. 3). A.\_\_\_\_\_ nimmt in der vorliegenden Streitigkeit eine besondere Stellung ein, denn er ist nicht nur als Organ der Klägerin im Handelsregister eingetragen (vgl. act. 3/3), sondern war bis im September 2000 auch Organ der Beklagten. Ferner ist er – wie erwähnt – einer der Verkäufer der Aktien der Beklagten (vgl. act. 3/2 und act. 3/4).

Die Klägerin erhebt vorliegend jedoch nicht Ansprüche, die sie aus dem Kaufvertrag vom 31. Juli 2000 herleitet (anders noch in der Klageschrift: vgl. act. 1 S. 3 Rz. 3; eingehend Ziff. 2.1). Vielmehr stützt sie ihre Forderungsklage ausschliesslich auf ein (bestrittenes) Kontokorrentverhältnis zwischen ihr und der Beklagten (vgl. dazu die Replik: act. 30 S. 2, S. 22).

## B. Prozessverlauf

Am 3. November 2011 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 7. November 2011 wurde der Klägerin unter Hinweis auf Art. 98 ZPO Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss zu leisten (Prot. S. 2), was sie fristgerecht tat (act. 7). Mit derselben Verfügung wurde der Klägerin gestützt auf Art. 56 ZPO Gelegenheit gegeben, um ihr Verzeichnis der Beweismittel zu vervollständigen bzw. zu verbessern, unter der Androhung, dass bei Säumnis nur diejenigen Beweismittel als formgerecht angeboten angesehen würden, die im jetzigen Beweismittelverzeichnis korrekt aufgeführt werden (Prot. S. 2 f.). Das ergänzte Beweismittelverzeichnis reichte die Klägerin am 8. Dezember 2011 ein (act. 5 und act. 6). Nachdem der Beklagten mit Verfügung vom 14. Dezember 2011 Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt worden war (Prot. S. 4), beantragten die Parteien mit Eingabe vom 10. Januar 2012 die Sistierung des Verfahrens (act. 10). Der Antrag der Parteien auf Sistierung wurde mit Verfügung vom 11. Januar 2012 bis zum 12. März 2012 gutgeheissen (Prot. S. 5). Nach Ablauf der Zeit der Sistierung des Prozesses wurde der Beklagten mit Verfügung vom 23. März 2012 eine einmalige Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt. Die Klageantwortsschrift vom 11. Juni 2012 (Datum Poststempel) ging innert offener Frist ein (Prot. S. 6; act. 14). Die unverlangte Eingabe der Klägerin vom 24. September 2012 (act. 17) wurde mit Verfügung vom 10. Oktober 2012 für unbeachtlich erachtet (Prot. S. 8). Am 29. November 2012 fand eine Vergleichsverhandlung statt, an der keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 10 f.). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin unter Hinweis auf Art. 56 ZPO Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung ihrer Vorbringen gegeben (zu den einzelnen Substanziierungshinweisen vgl. Prot. S. 12 f.). Die Klägerin erstattete ihre Replik mit Eingabe vom 6. Mai 2013 (act. 30). Die Duplik datiert vom 16. August 2013 (act. 34). Sie wurde der Klägerin mit Verfügung vom 19. August 2013 zugestellt (Prot. S. 15). Am 15. Juli 2014 fand die Hauptverhandlung statt, anlässlich welcher beide Parteien ihre Anträge bestätigten (Prot. S. 17 ff.). Der Prozess erweist sich nun als spruchreif.

## Erwägungen

### **1. Formelles**

#### **1.1. Zuständigkeit**

##### *1.1.1. Örtliche Zuständigkeit*

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft (AG) mit Sitz in E. \_\_\_\_\_ (act. 3/2). Die örtliche Zuständigkeit ist unter den Parteien nicht streitig. Aufgrund des Sitzes der Beklagten im Kanton Zürich ist die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO).

##### *1.1.2. Sachliche Zuständigkeit*

Die Klägerin leitet ihren vorliegend geltend gemachten Anspruch in der Höhe von CHF 602'918.13 aus einem (bestrittenen) Kontokorrentverhältnis zwischen ihr und der Beklagten her (vgl. act. 30 S. 2, S. 22). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich daher ohne weiteres aus Art. 6 Abs. 2 ZPO.

#### **1.2. Aktenschluss und Novenrecht**

Im vorliegenden Fall wurde der Aktenschluss durch einen zweiten Schriftenwechsel im Sinne von Art. 225 ZPO hergestellt. Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO (Ingress) im Prozess nur berücksichtigt werden, wenn sie "ohne Verzug" durch eine Noveneingabe in den Prozess eingeführt werden. Wegen des die Prozessordnung beherrschenden Beschleunigungsgebots darf damit namentlich nicht bis zur Hauptverhandlung zugewartet werden (LEUENBERGER, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, N. 9 f. zu Art. 229 ZPO; LEUENBERGER, Das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vorzutragen: ein Grundsatz und seine Anwendung, SZZP 2014, S. 81 ff.; MÜLLER, in: SJZ 110/2014, ZPO – Praktische Fragen aus Richtersicht, S. 369 ff.; BGer. 4A\_73/2014, Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 2014, E. 6.3.2.; je mit Hinweisen). Vorbehalten bleiben allerdings Noven, die erst unmittelbar vor der

Hauptverhandlung bekannt geworden sind. Machen die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung Noven geltend, so haben sie überdies darzutun, dass auch ihre inhaltlichen Voraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a und b ZPO erfüllt sind.

Auf die soeben beschriebenen Voraussetzungen des Novenrechts wurden die Parteien mit Brief des Vorsitzenden vom 8. April 2014 (act. 44) hingewiesen. Die Parteien wurden dort namentlich darauf aufmerksam gemacht, dass sie es in der Hauptverhandlung ausdrücklich zu deklarieren hätten, wenn sie von ihrem Novenrecht Gebrauch machen wollten. Dabei hätten sie die Voraussetzungen des Novenrechts im Sinne von Art. 229 Abs. 1 ZPO sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Hinsicht darzutun. In diesem Sinne hat sich anlässlich der Hauptverhandlung vom 15. Juli 2014 keine der Parteien auf Noven berufen, die hätten zu Protokoll genommen werden müssen (Prot. S. 17 ff.). Folglich wurden anlässlich der Hauptverhandlung keine prozessual zulässigen Noven eingeführt, welche bei der Erstellung des Sachverhaltes zu berücksichtigen wären; es ist auf die Sachdarstellungen der Parteien, die vor Aktenschluss in den Rechtsschriften erfolgten, abzustellen (vgl. act. 44).

## **2. Materielles**

### **2.1. Vorbemerkung**

2.1.1. Die Klägerin fordert mit ihrer Klage vom 3. November 2011 von der Beklagten die Bezahlung von CHF 602'918.13 nebst Zins zu 5% seit 31. Juli 2000. Sie verknüpft diesen Anspruch in ihrer *Klageschrift* mit einem Kaufvertrag über die Aktien der Beklagten zwischen A. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ einerseits sowie D. \_\_\_\_\_ andererseits vom 31. Juli 2000 (act. 3/4; act. 1 S. 3 Rz. 3):

"Gemäss Ziff. 11 Abs. 2 des Kaufvertrages verpflichtete sich der Verkäufer, bei Bedarf ein Darlehen von gesamthaft maximal Fr. 500'000.– als Betriebskredit an die B. \_\_\_\_\_ AG zu gewähren. *Anstelle* der Hingabe von Fr. 500'000.– *einigten* sich die Parteien, dass ihr zwei Betriebsdarlehen zur Verfügung gestellt würden in Form von Kontokorrentguthaben von A. \_\_\_\_\_ persönlich über Fr. 307'600.– sowie das Kontokorrentguthaben der F. \_\_\_\_\_ AG in Winterthur über Fr. 602'918.13 (in der Zwischenzeit hatte sich das Darlehen der F. \_\_\_\_\_ auf diesen Betrag erhöht). Der Kläger hat seine Verpflichtung

tungen gegenüber der Beklagten mit diesen Darlehen mehr als erfüllt. Beide Parteien waren damit einverstanden. [Hervorhebung durch das Gericht]"

Die Klägerin spricht in ihrer Klageschrift dabei von einer "Darlehenshingabe" (act. 1 S. 3 Rz. 3), von "Kontokorrentdarlehen" (act. 1 S. 4 Rz. 7), von der "Rückzahlung" eines "Kontokorrents" (act. 1 S. 5 Rz. 9) und von "Kontokorrentkrediten" (act. 1 S. 6 Rz. 11).

Die teilweise unklaren Vorbringen der Klägerin in ihrer Klageschrift veranlassten das Handelsgericht, die gerichtliche Fragepflicht auszuüben und der Klägerin durch entsprechende Fragen Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung ihrer Vorbringen zu geben (*Substanziierungshinweise*). Die Klägerin wurde mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 unter Hinweis auf Art. 56 ZPO dazu angehalten, ihre Vorbringen in den folgenden Punkten genauer darzulegen (Prot. S. 12 f.):

"4.1. Die Klägerin hat konkret und im Einzelnen zu behaupten, wer mit wem wann welche Vereinbarung auf Hingabe von Betriebsdarlehen in Form von bestehenden Kontokorrentguthaben (von A. \_\_\_\_\_ persönlich und der F. \_\_\_\_\_ AG) abgeschlossen hat und welche konkreten Auswirkungen dies auf die erwähnten Kontokorrentguthaben gehabt hat.

4.2. Die Klägerin hat konkret und im Einzelnen zu behaupten, wer mit wem wann die Aufhebung des Formvorbehaltes der Schriftlichkeit gemäss Kaufvertrag Ziffer IX.49 (act. 3/4) im Hinblick auf die behauptete Vereinbarung auf Hingabe von Betriebsdarlehen in Form von bestehenden Kontokorrentguthaben abgemacht hat.

4.3. Die Klägerin hat die in der unverlangten Eingabe vom 24. September 2012 (act. 17) samt Beilagen (act. 18/16-21) vorgebrachten Behauptungen und Beweismittel in die zweite Rechtsschrift (Replik) einzubringen, ansonsten sie unbeachtlich bleiben."

Diese Substanziierungshinweise erfolgten unter der Androhung, dass bei nicht oder nicht genügender Beachtung alleine auf das mangelhafte Parteivorbringen abgestellt und angenommen werde, die betreffende Partei sei zur genügenden Substanziierung nicht imstande. Substanziierungen gehörten in die Rechtsschriften. Beilagen seien grundsätzlich blosser Beweismittel. Für die Gegenpartei und das Gericht müsse klar sein, mit welchen Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen hätten (Prot. S. 13).

Daraufhin präzisierte die Klägerin in der *Replik*, dass sie sich zur Begründung ihres Anspruchs nur auf eine Kontokorrentforderung aus einem (bestrittenen) *Kontokorrentverhältnis* zwischen ihr und der Beklagten berufe (vgl. act. 30 S. 2, S. 22). Der Kaufvertrag vom 31. Juli 2000 sei gemäss den klägerischen Ausführungen in der Replik "nur zum Beweis für das Bestehen einer Schuld" eingereicht worden (act. 30 S. 22 Rz. 1). Von der Gewährung "zweier Betriebsdarlehen in Form von Kontokorrentguthaben" ist in der Replik grundsätzlich nicht mehr die Rede (act. 1 S. 3 Rz. 3). Die Klägerin spricht in der Replik teilweise aber weiter undifferenziert von einer "Kontokorrentforderung" (act. 30 S. 2 Rz. 2, S. 7 Rz. 4, S. 19), einer "Kontokorrentschuld" (act. 30 S. 3, S. 4, S. 7, S. 8, S. 9, S. 15, S. 16, S. 17, S. 18, S. 19, S. 22 Rz. 1), an anderer Stelle erneut von einem "Kontokorrentdarlehen" (act. 30 S. 4, S. 21 Rz. 31), einer "Darlehensschuld" (act. 30 S. 5), einem "Kontokorrentkredit" (act. 30 S. 11 Rz. 6, S. 13, S. 22 Rz. 33), von der "Umwandlung der Darlehen in Kontokorrentkredite für die Retourzahlung und für die Begründung des Darlehens gemäss Kaufvertrag" (act. 30 S. 13) und von einer möglichen Umwandlung einer "Kontokorrentschuld in eine Darlehensschuld" (act. 30 S. 23 Rz. 2).

2.1.2. Vor dem Hintergrund des von der Klägerin ergänzten und abgeänderten Sachverhalts, der diversen Anspruchsgrundlagen, worauf sich die Klägerin zu berufen scheint, sowie der teilweise sehr uneinheitlichen klägerischen Terminologie ist anzumerken, dass es gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, die Parteien sind, welche die Verantwortung für die Beschaffung des Tatsachenstoffes tragen. Sie haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Die Parteien trifft die sog. *Behauptungslast*. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf welchen der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den von ihnen angebehrten Anspruch begründen. Der Behauptungslast ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermas-

sen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende *Substanziierungslast*. 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 (BGer. 4A\_210/2009, Urteil vom 7. April 2010, E. 3.2.). Ein schlüssiger Tatsachenvortrag setzt dabei gemäss dem Bundesgericht die Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der Behauptungen voraus; sich widersprechende Behauptungen schliessen einander aus (BGer. 4A\_210/2009, a.a.O., E. 3.5.).

Gemäss neuer ZPO müssen sodann die von einer Partei angerufenen Beweismittel in der Rechtsschrift selber angeführt und eindeutig der jeweiligen Tatsachenbehauptung zugeordnet werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013). In dieser neuen Entscheidung hat das Bundesgericht betont, dass Art. 8 ZGB einer beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten bloss dann einen Anspruch darauf gibt, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 mit Hinweisen). Ein Beweismittel ist gemäss dieser Rechtsprechung nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten deshalb unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen.

2.1.3. Bereits an dieser Stelle ist zu bemängeln, dass die Ausführungen der Klägerin in der Replik zum angeblichen Kontokorrentverhältnis der Parteien – auch nachdem sie darauf hingewiesen wurde, dass sie konkret und im Einzelnen zu behaupten hat, wer mit wem welche Vereinbarung abgeschlossen hat und welche konkreten Auswirkungen dies auf die fraglichen Kontokorrentguthaben hat – nach wie vor unklar und unvollständig bleiben. Die Klägerin wiederholt sich in der Replik ständig, woraus sich zahlreiche Widersprüche ergeben (vgl. eingehend nach-

stehend Ziff. 2.3). Ihre Ausführungen folgen überdies keiner nachvollziehbaren Chronologie und wurden zudem oft in keinen relevanten Kontext (wie z.B. Zustandekommen eines Kontokorrentvertrags, Saldoziehung, -mitteilung und -anerkennung, Verjährung) gestellt. Es ist deshalb mehrheitlich nur schwer nachvollziehbar, welche Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen die Klägerin konkret zu behaupten versucht. In ganz grundsätzlicher Weise ist aufgrund der widersprüchlichen Terminologie auch nicht zweifelsfrei erkennbar, welchen Tatbestand die Klägerin zur Begründung ihres Anspruchs (Kontokorrent, Kontokorrentkredit, Darlehen oder Umwandlung eines Kontokorrents in ein Darlehen) anrufen will.

## **2.2. Übersicht über die Parteistandpunkte**

2.2.1. Zusammenfassend begründet die *Klägerin* die eingeklagte Forderung in der Höhe von CHF 602'918.13 mit einer (bestrittenen) Kontokorrentforderung, die mit der Jahresrechnung 1999 im Januar 2001 noviert worden sein soll. Eine weitere Novation soll mit einem (bestrittenen) Zwischenabschluss vom 22. November 2000 erfolgt sein. Schliesslich soll auch in den Folgejahren durch jeden Jahresabschluss der Beklagten eine Novation der Kontokorrentforderung eingetreten sein. Aus diesem Grund habe die Betreuung der Klägerin im August 2010 die Verjährung der Kontokorrentforderung unterbrochen (act. 30 S. 1 ff.).

Die Klägerin stützt ihre Kontokorrentforderung dabei auf diverse Urkunden, insbesondere auf den "Zwischenabschluss 2000, vom 22. November 2000, die Kontonummer ..., KK A.\_\_\_\_\_ AG von CHF 602'918.13 (...) sowie auf den Kontoauszug des Kontos ... F.\_\_\_\_\_ AG Kontokorrent (...) über CHF 403'582.40 sowie den Revisionsstellenbericht der G.\_\_\_\_\_ AG für das Jahr 1999 vom 25. Januar 2001". Aus diesen Urkunden ergebe "sich eine Kontokorrentforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten für das Jahr 1999 von CHF 602'518. 13 (...) und CHF 403'582.40 für den Stichtag per 22. November 2000" (act. 30 S. 2 Rz. 2).

2.2.2. Der von der Klägerin behauptete Sachverhalt wird von der *Beklagten* in grundsätzlicher Weise bestritten. Unbestritten ist einzig, dass A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ mit Kaufvertrag vom 31. Juli 2000 sämtliche Aktien der Beklagten, der

"B. \_\_\_\_\_ AG", an D. \_\_\_\_\_ verkauft haben (act. 1 S. 2 Rz. 1; act. 14 S. 4 Rz. 13). Zudem erhebt die Beklagte gegen die Forderung der Klägerin die Einrede der Verjährung (act. 14 S. 3 Rz. 6; act. 34 S. 4 Rz. 11). Gemäss der beklagtischen Ansicht sei die Sachdarstellung der Klägerin nicht nur in allen wesentlichen Punkten falsch, sondern würde auch dann nicht der prozessualen Substanziierungspflicht entsprechen, wenn man, was nicht der Fall sei, aus diesen Ausführungen einen in sich verständlichen und nicht widersprüchlichen Sachverhalt ableiten könnte. Die rechtlichen Schlüsse, welche die Klägerin aus diesen Ausführungen ziehe, seien ihrerseits unhaltbar (act. 34 S. 2 Rz. 4).

In rechtlicher Hinsicht – so die Beklagte – verkenne die Klägerin zum einen, dass eine Neuerung im Kontokorrentverhältnis gemäss Art. 117 OR einen Kontokorrentvertrag voraussetze, dessen Bestand oder Abschluss von der Klägerin nicht behauptet und hiermit ausdrücklich bestritten werde (act. 34 S. 2 Rz. 6). Doch selbst wenn ein Kontokorrentverhältnis mit entsprechendem Vertragswille bestanden hätte, was bestritten sei, so setze auch dieses voraus, dass die rechnungsführende Partei den Saldo der verpflichteten Partei mitteile und die verpflichtete Partei diesen Saldo gegenüber dem Vertragspartner als richtig anerkenne. Die Jahresrechnungen, auf die sich die Klägerin zur Begründung einer verjährungsunterbrechenden Novation berufe, stellten – selbst wenn man der bestrittenen Sachdarstellung der Klägerin folgen würde – weder die Mitteilung eines Saldos von der Klägerin an die Beklagte noch eine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung eines Saldos durch die Beklagte gegenüber der Klägerin dar (act. 34 S. 2 f. Rz. 6).

## **2.3. Forderung aus Kontokorrentverhältnis**

### **2.3.1. Ausgangslage**

Die Klägerin stützt ihren vorliegend eingeklagten Anspruch ausdrücklich auf ein behauptetes Kontokorrentverhältnis zwischen ihr und der Beklagten (vgl. act. 30 S. 2, S. 22). In allgemeiner Form ist das Kontokorrentverhältnis nirgends im Gesetz geregelt. Es kommt durch den Abschluss eines Kontokorrentvertrags (einer

Kontokorrentabrede) zustande (AEPLI, in: Zürcher Kommentar, Zürich/Basel/Genf 1991, N 5 f. zu Art. 117 OR, m.w.H.).

### 2.3.2. Zustandekommen eines Kontokorrentvertrags zwischen den Parteien

#### 2.3.2.1. Rechtliches

Der *Kontokorrentvertrag* besteht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung "in der Abrede zweier in einem gegenseitigen Abrechnungsverhältnis stehender Personen, alle von diesem Verhältnis erfassten Forderungen bis zum Abrechnungstermin zu stunden und weder abzutreten noch separat geltend zu machen, sondern nur als Rechnungsposten für die Ermittlung des Saldos zu behandeln. Er enthält einen Verrechnungsvertrag, gemäss welchem ohne Verrechnungserklärung alle vom Kontokorrentverhältnis erfassten beidseitigen Forderungen entweder laufend oder am Ende der Rechnungsperiode automatisch verrechnet werden (...). Art. 117 OR bestimmt in Absatz 1 und 2, dass die Einsetzung der einzelnen Posten in den Kontokorrent keine Neuerung zur Folge habe, wohl aber die Ziehung und Anerkennung des Saldos" (BGE 100 III 79, 83 E. 3; BGE 104 II 190, 193 E. 2a). Im Einzelnen lässt sich ein Kontokorrentverhältnis somit in eine Stundungsabrede, Verrechnungsabrede, Schuldanerkennung und Neuerung aufgliedern (GONZENBACH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N 2 zu Art. 117 OR). Als Innominatvertrag bedarf der Kontokorrentvertrag keiner besonderen Form (AEPLI, a.a.O., N 6 zu Art. 117 OR).

Ein Kontokorrentvertrag ist dabei grundsätzlich zukunftsgerichtet. Das Kontokorrentverhältnis besteht ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien. Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann ein Kontokorrentverhältnis überdies aber auch so zustande kommen, dass die Parteien ohne vorherige Vereinbarung den Saldo aus ihren gegenseitigen Forderungen anerkennen oder einen Saldo anerkennen, obwohl das Kontokorrentverhältnis schon in einem früheren Zeitpunkt aufgelöst worden ist. Ein solches sog. *faktisches* Kontokorrentverhältnis kommt jedoch erst mit der Saldoanerkennung zustande. Für die Anwendung des Art. 117 OR ist aber ohne Bedeutung, wann das Kontokorrentverhältnis zustande gekommen ist, denn die Bestimmung knüpft nur an die Sal-

doanerkenntnis eine (positive) Rechtsfolge (vgl. BGE 40 II 249, 252 E. 3; BGE 29 II 330, 337 E. 5; AEPLI, a.a.O., N 6 f. zu Art. 117 OR, m.w.H.).

Da die Klägerin die eingeklagte (Kontokorrent-)Forderung aus einem behaupteten Kontokorrentverhältnis mit der Beklagten herleitet, ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt ein Kontokorrentvertrag zwischen den Parteien vorliegt.

#### *2.3.2.2. Standpunkte der Parteien*

Gemäss der Ansicht der *Klägerin* ergibt sich sowohl "aus der Bezeichnung der Forderung als Kontokorrentforderung im Kaufvertrag Ziff. IV 10 als auch in den einzelnen Konten als auch in den zwei revidierten Abschlüssen, wie auch aus den Gesamtumständen", dass zwischen den heutigen Parteien ein Kontokorrentverhältnis begründet worden sei. Ein solches könne auch "formlos" geschlossen werden (act. 30 S. 7 Rz. 3).

An anderer Stelle führt die Klägerin aus, ihre Forderungen seien "in den Vorjahren vor dem Verkauf [der Aktien der Beklagten] entstanden, was bereits durch die früheren Bilanzen [der Beklagten] ausgewiesen" sei. Das Kontokorrent habe sich in den Jahren 1997, 1998 und 1999 laufend erhöht. Es sei dazu auch auf die Bilanzen der Beklagten per 31. Dezember 1997, per 31. Dezember 1998 und per 31. Dezember 1999 sowie den Zwischenabschluss per 22. November 2000 mit den entsprechenden Revisionsstellenberichten zu verweisen (act. 30 S. 12 Rz. 7, S. 16 Rz. 11, S. 22 Rz. 1).

Die *Beklagte* bestreitet die Vorbringen der Klägerin und führt aus, dass eine Neuierung im Kontokorrentverhältnis in rechtlicher Hinsicht gemäss Art. 117 OR einen Kontokorrentvertrag voraussetze, dessen Bestand oder Abschluss von der Klägerin nicht behauptet werde (act. 34 S. 2 f. Rz. 6; vgl. bereits vorstehend Ziff. 2.2.2).

#### *2.3.2.3. Subsumtion*

Wer Ansprüche aus einem (Kontokorrent-)Vertrag geltend macht, hat als rechts-erzeugende Tatsachen dessen Zustandekommen, d.h. den formellen und materiellen Konsens in dem nach Art. 1 OR gebotenen Umfang substantiiert zu be-

haupten und zu beweisen. Bei einer behaupteten konkludenten Willensäusserung wären zusätzlich die Umstände substantiiert zu behaupten und zu beweisen, die nach dem Vertrauensgrundsatz ein bestimmtes Verhalten oder das Schweigen eines Kontrahenten als Willenserklärung indizieren (WALTER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, N 498 zu Art. 8 ZGB).

Vorliegend behauptet die Klägerin nicht, es sei ein schriftlicher Kontokorrentvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen. Die Klägerin hat auch keinen solchen Vertrag ins Recht gereicht. Gemäss der klägerischen Ansicht ergebe sich vielmehr sowohl "aus der Bezeichnung der Forderung als Kontokorrentforderung im Kaufvertrag Ziff. IV 10 als auch in den einzelnen Konten als auch in den zwei revidierten Abschlüssen, wie auch aus den Gesamtumständen", dass zwischen den heutigen Parteien ein Kontokorrentverhältnis begründet worden sei (act. 30 S. 7 Rz. 3).

Die Klägerin schliesst daher u.a. aus der Bezeichnung der Forderung im Kaufvertrag über die Aktien der Beklagten zwischen A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ einerseits sowie D.\_\_\_\_\_ andererseits betreffend Aktien der "B.\_\_\_\_\_ AG" vom 31. Juli 2000 (act. 3/4; act. 1 S. 3 Rz. 3) auf das Zustandekommen eines Kontokorrentvertrags zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die Erwähnung einer Forderung in einem Kaufvertrag zwischen zwei Drittpersonen als "Kontokorrentforderung" oder die Bezeichnung "Kontokorrent" in der Buchhaltung, in der Bilanz oder im Jahresabschluss einer Partei begründet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch noch keinen Kontokorrentvertrag. Die Frage, so das Bundesgericht, ob die Parteien einen Kontokorrentvertrag abgeschlossen haben, könne nicht ausschliesslich aus der Tatsache geschlossen werden, dass in den Unterlagen der Parteien an unterschiedlicher Stelle die Bezeichnung "Kontokorrent" verwendet werde. Die Bezeichnung "Kontokorrent" weise oft nur auf die Buchhaltungsform hin und impliziere für sich alleine noch nicht, dass den Beziehungen der Parteien ein Kontokorrentvertrag zugrunde liege. Denn ein Kontokorrentvertrag setze den übereinstimmenden Vertragswillen der Parteien voraus, ihre gegenseitigen Forderungen durch eine einzige Forderung, nämlich den Saldo, ersetzen zu wollen (BGE 40 II 405, 411 E. 3; vgl. auch GONZENBACH, a.a.O., N 4 zu Art. 117 OR).

Die Klägerin kann sich daher auch im vorliegenden Fall nicht damit begnügen, den Abschluss eines Kontokorrentvertrags alleine aus der Tatsache herzuleiten, dass in den Unterlagen der Parteien an unterschiedlicher Stelle die Bezeichnung "Kontokorrent" bzw. "Kontokorrentforderung" verwendet wird. Sie hat vielmehr das Zustandekommen des Kontokorrentvertrags, die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien, substantiiert zu behaupten. Obwohl die Klägerin bereits mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 darauf hingewiesen worden ist, dass sie konkret und im Einzelnen zu behaupten hat, wer, mit wem, wann, welche Vereinbarung abgeschlossen hat und welche konkreten Auswirkungen diese auf die erwähnten Kontokorrentguthaben gehabt hat (Prot. S. 12 f.), begnügt sie sich auch in ihrer Replik damit, wiederholt auf ein Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien hinzuweisen. Sie unterlässt es jedoch, konkret und im Einzelnen entsprechende tatsächliche Behauptungen aufzustellen, wer, mit wem, wann vereinbart hat, die gegenseitigen Forderungen durch eine einzige Forderung, den Saldo, ersetzen zu wollen (vgl. BGE 40 II 405, 411 E. 3).

Ferner ergebe sich gemäss der klägerischen Ansicht auch aus den "Gesamtumständen", dass zwischen den heutigen Parteien ein Kontokorrentverhältnis begründet worden sei. Um welche "Gesamtumstände" es sich dabei im Einzelnen handelt, erläutert die Klägerin jedoch nicht näher. Die rudimentären klägerischen Ausführungen genügen auch hier nicht.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass es vorliegend bereits an der rechtsgenügenden Behauptung des Zustandekommens eines Kontokorrentvertrags zwischen den Parteien fehlt. Ob zwischen den Parteien allenfalls ein faktisches Kontokorrentverhältnis zustande kam, sie mit anderen Worten ohne vorherige Vereinbarung den Saldo aus ihren gegenseitigen Forderungen anerkannten, ist nachfolgend im Zusammenhang mit der Frage der Anerkennung zu prüfen. Denn ein faktisches Kontokorrentverhältnis käme erst mit der Saldoanerkennung zustande (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 2.3.2.1 vorstehend).

### 2.3.3. Saldoziehung, -mitteilung und -anerkennung

Selbst wenn die Vorbringen der Klägerin tauglich wären, auf einen Kontokorrentvertrag zwischen den Parteien hinzuweisen, hätte die Klägerin darüber hinaus die sich daraus ergebende Saldoforderung substantiiert zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen.

#### *2.3.3.1. Rechtliches und einleitende Bemerkungen*

a. Grundsätzlich *wickelt* sich ein Kontokorrentverhältnis derart *ab*, dass eine der beiden Vertragsparteien (oder allenfalls ein Dritter) das Kontokorrentkonto (d.h. die nach Soll und Haben geführte Rechnung über die gegenseitigen Forderungen der Parteien) führt (AEPLI, a.a.O., N 17 zu Art. 117 OR, m.w.H.). Entsteht im Rahmen des Kontokorrentverhältnisses der Parteien eine Forderung zugunsten der einen und zu Lasten der anderen Partei, so ist sie grundsätzlich in das Kontokorrent einzutragen (AEPLI, a.a.O., N 18 zu Art. 117 OR, m.w.H.).

Am vereinbarten Abrechnungstermin *zieht* der Kontoführer in der Folge den *Saldo*, wodurch er die durch die zum voraus vereinbarte Verrechnung entstandene Restforderung feststellt. Diese Restforderung kann zugunsten der einen oder andern Partei lauten. Der gezogene Saldo ist anschliessend der Gegenpartei mitzuteilen, wobei in der *Saldomitteilung* grundsätzlich eine Offerte zur Anerkennung der Saldoforderung liegt. Führt dagegen ein Dritter das Kontokorrentkonto, so hat er beiden Parteien des Kontokorrentvertrags den Saldo mitzuteilen. In der Mitteilung des Dritten liegt dabei – im Unterschied zur Kontoführung durch eine der Parteien des Kontokorrentvertrags – keine Offerte zur Anerkennung, denn die Anerkennung erfolgt erst, wenn beide Parteien des Kontokorrentvertrags den Saldo anerkannt haben (AEPLI, a.a.O., N 25 ff. zu Art. 117 OR, m.w.H.).

Die Saldomitteilung an die Gegenpartei bezweckt den Abschluss der betreffenden Kontokorrentperiode. Dieser geschieht durch die Anerkennung des mitgeteilten Saldos. In der *Saldoanerkennung* liegt die Willensäusserung beider Parteien, die sich aus der Verrechnung ergebende Saldoforderung bestehe in der mitgeteilten Höhe. Die Saldomitteilung und -anerkennung bilden zusammen ein zweiseitiges

Rechtsgeschäft. Die Anerkennung des gezogenen Saldos muss daher von beiden Parteien erfolgen; es bedarf einer Einigung der Parteien. Es ist erst die Richtiganerkennung des mitgeteilten Saldos durch die andere Partei gegenüber ihrem Vertragspartner, welche die Rechtsfolge der Neuerung i.S.v. Art. 117 Abs. 2 OR auslöst. Die Saldoanerkennung ist an keine besondere Form gebunden und kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 130 III 694, 697 E. 2.2.2; AEPLI, a.a.O., N 32 und 56 zu Art. 117 OR, m.w.H.; GONZENBACH, a.a.O., N 11 f. zu Art. 117 OR). Die Neuerungswirkung wird dabei zwar mit der beidseitigen Anerkennung der Saldoforderung ausgelöst; die Neuerungswirkung tritt jedoch rückwirkend auf das Ende der betreffenden Kontokorrentperiode ein, was zur Folge hat, dass die Saldoforderung rückwirkend auf diesen Zeitpunkt als neue Forderung entsteht und auf diesen Zeitpunkt beispielsweise auch fällig wird (AEPLI, a.a.O., N 64 zu Art. 117 OR).

b. Im Unterschied etwa zu einem Bank-Kontokorrentverhältnis, bei welchem die Rollenverteilung grundsätzlich klar ist – d.h. klar ist, wer das Kontokorrentkonto führt, den Saldo zieht und diesen anschliessend der Gegenpartei mitteilt –, ergibt sich die Rollenverteilung bei der Abwicklung des vorliegenden (bestrittenen) Kontokorrentverhältnisses zwischen den Parteien nicht ohne weiteres. Die Klägerin beruft sich zur Begründung ihrer angeblichen Kontokorrentforderung auf Unterlagen, welche die Buchhaltung der *Beklagten* betreffen (revidierte Bilanz der *Beklagten* per 31. Dezember 1999 [datierend vom 25. Januar 2001; act. 31/11 und 21] einerseits; Zwischenabschluss der *Beklagten* per 31. August 2000 [datierend vom 22. November 2000; act. 31/6] andererseits). Die angebliche Saldoziehung im Jahr 2000 fällt in den Zeitraum, in welchem die Aktien der *Beklagten* von A. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ an D. \_\_\_\_\_ verkauft wurden (vgl. Kaufvertrag vom 31. Juli 2000 [act. 3/4]; act. 1 S. 3 Rz. 3). Es ist daher nicht ohne weiteres klar, welche Rollen die in den Rechtsschriften der Klägerin genannten natürlichen und juristischen Personen (insbesondere auch A. \_\_\_\_\_) bei der Abwicklung des angeblichen Kontokorrentverhältnisses zwischen den zwei Aktiengesellschaften, der Klägerin und der *Beklagten*, spielten. Die Klägerin hat somit die Führung des Kontokorrentkontos, die Saldoziehung, die Saldomitteilung an die Gegenseite sowie die Richtiganerkennung durch diese konkret darzulegen.

### 2.3.3.2. Behauptungen der Parteien zur Kontoführung, Saldoziehung und Saldomitteilung

#### a. Standpunkt der Klägerin

Gemäss der Klägerin ergibt sich die eingeklagte Kontokorrentforderung aus der Bilanz per 31. Dezember 1999 und aus dem Zwischenabschluss per 31. August 2000 (vgl. act. 30 S. 2 Rz. 2). In einem ersten Schritt hat die Klägerin daher Behauptungen aufzustellen, wie das Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien abgewickelt wurde, d.h. wie es insbesondere zur behaupteten Saldoziehung in der Bilanz des Jahres 1999 und im Zwischenabschluss per 31. August 2000 kam.

Die Klägerin stellt an zahlreichen Stellen ihrer Rechtsschriften Behauptungen zur Abwicklung des Kontokorrentverhältnisses auf. Ihre Behauptungen folgen jedoch keiner nachvollziehbaren Chronologie und wurden zudem oft in keinen relevanten Kontext (wie z.B. Kontokorrentkontoführung, Saldoziehung und Saldomitteilung) gestellt:

Auf S. 3 ihrer Replik führt die Klägerin aus, es sei A.\_\_\_\_\_, der mit dem Treuhandbüro G.\_\_\_\_\_ AG am 22. November 2000 die nicht revidierte Zwischenbilanz erstellt und dem neuen Organ der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, zugestellt habe. *Beide Parteien im Kaufvertrag* hätten diesen Abschluss akzeptiert (act. 30 S. 3 Rz. 2). Wann und in welcher Form diese Zustellung erfolgt sein soll, wird von der Klägerin jedoch nicht näher dargetan.

Auf S. 4 der Replik führt die Klägerin weiter aus, es sei die G.\_\_\_\_\_ AG gewesen, welche die Jahresabschlüsse der Beklagten revidiert habe (1997-1999) und den nicht revidierten Abschluss per 22. November 2000 zusammen mit der *Klägerin* und mit den *neuen Organen der Beklagten* erstellt habe. Die G.\_\_\_\_\_ AG sei als Revisionsstelle ebenso Organ der Beklagten gewesen wie die Klägerin selbst. Es gehe überdies aus der Rechnung der G.\_\_\_\_\_ AG vom 21. Februar 2003 an die Beklagte hervor, dass sowohl der Abschluss per 31. Dezember 1999 als auch der Zwischenabschluss im November 2000 "mit den neuen Organen der Firma Ende 2000 besprochen und verabschiedet" worden seien (act. 30 S. 4 Rz. 2). Es hätten

also "vier Organe der Beklagten, nämlich der frühere einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat, Herr A.\_\_\_\_\_, die bisherige Revisionsstelle wie auch die neue Revisionsstelle, Herr H.\_\_\_\_\_, von der H.\_\_\_\_\_ Treuhand AG und auch der neue einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat, Herr D.\_\_\_\_\_, " die eingeklagte Kontokorrentschuld in den Jahren 1997, 1998, 1999 und 2000 mit der Ausarbeitung der Zwischenbilanz per 22. November 2000 und der Ausarbeitung des revidierten Abschlusses per 1999, welcher am 24./25. Januar [2001] fertig gestellt worden sei und *zugestellt* worden sei, laufend mit novierender Wirkung anerkannt (act. 30 S. 4 Rz. 2). Wer vorliegend wem die erwähnten Abschlüsse bzw. Bilanzen wann *zugestellt* haben soll, legt die Klägerin jedoch erneut nicht näher dar.

Auf S. 5 f. der Replik bringt die Klägerin die Frage der Ausarbeitung und Zustellung der Abschlüsse der Beklagten mit dem Kaufvertrag zwischen A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ einerseits sowie D.\_\_\_\_\_ andererseits betreffend Aktien der Beklagten vom 31. Juli 2000 (act. 3/4) in Verbindung. Es seien auch der *Käufer* [der Aktien] der Beklagten (der auch Organ der Beklagten gewesen sei) und sein Treuhänder gewesen, die an der Zwischenbilanz per 22. November 2000 und am Jahresabschluss per 31. Dezember 1999 mitgearbeitet und die Steuererklärung mitverabschiedet hätten. Dies habe auch die neue Revisionsstelle getan, welche "noch im Februar 2001 die Zustimmung dafür gegeben" habe. Die Beklagte habe daher die Richtigkeit dieser Bilanz per Februar 2001 anerkannt. Die Beklagte habe damit nicht nur die nichtrevidierte Bilanz per 22. November 2000, sondern am 25. Januar 2001 auch die revidierte Bilanz per 31. Dezember 1999 anerkannt. Es sei der Beklagten im Januar 2001 die definitiv ausgearbeitete Bilanz *zugestellt* worden; auch der neuen Revisionsstelle sei sie *zugestellt* worden (act. 30 S. 5 f. Rz. 3).

Ferner habe der Käufer der Aktien der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, der zugleich einzelzeichnungsberechtigtes Organ der Beklagten für das Jahr 2000 gewesen sei, "nicht noch zusätzlich eine revidierte Bilanz verlangt", "wie er es gemäss Ziff. X 51 Kaufvertrag" hätte tun können, sondern habe es bei der schriftlichen Bilanz begnügen lassen. Diese Bilanz sei ihm per 22. November 2000 *zugestellt* worden. Im Januar 2001 sei der Beklagten die definitiv ausgearbeitete Bilanz *zugestellt*

worden (act. 30 S. 5 f.). Es wird jedoch erneut nicht vorgebracht, wer diese Bilanz wann der Beklagten zugestellt haben soll.

Im folgenden Absatz legt die Klägerin sodann dar, die *Beklagte* "und alle Organe" hätten "bei der Ausarbeitung des Zwischenabschlusses 22. November 2000 und praktisch gleichzeitig des Jahresabschlusses per 31. Dezember 1999" mitgewirkt und "alle Organe" hätten "zusammen den Jahresabschluss 1999, welcher am 24. Januar 2001 fertig" gewesen sei, ausgetauscht und seien übereingekommen, dass A.\_\_\_\_\_ die Steuererklärung für die Beklagte im Februar 2001 einreiche (act. 30 S. 6 f. Rz. 3). Die Steuererklärung 1999 sei somit nach dem letzten Hin und Her zwischen den alten und neuen Organen im Einverständnis aller nach dem 16. Februar 2001 durch die *Klägerin als faktisches Organ* eingereicht worden (act. 30 S. 7 Rz. 3).

Gemäss den Behauptungen der Klägerin auf S. 8 f. der Replik – ohne dass zu diesen Vorbringen ein Beweismittel bezeichnet worden wäre – waren es "*beide Parteien* [Hervorhebung durch das Gericht]", die von September bis November 2000 resp. Januar 2001 den Jahresabschluss 1999 mit dem Zwischenabschluss vom 22. November 2000 diskutiert hätten. Es hätten "die frühere und die neue Revisionsstelle, der alte sowie der neue Verwaltungsrat" mitgewirkt. Die Jahresrechnung 1999 sei erst am 24. Januar 2001 definitiv erstellt, ausgetauscht und im Einverständnis "aller Beteiligten" im Februar 2001 der Steuerbehörde eingereicht worden. Der Zwischenabschluss, welcher "gemeinsam" erstellt worden sei, sei der Beklagten am 22. November 2000 zugestellt worden (act. 30 S. 8 f. Rz. 4).

Bezüglich *Saldoziehung* ergänzt die Klägerin sodann – ohne zu diesen Vorbringen ein Beweismittel zu bezeichnen –, "im Jahresabschluss 1999, welcher per 25. Januar 2001 definitiv erstellt" worden sei, und "im provisorischen Abschluss vom 22. November 2000" sei der Saldo "in der nunmehr eingeklagten Höhe gezogen" worden (act. 30 S. 9). Entgegen dieser Darstellung behauptet die Klägerin auf S. 11 der Replik sodann, die Saldoziehung sei frühestens am 22. November 2000 erfolgt, wohl aber erst ab dem 25. Januar 2001. Die Saldoziehung sei "aber jedes Jahr bei jedem Abschluss eingetreten" (act. 30 S. 9 und S. 11 Rz. 5).

Auf S. 14 der Replik heisst es schliesslich, nach dem Austritt der *Klägerin* sei mit der Beklagten und unter Mitwirkung der Angestellten und der Organe der Beklagten der revidierte Jahresabschluss per 31. Dezember 1999 Ende 2000 erstellt worden. Dieser sei der Beklagten am 25. Januar 2001 zugestellt worden (act. 30 S. 14).

b. Standpunkt der Beklagten

Die Vorbringen der Klägerin werden von der Beklagten im Einzelnen bestritten. Zusammenfassend führt die Beklagte aus, ein Kontokorrentverhältnis setze voraus, dass die rechnungsführende Partei den Saldo der verpflichteten Partei mitteile und die verpflichtete Partei diesen Saldo gegenüber dem Vertragspartner als richtig anerkenne. Die Jahresrechnungen, auf die sich die Klägerin zur Begründung einer verjährungsunterbrechenden Novation berufe, stellten – selbst wenn man der bestrittenen Sachdarstellung der Klägerin folgen würde – weder die Mitteilung eines Saldos von der Klägerin an die Beklagte noch eine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung eines Saldos durch die Beklagte gegenüber der Klägerin dar (act. 34 S. 2 f. Rz. 6).

Die Klägerin verkenne zudem, dass die *Jahresrechnung 1999*, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Fertigstellung, vorliegend keine rechtlich relevante Novation zur Folge haben könne. Selbst wenn die Sach- und Rechtslage eine andere wäre, könne die Jahresrechnung per 31. Dezember 1999 lediglich eine Saldoziehung per 31. Dezember 1999 darstellen. Entwicklungen nach diesem Datum würden in der Jahresrechnung 1999 definitionsgemäss nicht berücksichtigt und folglich könne auch eine erst im Jahr 2001 fertig gestellte Jahresrechnung nur Verhältnisse darstellen, welche allenfalls per 31. Dezember 1999 bestanden hätten. Eine Aussage über die Verhältnisse im Juli (Unternehmensverkauf), August oder September 2000 sei damit unmöglich. Eine Novation wäre daher ungesehen aller anderen Einwände ohnehin lediglich per 31. Dezember 1999 denkbar (act. 34 S. 2 f. Rz. 6).

Was die angebliche Zwischenbilanz vom 22. *November 2000* anbelange, sei diese weder testiert noch statuten- oder gesetzeskonform erstellt worden. Ihr Inhalt,

insbesondere die Höhe der aufgeführten Forderungen, werde bestritten und entbehre zudem jeder Beweiskraft. Bestritten werde auch, dass diese angebliche Zwischenbilanz jemals an die neuen Organe der Beklagten übergeben worden sei. Schon gar nicht behauptet, geschweige denn bewiesen werde, dass die angebliche Gläubigerin (Klägerin) der Beklagten diese Zwischenbilanz zwecks Mitteilung eines angeblichen Saldos zugestellt oder übergeben habe. Die Klägerin unterlasse es gänzlich, die bestrittene Übergabe auch nur im Ansatz substantiiert zu behaupten. Die Klägerin führe sodann selbst aus, dass der Kaufvertrag vom 31. Juli 2000, auf welchem die angebliche Zwischenbilanz beruhen solle, mit den vorliegenden Parteien nichts zu tun habe und diese durch den Kaufvertrag weder verpflichtet noch berechtigt seien. Offensichtlich falsch sei sodann die Behauptung der Klägerin, dass die angebliche Zwischenbilanz am 22. November 2000 erstellt worden sein soll. Dies würde nämlich voraussetzen, dass die Anfangssaldi in den Buchhaltungskonten bekannt gewesen seien. Die angebliche Jahresrechnung 1999 sei – gemäss den Behauptungen der Klägerin – jedoch erst am 25. Januar 2001 fertig erstellt worden. Es sei daher unerklärlich, auf welchen Anfangssaldi die angebliche Zwischenbilanz basieren solle. Zusammenfassend könne daher festgehalten werden, dass es sowohl an einer beweistauglichen Zwischenbilanz als auch an substantiierten Behauptungen bezüglich einer bestrittenen Übergabe derselben fehle (act. 34 S. 3 f. Rz. 8).

#### *2.3.3.3. Würdigung der Behauptungen der Parteien zur Kontoführung, Saldoziehung und Saldoanerkennung*

##### a. Allgemeines

Bereits die zusammenfassende Wiedergabe des klägerischen Standpunktes in Ziff. 2.3.3.2 zeigt klar, dass aufgrund der sich ständig widersprechenden und nicht schlüssigen (bestrittenen) Vorbringen der Klägerin es nicht möglich ist, bezüglich der Abwicklung des angeblichen Kontokorrentverhältnisses zwischen den Parteien einen Sachverhalt zu erstellen, welcher der prozessualen Substanziierungslast genügt und welcher so umfassend, klar, schlüssig und widerspruchsfrei in Einzel-tatsachen zergliedert ist, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden könnte (BGer. 4A\_210/2009, a.a.O., E. 3.2. und

E. 3.5.). Für die Gegenpartei und das Gericht muss klar sein – und darauf wurde die Klägerin bereits im Zusammenhang mit den Substanziierungshinweisen vom 21. Dezember 2012 hingewiesen –, mit welchen Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben (vgl. vorstehend Ziff. 2.1).

Um ihre behauptete Kontokorrentforderung überhaupt spezifizieren zu können, wäre es für die Klägerin von grundlegender Bedeutung, klar darzulegen, auf welche Saldoziehung, -mitteilung und -anerkennung sie sich konkret stützt. Denn die Saldomitteilung und -anerkennung bilden zusammen ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und es ist erst die Anerkennung des gezogenen und mitgeteilten Saldos durch beide Parteien, welche die Rechtsfolge der Neuerung i.S.v. Art. 117 Abs. 2 OR auslöst (vgl. bereits vorstehend Ziff. 2.3.3.1) und damit den vorliegend eingeklagten Anspruch überhaupt begründet hätte.

b. Unklare Behauptungen bezüglich der Rollenverteilung bei der Abwicklung des Kontokorrentverhältnisses

Es wurde bereits einleitend dargelegt, dass aufgrund des Verkaufs der Aktien der Beklagten von A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ an D.\_\_\_\_\_ (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.3.1) und der sich daraus ergebenden Veränderungen in der Organisation der Beklagten klar darzulegen wäre, welche Rollen die in den Rechtsschriften erwähnten natürlichen und juristischen Personen (insbesondere die Klägerin, die Beklagte, A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_) bei der Abwicklung des Kontokorrentverhältnisses zwischen den Prozessparteien im Einzelnen spielten.

Aus den Vorbringen der Klägerin wird jedoch nicht klar, welche Partei oder allenfalls welche Drittperson in welcher Funktion bei der Abwicklung des Kontokorrentverhältnisses der Parteien involviert gewesen sein soll. Die Klägerin macht völlig widersprüchliche Ausführungen dazu, wer das Kontokorrentkonto der Parteien geführt haben soll und wer wann welchen Saldo gezogen haben soll. Teilweise scheinbar zufällig erwähnt die Klägerin in diesem Zusammenhang A.\_\_\_\_\_, die G.\_\_\_\_\_ AG, die Klägerin, die (neuen) Organe der Beklagten, die Beklagte und die Parteien des Kaufvertrags zwischen A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sowie D.\_\_\_\_\_.

Da die Klägerin ihre (Kontokorrent-)Forderung auf ein angebliches Kontokorrentverhältnis zwischen ihr und der Beklagten stützt, käme zur Kontoführung und Saldoziehung vorliegend insbesondere die Klägerin und die Beklagte (bzw. deren Organe oder Vertreter) oder allenfalls eine Drittperson (z.B. A.\_\_\_\_\_ persönlich oder ein Treuhandunternehmen) in Frage (vgl. AEPLI, a.a.O., N 17 zu Art. 117 OR). Die Vorbringen der Klägerin erweisen sich in diesem Punkt jedoch als derart widersprüchlich, dass das Gericht daraus keine Tatsachen ableiten kann, zu welchen Beweis abgenommen werden könnte:

So ist es auf S. 3 der Replik A.\_\_\_\_\_, der mit dem Treuhandbüro G.\_\_\_\_\_ AG am 22. November 2000 die Zwischenbilanz erstellt und dem neuen Organ der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, zugestellt haben soll. Ob A.\_\_\_\_\_ dies persönlich, als Organ der Klägerin oder der Beklagten oder als Beauftragter der Beklagten tat, wird nicht näher ausgeführt.

Auf S. 4 der Replik soll es die G.\_\_\_\_\_ AG gewesen, welche die Jahresabschlüsse der Beklagten revidiert und den nicht revidierten Abschluss per 22. November 2000 zusammen mit der *Klägerin*, einer Aktiengesellschaft, und mit den neuen Organen der Beklagten erstellt haben soll. In diesem Zusammenhang ist noch einmal klarzustellen, dass es sich bei der Klägerin um eine Aktiengesellschaft handelt. In den Rechtsschriften der Klägerin finden sich keine Hinweise darauf, weshalb die Klägerin die Bilanzen oder die Jahresabschlüsse der *Beklagten* erstellt haben sollte. Nicht nachvollziehbar ist ferner, weshalb die Klägerin Organ der Beklagten gewesen sein soll (vgl. die diesbezügliche Behauptung der Klägerin auf S. 4 von act. 30) und weshalb die Klägerin die Steuererklärung der Beklagten für das Jahr 1999 als faktisches Organ eingereicht haben soll (vgl. die diesbezügliche Behauptung der Klägerin: act. 30 S. 6 Rz. 3).

Wieder an anderer Stelle in der Replik (act. 30 S. 5 f.) wird ausgeführt, es seien der *Käufer* [der Aktien] der Beklagten (der auch Organ der Beklagten gewesen sei) und sein Treuhänder gewesen, die an der Zwischenbilanz per 22. November 2000 und am Jahresabschluss per 31. Dezember 1999 mitgearbeitet hätten. Weshalb sich die Klägerin an dieser Stelle wieder auf den Kaufvertrag zwischen A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sowie D.\_\_\_\_\_ beruft, der mit den vorliegenden Prozess-

parteien nichts zu tun hat und diese weder verpflichtet noch berechtigt, bleibt unklar. Im folgenden Absatz der Replik wird dieser Bezug zum Kaufvertrag jedoch sogleich wieder aufgegeben und gesagt, die *Beklagte* und "*alle Organe*" hätten "bei der Ausarbeitung des Zwischenabschlusses 22. November 2000 und praktisch gleichzeitig des Jahresabschlusses per 31. Dezember 1999" mitgewirkt. Um welche Organe es sich dabei konkret handelt und inwiefern diese bei der Erstellung der Abschlüsse der Beklagten involviert gewesen sein sollen, wird aus den Vorbringen der Klägerin jedoch nicht ersichtlich.

Ferner erhellt sich aus den Vorbringen der Klägerin auch nicht, in welcher Funktion A.\_\_\_\_\_, der als (ehemaliges) Organ der Beklagten, als einer der Verkäufer der Aktien der Beklagten und als Organ der Klägerin zweifelsohne eine zentrale Rolle in der vorliegenden Streitigkeit einnimmt, bei der Kontoführung und Saldoziehung der genannten Abschlüsse der *Beklagten* mitgewirkt haben soll. Denkbar wäre, dass er als Privatperson, als Organ der Klägerin oder als Organ der Beklagten (allenfalls sogar als faktisches Organ der Beklagten, wie dies auf S. 7 der Replik behauptet wird, vgl. act. 30 S. 7 Rz. 3) mitgewirkt haben könnte. Die Stellung von A.\_\_\_\_\_ bei der Abwicklung des vorliegend interessierenden angebliehen Kontokorrentverhältnisses kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, da aktenkundig ist, dass A.\_\_\_\_\_ am 5. September 2000 im Tagesregister des Handelsregisters als Organ der Beklagten gestrichen wurde (die öffentliche Publikation erfolgte am 11. September 2000, vgl. act. 3/2). Die von der Klägerin angerufenen Jahresabschlüsse wurden jedoch nachträglich zu dieser Streichung von A.\_\_\_\_\_ als Organ der Beklagten erstellt (22. November 2000 bzw. 25. Januar 2001). Nachdem A.\_\_\_\_\_ im September 2000 als Organ der Beklagten ausgeschieden ist, hätte er daher in der Folge zumindest nicht mehr als formelles Organ für die Beklagte handeln und die Jahresabschlüsse erstellen können. Es fragt sich daher, unter welchem Rechtstitel A.\_\_\_\_\_, allenfalls als beauftragter Dritter oder als faktisches Organ, die Bilanz oder den Jahresabschluss der Beklagten erstellt haben soll.

Einen Hinweis darauf, weshalb A.\_\_\_\_\_ bei der Ausarbeitung der Abschlüsse der Jahre 1999 und 2000 mitwirkte, könnte sich im Kaufvertrag vom 31. Juli 2000 auf

Seite 3, Ziff. 30, finden (act. 3/4). Gemäss dieser Ziffer des Kaufvertrags garantierten die Verkäufer die Richtigkeit der von der Revisionsstelle geprüften Jahresrechnung 1999/2000; gleichzeitig verpflichteten sich die Verkäufer, dem Käufer so schnell wie möglich, spätestens jedoch am 30. November 2000, die testierte Jahresrechnung 1999/2000 zu übergeben. Vorliegend fehlt es aber für die sichere rechtliche Einordnung an hinreichenden Tatsachenbehauptungen. Auf Mutmassungen kann sich das Gericht nicht stützen, weshalb auch diesbezüglich kein Sachverhalt erstellt werden kann, auf welchen abgestellt werden könnte.

Die Problematik der Stellung von A. \_\_\_\_\_ bei der Abwicklung des vorliegend interessierenden angeblichen Kontokorrentverhältnisses akzentuiert sich im Zusammenhang mit der Frage der Anerkennung der Saldoforderung (vgl. nachstehend Ziff. 2.3.3.4 und 2.3.3.5). Denn bei juristischen Personen fällt die Kompetenz für die Anerkennung jenen Personen zu, welche die juristische Person nach aussen vertreten dürfen (vgl. AEPLI, a.a.O., N 33 zu Art. 117 OR).

Die Vorbringen der Klägerin erweisen sich somit bereits in diesem Punkt als derart widersprüchlich und nicht schlüssig, dass das Gericht daraus keine Tatsachen ableiten kann, auf welche abgestellt werden könnte.

#### c. Saldoziehung / konkrete Saldoforderung

Die Klägerin unterscheidet sodann an zahlreichen Stellen in ihren Rechtsschriften nicht klar zwischen den von ihr angerufenen Jahresabschlüssen der Jahre 1999 und 2000. Da die Klägerin diese beiden Abschlüsse regelmässig zusammen zur Begründung ihrer Kontokorrentforderung anruft, ist teilweise unklar, auf welchen Jahresabschluss sie den eingeklagten Anspruch konkret stützen will (vgl. etwa act. 30 S. 2 Rz. 2: Aus den von der Klägerin eingereichten Unterlagen ergebe sich "eine Kontokorrentforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten für das Jahr 1999 von CHF 602'518. 13 (...) und CHF 403'582.40 für den Stichtag per 22. November 2000").

Die Klägerin verkennt dabei, dass eine Unterscheidung zwischen den in der Bilanz des Jahres 1999 und in dem Zwischenabschluss des Jahres 2000 enthalte-

nen Saldi von grundlegender Bedeutung ist. Denn gemäss den klägerischen Ausführungen soll mit der Saldoziehung in der Bilanz 1999 bzw. in dem Zwischenabschluss 2000 die Neuerung ihrer Kontokorrentforderung gegenüber der Beklagten erfolgt sein. Wäre jedoch der Saldo im Jahresabschluss 2000 effektiv gezogen worden, wäre eine allfällige Saldoforderung aus dem Jahr 1999 durch eine erneute Saldoziehung im Jahr 2000 noviert worden. Die bisherige Schuld aus dem Jahr 1999 wäre damit untergegangen (vgl. dazu nachstehend Ziff. 2.3.3.5).

Die Widersprüche bezüglich der konkreten Bezeichnung der eingeklagten Saldoforderung zeigen sich überdies auch darin, dass die Klägerin ausführt, die angebliche Saldoziehung sei frühestens am 22. November 2000 erfolgt, wohl aber erst ab dem 25. Januar 2001. In der Folge sei die Saldoziehung "aber jedes Jahr bei jedem Abschluss eingetreten" (act. 30 S. 11 Rz. 5). Auch in diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass, wäre in den Folgejahren der Saldo jeweils effektiv gezogen (mitgeteilt und anerkannt) worden, die bisherige Saldoforderung durch Novation untergegangen wäre.

Schliesslich verkennt die Klägerin, dass die behauptete Saldoziehung im Jahr 1999 und diejenige im Jahr 2000 auch für die Frage der Verjährung entscheidend sind (vgl. dazu nachstehend Ziff. 2.4). Nur nebenbei ist anzumerken, dass sich die Klägerin zum Nachweis der Saldoforderung aus dem Jahre 2000 auf eine nicht testierte Bilanz bezieht, die nur auf drei von sieben Seiten die Unterschrift von A. \_\_\_\_\_ trägt (vgl. act. 31/6). Mangels Testat einer Revisionsgesellschaft ist diese – wenn überhaupt – nur von sehr beschränkter Aussagekraft.

Gestützt auf die Vorbringen der Klägerin ist es dem Gericht nicht möglich, klar festzulegen, auf welche konkrete Saldoziehung die Klägerin den eingeklagten Anspruch stützt. Auch in diesem Punkte erweisen sich daher die Vorbringen der Klägerin als derart widersprüchlich und nicht schlüssig, dass das Gericht darauf nicht abstellen kann.

d. Saldomitteilung

Die Saldomitteilung ist bei der Abwicklung eines Kontokorrentverhältnisses deshalb zentral, weil darin grundsätzlich eine Offerte zur Anerkennung der Saldoforderung liegt, und die Parteien nur einen ihnen bekannten Saldo anerkennen können (vgl. bereits vorstehend Ziff. 2.3.2.1). Auch bezüglich der Frage, wer wann welchen Saldo der Gegenpartei mitgeteilt haben soll bzw. wann die Parteien von dem gezogenen Saldo Kenntnis erlangt haben sollen, lässt sich kein Sachverhalt erstellen, auf welchen abgestellt oder über welchen Beweis abgenommen werden könnte.

Aufgrund der unklaren Behauptungen der Klägerin bezüglich der Frage, wer das Kontokorrentkonto der Parteien führte, und wer in welchem Zeitpunkt welchen Saldo gezogen haben soll (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.3.2 und Ziff. 2.3.3.3), bleibt auch unklar, wer wem den gezogenen Saldo mitgeteilt haben soll. Es wird erneut nicht klar, ob es A.\_\_\_\_\_ und das Treuhandbüro G.\_\_\_\_\_ AG waren, welche die Zwischenbilanz vom 22. November 2000 dem neuen Organ der Beklagten, D.\_\_\_\_\_, zugestellt haben sollen (act. 30 S. 3 Rz. 2), oder ob D.\_\_\_\_\_ bei der Ausarbeitung der fraglichen Abschlüsse und Bilanzen mitwirkte und deshalb davon Kenntnis hatte (vgl. act. 30 S. 4 Rz. 2). Sollte Letzteres der Fall gewesen sein, hätte der Saldo der Gegenpartei unter Umständen gar nicht zugestellt werden müssen, denn in diesem Fall hätte die Gegenpartei aufgrund der Mitarbeit bei der Saldoziehung bereits von dem Saldo Kenntnis gehabt.

Aufgrund der Vorbringen der Klägerin ist sodann auch nicht zweifelsfrei klar, wie die *Klägerin* von dem gezogenen Saldo Kenntnis erlangt haben soll. Denn wie erwähnt handelt es sich bei den Abschlüssen, welche die Kontokorrentforderung begründen sollen, um Abschlüsse der Beklagten.

Problematisch ist sodann erneut, dass die Frage der Zustellung der Abschlüsse bzw. Bilanzen der Beklagten teilweise mit dem Kaufvertrag zwischen A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ einerseits sowie D.\_\_\_\_\_ andererseits betreffend Aktien der Beklagten vom 31. Juli 2000 in Verbindung gebracht wird. In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, D.\_\_\_\_\_ sei die Zwischenbilanz per 22. November 2000 zugestellt

worden. Im Januar 2001 sei dann der Beklagten die definitiv ausgearbeitete Bilanz zugestellt worden (act. 30 S. 5 f.). Auch an anderen Stellen ist von einer Zustellung des Zwischenabschlusses vom 22. November 2000 und des Jahresabschlusses per 31. Dezember 1999 an die Beklagte die Rede (vgl. act. 30 S. 9, 14, 16). Gestützt auf diese teilweise widersprüchlichen, teilweise nicht besonders detaillierten Vorbringen ist es erneut nicht möglich, festzuhalten, wer gemäss der klägerischen Ansicht wem wann welchen Saldo mitgeteilt und zugestellt haben soll.

Bereits an dieser Stelle zeigt sich, dass es nicht möglich ist, auf schlüssige und widerspruchsfreie Vorbringen der Klägerin abzustellen, über welche Beweis abgenommen werden könnten. Auf die sich widersprechenden Behauptungen bezüglich der Kontoführung, Saldoziehung und Saldomitteilung kann daher nicht abgestellt werden (BGer. 4A\_210/2009, a.a.O., E. 3.5.).

#### *2.3.3.4. Behauptungen der Parteien zur Anerkennung des Saldos*

Selbst wenn die Klägerin hätte darlegen können, dass ein Kontokorrentvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, ein spezifischer Saldo anschliessend gezogen und mitgeteilt wurde, müsste die Klägerin immer noch substantiiert behaupten und beweisen, dass dieser Saldo von der Gegenpartei auch anerkannt wurde. Denn es ist erst die Richtiganerkennung des mitgeteilten Saldos durch die andere Partei gegenüber ihrem Vertragspartner, welche die Rechtsfolge der Neuerung i.S.v. Art. 117 Abs. 2 OR auslöst (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.3.1).

Die Vorbringen der Klägerin zur Frage der Anerkennung der Saldoforderung finden sich an zahlreichen Stellen in ihren Rechtsschriften. Ihre diesbezüglichen Vorbringen, wer wann welchen Saldo bzw. welche Saldi anerkannt haben soll, sind erneut widersprüchlich:

Auf S. 3 der Replik führt die Klägerin aus, es seien "*beide Parteien im Kaufvertrag* [Hervorhebung durch das Gericht]" (zwischen A.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ einerseits sowie D.\_\_\_\_ andererseits betreffend Aktien der "B.\_\_\_\_ AG" vom 31. Juli

2000), die den *Zwischenabschluss per 22. November 2000* akzeptiert hätten (act. 30 S. 3 Rz. 2).

An anderer Stelle der Replik führt die Klägerin aus, es sei das *einzelzeichnungsberechtigte Organ der Beklagten*, D.\_\_\_\_\_, welches mit dem *Kaufvertrag* zwischen "der Klägerin, der Tochter von A.\_\_\_\_\_ und ihm" am 31. Juli 2000 den Bestand des "Kontokorrentdarlehens" anerkannt hätte. Zusätzlich sei die testierte Jahresrechnung der Beklagten vom 25. Januar 2001 für das Jahr 1999 von "*sämtlichen alten und neuen Organen der Beklagten* [Hervorhebung durch das Gericht]" anerkannt worden. "Integrierender Bestandteil des Kaufvertrages vom 31. Juli 2010, Ziff. X 51 Schlussbestimmungen (...)" sei "unter anderem diese testierte Jahresrechnung 1999" gewesen, "welche damit von der Beklagten resp. deren einzelzeichnungsberechtigtem Organ, D.\_\_\_\_\_, anerkannt worden" sei (act. 30 S. 4).

Wieder an anderer Stelle sollen es gemäss den klägerischen Vorbringen die "*vier Organe der Beklagten*, nämlich der frühere einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat, Herr A.\_\_\_\_\_, die bisherige Revisionsstelle wie auch die neue Revisionsstelle, Herr H.\_\_\_\_\_ von der H.\_\_\_\_\_ Treuhand AG und auch der neue einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat, Herr D.\_\_\_\_\_, [Hervorhebung durch das Gericht]" gewesen sein, welche die eingeklagte Kontokorrentschuld "in den Jahren 1997, 1998, 1999 und 2000 mit der Ausarbeitung der Zwischenbilanz per 22. November 2000 und der Ausarbeitung des revidierten Abschlusses per 1999, welcher am 24./25. Januar fertig gestellt" und zugestellt worden sei, laufend anerkannt hätten (act. 30 S. 4 Rz. 2).

Auf S. 5 f. der Replik führt die Klägerin sodann aus, eine Saldoanerkennung habe dadurch stattgefunden, dass der *Zwischenabschluss* vom 22. November 2000 entgegen genommen und nicht dagegen opponiert worden sei. Im Einzelnen führt die Klägerin aus, der Käufer der Aktien der Beklagten [D.\_\_\_\_\_], der zugleich einzelzeichnungsberechtigtes Organ der Beklagten "für das Jahr 2000" gewesen sei, habe es dabei bewenden lassen, dass ihm die "Bilanz per 22. November 2000" und "die revidierte Bilanz per 31. Dezember 1999 (...) am 25. Januar 2001" zugestellt worden sei. Nachdem er diese Bilanzen erhalten habe, hätte "er als Käufer,

aber auch als Organ der Beklagten, wenn er damit nicht einverstanden gewesen wäre, *dagegen protestieren* müssen [Hervorhebung durch das Gericht]". Überdies hätten er und sein Treuhänder "an der Zwischenbilanz per 22. November 2000 und am Jahresabschluss per 31. Dezember 1999 (...) mitgearbeitet und die Steuererklärung mitverabschiedet". Die "Richtigkeit dieser Bilanz" sei daher "per Februar 2001" anerkannt worden; die Beklagte habe "damit nicht nur die nichtrevidierte Bilanz per 22. November 2000", sondern auch die "revidierte Bilanz per 31. Dezember 1999 am 25. Januar 2001 anerkannt" (act. 30 S. 5 f.). Die Klägerin spricht auf den folgenden Seiten ihrer Replik von einer Anerkennung der (nicht revidierten) Bilanz per 22. November 2000 und "der revidierten Bilanz per 31. Dezember 1999 am 25. Januar 2001" durch die *Beklagte* (vgl. act. 30 S. 7). Auf S. 9 der Replik heisst es dann aber auf einmal, die Kontokorrentschuld sei nicht nur durch die "alten und neuen Organe der *Klägerin* und die Zeugin G. \_\_\_\_\_ AG, sondern auch durch die neuen Organe der Beklagten anerkannt [Hervorhebung durch das Gericht]" worden (act. 30 S. 9). Wann und durch welche "alten und neuen Organe der Klägerin" diese Anerkennung geschehen sein soll, legt die Klägerin nicht näher dar.

Auf S. 11 führt die Klägerin dann wieder aus, dass D. \_\_\_\_\_ [anlässlich des Kaufs der Aktien der Beklagten] die Pflicht gehabt habe, im Rahmen der Due Diligence Prüfung eine "entsprechende Prüfung vorzunehmen und zu bestreiten". Sein *Stillschweigen* sei "auch als Anerkennung zu werten" (act. 30 S. 11). Um was für eine Prüfung welcher Dokumente es sich dabei handelt, erwähnt die Klägerin nicht.

Auf S. 16 der Replik heisst es schliesslich, die Neuerung erfolge im Zeitpunkt, da der Neuerungswille stillschweigend, konkludent oder ausdrücklich erfolge. Mangels klarer Erklärung bezüglich des Datums sei auf den Zeitpunkt abzustellen, da der Neuerungswille mutmasslich eintrete, d.h. wenn die entsprechenden Dokumente zugestellt worden seien. Dies sei am 22. November 2000 und Ende Januar 2001 der Fall gewesen (act. 30 S. 16).

Die Vorbringen der Klägerin bezüglich der Anerkennung der Saldoforderung werden von der Beklagten bestritten.

### 2.3.3.5. Würdigung der Behauptungen der Parteien zur Anerkennung des Saldos

a. Die Erledigung einer Kontokorrentperiode geschieht durch die Anerkennung des mitgeteilten Saldos. Erst an die Saldoanerkennung wird die Rechtsfolge der Neuerung i.S.v. Art. 117 Abs. 2 OR geknüpft (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.3.1). Die Jahresabschlüsse der Beklagten – und dies wird auch von der Beklagten zutreffend ausgeführt (act. 34 S. 2 f. Rz. 6) – stellen für sich alleine weder die Mitteilung eines Saldos von der Klägerin an die Beklagte noch eine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung eines Saldos durch die Beklagte gegenüber der Klägerin dar. Diese Ansicht scheint auch das Bundesgericht zu vertreten. So hat es in einem Fall, in dem es um ein Kontokorrentverhältnis zwischen einer Aktiengesellschaft und einem ihrer Aktionäre ging, die Anerkennung der Saldoforderung durch den Aktionär erst darin gesehen, dass dieser die Jahresrechnung der Aktiengesellschaft – welche die Saldoforderung enthielt – anlässlich der Generalversammlung genehmigte (BGer. 4A\_46/2009, Urteil vom 1. April 2009, E. 2.2). *E contrario* liess es das Bundesgericht in diesem Fall nicht genügen, dass ein Saldo lediglich im Jahresabschluss der Aktiengesellschaft vermerkt war.

b. Die Klägerin hat somit darzulegen, inwiefern die Richtiganerkennung des mitgeteilten Saldos durch die nicht kontoführende Partei *gegenüber ihrem Vertragspartner* ausdrücklich oder stillschweigend erfolgte. Da es sich bei den beiden Prozessparteien um juristische Personen handelt, würde die Kompetenz für die Anerkennung grundsätzlich jenen Personen zufallen, welche die juristische Person nach aussen vertreten dürfen (vgl. AEPLI, a.a.O., N 33 zu Art. 117 OR). Den Ausführungen der Klägerin ist vorliegend jedoch nicht zweifelsfrei zu entnehmen, wer von der Klägerin und wer von der Beklagten wann welchen Saldo anerkannt haben soll.

Gemäss den Vorbringen der Klägerin auf S. 3 der Replik sollen es "beide Parteien im Kaufvertrag", mithin zwei natürliche Personen, gewesen sein (act. 30 S. 3 Rz. 2), welche den Zwischenabschluss per 22. November 2000 anerkannt hätten. Inwiefern die beiden Vertragsparteien des Kaufvertrags über die Aktien der Beklagten in einem Verfahren, das zwei juristische Personen betrifft, für diese juristi-

schen Personen die Saldoforderungen anerkennen könnten, macht die Klägerin nicht geltend. D. \_\_\_\_\_ war im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung auch nicht Organ oder sonst wie Vertreter der Beklagten. In diesem Zusammenhang wird der Klägerin einmal mehr zum Verhängnis, dass sie es unterlässt, klar darzulegen, welche Rollen die in den Rechtsschriften der Klägerin aufgeführten Personen, insbesondere A. \_\_\_\_\_, im Einzelnen spielten (vgl. dazu bereits eingehend Ziff. 2.3.3.3).

Auf S. 4 der Replik finden sich die Behauptungen, es sei das einzelzeichnungs- berechtigte Organ der Beklagten, D. \_\_\_\_\_, gewesen, das mit dem Kaufvertrag über die Aktien der Beklagten den Bestand des "Kontokorrentdarlehens" anerkannt habe. Etwas weiter wird gesagt, es seien "sämtliche alten und neuen Organe der Beklagten" gewesen, die mit der Ausarbeitung der Bilanz des Jahres 1999 und des Jahresabschlusses per 31. August 2000 die eingeklagte Kontokorrentforde- rung laufend anerkannt hätten (act. 30 S. 4). Im folgenden Absatz wird gesagt, es seien die "vier Organe der Beklagten, nämlich der frühere einzelzeichnungsbe- rechtigte Verwaltungsrat, Herr A. \_\_\_\_\_, die bisherige Revisionsstelle wie auch die neue Revisionsstelle, Herr H. \_\_\_\_\_ von der H. \_\_\_\_\_ Treuhand AG und auch der neue einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat, Herr D. \_\_\_\_\_," gewesen (act. 30 S. 4 Rz. 2). Auf S. 9 der Replik heisst es dann auf einmal, die Kontokor- rentschuld sei auch durch die "alten und neuen Organe der *Klägerin* [Hervorhe- bung durch das Gericht]" – und nicht etwa der Beklagten – anerkannt worden (act. 30 S. 9). Aus diesen widersprüchlichen Behauptungen der Klägerin ist nicht ersichtlich, wer (allenfalls für wen) welchen Kontokorrentsaldo wann anerkannt haben soll.

Implizierten die vorstehend dargelegten Ausführungen der Klägerin noch, der Saldo sei ausdrücklich durch die entsprechenden Personen anerkannt worden, behauptet die Klägerin auf S. 5 f. der Replik, eine Saldoanerkennung habe da- durch stattgefunden, dass der Zwischenabschluss vom 22. November 2000 ent- gegen genommen und nicht dagegen opponiert worden sei. Als Käufer, aber auch als Organ der Beklagten hätte er, wäre er nicht damit einverstanden gewesen, dagegen protestieren müssen (act. 30 S. 5 f.). Auch auf S. 11 ihrer Replik be-

hauptet die Klägerin, es sei das *Stillschweigen* von D.\_\_\_\_\_ – den anlässlich des Kaufs der Aktien der Beklagten die Pflicht getroffen habe, eine entsprechende Prüfung vorzunehmen und allenfalls zu bestreiten –, welches als Anerkennung des Saldos zu werten sei (act. 30 S. 11). Schliesslich gesteht die Klägerin auf S. 16 ihrer Replik sogar ein, dass mangels "klarer Erklärung bezüglich des Datums" auf den Zeitpunkt abzustellen sei, "da der Novierungswille mutmasslich" eintrete. Dies sei vorliegend der 22. November 2000 und Ende Januar 2001, als der Beklagten die betreffenden Dokumente zugestellt worden seien (act. 30 S. 16).

Vorliegend ist es nicht möglich, aus den Vorbringen der Klägerin einen widerspruchsfreien und schlüssigen Sachverhalt bezüglich der Saldoanerkennung abzuleiten. Es ist zwar zutreffend, dass eine Saldoanerkennung an keine besondere Form gebunden ist und ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.3.1). Die Klägerin hat sich jedoch für eine Sachverhaltsvariante zu entscheiden und einen entsprechenden Sachverhalt substantiiert zu behaupten und zu beweisen. Für die Gegenpartei und das Gericht muss klar sein, mit welchen Behauptungen sie sich auseinandersetzen haben, und es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die divergierenden Vorbringen einer Partei zu einem Ganzen zusammenzufügen, was ohnehin nur mittels (unzulässigen) Mutmassungen möglich wäre.

Würde sich die Klägerin auf eine ausdrückliche Anerkennung berufen, hätte sie diese zu behaupten und zu beweisen. Würde sich die Klägerin dagegen auf eine konkludente Willensäusserung der anerkennenden Partei(en) berufen, hätte sie zusätzlich die Umstände zu behaupten und zu beweisen, welche nach dem Vertrauensgrundsatz ein bestimmtes Verhalten oder das Schweigen eines Kontrahenten als Willenserklärung indizieren (vgl. zum Ganzen WALTER, a.a.O., N 498 zu Art. 8 ZGB). Da den Vorbringen der Klägerin vorliegend nicht zweifelsfrei und ohne Mutmassungen zu entnehmen ist, wer (bzw. für wen) nun wann gegenüber wem welche Saldoforderung anerkannt haben soll, kann auch in diesem Punkt nicht auf die Vorbringen der Klägerin abgestellt werden. Ferner erläutert die Klägerin auch nicht, weshalb die Genehmigung, m.a.W. die Anerkennung der Rich-

tigkeit der Jahresrechnung nicht durch die Generalversammlung der Beklagten erfolgte (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

c. Schliesslich – und dies wurde bereits in Ziff. 2.3.3.3 im Zusammenhang mit der Saldoziehung ausgeführt – vermag die Klägerin auch nicht schlüssig darzulegen, weshalb zuerst am 22. November 2000 der nichtrevidierte Zwischenabschluss des Jahres 2000 und erst anschliessend, am 25. Januar 2001, auch die revidierte Bilanz des Vorjahres per 31. Dezember 1999 anerkannt worden sein soll. Die Klägerin verkennt dabei, dass eine Unterscheidung zwischen den in der Bilanz des Jahres 1999 und in dem Zwischenabschluss des Jahres 2000 enthaltenen Saldi von grundlegender Bedeutung ist. Denn gemäss den klägerischen Ausführungen soll mit der Saldoziehung in der Bilanz 1999 bzw. in dem Jahresabschluss 2000 die Neuerung ihrer Kontokorrentforderungen gegenüber der Beklagten erfolgt sein.

Die von der Klägerin geschilderte Chronologie der Ereignisse, der rechtliche Vorgang, auf welchen sie sich beruft, ist nicht nachvollziehbar. Bereits unter den rechtlichen Ausführungen wurde erläutert, dass die Neuerungswirkung zwar mit der beidseitigen Anerkennung der Saldoforderung ausgelöst wird; diese tritt jedoch rückwirkend auf das Ende der betreffenden Kontokorrentperiode ein, was zur Folge hat, dass die Saldoforderung rückwirkend auf diesen Zeitpunkt als neue Forderung entsteht (vgl. vorstehend Ziff. 2.3.3.1).

Gemäss der klägerischen Sachverhaltsdarstellung soll jedoch zuerst am 22. November 2000 der Saldo per 31. August 2000 anerkannt worden sein. Erst anschliessend soll am 25. Januar 2001 auch der Saldo per 31. Dezember 1999 anerkannt worden sein (vgl. etwa act. 30 S. 5 f. Rz. 3). Folglich wären gemäss der klägerischen Ansicht mit der Anerkennung der Saldoforderung in der Zwischenbilanz vom 22. November 2000 zuerst die Neuerungswirkungen für die Saldoforderung des Jahres 2000 (rückwirkend per 31. August 2000) eingetreten. Erst anschliessend wären mit der Anerkennung der Saldoforderung in der revidierten Bilanz vom 25. Januar 2001 auch die Neuerungswirkungen für die Saldoforderung des Jahres 1999 (rückwirkend per 31. Dezember 1999) eingetreten.

Diese Abfolge leuchtet nicht ein. Die Klägerin verkennt, dass der Zwischenabschluss des Jahres 2000 auf den definitiven Anfangssaldi des Jahres 1999 basieren musste. Der Zwischenabschluss 2000 und die darin enthaltene angebliche Saldoforderung der Klägerin konnten daher nicht vorgängig zum Jahresabschluss 1999 definitiv erstellt und anerkannt worden sein. Ferner wäre eine allfällige Schuld aus dem Jahre 1999 mit der Saldoziehung im Jahre 2000 untergegangen. Der Saldo für das Jahr 1999 hätte daher nicht nachträglich zum Saldo des Jahres 2000 gezogen werden können. Auch diesbezüglich kann daher kein Sachverhalt erstellt werden, auf welchen abgestellt werden könnte.

d. Da vorliegend nicht nachvollziehbar ist, wer wann welchen Saldo anerkannt haben soll, fällt auch die Möglichkeit, dass zwischen den Parteien ein faktisches Kontokorrentverhältnis zustande gekommen ist, ausser Betracht. Denn wie vorstehend unter Ziff. 2.3.2.1 bereits in allgemeiner Weise dargelegt wurde, käme ein faktisches Kontokorrentverhältnis erst mit der Saldoanerkennung zustande.

#### 2.3.4. Andere Rechtsgrundlagen?

Die Klägerin spricht sich in ihrer Replik zwar explizit dafür aus, dass es sich beim eingeklagten Anspruch um eine "Kontokorrentforderung" handle, welche sie gegenüber der Beklagten aus einem gegenseitigen Kontokorrentverhältnis habe (vgl. Ziff. 2.1). Wie bereits vorstehend ausgeführt wurde, spricht die Klägerin in ihrer Replik trotzdem teilweise auch von einer "Darlehensschuld" (act. 30 S. 5), einem "Kontokorrentkredit" (act. 30 S. 11 Rz. 6, S. 13, S. 22 Rz. 33) und von einer allfälligen Umwandlung einer "Kontokorrentschuld in eine Darlehensschuld" (act. 30 S. 23 Rz. 2).

Sowohl bezüglich der Gewährung eines allfälligen Darlehens (oder einer allfälligen Umwandlung einer Kontokorrentschuld in ein Darlehen) als auch bezüglich eines allfälligen Kontokorrentkredits begnügt sich die Klägerin damit, auf die entsprechende Rechtsfigur hinzuweisen. Sie unterlässt es, zu diesen Hinweisen entsprechende tatsächliche Behauptungen aufzustellen:

Hinsichtlich eines allfälligen *Darlehens* hätte die Klägerin zur Geltendmachung ihres Rückforderungsanspruchs nach herrschender Meinung sowohl die Hingabe des Kapitals als auch die Rückzahlungsverpflichtung substantiiert zu behaupten und zu beweisen (SCHÄRER/MAURENBRECHER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N 34 zu Art. 318 OR, m.H.a. BGE 83 II 209). Vorliegend hat die Klägerin keinen Sachverhalt behauptet, gestützt auf den das angebliche Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Darlehen qualifiziert werden könnte.

Gleiches gilt auch für die Geltendmachung ihres angeblichen Rückforderungsanspruchs aus einem *Kontokorrentkredit*. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Kontokorrentkredit nicht für sich allein betrachtet werden, sondern stellt vielmehr die Ergänzung zu einem Kontokorrentvertrag dar. Die Vereinbarung eines Kontokorrentkredits liegt dann vor, wenn sich die Parteien im Rahmen eines Kontokorrentvertrags über eine Kreditlimite für die Überziehung des Kontos geeinigt haben (BGE 133 III 295, 302 E. 8.2.). Die Klägerin hat auch diesbezüglich keinen Sachverhalt behauptet, gestützt auf den das (bestrittene) Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Kontokorrentvertrag qualifiziert werden könnte, der zusätzlich die Vereinbarung einer Kreditlimite für die Überziehung des Kontos enthält.

## **2.4. Verjährung einer Saldoforderung**

### **2.4.1. Ausgangslage**

Selbst wenn die angebliche Kontokorrentforderung der Klägerin bestehen würde, hätte die Beklagte gegen die (bestrittene) (Kontokorrent-)Forderung der Klägerin schon mit der Klageantwortschrift die Einrede der Verjährung erhoben (act. 14 S. 3 Rz. 6; act. 34 S. 4 Rz. 11).

### **2.4.2. Rechtliches**

2.4.2.1. Eine Neuerung hat zur Folge, dass die Saldoforderung zur selbständigen Forderung wird. Sie untersteht grundsätzlich der zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR (vgl. BGE 94 II 37, 39 E. 4; AEPLI, a.a.O., N 57 zu Art. 117

OR; GONZENBACH, a.a.O., N 14 zu Art. 117 OR). Die Verjährung beginnt gemäss Art. 130 OR grundsätzlich mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen. Im Zusammenhang mit der novierten Saldoforderung wurde bereits ausgeführt, dass die Neuerungswirkung zwar mit der beidseitigen Anerkennung der Saldoforderung ausgelöst wird; die Neuerungswirkung tritt jedoch rückwirkend auf das Ende der betreffenden Kontokorrentperiode ein. Die Saldoforderung wird daher rückwirkend auf diesen Zeitpunkt fällig (AEPLI, a.a.O., N 64 zu Art. 117 OR).

2.4.2.2. Die Verjährung kann gemäss Art. 135 OR unterbrochen werden. In Art. 135 Ziff. 1 OR sind Unterbrechungshandlungen des Schuldners geregelt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung braucht die Anerkennung einer Forderung, um gemäss Art. 135 Ziff. 1 OR eine die Verjährung unterbrechende Wirkung zu entfalten, nicht zu dem Zwecke erfolgt zu sein, den Verpflichtungswillen zum Ausdruck zu bringen. Grundsätzlich genügt es, dass der Schuldner ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen seiner Meinung Ausdruck gibt, die Schuld bestehe noch (BGE 57 II 583, 583). Eine wirksame Anerkennung setzt grundsätzlich das Verpflichtungsbewusstsein der Schuldnerin, die Bestimmtheit und Kenntnisnahme der Anerkennung sowie Handlungsfähigkeit der Schuldnerin voraus; sie bedarf keiner besonderen Form (BERTI, in: Zürcher Kommentar, Zürich 2002, N 12 zu Art. 135 OR). Die Anerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR muss somit an die Gläubigerin gerichtet sein, dieser zugehen und auch bekannt werden (BERTI, a.a.O., N 12 zu Art. 135 OR; SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I, Bern 1975, S. 355). Denn der gute Glaube der Schuldnerin ist nicht Voraussetzung für die Berufung auf die Verjährung. Das Bewusstsein der Schuldnerin vom Bestehen der Schuld unterbricht deshalb für sich allein die Verjährung noch nicht (BERTI, a.a.O., N 21 zu Art. 135 OR). Damit ist auch gesagt, dass gemäss der wohl herrschenden Lehre durch einen Vermerk in den Büchern der Schuldnerin noch keine Anerkennung erfolgt. Ein Teil der Lehre geht jedoch davon aus, dass eine Anerkennung durch Aufführung in einer der Gläubigerin zugestellten Bilanz erfolgen könne (vgl. anstatt vieler BERTI, a.a.O., N 21 zu Art. 135 OR, mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen).

Art. 135 Ziff. 2 OR befasst sich mit den Unterbrechungshandlungen durch den Gläubiger, wobei vorliegend insbesondere die Verjährungsunterbrechung durch Schuldbetreibung interessiert.

2.4.2.3. Gemäss Art. 142 OR darf die Verjährung vom Richter nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden. Sie ist durch Einrede geltend zu machen. Es ist dabei der Schuldner, welcher für die tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährung die Behauptungs- und Beweislast trägt. Dagegen ist es grundsätzlich Sache des Gläubigers, den Beweis für Hinderung, Stillstand oder Unterbrechung der Verjährung zu erbringen (WALTER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, N 621 f. zu Art. 8 ZGB).

#### 2.4.3. Behauptungen der Parteien und Subsumtion

2.4.3.1. Die Beklagte erhebt gegenüber sämtlichen möglichen Forderungen der Klägerin die Einrede der Verjährung (act. 14 Rz. 6 ff. und Rz. 35 ff.; act. 34 Rz. 21).

2.4.3.2. Zur Begründung der Kontokorrentforderung bezieht sich die Klägerin auf die Bilanz der Beklagten per 31. Dezember 1999 für das Geschäftsjahr 1999 und auf den Zwischenabschluss per 31. August 2000 für das Jahr 2000. Bereits in den rechtlichen Ausführungen wurde ausgeführt, dass die Neuerungskwirkung der novierten Saldoforderung mit der beidseitigen Anerkennung der Saldoforderung ausgelöst wird und rückwirkend auf das Ende der betreffenden Kontokorrentperiode eintritt. Die Saldoforderung wird auf diesen Zeitpunkt auch fällig. Eine Saldoforderung per 31. Dezember 1999 wäre daher – Hinderung, Stillstand und Unterbrechung der Verjährung einmal vorbehalten – im heutigen Zeitpunkt verjährt. Eine Betreuung am 30. August 2010 (vgl. act. 31/10) hätte die Verjährung nicht mehr unterbrechen können, da die Forderung in diesem Zeitpunkt bereits verjährt war.

Dagegen kann die Klägerin auch nicht einwenden, in den auf die Jahre 1999 und 2000 folgenden Jahren müsse die Kontokorrentforderung in den Jahresabschlüssen der Beklagten weiter enthalten gewesen sein und es sei deshalb "jedes Mal

(...) eine Novierung (...), eine Anerkennung des Saldos" eingetreten (act. 30 S. 9). Denn wie gezeigt, muss die Anerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR an die Gläubigerin gerichtet sein, dieser zugehen und bekannt werden. Das Bewusstsein der Schuldnerin vom Bestehen der Schuld unterbricht für sich allein die Verjährung noch nicht. Durch den alleinigen Vermerk in den Büchern der Schuldnerin erfolgt daher noch keine Anerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR. Weitere verjährungsunterbrechende Handlungen werden bis zur Betreibung im Jahre 2010 von der Klägerin nicht behauptet.

2.4.3.3. Es rückt daher der (Zwischen-)Abschluss per 31. August 2000 in den Vordergrund. Denn einzig wenn die Saldoforderung per 31. August 2000 noviert worden wäre, hätte die Verjährung dieser Forderung mit der Betreibung am 30. August 2010 unterbrochen werden können. Eine novierte Saldoforderung per 31. August 2000 konnte von der Klägerin jedoch nicht rechtsgenügend behauptet werden (vgl. dazu vorstehend Ziff. 2.3). Auch im Zusammenhang mit der Frage der Verjährung führt die Klägerin erneut aus, "dass es sich bei der betriebenen Forderung von CHF 602'918.13 um jene Forderung gehandelt" habe, deren "Bestand [sich aus dem] Jahresabschluss 1999 per 31. Dezember, zugestellt am 25. Januar 2001 resp. aus dem Zwischenabschluss vom 22. November 2000" ergebe (act. 30 S. 25 und S. 26). Die Klägerin verkennt auch an dieser Stelle, wie eminent wichtig es wäre, sich festzulegen, auf welche Saldoforderung sie sich bezieht. Denn bezieht sie sich effektiv auf eine Saldoforderung per 31. August 2000, wäre die bisherige Schuld mit der Neuerung untergegangen.

2.4.3.4. Selbst wenn aber eine Saldoforderung per 31. August 2000 entstanden wäre, wäre immer noch zu prüfen, ob die Klägerin die Verjährung überhaupt unterbrochen hat. Denn durch den alleinigen Vermerk in den Büchern der Schuldnerin erfolgt – wie erwähnt – keine Anerkennung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR.

Die Klägerin behauptet Betreibung und Klage (act. 1 S. 1 und S. 6; act. 30 S. 25 ff.). Die Beklagte macht geltend, die in Betreibung gesetzte Forderung habe in ganz offensichtlicher Weise nichts mit der vorliegend geltend gemachten Forderung aus Darlehen/Kontokorrent/Kontokorrentkredit zu tun und sei daher nicht geeignet, die Verjährung zu unterbrechen (act. 14 Rz. 7; act. 34 S. 18 ff.).

Die Verjährung wird – wie erwähnt – durch Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die Betreibung unterbricht die Verjährung aber nur für die geltend gemachte Forderung und den verlangten Betrag (GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2008, Band II, Rz. 3344; BGE 119 II 339, 340).

Der klägerische Zahlungsbefehl gegen die Beklagte über CHF 602'918.13 nebst Zins zu 5% seit 22. Dezember 2000 datiert vom 30. August 2010 (act. 3/10). Bei Forderungsurkunde, Datum und Grund der Forderung steht Folgendes geschrieben:

"Kaufvertrag gültig per 1. September 2000 / Ziffer IV Vergütungen / vorher F. \_\_\_\_\_ ... AG, ... [Adresse]".

Es wird im Zahlungsbefehl also nicht auf die eingeklagte Kontokorrentforderung Bezug genommen. Vielmehr wird auf den Kaufvertrag Ziffer IV, Vergütungen, Bezug genommen. Die Klägerin ist weder Partei noch Begünstigte dieses Kaufvertrags. Wenn man noch das klägerische Schreiben vom 26. August 2010 (act. 3/9a) ansieht, so nimmt die Klägerin dort auf die Forderung aus dem Kaufvertrag gegen D. \_\_\_\_\_ auf Einbringung eines Bardarlehen in die Beklagte (zwecks Ablösung derer Verpflichtungen KK Aktionäre an die Verkäufer, das ist aber nur der Zweck der Bardarlehen) Bezug und erklärt zum Schluss, sie habe nun Betreibung eingeleitet. Das verdeutlicht letztlich noch den Rechtsgrund der in Betreibung gesetzten Forderung. Und das sind nicht die vorliegend mit der Replik geltend gemachten Kontokorrentforderungen. Die Klägerin hat – wie vorstehend bereits dargelegt wurde – nachdem sie ihre Forderung in ihrer Klageschrift noch mit einem Kaufvertrag über die Aktien der Beklagten zwischen A. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ einerseits sowie D. \_\_\_\_\_ andererseits betreffend Aktien der "B. \_\_\_\_\_ AG" vom 31. Juli 2000 verknüpft hatte, diesen Standpunkt in ihrer Replik aufgegeben und präzisiert, dass sie sich zur Begründung ihres Anspruchs nur noch auf eine Kontokorrentforderung aus einem (bestrittenen) *Kontokorrentverhältnis* zwischen ihr und der Beklagten berufe (vgl. act. 30 S. 2, S. 22). Der Kaufvertrag vom

31. Juli 2000 sei gemäss den klägerischen Ausführungen in der Replik "nur zum Beweis für das Bestehen einer Schuld" eingereicht worden (act. 30 S. 22 Rz. 1). Da es selbst der Klägerin in der Klagebegründung nicht klar war, auf welchen Sachverhalt und auf welchen Rechtsgrund sie ihre Forderung stützen wollte, konnte sich erst Recht auch für die Beklagte nicht eindeutig ergeben, auf welchen Forderungsgrund sich die Klägerin vorliegend stützen wollte. Es ist der Beklagten – und darin ist der beklagtischen Ansicht zu folgen – nicht zuzumuten, über eine angebliche Kontokorrentforderung besser Bescheid zu wissen, als die Klägerin, welche zuerst auf einen Kaufvertrag unter Dritten verweist, die Forderung mit ihrem Schreiben anschliessend als Darlehen kündigt und letztlich in der Replik auf eine angebliche Kontokorrentforderung reduziert (vgl. act. 34 S. 12 Rz. 44). Das Betreibungsbegehren der Klägerin vermochte daher die Verjährung für die vorliegend geltend gemachte Forderung nicht zu unterbrechen. Selbst wenn die Klägerin daher eine Saldoforderung per 31. August 2000 darlegen könnte, wäre diese verjährt.

## **2.5. Fazit**

Aufgrund der widersprüchlichen Ausführungen der Klägerin ist es vorliegend nicht möglich, einen Sachverhalt zu erstellen, über welchen Beweis abgenommen oder gegen welchen der Gegenbeweis angetreten werden könnte. Selbst wenn die Vorbringen der Klägerin tauglich wären, die angebliche Kontokorrentforderung zu beweisen, wäre sie verjährt. Die Klage ist daher abzuweisen.

## **3. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

3.1. Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Klägerin somit kosten- und entschädigungspflichtig.

3.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren gleichen Datums (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des zürcherischen Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Der Streitwert wird in erster Linie durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 ZPO) und beträgt demnach vorliegend CHF 602'918.13 (act. 1 S. 2).

3.2.1. In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des Aufwandes rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um einen Drittel zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Sie beträgt CHF 30'000.–, ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab aus dem von den Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 30'500.– zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.2.2. Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. Die Grundgebühr ist mit der Beantwortung der Klage verdient, wobei auch der Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung abgedeckt wird; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung an die Beklagte ist vorliegend zu berücksichtigen, dass eine Vergleichsverhandlung stattfand und die Beklagte zwei Rechtsschriften einreichte (§§ 4 und 11 AnwGebV). Die genannten Faktoren führen in Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von CHF 32'000.–, die vorliegend der Beklagten ausgangsgemäss zuzusprechen ist.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (Praxisänderung

des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005; ZR 104 [2005] Nr. 76, SJZ 101 [2005] 531 ff.). Die Beklagte beantragt, die Klägerin zur Zahlung einer Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu verpflichten (act. 14 S. 2), ohne das Vorliegen der für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Daher ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 32'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 602'918.13.

Zürich, 15. Juli 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

David Egger