



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Oberrichterin Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Rudolf Dürst, Ivo Eltschinger und Dr. Martin Liebi sowie die Gerichtsschreiberin Livia Schlegel

Beschluss und Teilurteil vom 6. Februar 2025

in Sachen

A. _____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2. _____

gegen

1. ...

2. B. _____ AG,
Beklagte

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren betreffend Beklagte 2:

Gemäss Klageschrift (act. 1 S. 2):

- "1. [...]
2. Es sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen:
 - CHF 3'900'000;
 - CHF 56'866.16; sowie
 - Verzugszins zu 5% p.a. auf CHF 3'900'000 seit 1. Januar 2021.
3. [...]
4. Es sei in der Betreuung Nr. 1 des Betreuungsamts der Region Maloja gegen die Beklagte 2 der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Gemäss Replik (act. 45 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte 2 zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen:
 - CHF 3'900'000;
 - CHF 56'866.16; sowie
 - Verzugszins zu 5% p.a. auf CHF 3'900'000 seit 1. Januar 2021.
2. Es sei in der Betreuung Nr. 1 des Betreuungsamts der Region Maloja gegen die Beklagte 2 der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten 2."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die eine Privatbank betreibt (vgl. act. 3/6 und 9). Die Beklagte 2 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich (ursprünglich C. _____), welche die Finanzierung von Unternehmen und Projekten aller Art bezweckt und ursprünglich unter B'._____ AG firmierte (vgl. act. 3/8

und act. 88/30). Bis zu ihrem Verkauf am 28. November 2018 an die D._____ AG war die Beklagte 2 eine 100%-ige Tochtergesellschaft der ehemaligen Beklagten 1, der E._____ AG, einer Gesellschaft ebenfalls mit Sitz in C._____, welche die Beteiligung an Unternehmen aller Art im In- und Ausland bezweckt (act. 9 Rz. 8; act. 11/4). Einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der früheren Beklagten 1 und der Beklagten 2 war im hier relevanten Zeitraum F._____ (act. 3/7-8).

b. Prozessgegenstand

Die Beklagte 2 erwarb im Jahr 2017 in G._____ Grundstücke, um mit der Beklagten 1 das Hotelprojekt "H._____" zu realisieren. Aus dem damaligen Hotel H._____, welches sich dort befand, sollte nach einem Totalumbau das "H'._____" entstehen. Für die Finanzierung des Kaufpreises gewährte die Klägerin der ehemaligen Beklagten 1 einen Hypothekarkredit in Höhe von CHF 3.9 Mio. (act. 3/12). Zur Sicherung des Kredits der früheren Beklagten 1 schloss die Beklagte 2 mit der Klägerin einen Vertrag über die Errichtung eines Register-Schuldbriefs über CHF 3.9 Mio. zulasten dieser Grundstücke (act. 3/3). Die Beklagte 2 verpflichtete sich mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 28. September 2017 (act. 3/4 bzw. vom 7. Dezember 2017/7. Februar 2018, act. 3/5) zur Übertragung des Register-Schuldbriefs an die Klägerin. Dieser wurde am 4. Oktober 2017 im Nominalbetrag von CHF 3'900'000.– mit der Klägerin als Gläubigerin an erster Pfandstelle der betreffenden Grundstücke im Grundbuch eingetragen (act. 3/25).

Nachdem die ehemalige Beklagte 1 seit Ende 2019 mit der Zahlung der vereinbarten Hypothekarzinsen in Verzug geraten war, kündigte die Klägerin nach zweimaliger Mahnung die Hypothek sowie den Register-Schuldbrief mit Schreiben vom 23. Juni 2020 (act. 3/37). In der Folge betrieb die Klägerin die einstige Beklagte 1 für den Hypothekarkredit auf Konkurs und die Beklagte 2 für die Schuldbriefforderung auf Verwertung des Grundpfandes. Beide erhoben Rechtsvorschlag (vgl. act. 3/91-92).

Am 15. August 2022 erhob die Klägerin hierorts Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG), mit welcher sie von der ehemaligen Beklagten 1 die Rückzahlung des Hypothekarkredits samt aufgelaufenen Hypothekar- und Verzugszinsen und gegen-

über der Beklagten 2 die Bezahlung der Schuldbriefforderung samt Zinsen verlangte, je unter Beseitigung des Rechtsvorschlags. Mit Säumnisteilurteil vom 24. Januar 2023 (act. 16) wurde die Klage gegen die Beklagte 1 gutgeheissen. Die Beklagte 2 beantragt die Abweisung der Klage mit der Begründung, dass das Grundgeschäft sowie die Sicherungsübereignung formungültig und Letztere aufgrund gesellschaftsrechtlich unzulässiger Interzession nichtig sei.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 15. August 2022 (act. 1, act. 2 und act. 3/1-92) machte die Klägerin ihre Klage gegen die ursprünglich zwei Beklagten hierorts anhängig. Mit Verfügung vom 18. August 2022 (act. 4) wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 100'000.– zu leisten. Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses wurde den Beklagten mit Verfügung vom 13. September 2022 (act. 7) je Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Die Klageantwort der Beklagten 2 ging mit Eingabe vom 14. November 2022 (act. 9, act. 10 und act. 11/2-7) fristgerecht ein. Die Beklagte 1 reichte auch innert Nachfrist keine Klageantwort ein (act. 12). Mit Schreiben vom 23. November 2022 (act. 14 und act. 15) zeigte I._____, Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der Beklagten 2, an, den bisherigen Rechtsvertretern der Beklagten 2, Dr. Y1._____ und Dr. Y2._____, das Mandat entzogen zu haben. Mit Teilurteil vom 24. Januar 2023 (act. 16) wurde die Klage betreffend die Beklagte 1 gutgeheissen und diese verpflichtet, der Klägerin CHF 3'900'000.– zuzüglich Zins sowie CHF 56'866.16 zu bezahlen. Ausserdem wurde der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2, Betreibungsamt Höfe SZ, beseitigt. Dieses Teilurteil ist in Rechtskraft erwachsen. Daraufhin wurde die frühere Beklagte 1 aus dem Rubrum entfernt.

Mit Eingabe vom 31. Januar 2023 (act. 18) beantragten die Rechtsanwälte Dr. Y1._____ und Dr. Y2._____, das Schreiben von I._____ als unbeachtlich aus dem Recht zu weisen, eventualiter das Verfahren zu sistieren. Mit Verfügung vom 1. Februar 2023 (act. 20) wurde den im Verfahren verbliebenen Parteien das rechtliche Gehör gewährt, woraufhin die Klägerin mit Eingabe vom 17. Februar 2023 (act. 22 und act. 23) Stellung nahm. Mit Verfügung vom 1. März 2023 (act. 24) wurde auf die Anträge von Dr. Y1._____ und Dr. Y2._____ nicht eingetreten. Mit

Verfügung selben Tages (act. 26) wurde der Sistierungsantrag der Klägerin abgewiesen. Mit Eingabe vom 6. März 2023 (act. 28) ersuchten Dr. Y1._____ und Dr. Y2._____ um Wiedererwägung der Verfügung vom 1. März 2023, auf welches Gesuch mit Verfügung vom 7. März 2023 (act. 30) nicht eingetreten wurde. Mit Verfügung vom 14. März 2023 wurde der Klägerin die Klageantwort der Beklagten 2 zugestellt und die Prozessleitung an Instruktionsrichterin Noëlle Kaiser Job delegiert. Mit Schreiben vom 14. März 2023 (act. 35, act. 36 und act. 37/2-3) zeigte Rechtsanwalt Y3._____ die Vertretung der Beklagten 2 an. In der Folge beantragte die Klägerin (act. 41), einstweilen auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung zu verzichten. Mit Verfügung vom 25. Mai 2023 (act. 23) wurde der Klägerin folglich Frist zur Erstattung der Replik angesetzt, welche mit Eingabe vom 30. August 2023 (act. 45 und act. 46/93-83) fristgerecht einging. Mit Verfügung vom 4. September 2023 (act. 47) wurde der Beklagten 2 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt. Mit Eingabe vom 4. Oktober 2023 (act. 49, act. 50 und act. 51) ersuchte die D._____ AG, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y1._____, um Zulassung zur Nebenintervention und Sistierung des Verfahrens. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2023 (act. 52) wurden der Klägerin und der Beklagten 2 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Am 6. November 2023 ging hierorts die Duplik der Beklagten 2 (act. 57) ein. Nach längerem Schriftenwechsel zu den Anträgen der D._____ AG (act. 54, act. 55, act. 59, act. 60/1, act. 62, act. 63 (act. 64, act. 65/33-34 und act. 66) wurde mit Verfügung vom 19. Dezember 2023 (act. 67) das Gesuch der D._____ AG um Zulassung als Nebenintervenientin zugunsten der Beklagten 2 abgewiesen und auf ihre prozessualen Anträge nicht eingetreten bzw. diese als durch Rückzug erledigt abgeschrieben. Diese Verfügung wurde nicht angefochten. Mit separater Verfügung vom 19. Dezember 2023 (act. 69) wurde der Klägerin die Duplik zugestellt und der Aktenschluss festgestellt. Am 21. Mai 2024 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 37 f.). Weitere Eingaben zur Sache erfolgten keine. Mit Eingabe vom 26. November 2024 legitimierte sich Rechtsanwalt Y4._____ als neuer Vertreter der Beklagten 2 (act. 77-78; vgl. auch act. 72-73).

Mit Verfügung vom 28. November 2024 (act. 74) wurde der Klägerin und der Beklagten 2 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie – unter Vorbehalt eines allfälligen

Beweisverfahrens – auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) verzichten. Mit Eingabe vom 29. November 2024 (act. 76) erklärte die Klägerin den Verzicht. Mit Eingabe vom 5. Dezember 2024 erklärte die Beklagte 2, auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung zu bestehen (act. 79). Am 19. Dezember 2024 (act. 80) wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 6. Februar 2025 vorgeladen. Mit Eingabe vom 3. Februar 2025 (act. 82) zeigte die Beklagte 2 einen Anwaltswechsel an und ersuchte um Abnahme der Hauptverhandlung. Mit Verfügung vom 4. Februar 2025 (act. 84) wurde Rechtsanwalt Dr. Y1. _____ als neuer Vertreter der Beklagten 2 ins Rubrum aufgenommen und deren Gesuch um Abnahme der Hauptverhandlung vom 6. Februar 2025 abgewiesen. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung Gelegenheit gegeben würde, sich zu den beklagtischen Ausführungen betreffend Nichtigkeit von Prozesshandlungen zu äussern. Mit Eingabe vom 5. Februar 2025 (act. 87) beantragte die Beklagte 2 (super-)provisorisch eine Handelsregistersperre (bezüglich sich selbst). Mit Eingabe selben Tages (act. 89) verlangte die Beklagte 2 die Verfahrenssistierung, eventualiter eine Terminverschiebung. Mit Beschluss vom 6. Februar 2025 (act. 91) wurde auf das Massnahmebegehren der Beklagten 2 nicht eingetreten. Der Beschluss wurde vor Beginn der Hauptverhandlung eröffnet und übergeben. Anschliessend wurden sämtliche prozessualen Anträge (Verfahrenssistierung, eventualiter Terminverschiebung) der Beklagten 2 vom 5. Februar 2025 mit Präsidialverfügung vom gleichen Tag abgewiesen. Diese Verfügung wurde mündlich eröffnet und erläutert. Sodann fand die Hauptverhandlung statt, an welcher die Parteien ihre Parteivorträge erstatteten und die Klägerin überdies zu den beklagtischen Noven (in act. 82) Stellung nehmen konnte. Dabei erneuerte die Beklagte 2 ihre Anträge auf Anordnung einer Handelsregistersperre, Verfahrenssistierung und Terminverschiebung (Prot. S. 45 ff.).

Da sämtliche bisher mitwirkenden Handelsrichter bzw. die Handelsrichterin zufolge Erkrankung bzw. Ausscheidens aus dem Amt nicht mehr am vorliegenden Verfahren mitwirken können, mussten alle drei ersetzt werden.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die Parteien haben im Vertrag über die Errichtung eines Register-Schuldbriefs vom 27./29. September 2017 als einzigen Gerichtsstand Zürich vereinbart (act. 3/3 S. 9 Ziff. 5). Die Beklagte 2 hat die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht bestritten und sich damit eingelassen (Art. 18 ZPO). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist auch sachlich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH).

1.2. Nichtigkeit von Prozesshandlungen

1.2.1. Die Beklagte 2 machte mit Eingabe vom 3. Februar 2025 (act. 82) geltend, dass sämtliche von I. _____ (bzw. seinen Rechtsvertretern) vermeintlich für die Beklagte 2 veranlassten Prozesshandlungen nichtig seien und einem massiven Interessenkonflikt unterlägen, weshalb der Beklagten 2 aus Gründen der Verfahrensfairness die Nachholung dieser Prozesshandlung zu ermöglichen sei.

1.2.2. Die Klägerin führte dazu anlässlich der Hauptverhandlung aus, dass I. _____ vom tt.mm.2022 bis zur Löschung am tt.mm.2025 als einziger Verwaltungsrat der Beklagten im Handelsregister eingetragen gewesen sei, weshalb er in diesem Zeitraum zur Vertretung der Beklagten 2 befugt gewesen sei. Das Gericht habe sich auf die sich aus dem Handelsregister ergebende Berechtigung verlassen können. Schliesslich sei selbst die Beklagte 2 von der gültigen Wahl von I. _____ ausgegangen, andernfalls am 22. Dezember 2023 nicht ein Beschluss zur Abwahl desselben (act. 83/8) hätte gefällt werden können (act. 92 S. 2 f.).

1.2.3. Die Frage, welche Person(en) berechtigt ist bzw. sind, eine Aktiengesellschaft im Verfahren zu vertreten, ist Teil ihrer Prozessfähigkeit, welche Prozessvoraussetzung bildet (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO; BGE 141 III 80 E. 1.3). Bei einer Aktiengesellschaft sind in erster Linie die im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des Verwaltungsrates legitimiert, die Gesellschaft vor Gericht zu vertreten bzw.

durch einen Anwalt vertreten zu lassen (BGE 141 III 80 E. 1.3; BGer 4A_93/2015 vom 22. September 2022, E. 1.2.1).

1.2.4. Vorliegend wurden die im Prozess eingereichten Vollmachten (act. 10 A+B, 36, 78 und 83/1) jeweils von dem im massgeblichen Zeitpunkt im Handelsregister eingetragenen einzelzeichnungsberechtigten Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten 2 ausgestellt. Das Gericht muss sich auf das Handelsregister verlassen können, um zu wissen, wer für die Beklagte 2 jeweils rechtsgültig handeln und einen Rechtsvertreter bevollmächtigen kann; andernfalls würde es einen "Prozess im Prozess" eröffnen, was unter Umständen Jahre bis zur endgültigen Klärung dauern würde (vgl. auch act. 91). Solches ist gerade auch der klagenden Partei nicht zuzumuten, die in interne gesellschaftsrechtlichen Konflikte nicht involviert ist und einen verfassungsmässig geschützten Anspruch auf beförderliche Behandlung ihrer Streitsache durch das zuständige Gericht hat (Art. 29 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 124 ZPO).

1.2.5. Somit waren die Rechtshandlungen von I._____ und der von diesem mandatierten Rechtsvertreter für die Beklagte 2 jeweils rechtsgültig.

1.2.6. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass bereits die Klageantwort vom aktuellen Rechtsvertreter der Beklagten 2, Rechtsanwalt Dr. Y1._____, verfasst worden war und dieser lediglich den Umfang der vom zwischenzeitlich durch I._____ mandatierten Rechtsvertreter der Beklagten 2 verfassten Duplik rügt. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden, ergeht der Entscheid in der Sache nicht zur Folge mangelnder tatsächlicher Bestreitungen der Beklagten 2. Ein allfälliger Vertretungsmangel hinsichtlich der Duplik würde sich somit ohnehin nicht zulasten der Beklagten 2 auswirken.

1.3. Wiedererwägungsgesuche der Beklagten 2

1.3.1. Anlässlich der Hauptverhandlung erneuerte die Beklagte 2 ihr Massnahmebegehren betreffend Handelsregistersperre sowie ihre Anträge auf Verfahrenssistierung, eventualiter Terminverschiebung (Prot. S. 45 ff.). Diese wiederholten Anträge sind sinngemäss als Wiederwägungsgesuche betreffend den Beschluss und die Präsidialverfügung, beide vom 6. Februar 2025, zu betrachten.

1.3.2. Auf die sinngemässen Wiedererwägungsgesuche ist mangels neuer Vorbringen bzw. Darlegung veränderter Verhältnisse seit Erlass des Beschlusses bzw. der Präsidialverfügung nicht einzutreten (vgl. BGer 5A_299/2015 vom 22. September 2015, E. 3.3; Beschluss des OGer ZH RZ190010 vom 10. September 2019). Selbst wenn auf die Wiedererwägungsgesuche einzutreten wäre, wären sie abzuweisen, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

1.3.3. Die Beklagte 2 rügt eine Verletzung des Rechts auf Gehör und auf ein faires Verfahren (act. 93 Rz. 2). Ein Tag sei nicht genug Vorbereitungszeit für die Akteneinsicht, die Orientierung im Verfahren, die Nachholung von nichtigen Verfahrenshandlungen, die Prüfung von Noven und Beweismitteln der klägerischen Replik, die Möglichkeit zu Bestreiten und zu Substantiieren, die Beibringung eigener Beweismittel und das Stellen von eigenen Beweisanträgen (act. 93 Rz. 22).

1.3.4. Das Gericht kann einen Erscheinungstermin aus zureichenden Gründen verschieben, wenn es vor dem Termin darum ersucht wird (Art. 135 lit. b ZPO). Die Gründe für die Verschiebung liegen im freien Ermessen des Gerichts, das jedoch seine Grenzen in der Wahrung des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör, der Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes und dem Verbot der Rechtsverweigerung findet. Das bedeutet, dass das Gericht eine Interessenabwägung vornehmen muss, um einerseits eine zügige Abwicklung des Prozesses zu gewährleisten und andererseits das rechtliche Gehör der Parteien zu garantieren; dabei muss es insbesondere die mögliche Dringlichkeit, den Gegenstand der Verhandlung, die Schwere des Grundes für die Nichtverfügbarkeit und die Schnelligkeit bei der Bekanntgabe des Verschiebungsgrundes berücksichtigen (BGer 5A_715/2018 vom 21. Mai 2019, E. 4.1; 5A_293/2017 vom 5. Juli 2017, E. 4.2).

1.3.5. Wie bereits in den Verfügungen vom 4. und 6. Februar 2025 (act. 84; Prot. S. 46) ausgeführt, überwiegt vorliegend das Interesse an einem zügigen Abschluss des Prozesses das Interesse der Beklagten 2 an der Verschiebung der Hauptverhandlung. Anlässlich dieser können ohnehin nur noch Noven tatsächlicher Natur vorgebracht werden, da der Aktenschluss bereits stattgefunden hat (vgl. act. 81). Die Beklagte 2 musste deshalb weder irgendwelche Verfahrenshandlungen nachholen noch auf die Replik der Klägerin eingehen. Zudem ist im vorliegenden Verfahren der relevante Sachverhalt nicht strittig und sind vorwiegend Rechtsfragen zu beurteilen.

1.3.6. Betreffend den wiederholten Antrag auf Verfahrenssistierung kann auf die Begründung der Präsidialverfügung vom 6. Februar 2025 (Prot. S. 46) verwiesen werden. Das vorliegende Verfahren ist bereits spruchreif, weshalb eine solche nicht als zweckmässig erscheint. Schliesslich bildet die Klärung der Eigentumsverhältnisse der Beklagten 2 Gegenstand hängiger Verfahren, deren Abschluss zurzeit nicht absehbar ist.

1.3.7. In Bezug auf das wiederholte Gesuch um Handelsregistersperre kann vollumfänglich auf die Erwägungen im Beschluss vom 6. Februar 2025 (act. 91) verwiesen werden.

2. Schuldbriefforderung

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten 2 eine Schuldbriefforderung von CHF 3.9 Mio. zuzüglich Zins gestützt auf einen Registerschuldbrief lastend auf Grundstücken der Beklagten 2 in G._____ geltend.

2.1. Errichtung des Schuldbriefs

2.1.1. Durch die Errichtung eines Schuldbriefs wird eine neue Forderung begründet und durch ein Grundpfand sichergestellt (Art. 842 Abs. 1 ZGB). Das Gesetz vermutet, dass die Schuldbriefforderung neben die zu sichernde Forderung aus dem Grundverhältnis tritt (Art. 842 Abs. 2 ZGB; keine Novation). Zur Errichtung eines Schuldbriefs muss die Schuldnerin abstrakt erklären, der namentlich genannten Gläubigerin eine bestimmte Summe zu schulden (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 842

N 13). Bei vertraglicher Errichtung des Schuldbriefs muss der Eigentümer die Verpfändungserklärung in öffentlicher Urkunde abgeben (Art. 799 Abs. 2 ZGB). Entweder wird die Pfandforderung im Grundbuch als Buchforderung eingetragen (sog. Register-Schuldbrief; Art. 857 ff. ZGB) oder wird über die Pfandforderung wie auch über das Pfandrecht vom Grundbuchamt ein Wertpapier ausgestellt (sog. Papier-Schuldbrief; Art. 860 ff. ZGB). Der Register-Schuldbrief entsteht mit der Eintragung in das Grundbuch (Art. 857 Abs. 1 OR).

2.1.2. Der vorliegende Register-Schuldbrief wurde gültig errichtet. So schlossen die Klägerin und die Beklagte 2 am 27./29. September 2017 einen öffentlich beurkundeten Vertrag über die Errichtung eines Register-Schuldbriefes, in welchem die Beklagte 2 die Schuld von CHF 3.9 Mio. gegenüber der Klägerin anerkannte und das Pfand bestellte (act. 3/3; act. 1 Rz. 37; act. 9 Rz. 25). Der Registerschuldbrief wurde am 4. Oktober 2017 mit der Klägerin als Gläubigerin an erster Pfandstelle im Grundbuch eingetragen (act. 3/3 und 25; act. 1 Rz. 38; act. 9 Rz. 94).

2.2. Sicherungsübereignung

2.2.1. Bei der Sicherungsübereignung tritt die im Schuldbrief verkörperte Forderung neben die zu sichernde Forderung hinzu. Man unterscheidet daher zwischen der durch das Grundpfand sichergestellten, im Schuldbrief verkörperten abstrakten Forderung (Schuldbriefforderung) und der sich aus dem Grundverhältnis (meist Darlehensvertrag) ergebenden kausalen Forderung, für welche der Schuldbrief als Sicherheit übereignet worden ist. Diese beiden Forderungen sind voneinander unabhängig, aber durch die Sicherungsabrede miteinander verknüpft: Die im Schuldbrief verkörperte abstrakte Forderung ist dazu bestimmt, die kausale Forderung zu verdoppeln, um deren Einziehung zu erleichtern und sicherzustellen. Mit der Sicherungsübereignung erhält die Gläubigerin das Recht, neben bzw. anstelle der kausalen Forderung die Schuldbriefforderung geltend zu machen (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden KSK 17 43 vom 27. November 2017, E. II.5.1. ff.; BGE 140 III 180 E. 5.1). Beim Register-Schuldbrief sollte allerdings statt von einer Sicherungsübereignung von einer Sicherheitseintragung gesprochen werden, da kein Titel besteht, der übereignet werden könnte (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 842 N 43 und 45). Nur die im Schuldbrief verkündete und durch das Grundpfand sichergestellte abs-

trakte Forderung kann Gegenstand einer Betreibung auf Grundpfandverwertung sein, während die Vollstreckung der kausalen Forderung auf dem Weg der gewöhnlichen Betreibung zu geschehen hat.

2.2.2. Vorliegend verpflichtete sich die Beklagte 2 mit Sicherungsübereignungsvertrag vom 28. September 2017 (act. 3/4 bzw. vom 7. Dezember 2017, act. 3/5) zur Übertragung des Register-Schuldbriefs an die Klägerin. Ob die Sicherungsübereignung gültig erfolgte, ist nachfolgend zu prüfen.

3. Einrede der Formungültigkeit

3.1. Die Schuldnerin kann sich bezüglich der Schuldbriefforderung gegenüber der Gläubigerin auf die sich aus dem Grundverhältnis ergebenden persönlichen Einreden berufen (Art. 842 Abs. 3 ZGB). Dabei ist auch die das Grundverhältnis mit der Schuldbriefforderung verknüpfende Sicherungsvereinbarung umfasst (BGer 4A_559/2019 vom 12. Mai 2020, E. 2.2.2; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 842 N 65).

3.2. Die Beklagte 2 stellt sich auf den Standpunkt, dass der Rahmenkreditvertrag und der Sicherungsübereignungsvertrag vom 28. September 2017 formungültig seien. So enthalte der Rahmenkreditvertrag vom 28. September 2017 (act. 3/1) in Ziffer 22 einen Schriftformvorbehalt, sei jedoch von der Klägerin nicht unterzeichnet worden (act. 9 Rz. 21 und 42 ff.). Der Sicherungsübereignungsvertrag vom 28. September 2017 (act. 3/4) sei von der Klägerin ebenfalls nicht unterschrieben worden, obschon ein entsprechendes Unterschriftenfeld vorgesehen gewesen sei (act. 9 Rz. 24 und 48).

3.3. Die Klägerin entgegnet, dass der mit Rahmenvertrag vom 28. September 2017 (act. 3/1) bzw. Hypothekarvereinbarung vom 5. Oktober 2017 (act. 3/26) gewährte Hypothekarkredit von CHF 3.9 Mio. der ehemaligen Beklagten 1 am 5. Oktober 2017 durch die Klägerin ausbezahlt worden sei (act. 45 Rz. 18; act. 3/27). Bis zum Verzug im November 2019 habe die Klägerin monatlich die Hypothekarzinsen dem Kontokorrentkonto G._____ belastet, auf welches die einstige Beklagte 1 regelmässig Überweisungen getätigt habe (act. 45 Rz. 20; act. 3/27, 95-97, 33). Sie und die frühere Beklagte 1 hätten den Rahmenvertrag vom 28. September 2017

(act. 3/1) somit über mehr als zwei Jahre vorbehaltlos erfüllt (act. 45 Rz. 21). Der Sicherungsübereignungsvertrag enthalte keinen Schriftformvorbehalt. Zudem sei die Sicherungsübereignung des Schuldbriefs an die Klägerin erfolgt, ohne dass die Beklagte 2 als Sicherheitengeberin auf der Erfüllung angeblicher vertraglicher Formvorschriften bestanden hätte. Die Auszahlung des Hypothekarkredits durch die Klägerin habe nur erfolgen können, soweit eine gültige Sicherheit bestellt worden sei (act. 45 Rz. 25 ff.).

3.4. Haben die Parteien einen Formvorbehalt vereinbart, stellt Art. 16 Abs. 1 OR die Vermutung auf, dass die Parteien vor Erfüllung der Form nicht verpflichtet sein wollen. Die Vermutung kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass die Parteien eine bloße Beweisform vereinbart haben oder, dass der Vertrag durch übereinstimmenden Abschlusswillen trotz Nichteinhaltung der vereinbarten Form zustande gekommen ist (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 6). Der vertragliche Formvorbehalt kann ausserdem jederzeit formfrei aufgehoben werden. Eine Aufhebung ist auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln möglich, wie insbesondere dann, wenn sich die Parteien über die vereinbarte Form hinwegsetzen oder den Vertrag vorbehaltlos erfüllen (BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 16 N 10, m.H.). Die Sicherungsabrede bedarf keiner besonderen Form (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 842 N 53).

3.5. Die Klägerin und die Beklagte 1 haben den Rahmenvertrag vom 28. September 2017 (act. 3/1) vorbehaltlos erfüllt (vgl. auch Kontoauszüge act. 3/27, 95-97, 33), weshalb der entsprechende Formvorbehalt konkludent aufgehoben wurde. Ohne Sicherungsübereignung wäre die Hypothek nicht ausbezahlt worden, weshalb der Formvorbehalt – sollte ein solcher je bestanden haben – auch betreffend Sicherungsübereignungsvertrag aufgehoben wurde. Weshalb die konkludente Aufhebung, wie von der Beklagten 2 vorgebracht (act. 57 Rz. 2), nur gegenüber der früheren Beklagten 1 hätte gelten sollen, ist nicht nachvollziehbar. So ist nur die einstige Beklagte 1, nicht die Beklagte 2, Partei des Rahmenvertrags (act. 3/1), weshalb Erstere den Vertrag erfüllen musste. Mangels Formungültigkeit des Rahmenkreditvertrags und des Sicherungsübereignungsvertrags vom 28. September 2017 ist diese Einrede unbeachtlich.

3.6. Schliesslich bleibt anzumerken, dass die Parteien die angepassten Vertragsdokumente – nach Rückzahlung der Kredite für die hier nicht weiter interessierenden Projekte "J._____" und "K._____" (vgl. act. 1 Rz. 43 f.) – vom 7. Dezember 2017 / 7. Februar 2018 (act. 3/2 und act. 3/5) allesamt unterzeichneten. Im angepassten Rahmenvertrag wurde nur noch die Kreditsumme von CHF 3.9 Mio. für das Projekt Hotel H.____ (act. 3/2) und im angepassten Sicherungsübereignungsvertrag wurden nur noch die Beklagte 2 als Sicherungsgeberin und der vorliegend relevante Schuldbrief aufgeführt (act. 3/5).

3.7. Die Gültigkeit der Forderungsabtretungen vom 28. September 2017 bzw. 7. Dezember 2017 (vgl. act. 3/23 und act. 3/32) ist für die vorliegend geltend gemachte Schuldbriefforderung irrelevant.

4. Einrede des Interzessionsgeschäfts

Die Beklagte 2 ist der Ansicht, dass der Sicherungsübereignungsvertrag vom 28. September 2017 (bzw. 7. Dezember 2017) ein unzulässiges Interzessionsgeschäft von ihr, der damaligen Tochtergesellschaft, zu Gunsten ihrer damaligen Muttergesellschaft, der früheren Beklagten 1, dargestellt habe. Durch den Sicherungsübereignungsvertrag sei gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung verstossen worden (act. 9 Rz. 49 ff. und 91 ff.). Zudem sei die Klägerin bösgläubig in Bezug auf die mangelnde Vertretungsbefugnis von F.____ gewesen (act. 9 Rz. 61 ff.).

4.1. Upstream-Sicherheiten

4.1.1. Wird ein Kredit, welcher die Bank einer Konzernmuttergesellschaft gewährt, durch eine Drittsicherheit von deren Tochtergesellschaft besichert, bezeichnet man diese Sicherheit als sogenannte Upstream-Sicherheit (GRÜNENFELDER, Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten, SSHW Band/Nr. 287, S. 1). Gemäss Bundesgericht gilt das Trennungsprinzip, wonach alle Konzerngesellschaften juristisch selbständig sind und Rechtsgeschäfte unter Konzerngesellschaften einem Drittvergleich standhalten müssen (Grundsatz des *Dealing at Arm's*

Length; BGE 138 II 57 E. 4.1; WOLF, Das Einlagerückgewährsverbot bei Interzessionen im Konzern, Jusletter 25. April 2022).

4.1.2. Bei der Beurteilung, ob eine Drittsicherheit einem Drittvergleich standhält, ist zwischen Valuta-, Sicherungs- und Deckungsverhältnis zu unterscheiden. Als Valutaverhältnis wird üblicherweise das Verhältnis zwischen der kreditgebenden Bank und der Borgergesellschaft, also das eigentliche Kreditverhältnis bezeichnet. Das Sicherungsverhältnis betrifft die Beziehung zwischen der Bank und der Sicherheitgeberin, und das Deckungsverhältnis ist jenes zwischen der Borgergesellschaft und der Sicherheitgeberin. Bei der Besicherung der Forderungen einer Bank werden das Valuta- und das Sicherungsverhältnis vermutungsweise immer Drittbedingungen entsprechen, da diese mit der Bank abgeschlossen werden, die nicht zum Konzern gehört. Nicht zwingend ist dies beim Deckungsverhältnis, also im Verhältnis zwischen der Borgergesellschaft und der Sicherheitgeberin. Das Deckungsverhältnis umfasst insbesondere das Auftragsverhältnis zur Bestellung der Drittsicherheit, die Entschädigung für die Drittsicherheit sowie – soweit nicht eine gesetzliche Subrogation stattfindet – den Rückforderungsanspruch der Sicherheitgeberin gegenüber der Borgergesellschaft im Falle der Verwertung der Drittsicherheit (GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011 S. 229 ff., 232 f.).

4.1.3. Bei einer Drittpfandverwertung kann oder will die Muttergesellschaft die besicherte Forderung bei Fälligkeit nicht bedienen. Wenn der Ausgleichsanspruch der Sicherheitgeberin gegenüber der Muttergesellschaft nicht werthaltig ist, können Kapitalschutznormen tangiert sein. Je nachdem, in welche Eigenkapitalposition bei der Sicherheitgeberin eingegriffen wird, kann eine Gewinnausschüttung, eine Verletzung der Reservevorschriften oder eine verbotene Kapitalrückgewähr vorliegen (FISCHER/GENOUD, Schrankenlose Drittsicherheiten im Konzern: Es geht auch bei Upstream Konstellationen, GesKR 2/2018 S. 173 ff., S. 175; GLANZMANN, a.a.O., S. 241 ff.; GRÜNENFELDER, a.a.O., S. 83 ff.).

4.1.4. Unter einer verdeckten Gewinnausschüttung ist eine Leistung der Gesellschaft an Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrats und diesen nahestehende Personen zu verstehen, die zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Ge-

sellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis steht (Art. 678 Abs. 2 OR; GRÜNENFELDER, a.a.O., S. 71). Eine Gesellschaft darf auch nicht Leistungen an die Aktionäre zulasten des durch Art. 680 OR geschützten Anteils des Gesellschaftsvermögens erbringen (Verbot der Kapitalrückgewähr; BSK OR II-VOGT, Art. 680 N 69).

4.1.5. In der Praxis reicht die Muttergesellschaft die Mittel aus der Konzernausserfinanzierung häufig an die die Sicherheit bestellende Tochtergesellschaft weiter. In dieser Konstellation steht dem Ausgleichsanspruch der Tochtergesellschaft im Verzugsfall der Rückzahlungsanspruch der Muttergesellschaft gegenüber. Können diese miteinander verrechnet werden, wird im Umfang der Verrechnung das Eigenkapital der Tochtergesellschaft nicht tangiert (FISCHER/GENOUD, a.a.O., S. 177).

4.2. Vertretungsbefugnis

4.2.1. Eine Aktiengesellschaft kann durch ihre Organe nur bezüglich jener Handlungen gültig vertreten werden, die im Bereich des Gesellschaftszwecks liegen. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Handlung zweckkonform, sofern sie durch den Zweck nicht geradezu ausgeschlossen wird (BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 2.1). Für diese Beurteilung massgebend ist der in den Statuten verankerte Zweck. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine finanzielle Leistung zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft auch dann durch den statutarischen Zweck gedeckt, wenn die Statuten das Erbringen solcher Leistungen nicht ausdrücklich vorsehen (GLANZMANN, a.a.O., S. 235 f.; GRÜNENFELDER, a.a.O., S. 31 f.).

4.2.2. Einem Organ kann die Vertretungsbefugnis fehlen, wenn es ein Geschäft, mit dem ein Interessenkonflikt verbunden ist, abschliesst. Ein typischer Fall eines solchen Geschäfts ist das Insiggeschäft. Dieses liegt vor, wenn ein Organ mit sich selber ("Selbstkontrahieren") oder zwischen zwei Gesellschaften, die es beide vertritt ("Doppelvertretung"), einen Vertrag abschliesst. Rechtswirksam sind diese Geschäfte nur, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder die Gesellschaft den Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt. Bei einer typischen Gruppenfinanzierung, d.h. wenn sämtliche in eine Finanzierung einbezogenen Gesellschaften zu 100% miteinander

verbunden sind und es keine Minderheitsgesellschafter gibt, sind aufgrund der Bundesgerichtspraxis die Voraussetzungen für eine stillschweigende Ermächtigung zu bzw. Genehmigung von Handlungen unter Interessenkollisionen regelmässig gegeben. Vereinbarungen, die von Organen in einem Interessenkonflikt abgeschlossen wurden, sind deshalb ohne Weiteres gültig (GLANZMANN, a.a.O., S. 238 f.; GRÜNENFELDER, a.a.O., S. 49).

4.3. Unstrittiger Sachverhalt

Die Beklagte 2 und die L. _____ schlossen am 21. April 2016 einen Kaufrechtsvertrag betreffend die Grundstücke Hotel H. _____ (Liegenschaft Nr. 3 mit Hotel und Restaurant sowie Miteigentumsanteile mit Benützungsrecht an 16 Autoabstellplätzen und 2 Lagerräumen), wobei der vereinbarte Kaufpreis CHF 7.8 Mio. betrug (act. 1 Rz. 28 f.; act. 9 Rz. 134; act. 45 Rz. 45; act. 3/18). Am 31. Januar 2017 tätigte die einstige Beklagte 1 eine Anzahlung des Kaufpreises in Höhe von CHF 1 Mio. (act. 45 Rz. 46; act. 46/93). Nach Ausübung des Kaufrechts wurde die Übertragung des Eigentums an den Grundstücken an die Beklagte 2 am 4. Oktober 2017 im Grundbuch eingetragen (act. 1 Rz. 39; act. 9 Rz. 142; act. 45 Rz. 49; act. 3/25). Am 5. Oktober 2017 zahlte die Klägerin den Hypothekarkredit von CHF 3.9 Mio. durch Gutschrift auf das Kontokorrentkonto der ehemaligen Beklagten 1 aus (act. 1 Rz. 41; act. 9 Rz. 146; act. 3/27). Gleichentags bezahlte die frühere Beklagte 1 vom selben Konto CHF 2.7 Mio. und CHF 3.292 Mio. zugunsten der Verkäuferin, CHF 700'000.– zugunsten der Finanzverwaltung des Kantons Graubünden und CHF 108'000.– zugunsten des Notars (act. 1 Rz. 42; act. 45 Rz. 50; act. 9 Rz. 146; act. 3/27-31).

4.4. Würdigung

4.4.1. Die Beklagte 2 gewährte ihrer damaligen Muttergesellschaft, der einstigen Beklagten 1, eine Upstream-Sicherheit, indem sie das Darlehen von CHF 3.9 Mio., welches die Klägerin der früheren Beklagten 1 gewährte, mit einem Registerschuldbrief absicherte. Grundsätzlich wäre also zu prüfen, ob die Gewährung der Sicherheit *at arm's length* erfolgte. Vorliegend besteht jedoch die Situation, dass die ehemalige Beklagte 1 der Beklagten 2 ihrerseits ein Downstream-Darlehen in der Höhe

des Kaufpreises der Grundstücke, d.h. von CH 7.8 Mio., gewährte (vgl. auch act. 9 Rz. 10; act. 45 Rz. 71.2; act. 11/6). Im Fall einer Vollstreckung der Schuldbriefforderung durch die Klägerin könnte die Beklagte 2 den Rückforderungsanspruch gegenüber der vormaligen Beklagten 1 mit ihrer Darlehensschuld verrechnen. Durch die Gewährung der Sicherheit wurde folglich weder eine verdeckte Gewinnausschüttung zugunsten der einstigen Beklagten 1 vorgenommen noch verbotenerweise Kapital rückgewährt.

4.4.2. Die Beklagte 2 stellt sich auf den Standpunkt, dass die Bestellung einer Sicherheit durch sie zu Gunsten der vormaligen Beklagten 1 im interessierenden Zeitraum 2017 zu einer Tangierung des Aktienkapitals der Beklagten 2 geführt habe (act. 9 Rz. 57; act. 11/6). Die Errichtung und sukzessive Sicherungsübereinung eines Registerschuldbriefs in Höhe von 3.9 Mio. zu Gunsten der Klägerin und zur Sicherung des Kredites der früheren Beklagten 1 habe nicht zu Drittmannsbedingungen stattgefunden. So weise die Bilanz 2017 der Beklagten 2 bei den Aktiven für Immobilien eine Mittelverwendung von CHF 7.8 Mio. aus, auf der Passivseite aber eine Verbindlichkeit gegenüber Beteiligten und Organen von CHF 7'866'570.–. Durch das zurückzuzahlende Fremdkapital sei das Eigenkapital der Beklagten 2 zu einem Minus von CHF 66'570.– gewandelt worden. Zudem sei auch in den Aktiven der Wert der Immobilien von CHF 7.8 Mio. um CHF 2'826'560.– als "... Projekt" nach unten korrigiert worden. Es liege nahe, dass es sich hierbei um die aufgelaufenen "Projektkosten H. _____" handle. Die Drittsicherung habe also gemäss Bilanz 2017 der Beklagten 2 zu einer Unterbilanz und einer Überschuldung geführt (act. 9 Rz. 57; act. 11/6).

4.4.3. Der Wert der gegenständlichen Immobilien ist in der Bilanz der Beklagten 2 per 31. Dezember 2017 mit 7.8 Mio. ausgewiesen (act. 11/6). Als Darlehen gegenüber Beteiligten und Organen sind CHF 7'866'570.– aufgeführt. In Höhe von 7.8 Mio. handelt es sich um das Downstream-Darlehen der ehemaligen Beklagten 1, da diese den Kaufpreis für die Beklagte 2 vollständig beglich. Im Vorjahr betragen die Darlehen CHF 28'255.–. Bei der Differenz von CHF 38'315.– handelt es sich um ein anderes Darlehen. Im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit von CHF 3.9 Mio. am 4. Oktober 2017 bestand bei der Beklagten 2 weder eine Unterbilanz noch

eine Überschuldung. Eine Drittpfandbestellung ist an sich bilanzneutral (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 8 OR; FISCHER/GENOUD, a.a.O. S. 175). Bei einer Verwertung der Drittsicherheit stünde der Beklagten 2 ein Ausgleichsanspruch gegenüber der früheren Beklagten 1 zu. Auch wenn dieser nicht werthaltig wäre, würde dies nicht zu einer Verschlechterung der finanziellen Situation der Beklagten 2 führen, da sie diesen mit dem Downstream-Darlehen in Höhe von 7.8 Mio. verrechnen könnte.

4.4.4. Die Beklagte 2 begründet die angebliche Überschuldung hauptsächlich mit der bilanzierten "... Projekt" in Höhe von CHF 2'826'560.–. Dabei mutmasst sie, dass es sich um aufgelaufene Projektkosten für das Projekt Hotel H. _____ handle. Die Immobilien wurden am 4./5. Oktober 2017 für einen Kaufpreis von CHF 7.8 Mio. erworben. Der Kaufpreis beruhte auf einer von der Beklagten 2 in Auftrag gegebenen Immobilienbewertung vom 27. April 2017, welche einen Marktwert von 20.8 Mio. festhielt und einen Kaufpreis von CHF 7.8 Mio. unter Berücksichtigung von Baukosten von gut 12 Mio. als sehr plausibel erachtete (act. 3/19 S. 4 f.; vgl. auch act. 45 Rz. 71.1). Weshalb sich der Wert eben dieser Immobilien innerhalb von 3 Monaten um rund 2.8 Mio. verringert haben sollte, wird von der Beklagten 2 weder erklärt noch erscheint es nachvollziehbar. Entsprechend führte die Gewährung der Drittsicherheit durch die Beklagte 2 weder zu einer Unterbilanz noch zu ihrer Überschuldung.

4.4.5. Das Argument der Beklagten 2, dass der im interessierenden Zeitraum im Handelsregister ersichtliche Gesellschaftszweck keinen Passus enthalten habe, der eine gruppeninterne Upstream-Sicherheit erlaubt hätte (vgl. act. 9 Rz. 9), ist ebenfalls nicht stichhaltig. Wie ausgeführt, muss der Gesellschaftszweck die Sicherheitengewährung nicht ausdrücklich nennen. Der Gesellschaftszweck der Beklagten umfasste unter anderem explizit "Bestellung anderer Sicherheiten" (act. 3/8), weshalb die Bestellung der Drittsicherheit zugunsten der Klägerin klar von diesem gedeckt war.

4.4.6. Schliesslich beanstandet die Beklagte 2 eine angebliche Doppelvertretung der ehemaligen Beklagten 1 und der Beklagten 2 durch F. _____, welcher die Verträge für beide unterzeichnet habe (act. 9 Rz. 60; act. 57 Rz. 4). Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung war die Beklagte 2 100%-ige Tochtergesellschaft der frü-

heren Beklagten 1 (act. 9 Rz. 8; act. 45 Rz. 107). Folglich wäre im Falle eines Interessenkonflikts ohnehin von einer stillschweigenden Genehmigung auszugehen. Da F. _____ zur Vertretung der Beklagten 2 befugt war, konnte die Klägerin diesbezüglich auch nicht bösgläubig sein.

5. Zwischenfazit

Der Schuldbrief zugunsten der Klägerin und zulasten der Grundstücke der Beklagten 2 wurde gültig errichtet. Der Rahmenkreditvertrag und der Sicherungsübereignungsvertrag vom 28. September 2017 (bzw. vom 7. Dezember 2017 / 7. Februar 2018) sind (form-)gültig. Die Sicherungsübereignung war gesellschaftsrechtlich zulässig und deshalb wirksam. Die Beklagte 2 dringt mit ihren Einreden gegen die Schuldbriefforderung nicht durch.

6. Kündigung Registerschuldbrief und Zinsen

6.1. Kündigung

6.1.1. Die Klägerin führt aus, den Register-Schuldbrief mit Schreiben vom 23. Juni 2020 (act. 3/37) unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist gemäss Ziffer A des Vertrags über die Errichtung eines Register-Schuldbriefes vom 29. September 2017 (act. 3/3) sowie Ziffer 4 des Sicherungsübereignungsvertrags vom 28. September bzw. 7. Dezember 2017 (act. 3/4-5) auf den 30. September 2020 gekündigt zu haben (act. 1 Rz. 51). Das Schreiben sei auch der Beklagten 2 zugestellt worden. Dies werde unter der Unterschriftenzeile des Schreibens so festgehalten (act. 3/37) und es liege ein Zustellungsnachweis der Post vor (act. 3/39; act. 45 Rz. 171).

6.1.2. Die Beklagte 2 ist der Ansicht, dass die Klägerin mit Kündigungsschreiben vom 3. Juni 2020 (act. 3/37) nur der einstigen Beklagten 1 gekündigt habe. Das Schreiben sei nur an diese versandt worden; gegenüber der Beklagten 2 sei keine Kündigung erfolgt (act. 9 Rz. 153 f. und 164).

6.1.3. Der Schuldbrief kann von der Gläubigerin oder von der Schuldnerin mit halbjährlicher Kündigungsfrist auf Ende jeden Monats gekündigt werden, wenn nichts

anderes vereinbart ist (Art. 847 Abs. 1 ZGB). Eine solche Vereinbarung darf für die Gläubigerin keine kürzere Kündigungsfrist als drei Monate vorsehen, ausser wenn sich die Schuldnerin mit der Zahlung der Amortisationen oder der Zinsen in Verzug befindet (Art. 847 Abs. 2 ZGB).

6.1.4. Gemäss Ziffer 4 des Sicherungsübereignungsvertrags vom 28. September bzw. 7. Dezember 2017 (act. 3/4-5) ist die Klägerin berechtigt, bei Verzug des Kreditnehmers in Bezug auf die Kreditforderungen die Grundpfandtitel unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf Ende eines Monats zu kündigen. Das Kündigungsschreiben vom 23. Juni 2020 (act. 3/37) ist an die ehemalige Beklagte 1 adressiert und trägt den Titel "*Kündigung Rahmenvertrag für Hypothekarkredit von 07.12.2017/07.02.2018, **Kündigung Registerschuldbrief***" [Hervorhebung hinzugefügt]. Darin wird Folgendes ausgeführt: "*Gleichzeitig kündigen wir den darauf lastenden **Registerschuldbrief** über CHF 3'900'000.00 unter Einhaltung der darin stipulierten dreimonatigen Kündigungsfrist zur Rückzahlung per 30. September 2020*" [Hervorhebung hinzugefügt]. Als Empfänger des gleichlautenden Schreibens sind unten zusätzlich F. _____ und die Beklagte 2 aufgeführt. Gemäss Zustellungsnachweis wurde am 23. Juni 2020 eine Sendung von der Klägerin an die Beklage 2 aufgegeben und von dieser am 26. Juni 2020 abgeholt (act. 3/39). Die Beklagte 2 bringt nicht vor, um welches andere Schreiben es sich dabei handeln sollte. Somit gilt die Kündigung als der Beklagten 2 zugestellt und wurde der Registerschuldbrief gültig auf den 30. September 2020 gekündigt. Eine Bezahlung der Schuldbriefforderung durch die Beklagte 2 ist unbestrittenermassen bis heute nicht erfolgt (act. 1 Rz. 86; act. 9 Rz. 164).

6.2. Zinsen

6.2.1. Die Klägerin bringt vor, die Parteien hätten in Ziffer 2 des Sicherungsübereignungsvertrags vom 28. September bzw. 7. Dezember 2017 Folgendes vereinbart: "*Die Forderungen aus den der Bank zu Eigentum übereigneten Grundpfand-*

titeln bieten der Bank Sicherheit für sämtliche Forderungen irgendwelcher Art (Kapital, Zinsen, [...])." Damit hätten sie die Verzinsung der Schuldbriefforderung analog zur Verzinsung der Hypothekarforderung aus dem Grundverhältnis vereinbart (act. 1 Rz. 87 f.; act. 3/4-5). Weiter halte Ziffer 3 fest: *"Der Kreditnehmer anerkennt hiermit seine persönliche Schuldpflicht aus den Grundpfandtiteln für deren Nominalbeträge sowie – [...] – die Zinsen aus den Grundpfandtiteln im Umfang der tatsächlich der Bank geschuldeten Zinsen"* (act. 45 Rz. 88). Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass Ziffer 2 keine entsprechende Regelung enthalte, sähe Ziffer A des Vertrags über die Errichtung eines Schuldbriefs vom 29. September 2017 vor: *"Die Schuld ist aufgrund einer separaten Vereinbarung zwischen der Schuldnerin und der Gläubigerin zu verzinsen, abzuzahlen und zu kündigen."* Diese Bestimmung verweise auf die Zinsregelung bezüglich der Hypothekarforderung gemäss Ziffern 6 und 8 des Rahmenvertrags vom 28. September bzw. 7. Dezember 2017. Diese ergehe auch daraus, dass der Zweck des Schuldbriefs darin bestehe, die gesamte Hypothekarzinsforderung inklusive Zinsen zu sichern (act. 1 Rz. 89 f.; act. 3/1-3).

6.2.2. Die Beklagte 2 bestreitet eine gültige Vereinbarung hinsichtlich der Verzinsung der Schuldbriefforderung. In casu ergebe sich weder aus dem Sicherungsübereignungsvertrag 1 bzw. 2 noch aus dem Schuldbriefvertrag ein Zinssatz betreffend die Schuldbriefforderung. Die Parteien hätten offensichtlich nicht vereinbart, die Schuldbriefforderung analog der Verzinsung aus dem Grundverhältnis zu gestalten. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut von Ziffer 2 des Sicherungsübereignungsvertrags, der von einer derartigen Weite sei, dass er dem grundlegenden Spezialitätsprinzip nicht genüge. Auch die Behauptung der Klägerin, dass Ziffer A des Schuldbriefvertrags auf Ziffern 6 und 8 des Rahmenkreditvertrags verweise, sei unbehelflich. Verweise im Schuldbrief auf separate Vereinbarungen seien unabhängig derjenigen zum Grundverhältnis zu formulieren und zu vereinbaren (act. 9 Rz. 165 ff.).

6.2.3. Für die Schuldbriefforderung sind nur Zinsen zu bezahlen, wenn dies vereinbart wurde (BGE 144 III 29 E. 4.3; BGer 5A_1026/2018 vom 31. Oktober 2019, E. 3.1.2). Wird bezüglich der Verzinsung auf separate Vereinbarungen zwischen

Gläubigerin und Schuldnerin verwiesen und kann keine derartige separate Vereinbarung nachgewiesen werden, ist die Schuldbriefforderung unverzinslich (OGer NW vom 4. Februar 2021, BAZ 20 18, E. 3.2.5). Die Vereinbarung eines Maximalzinsfusses gilt nicht als Vereinbarung über die Verzinsung der Schuldbriefforderung (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 846 N 16). Zulässig ist die Vereinbarung, dass die Schuldbriefforderung bei der Sicherungsübereignung immer gleich wie die zu sichernde Forderung zu verzinsen sei. Eine entsprechende Klausel kann Bestandteil der Sicherungsvereinbarung sein (BGE 115 II 354). Wenn nur für die zu sichernde Forderung, nicht aber für die Schuldbriefforderung ein Zins stipuliert wurde, kann die Gläubigerin geltend machen, dass die Parteien, wäre ihnen das Problem bekannt gewesen, nicht der Auffassung gewesen wären, dass die Schuldbriefforderung unverzinslich sein soll. Darauf kann sich aber nicht berufen, wer das Hypothekengeschäft gewerbsmässig betreibt (Banken, Versicherungen etc.), da hier der Gläubigerin bewusst gewesen sein musste, dass die Schuldbriefforderung nur bei einer diesbezüglichen Vereinbarung verzinslich ist (BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 846 N 17; STAEHLIN, AJP 1994, S. 1266). Auch wenn keine vertraglichen Zinsen geschuldet sind, kann nach Kündigung der Schuldbriefforderung und Mahnung ein Verzugszins in der Höhe von 5% gefordert werden (Art. 104 Abs. 1 OR; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 846 N 27).

6.2.4. Die Klägerin beruft sich auf Ziffer 2 des Sicherungsübereignungsvertrags vom 28. September bzw. 7. Dezember 2017 (act. 3/4-5), mit welcher die Verzinsung der Schuldbriefforderung analog zur Hypothekarforderung vereinbart worden sei. Mit der generischen Klausel *"Die Forderungen aus den der Bank zu Eigentum übereigneten Grundpfandtiteln bieten der Bank Sicherheit für sämtliche Forderungen irgendwelcher Art (Kapital, Zinsen, [...])."* wurde keine Verzinsung der Schuldbriefforderung vereinbart. Es wird auch keine analoge Verzinsung erwähnt. Betreffend Ziffer 3 des Sicherungsübereignungsvertrags ist zu erwähnen, dass die Kreditnehmerin die frühere Beklagte 1 ist, die Sicherungsgeberin ist die Beklagte 2. Eine Zinsvereinbarung für die Schuldbriefforderung wäre zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 abzuschliessen gewesen. Der Verweis auf eine separate Vereinbarung im Vertrag über die Errichtung des Schuldbriefs ist grundsätzlich zulässig. Nur weist die Klägerin keine solche separate Vereinbarung vor. Sie bringt stattdessen vor,

der Verweis erfolge auf die Zinsreglung bezüglich der Hypothekarforderung. Hätten die Parteien die Verzinsung der Schuldbriefforderung vereinbaren wollen, hätten sie dies im Sicherungsübereignungsvertrag, dem Vertrag über die Errichtung des Schuldbriefs oder in einer separaten Vereinbarung so festhalten müssen. Als Bank kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass dies auch ohne explizite Vereinbarung der Wille gewesen sei. Entsprechend sind keine Zinsen auf der Schuldbriefforderung geschuldet.

6.2.5. Die Klägerin verlangt für den Schuldbrief analog zur Hypothekarforderung aufgelaufene Zinsen bis 31. Dezember 2020 in Höhe von CHF 56'866.16 (act. 1 Rz. 92). Dieser Betrag setzt sich aus Hypothekarzinsen von CHF 7'141.89 (nach Verrechnung) und Verzugszinsen von CHF 49'724.27 (CHF 879.49 + CHF 48'844.78) zusammen. Die Hypothekarzinsen können gegenüber der Beklagten 2 nicht geltend gemacht werden, da auf der Schuldbriefforderung keine Zinsen geschuldet sind. Wie ausgeführt, wurde der Registerschuldbrief per 30. September 2020 zur Rückzahlung gekündigt (act. 3/37; s. vorne E. 6.1.4). Entsprechend sind ab dem 1. Oktober 2020 Verzugszinsen von 5% pro Jahr geschuldet.

7. Fazit und Beseitigung Rechtsvorschlag

7.1. Die Beklagte 2 schuldet der Klägerin die Schuldbriefforderung von CHF 3.9 Mio. sowie Verzugszinsen von 5% ab 1. Oktober 2020. In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen.

7.2. Die Klägerin fordert zudem die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts der Region Maloja gegen die Beklagte 2. Der Zahlungsbefehl vom 1. Juli 2022 lautet auf CHF 3.9 Mio. nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2021 sowie eine Nebenforderung von CHF 56'866.16 (act. 3/92). Wie ausgeführt (s. vorne E. 6.2.5), ist Verzugszins bereits ab 1. Oktober 2020 geschuldet, im Mehrumfang besteht jedoch keine Nebenforderung für aufgelaufene Zinsen. Die Verzugszinsen in Höhe von 5% auf CHF 3.9 Mio. vom 1. Oktober 2020 bis 31. Dezember 2020 betragen CHF 49'150.70. Entsprechend ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1 des Betreibungsamts

Region Maloja, Zahlungsbefehl vom 1. Juli 2022, im Umfang von CHF 3'900'000.– nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2021 und von CHF 49'150.70 zu beseitigen.

7.3. Gemäss Art. 85 VZG ist bei Betreibungen auf Grundpfandverwertung davon auszugehen, dass sich der Rechtsvorschlag, selbst wenn er nicht begründet ist, sowohl gegen die Forderung als auch gegen das Pfandrecht richtet. In der Betreibung auf Grundpfandverwertung kann die betreibende Gläubigerin die Betreibung daher nur fortsetzen, wenn sowohl für die Forderung als auch für das Pfandrecht der Rechtsvorschlag beseitigt wird (vgl. BGE 134 III 71 E. 3). Entsprechend ist vorliegend der Rechtsvorschlag auch für das Pfandrecht zu beseitigen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

8.1.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und richtet sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit (ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 12). Bei einfacher Streitgenossenschaft werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Wie bereits im Teilurteil vom 24. Januar 2023 (act. 16) ausgeführt, schliessen sich die Ansprüche gegen die ausgeschiedene Beklagten 1 und die Beklagte 2 gegenseitig nicht aus. Der Streitwert beträgt somit total CHF 7'913'732.– und die ordentliche Grundgebühr beläuft sich auf rund CHF 100'000.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG).

8.1.2. Bei einfacher Streitgenossenschaft werden die Prozesskosten für jede Klage gesondert berechnet und dem Prozessausgang entsprechend verteilt (STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 71 N 18). Mit dem vorliegenden zweiten Teilurteil wird das Verfahren betreffend die Beklagte 2 erledigt. Für diesen Teil des Verfahrens sind die Gerichtskosten unter Berücksichtigung des Aufwands des Gerichts auf

CHF 52'000.– festzusetzen. Die Beklagte 2 unterliegt beinahe vollständig, weshalb ihr die Gerichtskosten ausgangsgemäss vollumfänglich aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die der Beklagten 2 aufzuerlegenden Kosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte 2 einzuräumen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

8.2. Parteientschädigung

8.2.1. Aufgrund des Obsiegens der Klägerin ist die Beklagte 2 zu verpflichten, ihr eine Parteientschädigung zu leisten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr oder ein Pauschalzuschlag berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr kann in begründeten Fällen um bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden (§ 4 Abs. 2 AnwGebV).

8.2.2. Vorliegend richtete sich die Klagebegründung gegen die vormalige Beklagte 1 und die Beklagte 2. Mit Teilurteil vom 24. Januar 2023 (act. 16) erhielt die Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 35'000.– zugesprochen. Für die von der Beklagten 2 zu leistende Parteientschädigung ist von einer Grundgebühr in der Höhe von CHF 45'000.– auszugehen. Für die Erstattung der Replik und die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung ist ein Zuschlag von gesamthaft rund 40% zu berechnen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Demgemäss ist die Parteientschädigung vorliegend auf CHF 63'000.– festzusetzen. Mangels Ausführungen zur Vorsteuerabzugsberechtigung ist die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen (vgl. BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5; ZR 104 [2005] S. 291 ff.).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die anlässlich der Hauptverhandlung gestellten Wiedererwägungsgesuche der Beklagten 2 wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin der Klägerin CHF 3'900'000.– zuzüglich Zins von 5% p.a. seit 1. Oktober 2020 zu bezahlen. Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung auf Verwertung eines Grundpfandes Nr. 1, Betreibungsamt Region Maloja, Zahlungsbefehl vom 1. Juli 2022, wird beseitigt für CHF 3'9000'000.– nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2021 und für CHF 49'150.70, sowie für das entsprechende Pfandrecht. Im Mehrumfang wird das Begehren abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 52'000.–.
4. Die Kosten werden der Beklagten 2 auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte 2 eingeräumt.
5. Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 63'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Klägerin und die Beklagte 2.
7. 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 7'913'732.–.

Zürich, 6. Februar 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Livia Schlegel