

# GR\_GERICHTE ZK2 2021 43 vom 2. September 2022

GR Gerichte, 2022-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2021\\_43](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2021_43)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2021 43 du 2 septembre 2022

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2021 43 del 2 settembre 2022

## Regeste

Aberkennungsklage | Berufung OR Pacht/Leihe/Darlehen

## Erwägungen

### E. 6

/ 30 Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen. Das Bundesgericht formuliert es im grundlegenden Urteil so: (von der Partei verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen. 1.3. Neue Vorbringen sind in der Berufung mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, was schon dem erstinstanzlichen Gericht vorgetragen wurde, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen für die Entscheidungsfindung nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie, dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft

anzutreffende Flos-

## **E. 7**

/ 30 kel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Ungebührliches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen ist, und ob es für die Entscheidungsfindung verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 2.1. Das Regionalgericht geht davon aus, die in Betreuung gesetzte (Rest-) Schuld aus dem Darlehen der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin sei nicht bestritten. Hingegen befasst es sich mit Forderungen, welche die Berufungsklägerin dieser Darlehensschuld verrechnungsweise gegenüberstellt. Es zitiert die Berufungsklägerin mit dem Vorwurf, D.\_\_\_\_\_ habe es in der Zeit als ihr Organ verstanden, den konkret möglichen und im Interesse der Gesellschaft liegenden Verkauf der "G.\_\_\_\_\_" an den Interessenten N.\_\_\_\_\_ zu verhindern mit der falschen Zusicherung, dass das Darlehen verlängert werde – in der Absicht, nicht nur das Darlehen zurück zu erhalten, sondern die ganze Gesellschaft unter seine Kontrolle zu bringen und damit einen zusätzlichen Gewinn zu machen. Dabei liege der Schaden in der Differenz des von einem Interessenten gebotenen Preises für die "G.\_\_\_\_\_" und dem tieferen Betrag, welchen das Objekt als Folge einer Wertverminderung bis zum Moment erlitt, als E.\_\_\_\_\_ die Gesellschaft wieder kontrollieren konnte. Sie (die Berufungsklägerin) habe zudem diverse Aufwendungen gehabt, welche ihr während der fortdauernden Eigentümerstellung über die "G.\_\_\_\_\_" angefallen seien. Den Schaden beziffere die Berufungsklägerin auf etwas mehr als CHF 1.567 Mio. Für einen allfälligen Schaden hafte primär D.\_\_\_\_\_. Wenn dieser sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die Verschiedenheit von AG und Aktionär beriefe, könnte die Verrechnung (auch) gegenüber der Gesellschaft erklärt werden (Urteil E. 3 S. 6 f.). Das Regionalgericht erörtert im Detail die Vorgänge am Ende der Darlehenslaufzeit, namentlich die Kommunikation der beiden Protagonisten der Parteien. Es kommt zum Schluss, die Berufungsklägerin habe nicht in guten Treuen damit rechnen können, das Darlehen werde verlängert. Es verwirft auch den Standpunkt der Berufungsklägerin, D.\_\_\_\_\_ habe den Verkauf der "G.\_\_\_\_\_" an N.\_\_\_\_\_ treuwidrig verhindert, um eigene Interessen zu verfolgen. Endlich sieht es keine Pflichtverletzung D.\_\_\_\_\_ darin, dass er während seiner Zeit als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Berufungsklägerin die "G.\_\_\_\_\_" nicht verkauft habe (im Einzelnen: angefochtenes Urteil E. 5 S. 7 ff.).

## **E. 8**

/ 30 Das Regionalgericht verwirft endlich den Standpunkt der Berufungsklägerin, eine allfällige Forderung gegen D.\_\_\_\_\_ könne auf dem Weg des sogenannten umgekehrten Durchgriffs auch gegen die Berufungsbeklagte geltend gemacht, also insbesondere zur Verrechnung gestellt werden (Urteil E. 6 S. 15 ff.). 2.2. Die Berufungsklägerin lässt das nicht gelten und trägt auf Gutheissung der Aberkennungsklage an. Vorab rekapituliert / ergänzt sie über 45 Seiten den Sachverhalt, wobei sie auch Unbestrittenes ausführt (so etwa unter Rz. 27 [ohne dass hier klar würde, was daraus für die Berufung abgeleitet werden soll], 57 und 61 – 65). Sie wiederholt Behauptungen, als ob sie feststünden, setzt sich aber erst an ganz anderer Stelle damit auseinander, was das Regionalgericht dazu gefunden hat (so unter Rz. 44). Vor allem aber hält sie Sachverhalt und rechtliche Argumentation nicht auseinander (bspw. Rz. 32, 61, 67, 69, 97, 99, 113 [wieder ohne klar hergestellten Bezug zur Klage resp. Berufung]). Dann argumentiert sie, weshalb D.\_\_\_\_\_ entgegen der Annahme im angefochtenen Urteil Pflichten verletzt habe, dass der

(umgekehrte) Durchgriff geboten sei, das heisst, dass die Handlungen und Unterlassungen D.\_\_\_\_\_ der Berufungsbeklagten zuzurechnen seien und daher die Verrechnung von Forderungen gegen ihn mit der Darlehensschuld zulässig sei. Bei richtiger Rechtsanwendung hätte die Aberkennungsklage ganz oder jedenfalls zum Teil (wegen unrichtiger Anrechnung von Teilzahlungen auf die Zinsen statt auf das Kapital) gutgeheissen werden müssen. Schliesslich kritisiert sie eventualiter die Regelung der Kostenfolgen (im Einzelnen act. A.1, S. 6 – 101). Die Berufungsbeklagte hält das angefochtene Urteil demgegenüber für richtig. Insbesondere geht sie von der im Darlehensvertrag festgehaltenen Schuld der Berufungsklägerin aus (Rz. 39); sie besteht darauf, dass D.\_\_\_\_\_ der Berufungsklägerin nichts schulde, und zwar weder als Privatperson noch als zeitweiliges Organ der Berufungsklägerin (Rz. 40 ff.), und dass die Voraussetzungen für eine Verrechnung nicht erfüllt seien (Rz. 58 ff.) – alles auch konkret in der Detailkritik an der Berufungsschrift (Rz. 66 ff.). Es gehe bei der Berufung nur um Verzögerung (Rz. 63 ff.). 3.1. Die umfangreiche Rechtschrift der Berufungsklägerin (104 Seiten gegenüber dem angefochtenen Urteil von 22 Seiten) ist wie ausgeführt nicht ganz leicht lesbar und auch nicht überall leicht verständlich. Allerdings wäre es überspitzt, sie nicht zu beachten, weil sie den klaren Vorgaben des Bundesgerichts (vorstehende E. 1.2) nicht wirklich genügt. So gut und so loyal als möglich versucht das Kantonsgericht im Folgenden, die Beanstandungen der Berufungsklägerin zu prüfen.

## **E. 9**

/ 30 3.2. Die Berufungsklägerin stützt ihren Standpunkt, sie schulde der Berufungsbeklagten nichts, auf Handlungen und Unterlassungen von deren massgeblichem Aktionär und Organ, D.\_\_\_\_\_, welcher ihr daraus erhebliche Summen schulde. In erster Linie ist also zu klären, ob die Berufungsklägerin Forderungen, welche ihr gegen D.\_\_\_\_\_ zustehen, direkt gegenüber der Berufungsbeklagten (durch Verrechnung) geltend machen kann. Damit geht es um das Thema juristische Person und deren (einziges) Organ. 3.2.1. Die Rechtsfigur der juristischen Person ist eine relativ junge Erscheinung; dem klassischen römischen Recht, noch heute Basis vieler rechtlichen Auffassungen, war sie unbekannt. Sie hat sich aber durchgesetzt und wird heute fast als selbstverständlich angesehen. Entscheidend ist dabei die konsequente Trennung der juristischen von den sie tragenden oder bestimmenden natürlichen Personen, und das auch dann, wenn nur eine einzige Person die juristische Person trägt und steuert. Zwar kann eine juristische Person durch andere juristische Personen gegründet und getragen werden (Art. 625 OR), doch vermögen nur natürliche Personen ihren Willen zu bilden und ihm Ausdruck zu verleihen (Art. 55 ZGB). Abgesehen von der Anonymität der Aktiengesellschaft (in den romanischen Texten: "società anonima", "société anonyme") liegt die Attraktivität der juristischen Person namentlich im Ausschluss der Haftung der sie tragenden natürlichen Personen. Das Gesetz bringt es in Art. 680 Abs. 1 OR explizit zum Ausdruck, wie in Art. 793 Abs. 1 OR für die (nicht ganz so anonyme: Art. 791 OR) Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Art. 75a ZGB für den Verein. Es darf vermutet werden, dass sowohl D.\_\_\_\_\_ (einziger Aktionär) mit der Berufungsbeklagten als auch E.\_\_\_\_\_ (einziger Gesellschafter) mit der Berufungsklägerin neben möglichen anderen Zielen diese Beschränkung der Haftung bewusst nutzten. Insbesondere für den Fall eines geschäftlichen Misserfolgs konnten sie so ihr persönliches Vermögen in Sicherheit wissen. Das mag für die Gläubiger einer insolventen juristischen Person durchaus schmerzhaft sein und stossend erscheinen, ist aber mit deren Konstruktion notwendig verbunden – und nicht zuletzt darum legt auch das Recht der Firmenbildung Wert darauf, dass das Publikum über den Ausschluss der persönlichen

Haftung nicht getäuscht werden darf (Art. 944 und 950 OR). Wie in allen Rechtsgebieten kann allerdings auch hier der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz beanspruchen (Art. 2 Abs. 2 ZGB). So kann auch die Berufung auf die rechtliche Verschiedenheit von juristischer und natürlicher Person unerträglich sein. Art. 2 Abs. 2 ZGB ist freilich eine sehr weite Bestimmung, die der Konkretisierung bedarf.

#### **E. 10**

/ 30 Mit der Fundierung in Art. 2 Abs. 2 ZGB ist zunächst ausgedrückt, dass der Missbrauch qualifiziert, eben "offenbar", sein muss. Die Praxis hat das unter dem Titel "Durchgriff" wie folgt konkretisiert: der Durchgriff bedeutet zunächst, dass die Selbstständigkeit der juristischen Person in dem Sinn unbeachtet bleibt, als die hinter ihr stehende natürliche Person für ihre Verbindlichkeiten direkt in Anspruch genommen werden kann. Beim "umgekehrten Durchgriff" haftet die juristische Person für Verbindlichkeiten der sie beherrschenden Person. Der häufigste Fall ist die "Sphären- und Vermögensvermischung" – der Alleinaktionär verwendet etwa das nämliche Bankkonto für seine persönlichen wie für die Bedürfnisse seiner Gesellschaft, und im Fall der Insolvenz kann die Herkunft des Saldos nicht mehr eruiert werden. Eine weitere Fallgruppe bildet die "Unterkapitalisierung", bei welcher eine Gesellschaft nicht mit ausreichenden finanziellen Mitteln ausgestattet oder ihr Vermögenssubstrat entzogen wird, so dass ihre Gläubiger Ausfälle erleiden. Als dritte Fallgruppe gilt die "Instrumentalisierung (Fremdsteuerung)", wonach die beherrschende Person mit Hilfe der Gesellschaft zu deren Lasten Sonderinteressen verfolgt und die Gesellschaft mithin mittels seiner Fremdsteuerung bewusst instrumentalisiert. 3.2.2. Das Bundesgericht hat in den folgenden Konstellationen über den Durchgriff entschieden: - X verwendete ein Konglomerat von rund 20 bis 30 Genossenschaften und anderen Gesellschaften in der klaren Absicht, das Gesetz zu umgehen und seinen echten Gläubigern bedeutende Aktiven vorzuenthalten. Bei allen Gesellschaften wurden langjährige Vertrauensleute von X als Strohmänner vorgeschoben. Zwischen den Gesellschaften wurden beliebige Darlehens-, Pfand- und andere Verträge geschlossen sowie beliebige Zahlungen und Verrechnungen, Abtretungen und andere Transaktionen vorgenommen, alles auf Geheiss von X (BGer 5C.279/2002 v. 14.3.2003 E. 5.2). - Im Fall einer von einer einzigen Person (Stifter) beherrschten Familienstiftung stellte das Bundesgericht fest, der Stifter habe die als Stiftungsvermögen zugewendete Liegenschaft über Jahre hinweg selber bewohnt, ohne die in der Satzung der Stiftung genannten Voraussetzungen (z.B. Notlage) zu erfüllen, die erst einen Anspruch auf Leistungen der Stiftung begründen würden. Der Stifter habe zwischen seiner und der Person der Stiftung nicht unterschieden. Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen der Sphären- und Vermögensvermischung wie auch der Fremdsteuerung und erachtete die Voraussetzungen des Durchgriffs als gegeben, mit der Folge, dass in einer Zwangsvollstreckung ge-

#### **E. 11**

/ 30 gen den Stifter als Schuldner das Vermögen der Stiftung einzubeziehen war (BGer 5A\_498/2007 v. 28.2.2008). - Das Bundesgericht hielt in einem weiteren Fall fest, ein Abweichen vom Grundsatz der rechtlichen Selbstständigkeit der juristischen Person setze voraus, dass Gesetzesvorschriften umgangen, dass Verträge nicht erfüllt oder dass sonstige berechnete Interessen Dritter offensichtlich verletzt würden. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, könne es sich ausnahmsweise rechtfertigen, vom beherrschten auf das beherrschende Subjekt oder umgekehrt "durchzugreifen". Es bedürfe nicht der Gründung

einer juristischen Person zu missbräuchlichen Zwecken, sondern es genüge die missbräuchliche Verwendung bzw. die missbräuchliche Berufung auf die Trennung zwischen juristischer Person und beherrschender Person. Zur Annahme von Rechtsmissbrauch müssten geradezu "eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte Schädigung Dritter" vorliegen. Typische Fallgruppen seien namentlich die Sphären- und Vermögensvermischung, d.h. die ungenügende Beachtung der Selbstständigkeit der juristischen Person gegenüber der beherrschenden Person, die Fremdsteuerung, z.B. durch Verfolgung von Sonderinteressen der beherrschenden Person zulasten der juristischen Person, oder die Unterkapitalisierung der juristischen Person in einer Weise, dass ihre Lebensfähigkeit gefährdet sei. Konkret erlaubte das Bundesgericht den Durchgriff aufgrund dessen, dass der eine Genossenschaft beherrschende Schuldner zwischen deren Vermögen und seinem eigenen schon bei deren Gründung nicht unterschieden und die Selbstständigkeit der Genossenschaft als juristischer Person in keinem Zeitpunkt ernst genommen habe (BGer 5A\_587/2007 v. 28.2.2008 E. 2.1 und 2.2). – Beide Parteien berufen sich mit unterschiedlichen Schlussfolgerungen auf dieses Urteil. – Eine "Sphärenvermischung" bejahte das Bundesgericht, weil im Geschäftsverkehr nicht ausreichend unterschieden wurde zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft mit sehr ähnlichen Firmen, den Sitzen am selben Ort, identischen Räumlichkeiten, Organen, Angestellten oder Telefonnummern. Die Folge war, dass die Gläubiger beide Gesellschaften in Anspruch nehmen konnten (BGE 137 III 550). – In Kenntnis einer gegen ihn angehobenen Betreuung hatte Y eine Liegenschaft aus seinem Privatvermögen an eine von ihm beherrschte Gesellschaft übertragen. Das Bundesgericht erklärte zwar, zur Annahme von Rechtsmissbrauch müssten geradezu eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften und eine qualifizierte

## **E. 12**

/ 30 Schädigung Dritter vorliegen. Die Ausrede von Y, die Gläubigerin habe ein Rechtsöffnungsbegehren zurückgezogen, beurteilte es aber als Trölerei und gestattete der Gläubigerin in der Zwangsvollstreckung den indirekten Durchgriff auf die Gesellschaft, was den Weg über die paulianische Anfechtung entbehrlich machte (BGer 5A\_330/2012 v. 17.7.2012). – In einem Widerspruchsverfahren ging das Bundesgericht davon aus, der Aktionär habe es verstanden, kraft seiner beherrschenden Stellung das streitige Aktium von der Gesellschaft in sein Eigentum zu überführen mit dem Zweck, es den Gläubigern zu entziehen. Der Durchgriff – die Verwertung der Sache in der Vollstreckung gegen die Gesellschaft – wurde zugelassen, gestützt ausdrücklich auf Art. 2 ZGB (BGE 144 III 541 E. 8.4). – Ein weiteres Widerspruchsverfahren gab Anlass zur Klarstellung, dass der Durchgriff auch die Verteilung der Parteirollen nach Art. 106 ff. SchKG bestimmen kann. Die Beschwerdeführerin hatte weder den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs noch dessen tatsächliche Grundlagen bestritten und sich damit begnügt, auf dem äusseren Rechtsschein – eben Verschiedenheit von Gesellschaft und Alleinaktionär und entsprechend einem Grundbucheintrag – zu beharren (BGer 5A\_342/2020 v. 4.3.2021 E. 4). In allen Fällen betont das Bundesgericht, die Verschiedenheit von juristischen und natürlichen Personen sei zu respektieren, und nur in Ausnahmefällen dürfe sie ausser Acht gelassen werden. Typische Fälle des Durchgriffs zeigen sich bei internationaler Wirtschaftskriminalität und Geldwäscherei. Instruktiv dazu ist ein kantonaler Arrest-Entscheid, der als glaubhaft ansah, es sei ein ganzes Geflecht von Gesellschaften mit dem einzigen Zweck aufgebaut worden,

die Herkunft mutmasslich auf deliktische Art und Weise erlangter Gelder zu verschleiern und diese dadurch dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen (OGer ZH PS200252 v. 2.3.2021). 3.2.3. Wie gesehen ist in allen Fällen des Durchgriffs die wirtschaftliche Einheit von Gesellschaft und Gesellschafter Voraussetzung. Das ist im vorliegenden Fall unbestrittenermassen der Fall: D.\_\_\_\_\_ ist einziger Aktionär und Organ der Berufungsbeklagten. Dies ist aber zulässig und ändert fürs Erste nichts daran, dass die beiden Rechtssphären getrennt zu behandeln sind. Die Berufungsbeklagte wendet in grundsätzlicher Hinsicht ein, die Berufung der Berufungsklägerin auf einen Durchgriff sei unzulässig, weil sie – wenn sie denn von D.\_\_\_\_\_ überhaupt etwas zu gut haben sollte – das auch direkt gegen diesen

### **E. 13**

/ 30 geltend machen könnte. Sie habe das ja auch getan, das Verfahren aber nach dem Schlichtungsversuch nicht weiterverfolgt (act. A.2 S. 30, Rz. 59 lit. f). Das übergeht den entscheidenden Umstand, dass die Berufungsklägerin von der Berufungsbeklagten betrieben wird und immerhin eine provisorische Rechtsöffnung gegen sich hat. Zwar kann sie durchaus gegen D.\_\_\_\_\_ vorgehen und, weil sie gegen diesen eine erheblich höhere Forderung geltend macht als Darlehen und Zins ausmachen, würde ihr auch nicht schaden, dass ihre Gegenforderung im Umfang der erklärten, nicht nur eventuellen, Verrechnung untergegangen ist (Art. 124 Abs. 2 OR). Bis sie auf jenem Weg einen Vollstreckungstitel erstritten und erfolgreich ins Vermögen des Beklagten vollstreckt hat, dürfte es aber lange dauern. Wenn sie nicht den Weg der Verrechnung gewählt hätte, wäre sie wohl erst zu spät zu den für die Rückzahlung des Darlehens notwendigen Mitteln gelangt. Ihr Verhalten ist keinesfalls missbräuchlich, schon gar nicht "offenbar" im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Wenn die Voraussetzungen des umgekehrten Durchgriffs gegeben sind, liegt zudem eine Art Solidarhaftung vor, bei welcher der Gläubiger frei wählen kann, wen er ins Recht fasst (Art. 144 Abs. 1 OR). Für einen erfolgreichen Durchgriff bedarf es nicht schon missbräuchlicher Absichten bei der Gründung der juristischen Person – das wirft die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten auch nicht vor –, sondern es genügt das missbräuchliche Verwenden (BGer 5A\_587/2007 v. 28.2.2008). Solches erblickt die Berufungsklägerin darin, dass das zur Sicherung des Darlehens vereinbarte Kaufrecht nicht der Darlehensgeberin, sondern deren Aktionär eingeräumt wurde. Das ist tatsächlich merkwürdig. Wenn die Berufungsbeklagte das Darlehen gewährte, hatte sie in erster Linie ein legitimes Interesse an Sicherheiten, und so ist auch der Darlehensvertrag formuliert (RG-act. II/6 Ziff. 4 und besonders Ziff. 4.2). Das Regionalgericht zitiert die Berufungsbeklagte damit, es sei "ein Versehen" gewesen, D.\_\_\_\_\_ und nicht der Berufungsbeklagten das Kaufrecht einzuräumen. Das wäre allerdings eine ziemlich durchsichtige Ausrede, denn der Kaufrechtsvertrag ist ein sorgfältiges redigiertes mehrseitiges Werk, das D.\_\_\_\_\_ im Rubrum und am Ende persönlich nennt und als zu besicherndes Geschäft ausdrücklich das "von der dem Kaufrechtsnehmer gehörenden Gesellschaft gewährte Darlehen ..." bezeichnet (RA-act. III/10 Ziff. 5). Das kommt von der Sache her den Tatbeständen der Vermischung der Rechtssphären durchaus nahe. Mit Recht hat das Regionalgericht aber darauf hingewiesen, dass diese Vermischung nicht allein D.\_\_\_\_\_ und die Berufungsbeklagte veranlasst haben, sondern dass auch E.\_\_\_\_\_ als Kaufrechtsgeber den Vertrag unterzeichnete. So wenig sich D.\_\_\_\_\_ und die Berufungsbeklagte über die Person des Kaufberechtigten irren konnten, so wenig auch E.\_\_\_\_\_ und die Berufungsklägerin. Nichts hätte diese gehindert, entsprechend

## E. 14

/ 30 der ausdrücklichen Abmachung (einem Vorvertrag im Sinne des Art. 22 Abs. 1 OR) im Darlehensvertrag das Kaufrecht der Darlehensgeberin, also der Berufungsbeklagten, einzuräumen. Das Mitwirken von E.\_\_\_\_\_ ist daher auch nach Auffassung des Kantonsgerichts ein entscheidendes Element gegen ein "offenbar" rechtsmissbräuchliches Verhalten D.\_\_\_\_\_ und der Berufungsbeklagten. Daran ändert nichts, dass sich die Berufungsbeklagte heute in einer verzwickten Situation befinden dürfte, weil sie nach ihrer Darstellung ihr einziges Aktivum, die Liegenschaft und Berghütte "G.\_\_\_\_\_", nicht (mehr) zu einem Preis verkaufen kann, welcher ihr das Zurückzahlen des Darlehens erlauben würde, und sie sich daher vom Konkurs bedroht sieht. Ein anderes und unabhängiges Element kommt hinzu: die Berufungsklägerin sieht das tadelnswerte Verhalten D.\_\_\_\_\_ darin, dass er das ihm eingeräumte Kaufrecht an allen ihren Anteilen ausübte, obschon dieses nach der Feststellung des Regionalgerichts ungültig war, und dann das Hauptaktivum, nämlich Grundstück und Berghütte "G.\_\_\_\_\_", nicht veräusserte. Daran ist ohne Weiteres richtig, dass das Regionalgericht das Kaufrecht in (durchaus nicht selbstverständlicher, aber in Argumentation und Ergebnis überzeugender) analoger Anwendung von Art. 894 ZGB als ungültig bezeichnete, womit D.\_\_\_\_\_ nicht gültig Eigentum an den Stammanteilen hatte erwerben können (RG-act. II/7). Allerdings wäre das nicht anders gewesen, wenn die Berufungsklägerin das im Darlehensvertrag versprochene Kaufrecht wie vorgesehen der Darlehensgeberin (der Berufungsbeklagten) und nicht deren Alleinaktionär eingeräumt hätte. Alle Beteiligten gingen mindestens zunächst von der Gültigkeit des Kaufrechts aus. E.\_\_\_\_\_ und die Berufungsklägerin müssten sich selber treuwidriges Verhalten vorwerfen lassen, wenn sie die Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag mit einer bewusst nichtigen Vereinbarung hätten erfüllen wollen. Und auch die Berufungsbeklagte und D.\_\_\_\_\_ gingen noch im Prozess um die Berechtigung an den Stammanteilen davon aus, das Kaufrecht sei gültig (RG-act. II/7 S. 5 und passim). Richtig verstanden dürfte die Berufungsklägerin nicht so sehr (wenn auch durchaus) von der Ausübung des Kaufrechts durch D.\_\_\_\_\_ betroffen sein, als durch den Umstand, dass sie die behaupteten Gegenforderungen mangels Gegenseitigkeit (Art. 120 OR) gegenüber der Berufungsbeklagten nicht zur Verrechnung bringen kann. Dass dies seinerzeit schon der raffinierte und berechnende Hintergrund dafür gewesen wäre, dass das Kaufrecht nicht der Berufungsbeklagten, sondern ihrem Alleinaktionär D.\_\_\_\_\_ eingeräumt wurde, behauptet die Berufungsklägerin allerdings nicht, und es wäre ziemlich weit hergeholt. Dass sich die Berufungsbeklagte (ungeachtet dessen, ob solche Forderungen existieren, dazu nachstehend

## E. 15

/ 30 E. 3.3) nun in der aktuellen Situation darauf beruft, ist nicht entgegenkommend und schon gar nicht kulant, und es steht gewiss in scharfem Kontrast zur (früheren) Freundschaft von E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_. "Offenbarer Rechtsmissbrauch" verlangte aber mehr: dass das Ausnützen einer vorteilhaften Rechtsposition nicht nur besondere Rücksicht vermissen liesse oder kühle Berechnung verriete, sondern nicht nur unter Freunden, sondern überhaupt unter Geschäftsleuten tadelnswert oder gar empörend erschiene. Das ist hier nicht der Fall. Damit hält es schwer, in den beschriebenen Vorgängen "eine Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften" oder ein Fehlverhalten analoger Schwere zu sehen, welche nach der referierten Praxis des Bundesgerichts Voraussetzung des (umgekehrten) Durchgriffs wären.

In klaren Fällen bedarf es wohl weniger solcher "Machenschaften": wenn der Schuldner in Erwartung der Zwangsvollstreckung ein werthaltiges Aktivum auf die von ihm allein beherrschte Gesellschaft verschiebt, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, ist das ein einzelner und dazu sehr einfacher Vorgang. Er ist aber so hinterhältig und krass treuwidrig, dass es keiner weiteren Winkelzüge oder eben "Machenschaften" bedarf. So ist es im vorliegenden Fall allerdings nicht, und die zu beurteilenden Verhältnisse sind mit den Sachverhalten in den zitierten Urteilen des Bundesgerichts nicht vergleichbar. Im Ergebnis kommt das Kantonsgericht zum Schluss, dass der von der Berufungsklägerin verlangte Durchgriff, welcher Voraussetzung der Verrechnung von Forderungen gegen D.\_\_\_\_\_ mit einer Forderung der Berufungsbeklagten wäre, nicht zulässig ist. 3.3. Der Vollständigkeit halber, allerdings in grösstmöglicher Kürze, sei auf die Vorwürfe der Berufungsklägerin gegen D.\_\_\_\_\_ eingegangen: 3.3.1 Die Berufungsklägerin argumentiert, D.\_\_\_\_\_ habe ihr resp. E.\_\_\_\_\_ verbindlich die Verlängerung des Darlehens zugesagt. Sie habe darauf vertraut und insbesondere nicht Grundstück und Berghütte "G.\_\_\_\_\_" verkauft, was ihr die nötigen Mittel zur Rückzahlung des Darlehens verschafft hätte. Das Regionalgericht setzt sich mit dieser Behauptung auseinander. Es würdigt seine Befragung von E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, diverse zwischen diesen beiden ausgetauschte Mails sowie die Zeugeneinvernahme im Rechtsöffnungsverfahren und persönliche Aufzeichnungen von L.\_\_\_\_\_. Eine erneute Einvernahme von L.\_\_\_\_\_ findet es nicht notwendig (Urteil S. 8 ff. E. 5.1). Die Berufungsklägerin kritisiert sowohl den Verzicht auf die erneute Einvernahme als auch die materielle Würdigung der einzelnen Elemente durch das Regionalgericht (act. A.1 Rz. 145 ff., besonders Rz. 161 f.).

## **E. 16**

/ 30 Die so genannte antizipierte Würdigung angebotener Beweise ist nach ständiger Praxis zulässig, auch wenn die dogmatische Verortung des Vorganges umstritten ist (etwa Christian Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Dike-Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 103 ff. zu Art. 152 ZPO, gegenüber Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N 7 und 14 f. zu Art. 157 ZPO). Wohl hat der Bundesrat die entsprechende ausdrückliche Vorschrift von Art. 147 VE/ZPO gestrichen, aber mit dem ausdrücklichen Hinweis in der Botschaft, die antizipierte Würdigung solle möglich bleiben (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., S. 7312). Nicht zuletzt verlangt eine effiziente Verfahrensführung, dass das Gericht auf weitere Beweismittel verzichten darf, wenn der Sachverhalt bereits ausreichend geklärt ist. In den Räten wurde der Punkt des bundesrätlichen Entwurfes nicht verändert. Ob die antizipierte Würdigung zu Recht erfolgte, und ob das gefundene Beweisergebnis richtig ist, bleibt im Einzelfall zu beurteilen und kann in der Berufung überprüft werden (Art. 310 lit. b ZPO). L.\_\_\_\_\_ wurde im Rahmen der Rechtsöffnung als Zeugin einvernommen. Nach den insoweit nicht bestrittenen Feststellungen des Regionalgerichts war Thema der Befragung insbesondere die Verlängerung des Darlehens. Die Berufungsklägerin zitiert wörtlich, was die Zeugin dazu erklärte (act. A.1 Rz. 165 f.). Das Regionalgericht durfte davon ausgehen, die Zeugin würde bei einer erneuten Befragung nicht oder nicht wesentlich anders aussagen. Damit war der Verzicht auf eine erneute Einvernahme zulässig. Es bleibt die mit der Berufung kritisierte Würdigung der Aussagen. Die Zeugin erklärte, E.\_\_\_\_\_ habe D.\_\_\_\_\_ am 13. Januar 2015 ausdrücklich gesagt, wenn das Darlehen nicht verlängert werde, müsste die Liegenschaft verkauft werden. D.\_\_\_\_\_ habe erwidert, die Verlängerung sei kein Problem, man sei ja unter Freunden, und auf die Frage der Zeugin, ob man denn das nicht schriftlich

fixieren müsse, habe er erklärt, in der Schweiz gelte der Handschlag. Die Zeugin könne es ja bestätigen, und daraufhin habe er E.\_\_\_\_\_ die Hand gereicht (act. A.1 Rz. 165 f.). Wenn es nur um diese Aussage der Zeugin ginge, wäre der Beweis für die Verlängerung des Darlehens wohl erbracht. Eine Laufzeit musste nicht bestimmt werden, dafür gibt es die subsidiäre gesetzliche Regel von Art. 318 OR, und Zins und Sicherheiten wären nach Treu und Glauben aus dem bisherigen Vertrag fortgeschrieben worden. Allerdings steht dem der Mail-Verkehr der beiden Protagonisten entgegen. Am Tag nach der laut der Zeugin fixen Abmachung, dass das Darlehen verlängert werde, schrieb E.\_\_\_\_\_: "Kannst Du bitte helfen? Eine Verlänge-

#### **E. 17**

/ 30 rung des Darlehens bis maximal zum 31.5.2016. Eine Pauschale, Zinszahlung in Höhe von CHF 100'000.-. Die Zinszahlungen entfallen, dafür diese CHF 100'000.- gleich ob nun in der kommenden Woche verkauft wird oder am 30.5.2016" (angefochtenes Urteil S. 9 unten). D.\_\_\_\_\_ antwortete zurückhaltend, besonders wegen der hinausgeschobenen Zinszahlung, und ersuchte um eine "Cash-Planung für den betreffenden Zeitraum" – was wiederum E.\_\_\_\_\_ am 30. Januar 2015 ohne weitere Erläuterungen mit dem zusätzlichen Angebot eines Bonus bei einem Verkauf zu mehr als CHF 3 Mio. beantwortete (angefochtenes Urteil S. 9 f.). Damit steht aufgrund dieser Mails fest, dass E.\_\_\_\_\_ selber nicht davon ausging, die Konditionen für eine Verlängerung des Darlehens stünden bereits fest. Gemäss seinen Erklärungen war er sich bewusst, dass er für die Verlängerung substanzielle Gegenleistungen bieten musste. Nach Treu und Glauben konnte er nicht annehmen – und nahm er offenkundig auch nicht an –, die Verlängerung sei am 13. Januar 2015 definitiv besiegelt, und es gehe D.\_\_\_\_\_ nur noch um untergeordnete Details. Der vorgeschlagene Pauschalzins lag deutlich über dem, was die vertraglichen fünf Prozent für eine Verlängerung von sechzehn Monaten ergeben hätten, allerdings neu vollständig nachschüssig zahlbar, und das Angebot eines Bonus bei einem favorablen Verkauf war noch nicht beziffert. Das waren jedenfalls nach Treu und Glauben wesentliche Punkte. Sie waren offen und blieben es. Damit kam keine Einigung über die Verlängerung des Darlehens zustande. Der Eindruck der Zeugin L.\_\_\_\_\_ war offenbar, die beiden Protagonisten hätten sich tatsächlich geeinigt. Nichts spricht dafür, dass sie bewusst die Unwahrheit sagt. Allerdings versteht sie nach der unbestrittenen Aussage D.\_\_\_\_\_ (Parteibefragung RG-act. VIII S. 6) kein Holländisch, die Sprache, in welcher die Diskussion zunächst geführt worden war (so auch E.\_\_\_\_\_ RG-act. VIII S. 6), und das Deutsche, in welches mit Rücksicht auf sie gewechselt wurde, ist nicht die Muttersprache E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_. Ein Missverständnis ist von da her sehr wohl möglich. Dass die beiden Verhandlungspartner einander die Hand gaben und D.\_\_\_\_\_ sagte, in der Schweiz gelte der Handschlag noch etwas, dürfte die Zeugin nicht erfunden haben. Durchaus offen bleibt damit aber, was das zu bedeuten hatte; es sei nun alles geklärt, oder aber, man werde sich unter Freunden um eine gute Lösung bemühen. Dass E.\_\_\_\_\_ nur einen Tag später ohne Hinweis auf eine verbindliche Abmachung Vorschläge für eine solche Lösung machte (die auch nach Darstellung der Berufungsbeklagten neu waren: sie behauptet nicht, diese Punkte seien schon tags zuvor bei "J.\_\_\_\_\_" Thema gewesen), spricht gewichtig gegen die erste Variante.

#### **E. 18**

/ 30 Unter diesen Umständen hat das Regionalgericht zutreffend angenommen, der Beweis für eine fix und definitiv vereinbarte Verlängerung des Darlehens sei der Berufungsklägerin

nicht gelungen. 3.3.2. Die Berufungsklägerin behauptet, was die Berufungsbeklagte bestreitet und zu beweisen wäre, dass die "G. \_\_\_\_\_" in der Zeit der faktischen Beherrschung durch D. \_\_\_\_\_ einen sehr erheblichen Wertverlust erlitten habe und heute praktisch unverkäuflich sei. Sie lastet diesen Wertverlust D. \_\_\_\_\_ an, welcher den rechtzeitigen Verkauf, namentlich an einen Interessenten namens N. \_\_\_\_\_ verhindert habe. Das Regionalgericht betrachtet den Vorwurf als unbegründet, weil auch D. \_\_\_\_\_ an einem möglichst hohen Erlös interessiert gewesen sei – wenn er diesen auch über die Darlehensschuld hinaus hätte E. \_\_\_\_\_ resp. der Berufungsklägerin abliefern müssen, weil die Verfalls-Abrede im Sicherungsvertrag ungültig war (angefochtenes Urteil S. 12 ff. E. 5.3). Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, ihr Vorwurf müsse vor dem Hintergrund der fixen Verlängerung des Darlehens gesehen werden (was allerdings soeben verneint worden ist), mindestens aber der Zusage, dass das Darlehen nicht zurückverlangt werde und damit auch keine Ausübung der Kaufoption drohe (act. A.1 namentlich Rz. 142 ff.). Eine solche Zusage ist so wenig bewiesen wie die Verlängerung des Darlehens. Sie ist ebenso wie jene widerlegt, oder jedenfalls wie ein allfälliger prima facie-Beweis dadurch erschüttert und damit vernichtet, dass E. \_\_\_\_\_ unmittelbar nach der behaupteten Verlängerung / Zusage wie soeben erwähnt Konditionen vorschlug, unter denen die Fälligkeit des Darlehens abgewendet werden könnte. Auch unter Freunden konnte E. \_\_\_\_\_ nach Treu und Glauben nicht annehmen, das Darlehen werde nicht zurückgefordert werden, wenn über die Konditionen einer Verlängerung keine Einigkeit erzielt werden konnte. Es mag sein, dass er sich in dem Glauben wiegte – das war aber wie gezeigt nicht berechtigt. Es bleibt der Vorwurf, D. \_\_\_\_\_ habe den Verkauf der "G. \_\_\_\_\_" hintertrieben. Unverdächtig ist die Aussage der Zeugin L. \_\_\_\_\_, er habe sich gegenüber E. \_\_\_\_\_ am 13. Januar 2015 gegen einen Verkauf an N. \_\_\_\_\_ ausgesprochen. Die Berufungsklägerin argwöhnt, er habe schon damals listig und hinterhältig darauf spekuliert, nach Fälligkeit des Darlehens die Kaufoption auszuüben, und (erst) dann die "G. \_\_\_\_\_" zu einem deutlich über dem Darlehen liegenden Preis zu verkaufen – und weil er bis dann einziger Gesellschafter der Berufungsbeklagten sein würde, käme ihm über diese Position der Mehrerlös zugute. Das wäre nicht undenkbar, müsste aber – da bestritten – bewiesen werden. Die Berufungsklägerin legt nicht (oder jedenfalls nicht ausreichend nach den Anforderungen gemäss E. 1.2 vorste-

## **E. 19**

/ 30 hend) dar, wo sie dafür rechtzeitig Beweismittel genannt und dass das Regionalgericht diese zu Unrecht nicht abgenommen habe (act. A.1 passim). Diese Behauptung kann daher nicht Basis des heutigen Urteils werden. Die Berufungsbeklagte sieht allerdings auch abgesehen vom soeben erwähnten Vorwurf eine Pflichtverletzung D. \_\_\_\_\_ als damaliges Organ der Berufungsklägerin in seinem Widerstand gegen einen Verkauf an N. \_\_\_\_\_. Dem hat das Regionalgericht entgegengehalten, Zweck der Berufungsbeklagten sei der Betrieb von Gaststätten, und nicht deren Veräusserung (Urteil S. 14 untere Hälfte). Das ist nicht ganz richtig: die Statuten (act. C.4) erlauben ausdrücklich den Verkauf. So ist auch wirtschaftlich denkbar, dass in einer bestimmten Zwangslage der Verkauf der "G. \_\_\_\_\_" zum Vermeiden einer Insolvenz nötig wurde. Die Argumentation der Berufungsbeklagten geht denn auch in diese Richtung. Offenbar bot N. \_\_\_\_\_ für das Objekt einen Preis, der die Rückführung des Darlehens erlaubt hätte. Und die Berufungsklägerin behauptet, der Betrieb der "G. \_\_\_\_\_" sei mehr und mehr schwierig geworden. Das dürfte zutreffen; der Ort liegt an der früher beliebten Ski-Abfahrt vom O. \_\_\_\_\_ nach P. \_\_\_\_\_ auf rund 800 m.ü.M. hinunter, die heute wegen des Schneemangels in den tiefen Lagen gewiss nur noch selten

befahren werden kann. Diese Entwicklung hat sich aber schon seit vielen Jahren angekündigt. Das Regionalgericht stellt denn auch fest, die Berufungsbeklagte behauptet nicht, D.\_\_\_\_\_ habe erkannt oder auch nur erkennen müssen, dass die "G.\_\_\_\_\_" nach 2015 so drastisch an Wert verlieren werde, wie sie es heute darstelle, und er habe darum gewusst, dass der Verkauf an N.\_\_\_\_\_ deshalb mehr oder weniger zwingend gewesen sei (Urteil S. 13 E. 5.3.1). Das widerlegt die Berufungsklägerin in der Berufung nicht oder jedenfalls nicht ausreichend klar. Die Argumentation würde ja zudem voraussetzen, dass vorauszusehen gewesen wäre, ein anderer Interessent als N.\_\_\_\_\_ mit einem besseren Angebot werde sich nicht finden lassen. Die Berufungsklägerin behauptet zwar, E.\_\_\_\_\_ habe auf den Verkauf an N.\_\_\_\_\_ gedrungen. Das wäre gewiss eine Option gewesen. Allerdings steht der Annahme, man habe andere interessante Interessenten ausschliessen müssen, das Verhalten von E.\_\_\_\_\_ respektive der Berufungsklägerin entgegen: dem Makler Q.\_\_\_\_\_ war noch im Spätherbst 2014 ein Verkaufsmandat erteilt worden mit dem Ziel eines Erlöses von CHF 3,5 Mio., mindestens aber CHF 3 Mio., also deutlich höher geschätzt als N.\_\_\_\_\_ Offerte (act. A.1 Rz. 47, 155). Und E.\_\_\_\_\_ machte D.\_\_\_\_\_ wie gesehen das Angebot, ihn an einem Erlös von mehr als CHF 3 Mio. mit einer Prämie partizipieren zu lassen. Hofften E.\_\_\_\_\_ respektive die Berufungsbeklagte demnach auf einen deutlich höheren Erlös, als ihn N.\_\_\_\_\_ bot, musste auch D.\_\_\_\_\_ vernünftigerweise nicht dem Verkauf an N.\_\_\_\_\_ zustimmen, sondern lag es viel eher im wohl verstandenen Interesse der Berufungs-

## E. 20

/ 30 klägerin, dass man diesen erhofften höheren Erlös zu erzielen versuchte. Und damit kann sich die Berufungsklägerin auch nicht darauf berufen, der Umstand, dass D.\_\_\_\_\_ einem Verkauf an N.\_\_\_\_\_ nicht zustimmte, habe aus Sicht von E.\_\_\_\_\_ / der Berufungsklägerin zwingend bedeutet, er sei namens der Berufungsbeklagten mit einer Verlängerung des Darlehens einverstanden, noch bevor deren Konditionen überhaupt feststanden (Rz. 183). Nachdem nicht davon auszugehen ist, D.\_\_\_\_\_ habe mit einem Zusammenbruch des Wertes der "G.\_\_\_\_\_" rechnen müssen, kann ihm auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er das Objekt während seiner Zeit als faktisches wenn auch nicht legitimes Organ der Berufungsklägerin nicht veräusserte. Damit kommt es auf den von der Berufungsklägerin behaupteten drastischen Wertverlust der "G.\_\_\_\_\_" während der Zeit der faktischen Organstellung D.\_\_\_\_\_ nicht an, und es waren und sind die dafür offerierten Gutachten nicht einzuholen. 3.3.3. Musste D.\_\_\_\_\_ einem Verkauf der "G.\_\_\_\_\_" nicht zustimmen, kommt es auf die Behauptung der Berufungsklägerin nicht an, er habe als deren Mit-Organ den Verkauf gegen den Willen E.\_\_\_\_\_ verhindert. Richtig ist, dass bis zum Ausüben des Kaufrechts die Protagonisten der heutigen Parteien beide Geschäftsführer der Berufungsklägerin waren (RG-act. III/2, HR-Auszug). Die Berufungsklägerin argumentiert, deshalb habe E.\_\_\_\_\_ nicht gegen den Widerstand von D.\_\_\_\_\_ gegen einen Verkauf der "G.\_\_\_\_\_" aufkommen können. Sie zeigt aber gleichzeitig selber auf, wie E.\_\_\_\_\_ hätte vorgehen können, wenn er den Verkauf hätte erzwingen wollen: mit der Abwahl D.\_\_\_\_\_ als Organ durch E.\_\_\_\_\_ als den einzigen Gesellschafter (act. A.1 Rz. 154; ob man das Vorgehen wie die Berufungsklägerin als "mit der Brechstange" bezeichnen will, ist unerheblich). Unabhängig davon gaben die Statuten der Berufungsklägerin dem Vorsitzenden unter mehreren Geschäftsführern den Stichentscheid. Der entsprechende Wortlaut der Statuten wurde zwar von der Berufungsbeklagten erst mit der Berufungsantwort ins Verfahren eingeführt (act. C.4, Art. 22 Abs. 1 der Statuten). Das Problem des No-venverbotes von Art. 317 ZPO stellt sich

allerdings nicht, da der Inhalt der Statuten sich aus dem Handelsregister ergibt, welches von Gesetzes wegen als bekannt gilt (Art. 936b Abs. 1 OR) und daher im Prozess nicht behauptet werden muss (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 161, vgl. auch Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., S. 7311). Eine solche "Notorietät" setzt nicht ein allgemeines Wissen voraus (wie etwa, dass die Sonne im Osten aufgeht; Statuten von juristischen Personen sind gewiss in dieser Weise nicht allgemein bekannt), es genügt jedoch, dass sie "accessible à chacun" sind; insbesondere können sie

## **E. 21**

/ 30 in einem Rechtsmittelverfahren angerufen werden, auch in einem solchen mit ganz enger Kognition wie die frühere staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht (im Einzelnen Guyan, a.a.O., N 2 zu Art. 151 ZPO, unter Hinweis auf BGer 5A\_62/2009 v. 2.7.2009 E. 2.2, BGE 128 III 4 E. 4 c/bb). Es dürfte sich um einen neuen und für die Berufungsklägerin nach Treu und Glauben "unerwarteten" Gesichtspunkt handeln, zu welchem sie sich im Rahmen einer Stellungnahme zur Berufungsantwort musste äussern können (Art. 52 ZPO; BGE 130 III 35). Darauf hat sie allerdings nach erstreckter (act. D.9 und D.11) Überlegungsfrist verzichtet (act. D.12). E.\_\_\_\_\_ hätte die "G.\_\_\_\_\_" also bis zum 19. März 2015 auch gegen den Willen seines Mit-Geschäftsführers D.\_\_\_\_\_ dem Interessenten N.\_\_\_\_\_ verkaufen können. Nach Darstellung der Berufungsklägerin hat E.\_\_\_\_\_ gegenüber D.\_\_\_\_\_ bereits anlässlich der gemeinsamen Besprechung vom 13. Januar 2015 erklärt, wie wichtig und dringend er diesen Verkauf ansehe. Damit bleibt kein Raum für den Vorwurf der Berufungsklägerin an D.\_\_\_\_\_, er habe den Verkauf an N.\_\_\_\_\_ verhindert. 3.3.4. Endlich ist auch hier klarzustellen, dass ein anderes Beweisergebnis und eine andere Würdigung dieser Punkte der Berufungsklägerin nicht helfen könnten. Sollte D.\_\_\_\_\_ sich gegenüber E.\_\_\_\_\_ am 13. Januar 2015 in einer Weise geäußert haben, dass dieser in guten Treuen annehmen durfte, das Darlehen werde mit Sicherheit verlängert und auf jeden Fall würden die gestellten Sicherheiten auch nach Fälligkeit nicht in Anspruch genommen, hätte D.\_\_\_\_\_ voraussehen müssen und können, dass die "G.\_\_\_\_\_" in nächster Zeit drastisch an Wert verlieren und das Darlehen daher nicht mehr gedeckt sein werde und hätte er schliesslich bewusst und hinterhältig den Verkauf hintertrieben, um sich mittels des Kaufrechts die Anteile der Berufungsklägerin zu sichern, dann könnte er daraus allenfalls gegenüber der Berufungsklägerin schadenersatzpflichtig geworden sein. Die Berufungsklägerin klagt aber nicht gegen D.\_\_\_\_\_, sondern gegen dessen Aktiengesellschaft. Die Berufungsklägerin wiederholt zwar unzählige Male, dass die beiden eine wirtschaftliche Einheit bildeten (act. A.1 passim). Das ist gar nicht streitig. Entscheidend und für einen (umgekehrten) Durchgriff notwendig wäre aber, dass der Alleinaktionär die Gesellschaft missbräuchlich verwendet hätte, im Sinne der Ausführungen in E. 3.2.3 vorstehend. Das ist nicht zu sehen. Die Berufungsklägerin legt zwar eingehend dar, wie schlecht sich D.\_\_\_\_\_ verhalten habe. Daraus aber auf ein missbräuchliches Verwenden der Gesellschaft zu schliessen, ist so verkürzt nicht statthaft. Auch an dieser Stelle ist wesentlich, dass es nichts ändern würde, wenn die Handlungen und Unterlassungen D.\_\_\_\_\_ aufgrund seiner Stel-

## **E. 22**

/ 30 lung als Organ der Berufungsbeklagten in deren Namen erfolgt wären. Die rechtliche Verschiedenheit von Gesellschaft und Organ wirkte sich nicht aus. Erheblich könnte im Prozess der Umstand werden, dass die Berufungsklägerin ihre behauptete (wenn auch

vorstehend verworfene) Forderung gegen D.\_\_\_\_\_ nicht zur Verrechnung stellen kann, wenn die beiden Rechtssubjekte getrennt behandelt werden und kein (umgekehrter) Durchgriff erfolgt. Dass D.\_\_\_\_\_ aus diesem Grund das Darlehen von der Gesellschaft gewähren, das Kaufrecht aber sich persönlich einräumen liess (was unter dem Aspekt der "Massierung unterschiedlicher und ausserordentlicher Verhaltensweisen im Sinne eigentlicher Machenschaften" im Sinne der Praxis des Bundesgerichts zu prüfen wäre), macht die Berufungsbeklagte aber nicht geltend (vgl. dazu auch vorne E. 3.2.3 S. 12 ff., insbes. S. 14 f.). Die Berufungsklägerin kann sich also nicht darauf berufen, die Forderung, für welche die provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, sei durch Verrechnung untergegangen. 3.4. Es bleibt die Höhe dieser Hauptforderung zu beurteilen, welche unstreitig auf Kapital und Zinsen des der Berufungsklägerin gewährten Darlehens beruht. Die Vorinstanz führt im angefochtenen Urteil aus, es gehe um die CHF 1'340.288.15 nebst Zins zu 5% seit 7. Dezember 2018, wofür das Gericht der Berufungsbeklagten am 17. Mai 2019 provisorische Rechtsöffnung erteilt habe (Urteil S. 3 oben). Die Berufungsklägerin bezieht sich auf das Kapital, für welches Rechtsöffnung erteilt wurde (act. A.1 Rz. 14). Dann beanstandet sie, das Regionalgericht habe zu Unrecht angenommen, das erwähnte Kapital enthalte keinen Zins; aus dem Rechtsöffnungsentscheid ergebe sich vielmehr, dass die CHF 1'340.288.15 unter Berücksichtigung von Darlehenszinsen errechnet worden seien. Daraus leitet sie allerdings mindestens zunächst nichts ab (act. A.1 Rz. 18). Dann befasst sich die Berufungsklägerin mit der wirtschaftlichen Identität der Berufungsbeklagten und deren Alleinaktionär (act. A.1 Rz. 19-24). Es folgen Darlegungen zu in den Augen der Berufungsklägerin rechtswidrigen und schädigenden Handlungen und Unterlassungen D.\_\_\_\_\_, soweit erkennbar ohne Bezug zur Hauptforderung (act. A.1 Rz. 15-98). Die Berufungsklägerin argumentiert weiter, wenn D.\_\_\_\_\_ pflichtgemäss zu einem Verkauf der "G.\_\_\_\_\_" Handgeboten hätte, wären für Februar bis Dezember 2015

## **E. 23**

/ 30 Darlehenszinsen in der Höhe von CHF 61'875.00 nicht angefallen (act. A.1 Rz. 99). Das setzt voraus, was die Berufungsklägerin offenbar behaupten will, der Erlös wäre unverzüglich und vollumfänglich bezahlt und zur Rückzahlung des Darlehens verwendet worden. Das mag sein. Die Überlegung trifft aber nur unter der Voraussetzung zu, dass D.\_\_\_\_\_ pflichtwidrig gehandelt hätte und das der Berufungsbeklagten anzurechnen wäre – was vorstehend verneint wurde. Weiter trägt die Berufungsklägerin vor, nachdem D.\_\_\_\_\_ rechtswidrig die Kontrolle über die Berufungsklägerin erlangt habe, seien ohnehin keine Zinsen mehr zu zahlen gewesen (act. A.1 Rz. 100 ff.). Sie geht offenbar auch hier stillschweigend davon aus, dass der (umgekehrte) Durchgriff Anwendung fände, was nicht der Fall ist. Sollte sie sich hier auf den Tatbestand der Vereinigung berufen wollen (Art. 118 OR), wäre das nicht richtig: die Darlehensnehmerin als juristische Person blieb bestehen, wer auch immer ihre Gesellschafter waren oder ihr einziger Gesellschafter war; ein Zusammenfallen von Gläubiger und Schuldner der Darlehens- und der Zinsforderung trat nicht ein, indem die Darlehensgeberin oder ihr Alleinaktionär die Stammanteile an der Schuldnerin übernahmen. Die Berufungsbeklagte ist damit einverstanden, dass das Rechtsöffnungsgericht zahlreiche Zahlungen von zusammen CHF 187'641.80 und eine Forderung für Prozesskosten von CHF 12'000.00 an ihre Verpflichtung aus dem Darlehen anrechnet. Sie macht geltend, diese Beträge seien zu Unrecht auf die Zinsen und nicht auf das Kapital angerechnet worden. Das führt sie indes nicht näher aus, sondern nennt dafür achtundzwanzig Belegstellen (act. A.1 Rz. 108 - 110). Damit kann die Rechtsmittelinstanz nichts anfangen. Nach Art. 85 Abs. 1 OR kann eine Teilzahlung nur auf das Kapital

angerechnet werden, soweit nicht Zinsen ausste- hen. Es ist denkbar, dass im Rechtsöffnungsentscheid diese Vorschrift unrichtig angewendet wurde. Das müsste aber in der Berufung irgendwie erläutert werden. Die Berufungsklägerin erfüllt in diesem Punkt auch minimale Anforderungen an die Begründung ihrer Berufung nicht (vorstehend E. 1.2), und es kann darauf nicht eingetreten werden. – Immerhin ist anzumerken, dass die vollständige Anrech- nung von Zahlungen auf das Kapital voraussetzen würde, es seien im Zeitpunkt der ersten Zahlung überhaupt keine Zinsen offen gewesen – nach dem Darle- hensvertrag (RG-act. II/6, Ziff. 5 Abs. 2) waren die Zinsen je per Ende eines Ka- lender-Quartals offenbar nachschüssig zu zahlen, und die erste der hier interes- sierenden Zahlungen soll am 7. Februar 2017 erfolgt sein (act. A.1 Rz. 108). Die Berufungsklägerin behauptet das nicht, und es ist unwahrscheinlich. Da sie dazu keine konkrete Rechnung anstellt, kann eine solche nicht überprüft werden.

#### **E. 24**

/ 30 Die Berufungsklägerin ist der Meinung, Verzugszins könnte nur geschuldet sein, wenn sie in Verzug gesetzt worden wäre, und sie scheint das zu bestreiten (act. A.1 Rz. 111 ff.). Sie dürfte übersehen, dass das Darlehen auch nach ihrer Darstel- lung auf eine feste Dauer gewährt worden war und der Verzug mit Ablauf dieser Zeit eintrat (Art. 102 Abs. 2 OR). Da der gesetzliche Verzugszins und der Ver- tragszins beide 5% betragen, kommt es auf eine weitere Mahnung nicht an (Art. 104 OR). Ob ein Teilbetrag von CHF 125'000.00 (offenbar, wenn auch unausgesprochen: der Darlehensforderung) hätte separat fällig gestellt und in Verzug gesetzt werden müssen (act. A.1 Rz. 113), muss das Kantonsgericht nicht prüfen, weil die Beru- fungsklägerin insofern nicht darlegt, wie sich ihre Schuld betragsmässig darstellte, wenn man ihrer Auffassung folgte. Auch in diesem Punkt genügt sie den Anforde- rungen an die Begründung der Berufung nicht. Die Rz. 114 ff. der Berufung befassen sich soweit ersichtlich nicht weiter mit der Berechnung der Forderung der Berufungsbeklagten – ausser den grundsätzlichen (Verrechnungs-)Einwendungen, welche vorstehend bereits erörtert wurden. In den Rz. 121 ff. wiederholt die Berufungsklägerin ihre Argumente zu den Zinsen, ohne allerdings präziser zu werden als bisher. Die Berufungsklägerin legt in Rz. 127 dar, wie viel sie schuldete, wenn man die vorstehend erwähnten Zahlungen und die Prozesskosten von zusammen CHF 199'641.80 nicht an Zinsen, sondern an das Kapital anrechnete: so kommt sie auf ein Kapital von CHF 1'150'358.20. Dafür setzt sie voraus, dass Zinsen wegen rechts- und pflichtwidriger Handlungen D.\_\_\_\_\_ nie geschuldet waren (was sie in Rz. 99 geltend macht, ohne nähere Begründung und mit Verweis auf siebzehn Aktenstellen, was den Begründungsanforderungen nicht genügt), und dass sie das der Berufungsbeklagten gegenüber geltend machen kann. Diesen Standpunkt teilt das Kantonsgericht gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht. Zudem wäre zu berücksichtigen, wie vorstehend erwähnt, was im Zeitpunkt der jeweiligen Zahlun- gen für Zinsen offen waren, welche unabhängig von den Diskussionen der Partei- en um die Verlängerung des Darlehens und von der Ausübung des Kaufrechts angefallen waren. Dass die Berufungsbeklagte eine "eventuelle Verrechnung" erklärt (act. A.1 Rz. 130), dürfte teilweise auf einem Irrtum beruhen, denn sie behauptet soweit er- kennbar nicht, die Darlehensschuld sei als Ganzes getilgt worden – gegenteils geht sie ja auch unter der Annahme, dass die behaupteten Zahlungen das Kapital

#### **E. 25**

/ 30 nur, wenn auch immerhin, auf rund CHF 1,15 Mio. reduziert hätten (dazu soeben). Darauf kommt es allerdings nicht an, weil die Grundlagen der Verrechnung – eine

Forderung der Berufungsbeklagten gegen D.\_\_\_\_\_ und deren Verrechenbarkeit gegenüber der Berufungsbeklagten – gemäss den vorstehenden Erwägungen nicht gegeben sind. Die Rz. 131 – 301 der Berufung befassen sich soweit erkennbar nicht mit neuen Aspekten zur Hauptforderung. Damit bleibt es bei der Forderung, für welche die Berufungsbeklagte die provisorische Rechtsöffnung erhalten hat: CHF 1'340.288.15 nebst Zins zu 5% seit 7. Dezember 2018. 4. Im Resultat ist die Berufung abzuweisen, und das Urteil des Regionalgerichts ist in der Sache zu bestätigen: die Aberkennungsklage ist abzuweisen. Damit wird die der Berufungsbeklagten erteilte provisorische Rechtsöffnung von Gesetzes wegen definitiv (Art. 83 Abs. 3 SchKG). 5. Ausgangsgemäss treffen die Kosten beider Instanzen grundsätzlich die Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 5.1. Zu den Kosten der ersten Instanz formuliert die Berufungsklägerin mehrere Einwendungen, ohne anzugeben, welche Beträge sie für richtig erachte (act. A.1 Rz. 285 ff.). Das genügt den Anforderungen an die Berufungsanträge nicht (OGER ZH PF110013 v. 21.6.2011; eine dagegen erhobene Beschwerde wurde abgewiesen: BGER 4D\_61/2011 v. 26.10.2011). Auf diesen Teil der Berufung kann daher nicht eingetreten werden – mit Ausnahme der Beanstandung der Mehrwertsteuer: dort ist nach Treu und Glauben auch ohne ausdrücklichen Antrag anzunehmen, die Berufungsklägerin wolle sie einfach gestrichen haben. Der Vollständigkeit halber gleichwohl was folgt: 5.2. Die Berufungsbeklagte erachtet die Entscheidungsgebühr des Regionalgerichts als überhöht: dieses habe den Vorschuss auf CHF 20'000.00 angesetzt unter Hinweis darauf, dass Zeugeneinvernahmen und zwei Gutachten beantragt worden seien. Obschon das Gericht diese Beweismittel nicht abgenommen habe, habe es die Gebühr bei den CHF 20'000.00 belassen (act. A.1 Rz. 285 ff.). Es ist richtig, dass der Vorschuss in der entsprechenden Verfügung unter anderem mit den gestellten Beweisansprüchen begründet wurde (RG-act. V/10 = act. B.4).

## **E. 26**

/ 30 Nach ständiger Praxis präjudiziert die Höhe des Vorschusses allerdings die im Endentscheid festzusetzende Gebühr nicht (statt Vieler Hans Schmid/Ingrid Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 9 zu Art. 98 ZPO). Das ergibt sich nur schon aus dem Gesetz, wonach der Vorschuss nach den "mutmasslichen" Kosten bemessen wird, aber auch von der Sache her, weil der konkrete Aufwand naturgemäss erst am Ende des Verfahrens bekannt ist. Die erwähnte Verfügung sprach denn auch richtig davon, der Vorschuss werde "einstweilen" auf CHF 20'000.00 festgesetzt. Die beantragten und nicht abgenommenen Beweismittel hätten einen gewissen Aufwand für die Verfahrensleitung und für die Würdigung im Rahmen der Urteilsbegründung bedeutet, die tatsächlichen Aufwendungen (Zeugenentschädigung, Expertenhonore) wären aber nach Art. 95 Abs. 2 lit c ZPO und Art. 102 Abs. 1 ZPO separat zu bevorschussen gewesen. Das Regionalgericht hat zutreffend auf den sehr grossen Ermessensspielraum hingewiesen, den die einschlägige Verordnung (BR 320.210) eröffnet: von CHF 3'000.00 bis CHF 30'000.00, in besonders aufwändigen Fällen bis CHF 100'000.00. Der letztere erweiterte Rahmen ist im vorliegenden Fall gerade noch nicht anzuwenden. Gleichwohl war das Verfahren überdurchschnittlich aufwändig, nicht zuletzt der umfangreichen Rechtsschriften der Parteien wegen: die Klage umfasste 60 Seiten, die Klageantwort 92, Replik und Duplik noch einmal 87 resp. 61 Seiten, es folgten zwei spontane weitere Eingaben, und die Parteien legten über 50 resp. über 60 Beilagen ins Recht. Das Regionalgericht führte ein wenn auch nicht umfangreiches Beweisverfahren durch, mit Beweisverfügung und Einvernahme der die beiden Parteien beherrschenden Personen. Zudem waren die zu behandelnden Fragen alles andere als banal. In der

Rückschau hätte sich auch ein Kostenvorschuss von mehr als CHF 20'000.00 vertreten lassen. Die Gebühr von CHF 20'000.00 ist jedenfalls nicht übersetzt. 5.3. Das Regionalgericht setzt die Parteientschädigung für die obsiegende Berufungsbeklagte nach Zeitaufwand auf knapp CHF 46'000.00 fest (Urteil S. 21). Es geht vom Stundenaufwand aus, den es allerdings entgegen der eingereichten Honorarnote mit Ansätzen von CHF 240.00 bis CHF 400.00 richtigerweise nur zu solchen von CHF 240.00 anerkennt. Es betrachtete den Aufwand von gut 191 Stunden als hoch, aber als vertretbar angesichts der Hartnäckigkeit und Ausdauer, mit welcher beide Seiten das Verfahren führten. Die Bemerkung, die Berufungsbeklagte habe sich (deswegen?) "mit der Situation E. \_\_\_\_\_ befasst", ist nicht ohne Weiteres verständlich, ausser wenn man es auf die Auseinandersetzung um die Sicherheit für die Parteientschädigung bezieht, welche anders als ein Gesuch um

#### **E. 27**

/ 30 unentgeltliche Rechtspflege (Art. 119 Abs. 6 ZPO) nicht unentgeltlich ist. So oder so ist dem Regionalgericht aber zuzustimmen, wenn es die Führung des Prozesses für die Berufungsbeklagte (und für die Berufungsklägerin; darauf kommt es freilich nicht an) als ungewöhnlich aufwändig beurteilt. Wäre auf den Punkt einzutreten, müsste die Rüge der überhöhten Parteientschädigung abgewiesen werden (vgl. zum Ganzen angefochtenes Urteil E. 8.2.2). Die Berufungsklägerin beanstandet, dass der Berufungsbeklagten auf der Entschädigung Mehrwertsteuer zugesprochen wurde. Eine selbst mehrwertsteuerpflichtige Partei könne die Steuer zurückfordern, erleide insoweit keinen Schaden und könne darum von der Gegenpartei keine Mehrwertsteuer beanspruchen (act. A.1 Rz. 294 f.). Die Berufungsbeklagte verweist dazu richtig auf die Verfügung des heutigen Vorsitzenden vom 9. Februar 2022 im Verfahren ZK2 21 42 der Parteien betreffend Sicherheit für die Parteientschädigung (E. 5 dritter Absatz): der Vorsteuerabzug wird nicht gewährt für Finanzdienstleistungen wie das Gewähren von Darlehen (Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. a MWSTG). Dies ist wesentlich, weil sich der Aberkennungsprozess, für dessen Führung der Anwalt der Berufungsbeklagten Rechnung stellen wird, um ein solches Thema handelt. Der Einwand der Berufungsklägerin ist unbegründet. 5.4. Die Gebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 9 und 11 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren VGZ (BR 320.120) und ist im Rahmen von CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00, ausnahmsweise bis CHF 100'000.00 festzusetzen. Vorweg ist zu klären, wie die Kosten für das Verfahren betreffend Sicherheit für die Parteientschädigung (ZK2 21 42) zu verlegen sind. In der vorstehend erwähnten Verfügung vom 9. Februar 2022, mit welcher der Berufungsklägerin eine Sicherheit von CHF 25'000.00 auferlegt wurde, wurden Festsetzung und Verlegung der Kosten dem Endentscheid in der Sache, also dem heutigen Urteil, vorbehalten (E. 6 und Dispositiv). Die Kosten jenes ungewöhnlich aufwändigen (oben lit. G) Verfahrens sind nicht eigens festzusetzen, sondern (erhöhend) in die Gebühr für das heutige Urteil einzurechnen, weil es der Sache nach um eine prozessleitende Entscheidung im Rahmen des Rechtsmittels gegen das erstinstanzliche Urteil über die Aberkennungsklage ging. Sie sind, was das Verfahren bis und mit Erlass der Verfügung vom 9. Februar 2022 angeht, nach der allgemeinen Regel von Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Berufungsklägerin aufzuerlegen (BGer 4A\_442/2021 v. 8.2.2022 E. 3.2).

#### **E. 28**

/ 30 Die Berufungsklägerin beantragt, die Kosten für das Gesuch um Erhöhung der Sicherheit der Berufungsbeklagten aufzuerlegen: diese habe ein unzulässiges Begehren gestellt, indem sie schon vor der (Berufungs-)Replik vorsorglich die Erhöhung der Sicherheit verlangt habe, und es sei darauf nicht einzutreten (Dossier ZK2 21 42 act A.8). Begehren sind in der Regel unbedingt zu formulieren, ebenso wie die Behauptungen bestimmt aufzustellen sind. Das gilt aber nicht absolut. Weil die Frist zur Beantwortung eines Rechtsmittels nicht erstreckbar ist (Art. 144 Abs. 1 in Verbindung mit den Art. 311 und 321 ZPO), die Sicherheit nach Art. 99 ZPO aber geleistet werden muss, bevor die zu sichernde Partei Aufwendungen hat, ist es zulässig, das Begehren für die Sicherstellung der Parteien- tschädigung vorsorglich zu stellen, also bevor das Gericht Frist zur Beantwortung ansetzt (BGE 141 III 554). Nicht ganz gleich, aber sehr ähnlich war die Situation der Berufungsbeklagten, nachdem die Berufungsklägerin am 11. Mai 2022 verlangt hatte, es sei ihr Frist für eine (Berufungs-)Replik anzusetzen (act. D.8). Die Berufungsbeklagte hat durchaus richtig mit Eingabe vom 19. Mai 2022 verlangt, es sei ihr eine allfällige Replik erst zur Stellungnahme zuzustellen, wenn über die Sicherheit entschieden und diese gegebenenfalls geleistet sei, und sie hat auch beantragt, das Verfahren zu sistieren, bis klar sei, ob eine Replik erstattet werde (Dossier ZK2 21 42 act. A.7). Ohne sich dazu zu äussern, nahm die Berufungsklägerin zum Gesuch am 3. Juni 2022 Stellung (Dossier ZK2 21 42 act. A.8), nachdem sie für die Replik im Hauptverfahren eine Fristerstreckung verlangt hatte (act. D.10), um dann diese Frist ungenutzt verstreichen zu lassen. Damit hat sie die Gegenstandslosigkeit des Gesuchs verursacht, was nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO zur Kostenaufgabe führt. Nichts hätte sie überdies gehindert, für die Stellungnahme zum Gesuch betreffend Sicherheit um Erstreckung zu ersuchen unter Hinweis darauf, dass sie sich noch nicht entschlossen habe, ob sie in der Sache eine Replik erstatten werde. Der gerichtliche Aufwand geht auch in diesem Punkt zu ihren Lasten. Auch das Verfahren der Berufung war aufwändig, nicht zuletzt wegen des Umfangs der Rechtsschriften von 104 resp. 70 Seiten. Immerhin musste das Prozess- thema nicht neu aufgearbeitet werden, sondern es konnte vom sorgfältig begründeten Urteil des Regionalgerichts ausgegangen werden. Demgegenüber verursachte wie gesehen das Verfahren betreffend Sicherheit für die Parteientschädigung einen zusätzlichen Aufwand. Angemessen ist eine Gebühr für das ganze Berufungsverfahren von CHF 20'000.00. 5.5. Für die Parteientschädigung der Berufungsbeklagten ist gemäss der Honorarverordnung (BR 310.250) davon auszugehen, was der obsiegenden Partei für

## **E. 29**

/ 30 die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird. Hier liegt die von der Berufungsbeklagten unterzeichnete Vollmacht im Recht, mit den vereinbarten Stundenansätzen von CHF 330.00 bis CHF 450.00 (act. G.1 und G.2), ferner die Begründung der Berufungsbeklagten, weshalb die Sicherheit – vor der Erstattung der Berufungsantwort, im Sinne einer Schätzung – auf CHF 50'000.00 festzusetzen sei (Dossier ZK2 21 42 act. A.2). Die Grundlagen für die Bemessung der Parteientschädigung sind im Entscheid KGer GR ZK2 21 42 v. 9.2.2022 betreffend Sicherheit für die Parteientschädigung dargelegt worden. Es kann darauf verwiesen werden. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach der Honorarverordnung des Kantons Graubünden (HV; BR 310.250). Ein Stundenansatz von CHF 330.00 ist danach nicht entschädigungsbe- rechtigt. Eine entsprechende Honorarvereinbarung ist dem Regionalgericht zwar eingereicht worden. Gemäss der massgebenden Honorarverordnung des Kantons Graubünden beträgt der maximal zu entschädigende Ansatz aber CHF 270.00 (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 3 HV). Unter

Berücksichtigung dieser Vorgabe ist die Parteientschädigung im Rahmen des Ermessens auf CHF 23'000.00 festzusetzen, zuzüglich die üblichen pauschalen 3% für Spesen (CHF 690.00) und 7,7% Mehrwertsteuer (CHF 1'1824.10), zusammen somit auf CHF 25'514.10.

**E. 30**

/ 30

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.