

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160066 vom 5. April 2018

Zh Handelsgericht, 2018-04-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160066](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160066)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160066 du 5 avril 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160066 del 5 aprile 2018

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit und Parteien des Verfahrens

##### E. 1.1.1

Örtliche Zuständigkeit Der Kläger ist eine natürliche Person, die Beklagte eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Die Zuständigkeit am Sitz der Beklagten ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO.

##### E. 1.1.2

Sachliche Zuständigkeit Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG zuständig.

### E. 1.2

Prozessuales

#### E. 1.2.1

Teilklage gemäss Ziff. 1 des Rechtsbegehrens Ziff. 1 des mit der Klage eingereichten Rechtsbegehrens lautet auf Zahlung des Betrages von Fr. 40'000.– (nebst Zins), unter Vorbehalt der Nachklage. Das ist eine Teilklage (act. 1 Rz 58). Gemäss Art. 86 ZPO kann – wenn ein Anspruch teilbar ist – auch nur ein Teil eingeklagt werden, und Teilbarkeit ist bei Geldleistungen stets gegeben (KuKo ZPO-Oberhammer, 2. Auflage 2014, N. 1b zu Art. 86). Mit dem Nachklagevorbehalt wird eine weitere Klage (und nicht eine Klageänderung im Rahmen des gleichen Prozesses) vorbehalten. Allerdings ist es bei jeglicher Klage – und daher auch bei einer Teilklage – möglich, die Klage zu ändern (Art. 227 ZPO). Eine Klageänderung liegt insbesondere vor, wenn mehr verlangt wird als bisher (KuKo ZPO-Naegeli/Mayhall, 2. Auflage 2014, N. 25 zu Art. 227). Die Beklagte hat mit der Klageantwort die Klage im Umfang von Fr. 37'000.– anerkannt, was zur entsprechenden Abschreibung des Verfahrens geführt hat (act. 19). Bezüglich Ziff. 1 des Rechtsbegehrens verlangt der Kläger in

- 7 - der Replik trotz dieser Abschreibung weiterhin die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 40'000.– (act. 25 S. S. 2), was eine Klageänderung i.S. einer Erhöhung um Fr. 37'000.– darstellt, wovon auch die Beklagte ausgeht (act. 29 Rz 39). Da es sich um einen (weiteren) Teilbetrag des zurückzuzahlenden Darlehens handelt, ist der sachliche Zusammenhang mit dem ursprünglichen Rechtsbegehren von Ziff. 1 offensichtlich, so dass es keiner Zustimmung der Beklagten bedarf (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Auswirkungen auf die sachliche Zuständigkeit sind wegen der erfolgten Erhöhung nicht ersichtlich (Art. 227

Abs. 2 ZPO). Im Zusammenhang mit der Teilklage gemäss Ziff. 1 des Rechtsbegehrens drängt sich hier noch folgende Klarstellung auf: Bei Teilklagen hat das Gericht nicht notwendigerweise den ganzen Anspruch, dessen Beurteilung nur in einem Teil verlangt wird, zu klären, sondern es ist nur das zu beurteilen, was zur Gutheissung oder Abweisung der Teilklage erforderlich ist. So können bestrittene Behauptungen, die für die Klärung des ganzen Anspruchs behandelt und geklärt werden müssten, offen bleiben, wenn über den eingeklagten Teil unabhängig davon entschieden werden kann. Im vorliegenden Fall ist in diesem Zusammenhang vor allem die Bestätigung vom 16. Februar 2013 zu nennen, bei der der Fälschungsvorwurf dann nicht geklärt werden muss, wenn die eingeklagte Teilforderung von Fr. 40'000.– zugesprochen oder abgewiesen werden kann.

### **E. 1.2.2**

Eventualbegehren gemäss Ziff. 2 des Rechtsbegehrens Ursprünglich hat der Kläger mit Ziff. 2 des Rechtsbegehrens verlangt: Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, " a. dem Kläger über den Prozess der Beklagten gegen C.\_\_\_\_\_ vor dem Mietgericht Zürich wahrheitsgemäss Auskunft zu erteilen, insbesondere zum Ausgang des Verfahrens; b. dem Kläger einen noch zu beziffernden Betrag in Schweizer Franken, mindestens jedoch CHF 37'000 zuzüglich Zins zu 5 % seit 13. November 2014 zu bezahlen." Dabei handelt es sich um eine unbezifferte Forderungsklage, die gemäss Art. 85 Abs. 2 ZPO in einem späteren Prozessstadium zu beziffern ist, und zwar sobald

- 8 - die klagende Partei dazu in der Lage ist (KuKo ZPO-Oberhammer, 2. Auflage 2014, Rz 9 zu Art. 85; Nicolas Gut, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A, Privatrecht, Band 116, Basel 2014, Rz 325). Der Kläger hat mit Eingabe vom 1. September 2017 das Eventualbegehren beziffert (act. 39 S. 2): " 2. Eventuell sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 45'000 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. August 2017 zu bezahlen, unter Vorbehalt der Nachklage." Damit ist die ursprünglich unbezifferte Forderungsklage zu einer rechtzeitig bezifferten Teilklage geworden (Art. 85 Abs. 2 ZPO).

### **E. 1.2.3**

Verhältnis von Haupt- und Eventualbegehren Bei Klagen, in denen Haupt- und ein Eventualbegehren gestellt werden, muss über das Eventualbegehren nur dann entschieden werden, wenn die Hauptklage nicht geschützt werden kann (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht,

### **E. 3**

Auflage, Zürich 1979, S. 214; Andrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, Rz 44 zu § 10; Rz 9 zu § 14). Da die Hauptklage – wie zu zeigen sein wird – gutzuheissen ist, wird das Eventualbegehren obsolet. 2. Der Darlehensvertrag 2.1. Unbestritten ist, dass die Parteien den Darlehensvertrag ursprünglich mündlich und später schriftlich abgeschlossen haben (act. 1 Rz 1). Der schriftliche Vertrag liegt bei den Akten (act. 3/3): Der Kläger gewährte der Beklagten gemäss dem am 24. Januar 2012 abgeschlossenen Darlehensvertrag ein "nicht zweckbestimmtes Blanko-Darlehen" auf vier Jahre (1.1.2012 bis 31.12.2015) über Fr. 900'000.– zu 4 % Zins pro Jahr. Die Beklagte hat in der Duplik eingeräumt, dass die Darlehenssumme per 24. Januar 2012 (act. 3/3) Fr. 900'000.– betragen hat (act. 29 Rz 6).

- 9 - 2.2. Die Beklagte behauptet, F.\_\_\_\_\_, ihr Generalbevollmächtigter (act. 3/4), habe dem Kläger das Projekt "D.\_\_\_\_\_" vorgestellt und angeboten, sich über ein Darlehen am Projekt zu beteiligen. Weil sich der Kläger "gute Zinsen" aus dem Investment erhofft habe, hätten die Parteien in der Folge eine Darlehensgewährung an die Beklagte vereinbart (act. 17 Rz 16 f.; act. 29 Rz 4). Die Beklagte führt dann im Zusammenhang mit der Bestätigung vom 16. Februar 2013 (act. 3/16), die gemäss dem Kläger gefälscht sein soll, aus, die Miete für den "D.\_\_\_\_\_" sei nicht bezahlt worden. Überdies habe sich der Kläger am Prozessausgang beteiligen wollen (act. 17 Rz 2). Unmittelbar danach (act. 17 Rz 2 unten) hält die Beklagte fest, dass die beiden Vereinbarungen vom 16. Februar 2013 und 13. November 2014 vom Kläger aus wirtschaftlichen Gründen gewünscht worden seien, namentlich vor dem Hintergrund, dass das Darlehen eine Beteiligung am Mietobjekt darstelle. Die Beklagte geht von einem partiarischen Darlehen aus (act. 17 Rz 33), und der Kläger bestreitet dies (act. 25 Rz 36, Rz 49 f.): Er habe ein verzinsliches Darlehen gewährt, und über die Verwendung des Darlehens sei nicht gesprochen worden; es sei weder zweckgebunden, noch seien die Zinszahlungen oder die Rückzahlung in irgendeiner Form erfolgsabhängig gewesen. Das ergebe sich ja auch aus dem zu den Akten gegebenen Darlehensvertrag (act. 3/3). Es habe weder eine Abrede hinsichtlich der Vergütung, noch ein von den Parteien gemeinsam definiertes Ziel oder einen gemeinsam verfolgten Zweck gegeben. Es liege kein partiarisches Darlehen und auch keine andere Beteiligungsform vor (act. 25 Rz 49 f.; act. 3/3).

2.3. Beim sog. partiarischen Darlehen handelt es sich um ein Darlehen mit Rück- erstattungsverpflichtung (BSK OR I-Schärer Maurenbrecher, 6. Auflage 2016, N. 37 zu Art. 312; KuKo OR-Schwaibold, N. 8 zu Art. 312). Über die Art der Gewinnberechnung müssen sich die Parteien verständigen (KuKo OR-Schwaibold, N. 8 zu Art. 312). Die vom Borger geschuldete Vergütung wird nach gewissen Erfolgsfaktoren bemessen, wobei sich die Erfolgsfaktoren aus der Verwendung der vom Darleiher zur Verfügung gestellten Geldsumme durch den bestimmungsgemässen Einsatz seitens des Borgers ergeben (BK OR-Weber, N. 37 zu Vorbemerkungen zu Art. 312-318). Der Darleiher muss die Berechnung der erfolgsbezogenen Vergütung nachvollziehen können, was den Borger rechenschaftspflich-

- 10 - tig macht und dem Darleiher Auskunfts- und Kontrollrechte verleiht (BK OR- Weber, N. 39 zu Vorbemerkungen zu Art. 312-318).

2.4. Der Kläger hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Behauptungen der Beklagten hinsichtlich der Beteiligung am Projekt "D.\_\_\_\_\_" äusserst vage sind (act. 25 Rz 32 Rz 3). Es fehlt jegliche Präzisierung, wie und wann das Beteiligungsangebot erfolgte – ob im Zusammenhang mit dem mündlichen oder dem schriftlichen Vertrag –, es fehlen Angaben dazu, wie die Erfolgsbeteiligung ausgestaltet sein sollte und in welcher Höhe, wie die Kontrollrechte ausgeübt werden sollten, etc. Eine gehörige Substantiierung hätte die Darlegung all dieser Faktoren erfordert, was der Beklagten bzw. ihrem Generalbevollmächtigten als am Vertragsschluss direkt Beteiligten auch durchaus möglich gewesen wäre. Im vorliegenden Fall wäre dies umso notwendiger gewesen, als sich bei den Akten der schriftliche Darlehensvertrag vom 24. Januar 2012 befindet, aus dem sich eben gerade keine erfolgsbedingte Beteiligung ergibt, sondern Zinsen in der Höhe von

### **E. 3.1**

Es ist vom Kläger unbestritten, dass Zinsen und Rückzahlungen geleistet wurden, auch wenn sich die Parteien über das Quantitative uneinig sind. Die Beklagte geht davon aus, dass sie – nachdem sie im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Fr. 37'000.– nebst Zins

anerkannt und bezahlt hat (act. 17 S. 2, Rz 29; act. 25 Rz 25) – dem Kläger nichts mehr schulde (act. 29 Rz 12). Der Kläger geht in der Klageschrift von einer Forderung von Fr. 591'031.55 (nebst Zinsen seit 1. Januar 2016) aus (act. 1 Rz 56 f.); in der Replik (act. 25 Rz 21 ff.) reduzierte er diesen Betrag auf Fr. 581'031.55 (nebst Zins seit 1. Januar 2015) und geht schliesslich von einer verbleibenden Darlehensschuld der Beklagten von Fr. 561'619.45 nebst Zins seit 25. August 2016 aus. Die hauptsächliche Ursache für diese erhebliche Differenz der Parteistandpunkte beruht auf zwei Aktenstücken, nämlich auf der Bestätigung des Klägers vom 16. Februar 2013, (welche

- 11 - nach den Vorbringen des Klägers eine gefälschte Unterschrift trägt; act. 3/16; act. 25 Rz 29 ff.) sowie auf der Quittung vom 13. November 2014 (act. 3/12), die der Kläger wegen Täuschung angefochten hat (act. 3/20). Im Folgenden wird zuerst auf die Quittung vom 13. November 2014 und danach auf die Bestätigung vom 16. Februar 2013 eingegangen.

### **E. 3.2**

Der Kläger hat am 13. November 2014 ein mit Quittung bezeichnetes Aktenstück unterzeichnet, mit der er die (restliche) Darlehenssumme auf Fr. 200'000.– reduzierte. Der Kläger macht in diesem Zusammenhang geltend, F.\_\_\_\_\_, Generalbevollmächtigter der Beklagten (act. 1 Rz 12, act. 3/4), habe ihm am 13. November 2014 – bevor der Kläger den als Quittung bezeichneten Schulderlass unterzeichnete – eine Abrechnung (act. 3/11) vorgelegt, wonach die Beklagte ihm nur noch rund Fr. 174'000.– schulde. Nach Verhandlungen habe man sich auf den Betrag von Fr. 206'500.– bzw. nach Barzahlung von Fr. 6'500.– auf Fr. 200'000.– geeinigt (act. 1 Rz 31, act. 3/11). F.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ hätten den Kläger aufgefordert, einen Schulderlass zu gewähren und das Restguthaben in der Höhe von Fr. 200'000.– anzuerkennen. Der Kläger werde dann noch eine Zahlung bis zu Fr. 450'000.– erhalten, je nach Höhe des Prozessgewinnes aus dem bereits mehrfach erwähnten Verfahren betreffend die ausstehenden Mietzinsen für den "D.\_\_\_\_\_". Der Kläger habe auf der Bezahlung der noch offenen Darlehenssumme bestanden, sei doch ein "nicht zweckbestimmtes Blanko-Darlehen" gewährt worden (act. 1 Rz 34). F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätten dem Kläger dann allerdings gesagt, dass sich die Beklagte wegen der unbezahlt gebliebenen Mieten für den "D.\_\_\_\_\_ " in finanziellen Schwierigkeiten befinde und dass nur ein Schulderlass den Konkurs der Beklagten abwenden könne (act. 1 Rz 35). Der Kläger, dessen Altersvorsorge auf dem Spiel gestanden sei und der – auch angesichts der Tatsache, dass ihn Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ mehrfach anwaltlich beraten hatte – die Sachdarstellung mit dem Konkurs geglaubt habe, habe dann die besagte Quittung (act. 3/12) unterzeichnet, um mindestens noch Fr. 200'000.– und allenfalls später noch bis zu Fr. 450'000.– aus dem allfälligen Prozessgewinn erhältlich machen zu können (act. 1 Rz 36-39). Später habe dann der getäuschte Kläger die Quittung vom 13. November 2014 wegen Willensmängeln angefochten (act. 1 Rz 41, Rz 49).

- 12 -

### **E. 3.3**

Die Aufstellung, wie sie dem Kläger von der Beklagten am 13. November 2014 vorgelegt worden sein soll, ist jenes Dokument, das als act. 3/11 (bestehend aus drei Blättern) zu den Akten gegeben wurde. Zu dieser Aufstellung macht die Beklagte geltend, dass dem Kläger damit die gesamten bisherigen Geldflüsse klar und detailliert aufgezeigt worden seien (act. 29 Rz 21). Aus act. 3/11 ergebe sich auch, dass die Beklagte aus dem Darlehensvertrag (act. 3/3) lediglich noch Fr. 206'500.– schulde (act. 29 Rz 21). Auf diesen Betrag seien die

Parteien übereinstimmend erst im Zuge der gemeinsamen Verhandlungen gekommen, insbesondere aufgrund der vom Kläger auf Blatt 1 von act. 3/11 handschriftlich aufgeführten Positionen Investitionen G.\_\_\_\_\_ von Fr. 20'000.– und Zins Best 2013 von Fr. 12'500.– (act. 29 Rz 9; Fr. 174'000 [173'335.10] + Fr. 20'000.– und Fr. 12'500.– = Fr. 206'500.–). Vom 1. Januar 2008 bis und mit 13. Januar 2014 seien insgesamt Fr. 599'000.– bezahlt worden, nämlich unter dem Titel Kapitalrückzahlungen Fr. 320'000.– und unter dem Titel Zinsen Fr. 279'000.– (act. 17 Rz 32). Die Aufstellung gemäss act. 3/11 Blatt 2 präsentiert sich wie folgt: 01.01.08 900'000.00 Darlehen 06.05.08 -10'000.00 Zins 22.1.-22.5.2008 03.09.08 -10'000.00 Zins 22.09.08 -10'000.00 Zins (Roller gekauft) 28.07.09 -15'000.00 Zins 15.09.09 -30'000.00 Rückzahlung 11.12.09 -15'000.00 Zins 12.12.09 -15'000.00 Zins 30.01.10 -15'000.00 Zins 10.06.10 -15'000.00 Zins 10.06.10 -20'000.00 12.11.10 -35'000.00 Rückzahlung 20.12.10 -35'000.00 Rückzahlung 21.12.10 -16'500.00 Zins 2010 21.12.10 -28'000.00 Zins 2010 28.07.11 -18'000.00 Zins 28.07.11 -37'500.00 Zins 21.12.11 -18'000.00 Zins 06.05.12 -40'000.00 Rückzahlung 04.07.12 -18'000.00 Zins LW 2012 01.10.12 -15'000.00 Rückzahlung 01.11.12 -35'000.00 Rückzahlung 29.12.12 -18'000.00 Zins 2. H1 2012 20.03.13 -50'000.00 Rückzahlung 31.12.13 -50'000.00 Rückzahlung 13.01.14 -30'000.00 Rückzahlung Total 301'000.00 an Hr. A.\_\_\_\_\_ geschuldet

- 13 - Gemäss dem Kläger ist diese Aufstellung in mehreren Punkten fehlerhaft. Ein fundamentaler Denkfehler der Beklagten sei, dass sie nicht nur Rück-, sondern auch Zinszahlungen von der Darlehenssumme in Abzug gebracht habe (act. 25 Rz 66, Rz 69). Ausserdem seien Zins- und Rückzahlungen vom 1. Januar 2008 bis und mit Ende 2011 irrelevant, weil die Parteien im Januar 2012 einen neuen – den hier zu beurteilenden – schriftlichen Darlehensvertrag geschlossen hätten (act. 25 Rz 73). Da die Beklagte jedenfalls in der Duplik (act. 29 Rz 6) anerkennt, dass die Parteien am 24. Januar 2012 den schriftlichen Darlehensvertrag über Fr. 900'000.– geschlossen haben (act. 29 Rz 6), ist der Sichtweise des Klägers ohne weiteres zuzustimmen, nämlich dass als Rückzahlung des Darlehens lediglich die seit dem 24. Januar 2012 geleisteten Beträge in Betracht kommen, soweit es sich dabei nicht um Zinszahlungen handelt. Ist die Darlehenssumme von Fr. 900'000.– im Januar 2012 massgeblicher Ausgangspunkt, so sind nach der Aufstellung der Beklagten in act. 3/11 Blatt 2, welche dem Kläger am 13. November 2014 vorgelegt wurde, bis dahin Fr. 180'000.– an Rückzahlungen erfolgt (Fr. 15'000.– + Fr. 35'000.– + Fr. 50'000.– + Fr. 50'000.– + Fr. 30'000.–), so dass sich das Darlehen damit auf Fr. 720'000.– reduziert hatte, wie nachfolgender Ausschnitt aus jener Aufstellung zeigt: 24.01.12 900'000.00 Darlehenssumme 01.10.12 -15'000.00 Rückzahlung 01.11.12 -35'000.00 Rückzahlung 20.03.13 -50'000.00 Rückzahlung 31.12.13 -50'000.00 Rückzahlung 13.01.14 -30'000.00 Rückzahlung 13.11.14 720'000.00 Darlehen per Besprechung vom 13.11.14

### **E. 3.4**

Die Beklagte macht nun allerdings geltend, der Kläger habe zuvor – gemäss der Bestätigung vom 16. Februar 2013 (act. 3/16) – sein Guthaben aus dem Darlehen auf Fr. 555'000.– reduziert. Das ist umstritten, da die Unterschrift auf der Bestätigung nach den Vorbringen des Klägers gefälscht sein soll. Zwischen Januar 2012 und dem 16. Februar 2013 hat die Beklagte Rückzahlungen in der Höhe von Fr. 15'000.– und Fr. 35'000.– geleistet. Der Kläger hätte dann am 16. Februar 2013 den ihm zustehenden Betrag, sollte die Reduktion rechtmässig zustande

- 14 - gekommen sein, von Fr. 850'000.– (Fr. 900'000.– ./ Fr. 50'000.–) um Fr. 295'000.– auf Fr. 555'000.– herabgesetzt: 24.01.12 900'000.00 Darlehenssumme 01.10.12 -15'000.00 Rückzahlung 01.11.12 -35'000.00 Rückzahlung 850'000.00 Stand Darlehen per 16.02.13 16.02.13 -295'000.00 von der Beklagten behauptete Reduktion gemäss Bestätigung vom 16.02.13 16.02.13 555'000.00 Stand Darlehen nach der behaupteten Reduktion

#### **E. 4**

Die Quittung vom 13. November 2014

##### **E. 4.1**

Zu klären ist, ob der Kläger im Zusammenhang mit der Reduktion seines Guthabens aus Darlehen vom 13. November 2014 (act. 3/12) dem geltend gemachten Willensmangel unterlegen ist. Das genannte Aktenstück hat folgenden Wortlaut: "Quittung. Der Unterzeichnende, Herr A.\_\_\_\_\_, bestätigt hiermit, von der B.\_\_\_\_\_ AG aus Darlehensrückzahlung die Restzahlung von Fr. 200'000.– (in Worten zweihunderttausend Franken) per Saldo aller Ansprüche zu akzeptieren. Vorbehalten bleibt eine weitere anteilmässige Zahlung gemäss separater Absprache entsprechend dem Prozessausgang im Verfahren B.\_\_\_\_\_ gegen C.\_\_\_\_\_ am Mietgericht Zürich. Zürich, 13. November 2014, A.\_\_\_\_\_". Nach der Sachdarstellung des Klägers hatte ihm F.\_\_\_\_\_ anlässlich des Gesprächs vom 13. November 2014 eine Aufstellung (das bereits mehrfach erwähnte Dokument act. 3/11) vorgelegt, nach welcher die Beklagte ihm lediglich noch Fr. 206'500.– schuldet (vgl. act. 3/11 1. Blatt). Der Kläger habe erkannt, dass diese Aufstellung von der für den damaligen Zeitpunkt falschen Darlehenssumme von Fr. 900'000.– per 1. Januar 2008 ausgehe und dass auch die Zinszahlungen als Rückzahlung der Darlehensvaluta eingerechnet worden seien. Ausserdem seien auch "erfundene" Beträge abgezogen worden (act. 1 Rz 32). F.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ hätten ihn dann unter Druck gesetzt. Sie hätten ihm falsche Tatsachen vorgespiegelt und hätten wahrheitswidrig ausgeführt, dass die Beklagte wegen verlustreicher Geschäfte in finanziellen Schwierigkeiten sei und dass ohne den Schulderlass der Konkurs über die Beklagte nicht abzuwenden sei; entweder unterzeichne der Kläger den Schulderlass oder die Beklagte gehe

- 15 - Konkurs (act. 1 Rz 37). Der Kläger habe das geglaubt (act. 17 Rz 38). Er sei unter existenziellen Druck geraten und habe sich in einer ausweglosen Situation gesehen. Er habe entweder im Umfang von über einer halben Million auf seine Darlehensforderung verzichten müssen oder er hätte im Konkurs der Beklagten sein gesamtes Geld, seine Altersvorsorge, verloren. Oder er habe mindestens noch Fr. 200'000.– erhalten sowie die Chance gehabt, später noch bis zu Fr. 450'000.– aus dem Mietrechtsstreit bezüglich des Projekts "D.\_\_\_\_\_" erhältlich machen zu können. Angesichts der Tatsache, dass Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ den Kläger mehrfach rechtlich beraten habe und dieser für den Kläger eine Vertrauensperson gewesen sei, habe der Kläger diesen Ausführungen geglaubt (act. 1 Rz 39). Die Quittung vom 13. November 2014 sei vor diesem Hintergrund unverbindlich i.S.v. Art. 23 und Art. 28 OR. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2015 (act. 3/17) sei sie wegen Willensmängeln angefochten worden (act. 1 Rz 49, Rz 53). In der Replik weist der Kläger nochmals auf den existenziellen Druck hin, der von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ angesichts der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers aufgebaut und schamlos ausgenützt worden sei, so dass sie dem Kläger schliesslich die Quittung vom 13. November 2014 hätten abringen können (act. 25 Rz 97).

##### **E. 4.2**

Die Beklagte stellt die Gründe für die Ausstellung der Quittung vom 13. November 2014 anders dar: Der Kläger habe die Vereinbarung aus wirtschaftlichen Überlegungen gewünscht; es habe keine Furchterregung oder Vorspiegelung falscher Tatsachen gegeben (act. 17 Rz 2). Nachdem der Kläger sich unaufhörlich bei F. \_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt E. \_\_\_\_\_ betreffend die Rückzahlungen erkundigt habe, habe Rechtsanwalt E. \_\_\_\_\_ die Parteien im November 2014 zu einem klärenden Gespräch in seine Kanzlei eingeladen. Die Beklagte habe sich bereit erklärt, bei einer Reduktion des Darlehens auf Fr. 200'000.– in kurzer Zeit substantielle Rückzahlungen zu machen, womit der Kläger einverstanden gewesen sei. Gleichzeitig sei dem Kläger eine Beteiligung am Prozessausgang des mietrechtlichen Verfahrens betreffend "D. \_\_\_\_\_" schriftlich zugesagt worden. Vor Übergabe der Quittung vom 13. November 2014 habe sich E. \_\_\_\_\_ versichert, dass der Inhalt dem Willen der Parteien entsprochen habe (act. 17 Rz 30). Der Vorschlag sei wirtschaftlich ein fairer Ausgleich gewesen und habe letztlich der Idee des (vom Kläger gewährten) partiarischen Darlehens entsprochen (act. 17 Rz 33). Der Klä-

- 16 - ger habe den Restsaldo (Restzahlung) anerkannt. Dass es einen Zusammenhang mit dem "Investment" gegeben habe, zeige auch die [vom Kläger als gefälscht dargestellte] Vereinbarung vom 16. Februar 2013 (act. 3/16); das Darlehen sei nie als Blanko-Darlehen gewährt worden. Dass der Mietausfall betreffend "D. \_\_\_\_\_" die Beklagte finanziell belastet habe, liege auf der Hand, der Kläger sei aber weder unter Druck gesetzt, noch seien ihm falsche Tatsachen vorgespiegelt worden (act. 17 Rz 35). Der Kläger habe sich das Angebot durch den Kopf gehen lassen und darauf die Quittung unterzeichnet (act. 17 Rz 35). Es habe keinen Druck gegeben und es seien keine Drohungen geäussert worden; wenn der Kläger wegen der tatsächlichen Gegebenheiten und wegen seiner persönlichen Verhältnisse einen finanziellen Druck gehabt habe, sei dies noch kein Willensmangel und keine Täuschung, habe er doch aus freiem Willen und rein wirtschaftlichen Überlegungen unterschrieben (act. 17 Rz 40). Die späte Geltendmachung des Willensmangels – knapp vor Ablauf eines Jahres – mache die Anfechtung unglaubwürdig, zumal der Kläger seit dem 13. November 2014 im Besitz der detaillierten Abrechnung (act. 3/11) gewesen sei. In der Duplik fügt die Beklagte an, dass der Kläger die angeblichen Willensmängel und besonders die Kausalität beim Abschluss der Vereinbarung vom 13. November 2014 nicht dargetan habe (act. 29 Rz 16). Dass die Frau des Klägers bei der Besprechung nicht anwesend gewesen sei, sei nicht kausal gewesen; ausserdem sei der Kläger ein erfahrener Geschäftsmann (act. 29 Rz 19). Weder F. \_\_\_\_\_ noch E. \_\_\_\_\_ hätten den Kläger unter Druck gesetzt. Dem Kläger sei das dargelegt worden, was aus der Aufstellung in act. 3/11 Blatt 2 f. klar und detailliert ersichtlich sei. Gemäss Abrechnung habe die Schuld noch Fr. 173'335.10, später gerundet auf Fr. 174'000.– (301'000.– ./ Fr. 127'664.90 [gemäss act. 3/11 Blatt 1], vgl. vorstehend Erw. 3.3) betragen. Auf den Betrag von Fr. 206'500.– bzw. Fr. 200'000.– (act. 3/11) seien die Parteien erst in gemeinsamen Verhandlungen gekommen, insbesondere aufgrund der vom Kläger auf Blatt 1 von act. 3/11 aufgeführten Positionen Investitionen G. \_\_\_\_\_ Fr. 20'000.– und Zins Best 2013 (oder Rest, vgl. act. 32 Rz 8) Fr. 12'500.– (act. 29 Rz 21; Fr. 174'000.– + Fr. 20'000.– + Fr. 12'500.–). Der Kläger sei keinem Willensmangel unterlegen und nicht unter Druck gesetzt und getäuscht worden, sondern die Parteien hätten gemeinsam verhandelt und vor dem Hintergrund des Investments

- 17 - und der Mietstreitigkeit eine wirtschaftliche und faire Lösung gefunden. Als erfahrener Geschäftsmann habe dem Kläger die Tragweite einer solchen Vereinbarung bekannt sein müssen. Der Kläger habe seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse

nicht substantiiert, und der Beklagten seien seine Vermögens- verhältnisse nicht bekannt gewesen bzw. diese hätten für den Abschluss der Ver- einbarung keine Relevanz gehabt (act. 29 Rz 23). Wer angeblich in der Hoffnung auf das grosse Geld seine gesamte Altersvorsorge (ohne geringste Sicherheit) in- vestiere, gehe das Risiko eines Totalverlustes ein. Es könne daher nicht angehen, sich später auf existenzielle Ängste und existenziellen Druck zu berufen, wenn sich das Risiko zu verwirklichen drohe (act. 29 Rz 24). Ohnehin hätte der Kläger die Anfechtung, welche nach 350 Tagen erklärt worden sei, treuwidrig und miss- bräuchlich hinausgezögert. Die zurückbezahlte Darlehenssumme sei der Beklag- ten ausserdem auch nicht wieder zur Verfügung gestellt worden. Ausserdem be- deute die Entgegennahme von Rückzahlungen trotz Kenntnis der Anfechtungsla- ge eine stillschweigende Genehmigung (act. 29 Rz 28).

### **E. 4.3**

und 4C.325/2005 vom 23. November 2005 E. 3.4 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 132 III 242)." Das täuschende Verhalten der Beklagten bzw. ihres Generalbevollmächtigten und von Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ bestand nach dem Kläger insbesondere darin, dass die Konkursöffnung – für den Fall, dass er seine Forderung nicht reduziere – als

- 19 - unvermeidlich hingestellt worden sei; nur ein Schulderlass des Klägers könne den Konkurs der Beklagten noch abwenden. Entweder unterzeichne der Kläger diesen Schulderlass und erhalte damit sofort Fr. 200'000.– sowie später den Prozessge- winn von bis zu Fr. 450'000.–, oder aber die Beklagte "gehe Konkurs" und der Kläger verliere sein Geld (act. 1 Rz 37). Angesichts der Tatsache, dass Rechts- anwalt E.\_\_\_\_\_ den Kläger mehrfach rechtlich beraten hätte und deshalb auch eine Vertrauensperson des Klägers gewesen sei, habe dieser den Ausführungen von F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ geglaubt und die Quittung unterschrieben (act. 1 Rz 38). Dass die Beklagte in jenem Zeitpunkt nicht konkursreif gewesen sei, wer- de sich durch das beantragte Gutachten zur finanziellen Situation der Beklagten per 13. November 2014 belegen lassen (act. 1 Rz 35). Die Beklagte führt in ihren beiden schriftlichen Eingaben an, dass der Mietzins- ausfall aus dem Projekt "D.\_\_\_\_\_" die Beklagte finanziell belastet habe (act. 29 Rz 7), weshalb sie nicht das gesamte Risiko resp. den Verlust im Zusammenhang mit dem gemeinsamen Projekt "D.\_\_\_\_\_" habe alleine tragen und gleichzeitig dem Kläger nicht nur das investierte Kapital sondern auch Zins habe bezahlen wollen (act. 29 Rz 7). Weder F.\_\_\_\_\_ noch Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ hätten den Kläger am 13. November 2014 unter Druck gesetzt, bedroht oder ihm falsche Tat- sachen vorgespiegelt. Was der Kläger geltend mache, könne in keiner Weise ei- nen Willensmangel substantiieren (act. 29 Rz 19). Damit der Konkurs bzw. die Konkursreife durch das angerufene Gericht zu prüfen gewesen wäre, hätte die Beklagte geltend machen müssen, dass sie den Konkurs nicht erwähnt habe. Dann wäre zur Frage, ob über einen Konkurs überhaupt ge- sprochen worden sei, Beweis abzunehmen gewesen. Oder die Beklagte hätte substantiiert darlegen müssen, dass zwar von einem Konkurs die Rede gewesen sei, dass diese Behauptung jedoch der Realität entsprochen habe. Dann wäre über die finanziellen Verhältnisse der Beklagten im November 2014 Beweis abzu- nehmen gewesen. Hätte die Unabwendbarkeit des Konkurses der Realität ent- sprochen und wäre diese nachgewiesen worden, wäre der entsprechende Hin- weis keine Täuschung gewesen.

- 20 - Die Beklagte hat im Rahmen der ihr zustehenden zwei schriftlichen Parteivorträge weder das eine noch das andere getan, sondern – wie bereits erwähnt – nur ein- gewendet, dass sie der Mietausfall finanziell belastet habe. F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätten den Kläger weder unter Druck gesetzt, noch ihm falsche Tatsachen vorge- spiegelt (act. 17 Rz 35; act.

17 Rz 19). Die Parteien hätten die Problematik – offenbar die ausbleibenden Mietzinszahlungen – diskutiert, die Darlehensreduktion vereinbart und die Quittung textlich durch Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_, der die Parteien nicht beraten, diese jedoch in seinem Büro zusammengerufen habe, ausfertigen lassen. Drohungen seien keine geäußert worden, und die tatsächlichen Gegebenheiten und die persönlichen Verhältnisse hätten beim Kläger den "existentiellen Druck" verursacht, was kein Willensmangel oder gar eine Täuschung sei (act. 17 Rz 39); es seien keine falschen Tatsachen vorgespiegelt worden (act. 29 Rz 19). Dass der Kläger seine Frau nicht zur Besprechung habe mitbringen "dürfen", werde nicht erklärt und sei angesichts der Tatsache, dass der Kläger ein erfahrener Geschäftsmann gewesen sei, auch nicht ersichtlich (act. 29 Rz 18). Der Kläger habe aus freiem Willen und aus rein wirtschaftlichen Überlegungen unterschrieben und sich damit die Chance eröffnet, mit dem Darlehen einen Gewinn zu machen, so dass die "Quittung" verbindlich und mängelfrei gewesen sei. Er habe zudem keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht und diese schon gar nicht bewiesen. Die Beklagte habe diese nicht gekannt, wobei sie ohnehin keine Relevanz gehabt hätten (act. 29 Rz 23). Der Kläger sei mit der Gewährung des Darlehens das Risiko eines Totalverlustes der angeblich gesamten Altersvorsorge eingegangen, und die Bestimmungen über Willensmängel und absichtliche Täuschung dienten nicht dazu, eine Hintertüre zu öffnen, um sich von eingegangenen Risiken zu befreien. Der Kläger sei nicht getäuscht und nicht über den Tisch gezogen worden (act. 17 Rz 41 ff.). Die "Quittung" vom 13. November 2014 sei daher verbindlich, und die Beklagte habe die Schuld vollkommen getilgt (act. 29 Rz 24 f.).

#### **E. 4.4**

Der Kläger nennt als Willensmangel unter anderem die Furchterregung (act. 1 Rz 2) und Täuschung (Art. 28 - 30 OR). Die rechtliche Qualifikation ist Sache des Gerichts. Bei seinen Vorbringen steht jedoch die Täuschung im Vordergrund. Dass die Liste in act. 3/11, die dem Kläger am 13. November 2014 vorge-

- 21 - legt wurde, sämtliche Zahlungen, d.h. sowohl Rückzahlungen als auch Zinszahlungen enthält, ist für die Diskussion über den Stand eines Darlehens zumindest ungewöhnlich und könnte an sich irreführend sein. Der Kläger hat dieses Vorgehen nach eigenen Angaben jedoch bemerkt (act. 1 Rz 32), so dass diesbezüglich keine Täuschung vorliegt. Entscheidend ist, ob der Hinweis auf den drohenden Konkurs der Beklagten den Kläger dazu verleitet, die "Quittung" vom 13. November 2014 zu unterschreiben, weil er davon ausging, sonst die noch offene Darlehensrestanz zu verlieren. Eine besondere, von der Beklagten bestrittene Druckausübung braucht es – angesichts der per se drohenden Folgen eines Konkurses – nicht. Die Beklagte hat die Behauptung des Klägers nicht bestritten, dass er an der Besprechung vom 13. November 2014 mit dem drohenden Konkurs konfrontiert worden sei. Sie hat auch nicht geltend gemacht, dass sie in jenem Zeitraum tatsächlich konkursreif gewesen sei. Nur entsprechende konkrete Bestreitungen hätten dazu geführt, dass die angebotenen Beweise des an sich beweispflichtigen Klägers hätten abgenommen werden müssen. Dass die Beklagte ausführt, keine falschen Tatsachen vorgespiegelt zu haben, ist viel zu unpräzise, weil damit nicht überprüfbar ist, was genau sie gesagt haben will. Täuschend war demnach, dass die Beklagte den bevorstehenden Konkurs genannt hat, den der Kläger abwenden könne, wenn er sich mit Fr. 200'000.– zufrieden gebe. Nach der Erwägung 3.4 im vorstehenden Bundesgerichtsentscheid ist bei Vorliegen einer Täuschungshandlung der Kausalzusammenhang zu vermuten, wobei dem Täuschenden dann der Gegenbeweis offen stehe, dass der Getäuschte den Vertrag auch

ohne die Täuschung abgeschlossen hätte. Solches hat die Beklagte allerdings nicht behauptet. Dass es dem Kläger darum ging, einen noch grösseren Schaden abzuwenden, zeigt sich ohne weiteres daran, dass bei Insolvenzen Verluste der Gläubiger die Regel sind und es praktisch keine Generalexekutionen gibt, in denen für die Gläubiger eine nennenswerte Dividende bleibt. Die Beklagte sagt nicht, dass sie dem Kläger konkrete Zahlen und Angaben zu ihrer finanziellen Situation vorgelegt habe, so dass es dem Kläger ganz offensichtlich auch nicht möglich war, den Wahrheitsgehalt bezüglich des bevorstehenden Konkurses

- 22 - zu überprüfen. Unbestritten und durch act. 3/5 und 3/6 belegt ist, dass Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ für den Kläger anwaltlich tätig gewesen war, was geeignet ist, ein besonderes Vertrauensverhältnis zu begründen. Dass es der Beklagten darum gegangen ist, die Verluste aus den Mietausfällen nicht alleine tragen zu müssen, erwähnt sie selber (act. 29 Rz 7). Der Kläger hat nach seinen unbestrittenen Behauptungen damit gerechnet, dass der Rest des Darlehens – handle es sich nun um seine Altersvorsorge oder nicht – verloren sei, wenn es zu einem Konkurs kommen würde. In diesem Sinne ist es auch nicht massgeblich, was E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ über die finanziellen Verhältnisse des Klägers wussten und wie existenziell der Kläger vom drohenden Verlust betroffen sein würde. Der Kläger führt an, er habe – um den sonst unabwendbaren Verlust zu vermeiden – die Reduktion des Darlehens gewählt und im Übrigen auf die Beteiligung am Prozessgewinn aus dem mietrechtlichen Verfahren gehofft. Dass der Kläger die Reduktion auch gewährt hätte, wenn er nicht von einem bevorstehenden Konkurs ausgegangen wäre, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

#### **E. 4.5**

An der Hauptverhandlung hat sich die Beklagte dann etwas ausführlicher zur Frage des behaupteten drohenden Konkurses geäußert. Der Mieter des "D.\_\_\_\_s" habe für die ausstehenden Mietzinsen eingeklagt werden müssen, und die Beklagte habe keine anderen Erträge/Einkünfte gehabt, so dass keine Zins- und Darlehensabschlagszahlungen an den Kläger mehr hätten geleistet werden können (act. 48 Rz 4 f.). Der Kläger kolportiere, dass er mit der Androhung des Konkurses unter Druck gesetzt worden sei, was nicht zutrefte. Hingegen sei durchaus diskutiert worden, was geschehe, wenn der Kläger auf Zins- und Amortisationszahlungen beharre. Als Konsequenz daraus sei es durchaus möglich gewesen, dass dies zu einer Insolvenz geführt hätte. Es liege auf der Hand, dass beide Parteien dies nicht gewollt hätten. Grund für die Besprechung und die Vereinbarung sei ausschliesslich das Ausbleiben der Mietzinseinnahmen gewesen, nicht mehr und nicht weniger (act. 48 Rz 10). Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ könne als Drittperson den behaupteten Verlauf der Verhandlung, insbesondere die von der Beklagten geltend gemachte sachliche Tonalität des Gespräches und damit

- 23 - den vom Beklagten behaupteten Verlauf bezeugen (act. 48 Rz 12), so dass es zwingend im Sinne des der Beklagten zustehenden rechtlichen Gehörs sei, E.\_\_\_\_\_ als Zeugen über Art und Form des Ablaufs und des Inhalts der Besprechung zu befragen. Die Klärung dieser Frage könne nicht umgangen werden (act. 48 Rz 13). Die Durchsetzung eines Rechts könne keine Furchterregung sein, und das könne umso weniger für die Feststellungen bzw. die Erklärungen gelten, dass gesetzlich vorgesehene Massnahmen zu ergreifen seien. Art. 725 OR verlange, dass der Verwaltungsrat bei Überschuldung den Richter benachrichtige (act. 48 Rz 15). Der Kläger habe keine Drohungen substantiiert, so dass die Schuldanererkennung auch nicht in begründeter Furcht unterschrieben worden sei

(act. 48 Rz 17). Allein berechtigte Sorge um sein Vermögen stelle keine Drohung dar, wobei der Gegenpartei zudem ein übermässiger Vorteil i.S.v. Art. 30 Abs. 2 OR zukommen müsste (act. 48 Rz 18). Das Darlehen habe der Kläger in voller Höhe zurückerhalten, und es habe sich nur noch um die Verzinsung gehandelt. Da das Darlehen für den "D. \_\_\_\_\_" gewährt worden sei, habe die Verzinsung ohnehin immer einen speziellen Erfolgscharakter gehabt, welcher mit Vertrag vom 13. November 2014 durch eine Beteiligung am Prozesserfolg ersetzt worden sei. Von einem übermässigen Vorteil der Beklagten könne daher zum vorneherein nicht gesprochen werden (act. 48 Rz 19). Eine antizipierte Beweiswürdigung bezüglich der Beweisthemen wäre nicht akzeptabel (act. 48 Rz 22). Dass das Darlehen fest verzinslich war und die Verzinsung keinen speziellen Erfolgscharakter hatte, ist bereits erwähnt worden. Dass das Darlehen jedenfalls noch nicht voll zurückbezahlt worden war, wird sich aus der anschliessenden Erwägung 5 ergeben. Was die Besprechung vom 13. November 2014 anbelangt, erwähnt die Beklagte insbesondere, dass es keine Drohung bedeute, wenn auf die gesetzlich vorgesehene Überschuldungsanzeige hingewiesen werde. Das ist an sich richtig, jedoch ist dies nicht der springende Punkt. Hier ist der Tatbestand der absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 OR einschlägig, weil gegenüber dem Kläger der bevorstehende (und nicht überprüfbare) Konkurs erwähnt wurde, und weder damals noch heute Zahlen genannt und Angaben gemacht wurden, dass die Beklagte tatsächlich konkursreif war. Soweit die Beklagte mit dem Hinweis auf Art. 725 OR indirekt geltend macht, sie sei im November 2014 überschuldet ge-

- 24 - wesen, bezieht sie sich sinngemäss auf die Konkursreife, die damit allerdings immer noch nicht mit konkreten Angaben unterlegt wird. Letztlich ist dies allerdings ohne Relevanz, weil ein erstmaliges Vorbringen in der Hauptverhandlung, wenn dieser ein doppelter Schriftenwechsel voraus gegangen ist, verspätet ist (Art. 229 Abs. 2 ZPO e contrario; BGE 140 III 315 E. 6.3.2.3). Die Beklagte hat vor allem in der Hauptverhandlung Ausführungen zur Furchterregung gemacht und insbesondere auf Art. 30 Abs. 2 OR hingewiesen, wonach die Furcht vor der Geltendmachung eines Rechts nur dann berücksichtigt werden könne, wenn die Notlage des Bedrohten benützt worden sei, um die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen. Könne schon die Durchsetzung eines Rechts – so die Beklagte – nicht als Furchterregung gelten, so könne dies umso weniger gelten, wenn es um eine gesetzlich vorgesehene Massnahme wie die Überschuldungsanzeige beim Richter gehe (act. 48 Rz 15). Das, was die Beklagte anspricht, ist etwa die in der Lehre immer wieder erwähnte Drohung mit einer Beibehaltung, die nur dann verpönt ist, wenn damit eine Schuldanerkennung für eine gar nicht bestehende Schuld erwirkt, die aber für zulässig gehalten wird, wenn eine bestehende Schuld anerkannt werden soll (vgl. z.B. BSK OR I-Schwenzer,

#### **E. 4.6**

Steht damit fest, dass der Kläger mit dem behaupteten und ohne den (Teil-) Verzicht des Klägers nicht abwendbaren Konkurs willentlich getäuscht und zur Unterzeichnung der "Quittung" vom 13. November 2014 veranlasst worden war, so ist diese ungültig, und die Reduktion auf den Restbetrag von Fr. 200'000.– ist damit wirkungslos. Wie hoch die Rest-Darlehensschuld per 13. November 2014 tatsächlich noch gewesen ist, kann nicht ohne weiteres gesagt werden, hängt dies doch von der Frage ab, ob die Bestätigung vom 16. Februar 2013 gefälscht ist oder nicht. Ausserdem gibt es zwischen den Parteien noch weitere Streitpunkte über erfolgte Rückzahlungen und anrechenbare andere Leistungen der

Beklag- ten. Darauf muss – wie zu zeigen sein wird – allerdings nicht näher eingegangen werden. 5. Geleistete Rückzahlungen 5.1. Ist die Quittung vom 13. November 2014 wegen Täuschung unverbindlich, so ist zu klären, welche Rückzahlungen die Beklagte an die Darlehenssumme von Fr. 900'000.– geleistet hat. Soll kein Beweisverfahren durchgeführt werden, so ist von den Behauptungen der Beklagten auszugehen, ausser diese wären von vor- neherein unsubstantiiert, oder sie wären zwar substantiiert, jedoch ohne genü- gendes Beweisanerbieten, so dass dazu deshalb kein Beweisverfahren durchge- führt werden könnte. 5.2. Zu den von der Beklagten behaupteten und vom Kläger nicht berücksichtig- ten Rückzahlungen (bzw. als Rückzahlung anrechenbare Leistungen) ergibt sich Folgendes: Zwischen den Parteien ist streitig, ob sich der Kläger die durch die Beklagte behaupteten (vom Kläger zumindest teilweise bestrittenen und von der Beklagten teilweise unbelegten) Zahlungen von Fr. 127'664.90 (Fr. 47'664.90 + Fr. 80'000.–, vgl. act. 3/11 Blatt 3), welche in der Zeit vom 23. März 2013 bis 14. Mai 2014 geleistet worden sein sollen (vgl. act. 3/11 1. und 3. Blatt), als Rück- zahlung anrechnen lassen muss. Die Beklagte macht diesbezüglich geltend, der Kläger habe in act. 1 Rz 26 die Auflistung in act. 3/9 5. Seite in der Höhe von

- 26 - Fr. 47'664.90 anerkannt (act. 29 Rz 54); der Kläger verhalte sich deshalb wider- sprüchlich, wenn er den Betrag von Fr. 127'664.90 dennoch vollumfänglich be- streite (act. 29 Rz 59). An der genannten Stelle in der Klageschrift (act. 1 Rz 26) steht: "Überdies hat der Kläger Forderungen der Beklagten im Betrage von Fr. 47'664.90 mit eigenen Forderungen gegenüber der Beklagten im Betrage von Fr. 19'616.45 verrechnet und schliesslich die Restforderung der Beklagten im Be- trage von Fr. 28'048.45 bei der offenen Zinszahlung in Abzug gebracht". 5.3. Aufgrund dieser Ausführungen ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass der Kläger den Betrag von Fr. 47'664.90 nicht bestreitet. Allerdings ergibt sich da- raus auch, dass der Betrag von Fr. 28'048.45 an die Zinsforderung angerechnet wurde, so dass der gleiche Betrag nicht auch noch bei den Darlehensrückzahlun- gen berücksichtigt werden kann. Da die Beklagte die Anrechnung an die Zinsen nicht bestritten hat, ist der Betrag von Fr. 28'048.45 bei den Kapitalrückzahlungen nicht nochmals einzurechnen. Weiter ergibt sich aus der Aufstellung betreffend vorfinanzierte Kosten (act. 17 Rz 32 Abs. 3 sowie act. 3/11 3. Blatt), dass die Be- klagte dem Kläger Fr. 80'000.– ohne Beleg übergeben haben will. Im Zusam- menhang mit der Aufstellung (act. 17 Rz 32 Abs. 3) führt die Beklagte aus, dass der Kläger die ohne Quittung ausgerichteten Barauszahlungen weder anlässlich der Besprechung (gemeint muss diejenige vom 13. November 2014 sein) noch danach bestritten habe. Dafür nennt die Beklagte E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ als Zeu- gen. Mit dieser Beweisofferte könnte allerdings höchstens belegt werden, dass der Kläger die Barauszahlungen an jener Besprechung (und auch in einem nicht genau genannten späteren Zeitraum) nicht bestritten hat. Allerdings lässt sich damit nicht belegen, dass die unbelegten Barzahlungen in der Höhe von insge- samt Fr. 80'000.– an den Kläger tatsächlich auch erfolgt sind. Für die Ausrichtung der Barzahlung ist die Beklagte behauptungs- und beweispflichtig, und ein genü- gendes Beweisanerbieten dazu fehlt. Zum Betrag von Fr. 19'616.45 führt die Be- klagte an, dass die vom Kläger geltend gemachten Rechnungen in der Höhe von Fr. 19'616.45 von diesem zu tragen seien, da sie das Objekt H.\_\_\_\_\_ betreffen, das der Kläger bewohnt habe und dort nach seinen Vorstellungen habe Handwer- kerarbeiten ausführen lassen. Zusammengefasst können die sog. vorfinanzierten Beträge von insgesamt Fr. 127'664.90 höchstens im Betrage von Fr. 19'616.45

- 27 - als Darlehensrückzahlung berücksichtigt werden, da Fr. 28'048.45 nach unbestrittenen Behauptungen des Klägers an die Darlehenszinsen angerechnet wurden und da die Beklagte für die Barauszahlung der Beträge von insgesamt Fr. 80'000.– kein taugliches Beweisanerbieten gemacht hat. 5.4. Ausgehend von der Auflistung der Beklagten betreffend die erfolgten Rückzahlungen und die vorfinanzierten Kosten (act. 3/11) mit Ausgangspunkt 24. Januar 2012 und der Darlehenssumme von Fr. 900'000.– ergibt sich folgendes Bild: 24.01.12 900'000.00 01.10.12 -15'000.00 Rückzahlung 01.11.12 -35'000.00 Rückzahlung 20.03.13 -50'000.00 Rückzahlung 01.04.13 -37'500.00 Rückzahlung (ist nicht erwähnt in act. 3/11 Blatt 2; erscheint dann ohne Erklärung in der Tabelle in der Klageantwort act. 17 Rz 32 S. 11 Abs. 5) 31.12.13 -50'000.00 Rückzahlung (Quittung ohne Datum, vom Kläger bestritten) 13.01.14 -30'000.00 Rückzahlung 02.07.14 -50'000.00 Rückzahlung (ist nicht erwähnt in act. 3/11 Blatt 2; erscheint dann ohne Erklärung in der Tabelle in der Klageantwort act. 17 Rz 32 S. 11 Abs. 5) 267'500.00 Total Rückzahlungen 26.03.13- 19'616.45 von der Beklagten für den Kläger bezahlte 15.04.14 Handwerkerrechnungen (act. 17 Rz 32 Abs. 3) 287'116.45 Total anrechenbare Zahlungen 612'883.55 Offene Darlehensrestanz Wäre die Quittung per 13.11.2014 gültig, so hätte der Kläger der Beklagten – unabhängig von den Darlehenszinsen – mit einer Reduktion auf Fr. 200'000.– demnach Fr. 412'883.55 (612'883.55 ./ 200'000.–) erlassen. 5.5. Ist die Bestätigung vom 16. Februar 2013 betreffend Reduktion des Darlehens nicht gefälscht (was behauptet aber auch bestritten und nicht erstellt ist), so hätte sich der vom Kläger gewährte Erlass wie folgt ausgewirkt: 16.02.13 555'000.00 reduzierte Darlehenssumme gem. act. 4/16 20.03.13 -50'000.00 Rückzahlung 01.04.13 -37'500.00 Rückzahlung (ist nicht erwähnt in act. 3/11 Blatt 2 und act. 17 Rz 32 S. 9 Abs. 2; erscheint dann ohne Erklärung in der Tabelle von act. 17 Rz 32 S. 11 Abs. 5) 31.12.13 -50'000.00 Rückzahlung (Quittung ohne Datum, vom Kläger bestritten) 13.01.14 -30'000.00 Rückzahlung

- 28 - 02.07.14 -50'000.00 Rückzahlung (ist nicht erwähnt in act. 3/11 Blatt 2 und act. 17 Rz 32 S. 9 Abs. 2; erscheint dann ohne Erklärung in der Tabelle von act. 17 Rz 32 S. 11 Abs. 5) 26.03.13- 19'616.45 Von der Beklagten für den Kläger bezahlte 15.04.14 Handwerkerrechnungen (act. 17 Rz 32 Abs. 3) -237'116.45 Total behauptete bzw. zu berücksichtigende Rückzahlungen 317'883.55 offene Darlehensrestanz bei Berücksichtigung der Bestätigung vom 16. Februar 2013 als nicht gefälscht Für diesen Fall hätte der Kläger der Beklagten eine Reduktion von Fr. 117'883.55 (Fr. 317'883.55 ./ Fr. 200'000.–) gewährt. 5.6. Die Beklagte hat nach dem 13. November 2014 Rückzahlungen geleistet, zunächst unbestrittenermassen Fr. 163'000.– (act. 17 Rz 3; act. 25 Rz 38; act. 29 Rz 12 mit Hinweis auf act. 3/8) und dann, während des vorliegenden Verfahrens, ebenfalls unbestritten, Fr. 37'000.– (act. 29 Rz 12 mit Hinweis auf act. 26/22; act. 25 Rz 2). Deshalb ist die Beklagte, die die Reduktionen (Bestätigung vom 16. Februar 2013 und Quittung vom 13. November 2014) für echt bzw. gültig hält, auch der Ansicht, sie schulde dem Kläger aus der Rückzahlung des Darlehens nichts mehr. Da der Kläger, wie vorne einlässlich dargelegt, die Quittung vom 13. November 2014 erfolgreich angefochten hat, ergibt sich daraus eine Restforderung aus dem Darlehen vom 24. Januar 2012 von jedenfalls Fr. 117'883.55 (317'883.55 ./ Fr. 200'000.– Zahlungen seit 13. November 2014). Wenn der Kläger als Teilklage Fr. 40'000.– fordert, und ihm nach Wegfall der besagten (Reduktions)-Quittung noch mindestens Fr. 117'883.55 zustehen, ist ihm der eingeklagte Betrag zuzusprechen, weil dieser auch dann geschuldet ist, wenn die Bestätigung zur Herabsetzung des Darlehens vom 16. Februar 2013 vom Kläger selber unterzeichnet und damit nicht gefälscht sein sollte.

## **E. 6**

Fazit Ausgehend von den Behauptungen der Beklagten und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ist von Folgendem auszugehen: • Ob die Unterschrift auf der Bestätigung vom 16. Februar 2013 gefälscht ist, kann letztlich offen bleiben. Wird von einer Herabsetzung

- 29 - der Darlehenssumme auf Fr. 555'000.– ausgegangen, und werden die- jenigen Rückzahlungen berücksichtigt, die nach der eigenen Sachdar- stellung der Beklagten ausreichend substantiiert und mit genügenden Beweisanerbieten versehen worden sind, so ergibt dies bis zum 13. November 2014 anrechenbare Rückzahlungen von Fr. 237'116.45, so dass die offene Darlehenssumme damals Fr. 317'883.55 betrug. • Hat die Beklagte die Quittung vom 13. November 2014 durch täu- schendes Verhalten erwirkt, so ist es bei der offenen Darlehensschuld von damals 317'883.55 geblieben. • Seit dem 13. November 2014 hat die Beklagte dem Kläger insgesamt Fr. 200'000.– (163'000.– vor dem Prozess, Fr. 37'000.– während des Prozesses) bezahlt, so dass eine offene Schuld von (mindestens noch) Fr. 117'833.55 geblieben ist. • Schuldet die Beklagte dem Kläger (mindestens noch) Fr. 117'833.55, so ist dem Kläger der eingeklagte Teil von Fr. 40'000.– zuzusprechen.

## **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 7.1**

Gerichtskosten Der Streitwert des Hauptbegehrens der Klage lautete ursprünglich auf Fr. 40'000.–. Durch die Abschreibungsverfügung wurde das Verfahren im Betrage von 37'000.– nebst Zins seit 1. Januar 2016 abgeschrieben und wurden für die- sen Teil bereits die Kosten- und Entschädigungsfolgen festgesetzt (Auferlegung der Gerichtsgebühr im Betrage von Fr. 2'200.– und Entschädigung des Klägers im Betrage von Fr. 5'800.–; act. 19 S. 4). Eventualbegehren fallen – auch bei den Kosten – nicht in Betracht, soweit das Hauptbegehren geschützt und anerkannt wird (Guldener, a.a.O., S. 406 Anm. 6). Nunmehr sind Kosten und Entschädigung gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO auf der wieder auf Fr. 40'000.– erhöhten Summe festzusetzen (vgl. dazu Erwägung 1.2.1.), wobei der Ausgangspunkt rechnerisch bei einem Streitwert im Betrag von

- 30 - Fr. 77'000.– liegt (100 % = Fr. 7'710; § 4 Abs. 1 GebV OG). Für die verbleibende Streitsumme von Fr. 40'000.– beträgt die Gerichtsgebühr rund Fr. 4'000.– ( $7'710 : 77 \times 40$ ), welche der Beklagten aufzuerlegen ist. Dieser Betrag ist aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'750.–, soweit dieser gemäss der Verfügung vom 6. Juni 2016 (act. 19) noch reicht, zu beziehen (Fr. 4'750.– ./ Fr. 2'200.– = Fr. 2'550.–), und der Beklagten ist im Betrage von Fr. 1'450.– durch die Gerichtskasse Rechnung zu stellen. Dem Kläger ist im Umfang des Bezuges aus dem Vorschuss von Fr. 2'550.– das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzu- räumen.

### **E. 7.2**

Parteientschädigungen Entsprechend der Kostenverteilung hat die Beklagte dem Kläger eine Parteient- schädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festge- setzt. Ausgehend von Fr. 77'000.– beträgt die volle Grundgebühr (100 %) Fr. 9'430.–, welche mit der Abfassung der Klagebegründung verdient ist (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Kläger hat noch zwei weitere Rechtsschriften eingereicht (act. 25 und act. 32) und hat das Eventualbegehren beziffert (act. 39), was eine Erhöhung gemäss § 11 Abs.

2 und 3 GebV OG auf total Fr. 16'800.– rechtfertigt. Der Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ist hingegen mit der Grundgebühr abgedeckt (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Da mit der Verfügung vom

**E. 9**

Juni 2016 bereits Fr. 5'800.– zugesprochen wurden (act. 19), bleiben dem Klä- ger noch Fr. 11'000.– zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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