

# ZH\_OBERGERICHT LB180022 vom 19. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB180022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB180022)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB180022 du 19 novembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LB180022 del 19 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Die "D.\_\_\_\_\_ AG" war eine im Jahre 1995 gegründete Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von zuletzt Fr. 200'000.00, aufgeteilt in 200 Namenaktien zu Fr. 1'000.00 Nennwert. Sie bezweckte "die Erarbeitung von Konzepten im Im- mobilienbereich und die ...". Seit der Gründung der Gesellschaft bis zu seinem Tode im Jahre 2014 gehörte E.\_\_\_\_\_, der Ehemann der Klägerin, ihrem Verwal- tungsrat an. Der Beklagte 1 war gemäss Handelsregister in den Jahren 2011 bis 2014 Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft. Diese wurde mit Beschluss der Generalversammlung vom 20. März 2018 aufgelöst (Urk. 41).

#### E. 1.2

Am 30. Juni 2011 unterzeichneten E.\_\_\_\_\_ (damals wohnhaft in Spanien), F.\_\_\_\_\_ (der Sohn von E.\_\_\_\_\_), der Beklagte 1 sowie G.\_\_\_\_\_ bezüglich der "D.\_\_\_\_\_ AG" einen "Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag" (Urk. 12/2). Durch diesen Vertrag verkaufte E.\_\_\_\_\_ seinem Sohn F.\_\_\_\_\_ sowie dem Beklagten 1 je 59 Aktien und G.\_\_\_\_\_ 14 Aktien zu Fr. 1'000.00 (Ziff. 1.1.1 und Ziff. 2.1.1). Der Kaufpreis von Fr. 1'000.00 pro Aktie sollte von den Käufern "durch Anweisung der ihnen von der Gesellschaft ausbezahlten Honorare" an E.\_\_\_\_\_ bezahlt werden (Ziff. 1.1.2 und 2.2.2). Den Käufern wurde je ein Sitz im Verwaltungsrat in Aus- sicht gestellt, wobei ihre Entschädigung für diese Tätigkeit vom Verwaltungsrat zu bestimmen war (Ziff. 4.1.1). Gemäss Anhang 4 zum Aktionärsbindungsvertrag sollten E.\_\_\_\_\_ und der Beklagte 1 unter dem Titel "Lohn, Honorare, Verwal-

- 4 - tungsrat-Entschädigung oder ähnliches" zunächst je Fr. 500'000.00 jährlich be- ziehen, während F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ zusammen Fr. 500'000.00 jährlich bezie- hen sollten.

#### E. 1.3

E.\_\_\_\_\_ und seine Ehefrau, die Klägerin, unterhielten bei der Bank H.\_\_\_\_\_ AG in I.\_\_\_\_\_ (Fürstentum Liechtenstein) ein und/oder-Konto. Am 5. Juli 2013 eröffnete die gleiche Bank ein und/oder-Konto für die beiden Beklagten. Und am 9. Juli 2013 belastete diese Bank das und/oder-Konto von E.\_\_\_\_\_ und der Klägerin mit Fr. 200'000.00 und schrieb diesen Betrag dem neu eröffneten und/oder-Konto der beiden Beklagten gut (Urk. 3/2).

#### E. 1.4

Die Zusammenarbeit zwischen E.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten 1 ging aller- dings über den Bereich der "D.\_\_\_\_\_ AG" hinaus. Am 27. Dezember 2013, 10.13 Uhr, schrieb der Beklagte 1 E.\_\_\_\_\_ eine umfangreiche E-Mail, in der er ausführ- lich auf die gemeinsamen

geschäftlichen Aktivitäten zu sprechen kam (Urk. 3/3). Eingangs lobte er die geschäftliche Zusammenarbeit mit E.\_\_\_\_\_. Auch wenn E.\_\_\_\_\_ dereinst sein "immenses Pensum" künftig nicht mehr sollte bewältigen können, ändere das nichts "an unserem 50/50 Grundsatz". Alsdann rapportierte er über verschiedene Geschäftsfelder der gemeinsamen Tätigkeit und machte sich auch Gedanken darüber, wie die künftige Zusammenarbeit geregelt werden könnte. Unter dem Titel "Ausgleich E'.\_\_\_\_\_ [E.\_\_\_\_\_] / A'.\_\_\_\_\_ [A.\_\_\_\_\_] " hielt der Beklagte 1 sodann Folgendes fest: "Es ist sicher sinnvoll, dass wir eine Aufstellung über Deine Vorleistungen aufstellen (Projektkosten, Ausbaurkosten I.\_\_\_\_\_) und festhalten, mit welchen Erträgen wir diese verrechnen, so dass wir danach den Zähler auf 0 stellen können und sämtli- che Kosten und Erträge auf der Basis 50/50 laufen. Ebenso möchte ich natürlich bis Ende 2014 das Darlehen von 200'000 inkl. Zinsen zurückzahlen bzw. mit Erträgen verrechnen. Ich denke, wir sollten diese Zahlen so bald als möglich gemeinsam erarbeiten und festhalten, damit wir beide eine gesicherte und gemeinsame Basis haben. Ende Februar sollten ja die zwei Zahlungen von J.\_\_\_\_\_ über CHF 8.5 m (alter K.\_\_\_\_\_) und 7.28 m Drittleistungen und Eigenleistungen auf das Konto eingehen. Da wäre ich froh wenn wir eine Regelung treffen könnten, dass ich davon mind 1 m erhalte, welche ich als Reserve bei der Bank H.\_\_\_\_\_ bunkern kann. Ein allfälliger Restbetrag wäre so bald als möglich (d.h. bei den [sic!] nächsten grösseren Ein- gang) auszugleichen. Wie gesagt, dass [sic!] Darlehen von 200'000 inkl. Zins werde [sic!; scil.: ich] so bald als möglich zurückzahlen."

- 5 -

### **E. 1.5**

Am tt.mm.2014 starb E.\_\_\_\_\_ in ... (Kanton Zürich). Seinen letzten Wohn- sitz hatte er aber in I.\_\_\_\_\_ (Fürstentum Liechtenstein). Gemäss "Einantwort- tungsbeschluss" des Fürstlichen Landgerichts in Liechtenstein vom 9. März 2016 (Urk. 3/11) gehört zu den Aktiven des Nachlasses die "Forderung vs A.\_\_\_\_\_" von Fr. 200'000.00. Die Klägerin ist gemäss dem liechtensteinischen "Einantwort- tungsbeschluss" die Alleinerbin des E.\_\_\_\_\_.

### **E. 1.6**

Mit Schreiben vom 30. November 2016 an die beiden Beklagten (Urk. 3/4) kündigte die Klägerin das Darlehen von Fr. 200'000.00. Neben der Rückzahlung des Darlehens forderte sie Darlehenszins im Gesamtbetrag von Fr. 35'178.10, entsprechend 1'284 Zinstagen (9. Juli 2013 bis 13. Januar 2017) bei einem Zins- satz von 5%.

### **E. 2**

Verfahrensverlauf

#### **E. 2.1**

Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 33 S. 3). Im Anschluss an die Hauptverhandlung vom 8. Februar 2018 fällte die Vorinstanz das angefochtene Urteil und eröffnete es den Parteien zunächst ohne Begründung (Urk. 26). In der Folge verlangten die Beklagten innert der Frist von Art. 239 Abs. 2 ZPO die Urteilsbegründung (vgl. Urk. 27 und 28). Das begründete Urteil stellte die Vorinstanz den Beklagten in der Folge am 19. April 2018 zu (Urk. 31).

#### **E. 2.2**

Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 8. Februar 2018 erhoben die beiden Beklagten mit Rechtsschrift vom 22. Mai 2018 rechtzeitig Berufung (Urk. 32). Die Klägerin beantwortete das Rechtsmittel mit Eingabe vom 10. August 2018 (Urk. 42).

### **E. 2.3**

Mit Verfügung vom 13. August 2018 (Urk. 45) wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass sich die Berufungsinstanz vorbehalten, im Sinne von Art. 117 IPRG auf das Rechtsverhältnis der Parteien liechtensteinisches Recht anzuwenden. Ferner wurde den Parteien im Sinne von Art. 16 Abs. 1 IPRG der Nachweis des Inhalts des liechtensteinischen Rechts überbunden. In der Folge erstatteten die Beklagten am 17. Sep-

- 6 -  
tember 2018 die Berufungsreplik (Urk. 47) und die Klägerin am 19. Oktober 2018 die Berufungsduplik (Urk. 51).

### **E. 2.4**

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 wurde den Parteien eröffnet, dass keine Berufungsverhandlung stattfindet und dass die Sache in die Phase der Urteilsberatung gehe (Urk. 54).

## **E. 3**

Prozessuales

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz hat die Klage abgewiesen, soweit sie gegen die Beklagte 2 gerichtet war. Gleichwohl erhebt nicht nur der Beklagte 1, sondern auch die Beklagte 2 gegen das angefochtene Urteil Berufung und verlangt dessen Aufhebung. Da die Beklagte 2 vor Vorinstanz in der Sache auf der ganzen Linie obsiegt hat, fehlt ihr in dieser Hinsicht von vornherein ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, um sich mit der Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil zu wenden. Insoweit ist daher auf ihre Berufung von vornherein ohne weiteres nicht einzutreten. Mit ihrer Berufung beanstandet die Beklagte 2 einzig den Umstand, dass ihr von der Vorinstanz keine Parteientschädigung zugesprochen wurde (Urk. 32 Rz 37 ff.). Damit ficht sie mit ihrem Rechtsmittel einzig den Kostenentscheid an, was sie gemäss Art. 110 ZPO nicht mit der Berufung, sondern mit der Beschwerde hätte tun müssen. Auf ihr Rechtsmittel ist indessen so oder anders nicht einzutreten: Die Frage, ob die Klägerin der Beklagten 2 für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung schuldet und wie hoch diese zu sein hat, bedarf keiner weiterer Abklärungen. Die Berufung müsste daher – wie auch eine Beschwerde gemäss Art. 110 ZPO – einen konkreten Antrag enthalten, der zum Urteilsdispositiv erhoben werden könnte. Mit dem Berufungsantrag wäre daher die Parteientschädigung, die der Beklagten 2 hätte zugesprochen werden sollen, zu beziffern gewesen (vgl. BGE 143 III 111; BGer 5A\_466 vom 12.4.2017, E. 4.1.; BGer 4A\_35/2015 vom 12.6.2015, E. 3.2), denn es gilt der allgemeine Grundsatz, dass die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge zu beziffern sind (BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619). Da die Beklagte die von ihr im Rechtsmittelverfahren geforderte Parteientschädigung nicht beziffert, ist auf ihre Berufung

- 7 -  
auch in dieser Hinsicht nicht einzutreten. Auf die Berufung der Beklagten 2 ist damit insgesamt nicht einzutreten.

### **E. 3.2**

Anforderungen an die Rechtsschriften des Berufungsverfahrens.

### **E. 3.2.1**

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1).

### **E. 3.2.2**

Die Berufungsschrift muss – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO- REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen und Bestreitungen vorgetragen und entsprechende Beweisanträge gestellt hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt betreffend die Streit- sache über eine umfassende Überprüfungsbefugnis, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzu- zeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht o- der nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Wei-  
- 8 - se beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, zur Publikation bestimmt; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

### **E. 3.2.3**

Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. mit Hinweis auf den zur Beschwerdeantwort im bundesgerichtlichen Verfahren ergangenen BGE 140 III 115 E. 2). Ein Berufungsbeklagter, der die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht gelten lassen will, hat sich ebenso mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen, wie das ein Berufungskläger tun muss, der mit der Berufung ein erstinstanzliches Urteil anfiht.

### **E. 3.2.4**

Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien so- dann innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter

Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4.).

### **E. 3.2.5**

Nach dem Gesagten ist es mithin nicht angängig, wenn die Parteien Ausführungen zum Sachverhalt machen, als ob sie vor einer ersten Instanz plädieren: Entweder haben sie sich im Berufungsverfahren mit der Argumentation der ersten Instanz auseinanderzusetzen und nachzuweisen, dass diese im Sinne von Art. 310 lit. b ZPO den Sachverhalt unrichtig festgestellt hat, oder sie haben im einzelnen darzulegen, warum neue Tatsachenbehauptungen bzw. neue Beweismittel im Sinne von Art. 317 ZPO zulässig sein sollen. Beide Parteien setzen sich mit ihren Rechtsschriften über diese prozessualen Regeln hinweg (vgl. Urk. 32 S. 3 ff.; Urk. 42 Rz 7 und Rz 17). Gleiches gilt für die im obergerichtlichen Verfahren mit der Berufungsantwort gemachten Verweisungen auf die Vorträge im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. Urk. 42 Rz 25, 28, 35, 39, 43, 46). Solche Verweisungen sind unbeachtlich.

- 9 -

### **E. 3.3**

Aktenschluss und Noven. Ausserhalb des summarischen Verfahrens können sich die Parteien zweimal unbeschränkt äussern (BGE 144 III 117 E. 2.2). Die folgenden Parteivorträge des vorinstanzlichen Verfahrens sind daher bezüglich der von den Parteien aufgestellten Behauptungen und der gestellten Beweisträger (vgl. Art. 219, Art. 221 Abs. 1 lit. d und lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO) von Belang: - Begründete Klage gemäss Art. 221 ZPO vom 24. Februar 2017 (Urk. 2); - Klageantwortschrift bzw. Stellungnahme gemäss Art. 222 Abs. 2 ZPO der Beklagten vom 21. Juni 2017 (Urk. 10); - Erste Vorträge der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. Februar 2018 (Prot. I S. 8-12; Urk. 21 und 24). Mit der Erstattung dieser Vorträge trat der Aktenschluss ein.

#### **E. 3.3.1**

Nach Eintritt des Aktenschlusses können neue Tatsachen und Beweisträger nur noch unter den Voraussetzungen der Art. 229 bzw. Art. 317 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312), wobei einerseits solche Noven "ohne Verzug" in das Verfahren einzuführen sind und andererseits diejenige Partei, die sich auf Noven beruft, darzutun hat, dass die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Wer sich auf sog. unechte Noven beruft (vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 317 Abs. 1 ZPO), hat detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vorher in den Prozess hat einbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1).

#### **E. 3.3.2**

Mit seiner Berufung macht der Beklagte 1 solche unechten Noven geltend. Seinen Standpunkt begründet er wie folgt: Er und F.\_\_\_\_\_, der Sohn des verstorbenen E.\_\_\_\_\_, hätten während Jahren keinen Kontakt mehr gehabt. Und "noch vor kurzem" habe F.\_\_\_\_\_ gegen ihn "eine Strafanzeige lanciert". Ende Februar 2018 habe F.\_\_\_\_\_ aber über einen Mediator Kontakt mit ihm aufgenommen, und es sei "nach vielen Jahren" erstmals wieder zu Gesprächen zwischen ihm und F.\_\_\_\_\_ gekommen. In diesem Zusammenhang habe ihm F.\_\_\_\_\_ "vor kurzem" verschiedene Unterlagen zur Kenntnis gebracht. Konkret seien das "die nun im Berufungsverfahren als unechte Noven eingereichten Akten". Gemeint sind damit offensichtlich die Urk. 35/8 - 35/14. Von diesen Akten habe der Beklagte 1 vorher

- 10 - keine Kenntnis gehabt, denn es handle sich bei ihnen "grossmehrheitlich" um unechte Noven, welche von ihm auch bei grösstmöglicher Sorgfalt nicht früher hätten beigebracht werden können (Urk. 32 Rz 4). Die Klägerin hält diese Noven für unzulässig (Urk. 42 Rz 13). In diesem Punkte genügt die Begründung der Berufung den prozessualen Anforderungen nicht: Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, gestützt auf die neu vorgelegten Akten Urk. 35/8 - 35/14 das herauszufiltern, was der Beklagte 1 der Kategorie "grossmehrheitlich" zuordnen könnte und was nicht. Dazu kommt, dass solche Akten nur dann novenrechtlich von Belang sind, wenn aus ihnen von den Parteien ausdrücklich neue Behauptungen abgeleitet werden.

### **E. 3.3.3**

Die Durchsicht der Berufungsschrift des Beklagten 1 ergibt allerdings, dass dort keine neuen Beweismittel genannt werden, die zulässig bzw. von Belang sind. Der Beklagte 1 beruft sich nämlich durchwegs auf solche Beweismittel, auf die er sich bereits vor Vorinstanz hätte berufen können. Solche Beweismittel hätten daher mit "zumutbarer Sorgfalt" im Sinn von Art. 317 ZPO schon vor Vorinstanz in den Prozess eingeführt werden können. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang namentlich die den Beklagten 1 selber betreffende Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 28. Oktober 2015 (Urk. 35/8) sowie die Entwürfe von Dokumenten bezüglich der zwischen E.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten 1 geplanten Gründung einer "L.\_\_\_\_\_ AG" (Urk. 35/10 und Urk. 35/13-14). Was der Beklagte 1 mit der Auflistung gemäss Urk. 35/11 belegen will, ist ohnehin unerfindlich (vgl. dazu auch Urk. 32 Rz 14). Im Übrigen unterlässt es der Beklagte 1, in seiner Berufungsschrift klar herauszuarbeiten, welche konkreten neuen Behauptungen er auf Grund von ihm neu zugekommenen Unterlagen aufstellen will. Unzulässig ist es namentlich, vor Obergericht Parteibefragungen und Zeugenbefragungen, vor allem auch die Zeugenbefragung von F.\_\_\_\_\_, zu verlangen, wo diese Anträge nicht bereits vor Vorinstanz gestellt worden sind. Die Rolle F.\_\_\_\_\_s war dem Beklagten 1 von Anfang an klar und zwar bevor er mit ihm wieder in Kontakt kam. Er hätte ihn daher auch schon vor Vorinstanz als Zeuge anrufen können; erst recht gilt das für die erst vor Obergericht verlangten Parteibefragungen. Davon abgesehen vermögen die beantrag-

- 11 - ten Beweismassnahmen konkrete Tatsachenbehauptungen nicht zu ersetzen. Dort wo im Berufungsverfahren ausnahmsweise neue Beweisanträge zulässig sind, müssen sie, wie schon vor erster Instanz, konkreten neuen Tatsachenbehauptungen zugeordnet werden (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Das tun die Beklagten aber nicht (vgl. Urk. 32 Rz III/7, 10, 11, 13, 17, 18, 23, 30, 31).

### **E. 3.3.3.1**

So tut der Beklagte 1 nicht dar, warum er zum Ausmass seiner ihm sehr wohl bekannten eigenen Arbeitsleistungen für die "D.\_\_\_\_\_ AG" nicht schon vor Vorinstanz einschlägige Beweisanträge stellen konnte (vgl. Urk. 32 III/Rz 14). Dass es auf diese Arbeitsleistungen ohnehin nicht ankommt, wird notabene im Folgenden noch auszuführen sein (vgl. unten E. 4.5. und 4.6.). Nicht einzusehen ist auch, weshalb der Beklagte 1 bisher nicht in der Lage gewesen sein soll, die Verhältnisse der einfachen Gesellschaft, der er angehört haben will, bereits vor Vorinstanz aufzuzeigen und die zugehörigen Beweisanträge in den Prozess einzuführen (vgl. Urk. 32 Rz III/32). Gleiches gilt für das Geschäft, das der Beklagte 1 mit der M.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossen haben soll (Urk. 32 III/Rz 33). Ohne Belang sind auch

Tatsachenbehauptungen, die die Klägerin in andern Prozessen zur Arbeitstätigkeit des Beklagten 1 bei der "D.\_\_\_\_\_ AG" aufgestellt haben soll (vgl. Urk. 32 III/Rz 12). Denn auf diese Arbeitstätigkeit kommt es, wie gesagt, hier nicht an.

#### **E. 3.3.3.2**

In gleicher Weise hilft es dem Beklagten 1 nichts, im Berufungsverfahren einfach Akten einzureichen, die er als "unechte Noven" bezeichnet (Urk. 32 Rz III/4); Akten sind Urkunden und damit Beweismittel, die konkrete Tatsachenbehauptungen nicht zu ersetzen vermögen, sondern ihnen zuzuordnen sind. Dass Urk. 35/12 ohnehin nicht zielführend ist, wird weiter unten auszuführen sein. Der guten Ordnung halber ist sodann festzuhalten, dass der Beklagte 1 der Vorinstanz nicht vorwirft, sie habe seine prozessrechtskonformen Beweisanträge zu rechts- erheblichen streitigen Tatsachen übergangen. Das hätte er einerseits mit der Berufungsschrift nachzuweisen gehabt; und andererseits wären solche Beweisanträge unter Hinweis auf die Versäumnisse der Vorinstanz vor Obergericht ausdrücklich zu wiederholen gewesen. Es ist nämlich nicht Sache der Berufungsinstanz, die erstinstanzlichen Akten darauf hin zu erforschen, ob Beweisanträge übergangen

- 12 - worden sind (BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.2 und 4.3.4, zur Publikation bestimmt). In gleicher Weise offensichtlich unzulässig sind der von der Klägerin mit der Berufungsantwort neu geltend gemachte Urkundenbeweis (vgl. Urk. 44/1-4) sowie der mehrfach gestellte Antrag auf Vernehmung des Zeugen N.\_\_\_\_\_ (Urk. 42 Rz 31, 33, 48).

#### **E. 3.3.3.3**

Selbst im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels des Berufungsverfahrens stellen beide Parteien umfangreiche Beweisanträge (vgl. Urk. 47 und 51). Sie entbinden sich aber davon, der Berufungsinstanz darzulegen, weshalb diese späten Beweisanträge zulässig sein sollen.

#### **E. 3.4**

Mit der Berufungsreplik legen die Beklagten mit Urk. 49/11 (umfassend 15 Seiten) und Urk. 49/12 (umfassend 3 Seiten) neue Urkunden vor. Sie machen geltend, die mit der Berufung bereits vorgelegten Urk. 35/11 (umfassend eine einzige Seite) und Urk. 35/12 (umfassend eine einzige Seite) seien infolge eines Fehlers der Kanzlei nur unvollständig eingereicht worden (Urk. 47 Rz 3). Mit einer solch kursorischen Begründung lässt sich ein Irrtum nicht begründen, zumal, wie erörtert, mit der Berufungsreplik nicht nachgeholt werden kann, was mit der Berufung versäumt worden ist. Urk. 35/11 und die letzte Seite von Urk. 49/11 stimmen zwar überein, der konkrete Inhalt von Urk. 35/11 und Urk. 49/11 wird aber weder mit der Berufung noch mit der Berufungsreplik diskutiert.

#### **E. 3.5**

Mit Verfügung vom 13. August 2018 (Urk. 45) wurde den Parteien im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Satz 3 IPRG bezüglich des behaupteten Darlehens und der Verrechenbarkeit der Nachweis des liechtensteinischen Rechts überbunden. Für den Fall der Säumnis wurde angedroht, dass auf den Wortlaut des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches des Fürstentums Liechtenstein vom 1. Juni 1811 (ABGB/FL) abgestellt werde. Gleichzeitig wurde ein zweiter Schriftenwechsel gemäss Art. 316 Abs. 2 ZPO angeordnet. Mit dem Hinweis, dass der Nachweis des liechtensteinischen Rechts der Klägerin obliege, verzichteten die Beklagten mit ihrer Berufungsreplik darauf, sich zum liechtensteinischen Recht zu äussern (Urk. 47 S. 3). Demgegenüber machte die Klägerin mit ihrer Berufungsduplik Ausführungen zum liechtensteinischen

- 13 - Recht (Urk. 51 Rz 38-50), wobei sie zusätzlich ein Kurzgutachten des liechtensteinischen Anwaltsbüros O.\_\_\_\_\_ AG vorlegte (Urk. 53/5).

#### **E. 4**

Materielles: Der Anspruch der Klägerin aus Darlehen

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

Im Prozess wird seitens des Beklagten 1 nicht in Frage gestellt, dass die Klägerin die Alleinerbin des E.\_\_\_\_\_ ist. Soweit ein von E.\_\_\_\_\_ dem Beklagten 1 gewährtes Darlehen in Frage steht, spielt daher keine Rolle, ob E.\_\_\_\_\_ einziger Darleiher war oder ob diese Funktion von ihm und der Klägerin gemeinsam wahrgenommen wurde. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist insoweit jedenfalls gegeben.

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

Die Klägerin betrachtet die Zahlung des Betrages von Fr. 200'000.00 aus dem und/oder-Konto bei der Bank H.\_\_\_\_\_ AG in I.\_\_\_\_\_ (Fürstentum Liechtenstein), das auf den verstorbenen E.\_\_\_\_\_ und sie gelautet hatte, auf das und/oder-Konto der beiden damals in der Schweiz wohnhaft gewesenen Beklagten bei der gleichen ausländischen Bank als Darlehenszahlung (Urk. 3/2). Auf Grund des "Einantwortungsbeschlusses" des Fürstlichen Landgerichts Liechtenstein vom 9. März 2016 steht fest, dass E.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt seines Todes, am tt.mm.2014, in I.\_\_\_\_\_ (Fürstentum Liechtenstein) gewohnt hatte. Gemäss der Belastungsanzeige der Bank vom 9. Juli 2013 (Urk. 3/2) verzeigten E.\_\_\_\_\_ und die Klägerin damals Domizil beim "P.\_\_\_\_\_ Reg." in I.\_\_\_\_\_. Damit liegt jedenfalls bezüglich des behaupteten Darlehens ein internationales Verhältnis gemäss Art. 1 IPRG vor. Die Berufungsinstanz hat dies mit der Verfügung vom 13. August 2018 thematisiert (Urk. 45).

##### **E. 4.3**

Im vorliegenden Fall stützt sich die Klage auf einen Vertrag. Zu Recht stellt der Beklagte 1 die Zuständigkeit der Gerichte an seinem Wohnsitz nicht in Frage. Das entspricht der gesetzlichen Ordnung (Art. 112 Abs. 1 IPRG). Eine Rechtswahl haben die Parteien hinsichtlich des hier interessierenden Verhältnisses nicht getroffen. Der Vertrag untersteht daher gemäss Art. 117 Abs. 1 IPRG dem Recht desjenigen Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. Dabei wird vermutet, dass der engste Zusammenhang mit demjenigen Staat bestehe, in dem der Erbringer der charakteristischen Leistung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die

- 14 - charakteristische Leistung wäre im Falle eines Darlehens jene des Darleihers (Art. 117 Abs. 3 lit. b IPRG). Im vorliegenden Falle haben die Parteien über den gewöhnlichen Aufenthalt E.\_\_\_\_\_s im Zeitpunkt der Darlehenshingabe keine Behauptungen aufgestellt; immerhin steht fest, dass E.\_\_\_\_\_ ca. ein Jahr später, im Zeitpunkt seines Todes, in I.\_\_\_\_\_ (Fürstentum Liechtenstein) wohnhaft war. Fest steht auch, dass die Darlehenszahlung im Auftrag des Darleihers durch eine liechtensteinische Bank erfolgte, wobei das Konto des Darleihers bei dieser Bank belastet wurde und auf dem Konto des Darlehensnehmers bei der gleichen liechtensteinischen Bank eine entsprechende Gutschrift vorgenommen wurde. Bei der Leistung der Darlehenssumme ging es mithin nicht um eine internationale Transaktion, sondern vielmehr um eine liechtensteinische Binnentransaktion. Damit hat der von der Klägerin behauptete Darlehensvertrag seinen engsten Zusammenhang mit Liechtenstein, weshalb gemäss Art. 117 Abs. 1 IPRG liechtensteinisches Recht heranzuziehen ist. Mit Berufungsreplik und Berufungsduplik tragen die Parteien keine

andere Sichtweise vor. Mit Berufungsreplik bzw. Berufungsduplik wird von den Parteien jedenfalls nicht in Abrede gestellt, dass ein allfälliges Darlehen nach liechtensteinischem Recht zu beurteilen ist (vgl. Urk. 47 S. 3; Urk. 51 Rz 38).

#### **E. 4.4**

Zu prüfen ist allerdings, ob es hier wirklich um einen Darlehensvertrag geht, stellen sich doch die Beklagten auf den Standpunkt, die Zahlung von Fr. 200'000.00 sei als Lohnvorschuss und damit als Leistung aus Arbeitsvertrag zu qualifizieren (vgl. Urk. 32 S. 3 und S. 5 ff.). Die Vorinstanz geht davon aus, zwischen E.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten 1 sei ein Darlehensvertrag über einen Darlehensbetrag von Fr. 200'000.00 zustande gekommen. Sie schliesst dies einerseits aus dem Umstand, dass der Beklagte 1 die Darlehenssumme erhalten, und andererseits daraus, dass der Beklagte 1 die Darlehenszahlung durch E-Mail vom 27. Dezember 2013 an E.\_\_\_\_\_ bestätigt habe (Urk. 33 S. 10). Mit der Berufung wird bestritten, dass der Betrag von Fr. 200'000.00 gestützt auf einen Darlehensvertrag ausbezahlt worden sei; vielmehr handle es sich, so die Berufung, bei diesem Betrag um einen "Lohnvorschuss" bzw. um einen "Lohnbestandteil" (Urk. 32 S. 3, 6, 8). Der Lohnvorschuss sei von E.\_\_\_\_\_ "in der Funktion als Verwaltungsratspräsident ausgelöst" worden,

- 15 - "weshalb die Zahlung klar geschäftlicher Natur war" (Urk. 32 S. 14). In der privaten Buchhaltung E.\_\_\_\_\_s komme das "angebliche Darlehen" sodann nicht vor (Urk. 32 S. 10). Es liege daher kein "privates Darlehen" E.\_\_\_\_\_s vor (Urk. 32 S. 11 ff., 16). Die Vorinstanz habe die Beweisofferten der Beklagten "bzgl. eines privaten Darlehens ... konsequent ignoriert" (Urk. 32 S. 13).

#### **E. 4.5**

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen bzw. durch Annahme einer Offerte zustande. Diese Willenserklärungen können ausdrücklich oder stillschweigend sein (§§ 861 und 863 ABGB/FL). Weder aus dem angefochtenen Urteil noch aus den Parteivorträgen des Berufungsverfahrens ergeben sich Hinweise auf konkrete Willenserklärungen der Vertragsparteien. Hingegen steht auf Grund der Akten fest, dass mit Valuta vom 9. Juli 2013 ein Betrag von Fr. 200'000.00 vom Privatkonto der Eheleute C.\_\_\_\_\_E.\_\_\_\_\_ bei der liechtensteinischen Bank H.\_\_\_\_\_ AG auf das Privatkonto der beiden Beklagten bei der gleichen Bank geflossen ist (vgl. Urk. 3/2).

##### **E. 4.5.1**

Für die Vorinstanz ist sodann die E-Mail des Beklagten 1 vom 27. Dezember 2013 entscheidend. Ergibt sich aus dieser E-Mail im Sinne der Beurteilung der Vorinstanz eine Anerkennung des Darlehensverhältnisses durch den Beklagten 1, dann bedarf es des Nachweises der übereinstimmenden Willenserklärungen bezüglich des Vertragsschlusses in der Tat nicht; vielmehr würde der Vertragsschluss durch eine solche Anerkennung bestätigt.

##### **E. 4.5.2**

Die entscheidenden – oben in E. 1.4. wiedergegebenen – Passagen dieser E-Mail sind denkbar klar: Bezug genommen wird dort auf eine Zahlung E.\_\_\_\_\_s von Fr. 200'000.00, von der im Prozess nicht in Abrede gestellt wird, dass es sich um diejenige handelt, die am 9. Juli 2013 dem Liechtensteiner Konto des Beklagten 1 und seiner Ehefrau gutgeschrieben wurde. Diese Zahlung wird vom Beklagten 1 in der erwähnten langen

E-Mail zweimal ausdrücklich als "Darlehen" bezeichnet und zweimal verspricht dort der Beklagte 1, dass er dieses Darlehen zurückzahlen werde, das erste Mal "bis Ende 2014 ... inkl. Zinsen" und kurz darauf ein zweites Mal "so bald als möglich". Wenn ein erfahrener Geschäftsmann wie der Beklagte 1, der "seit längerer Zeit" in der Immobilienbranche tätig war (so der Beklagte 1 in Urk. 10 S. 4), in dieser Weise von einem Darlehen spricht, das er - 16 - zurückzuzahlen gedenke, kann das nur so verstanden werden, dass damit ein Darlehen im Rechtssinne mit dem Adressaten der E-Mail bestätigt wird. Seine Bestätigung muss sich der Beklagte 1 nur dann nicht entgegenhalten lassen, wenn er die Tatsachen zu beweisen vermag, dass er – entgegen dem Wortsinn – mit der E-Mail keine Zahlungspflicht bestätigen wollte und seine Äusserung vom Adressaten, E.\_\_\_\_\_, auch nicht in diesem Sinne verstanden wurde.

### **E. 4.5.3**

E.\_\_\_\_\_ bestätigte mit der Antwortmail vom 27. Dezember 2013, 11:24 Uhr, immerhin, dass die Ausführungen des Beklagten 1 "im Grundsatz mit dem bereits zwischen uns Vereinbarten" übereinstimmten (Urk. 3/3). Das weist jedenfalls darauf hin, dass auch E.\_\_\_\_\_ entsprechend dem Wortlaut der E-Mail von einem Darlehensverhältnis ausging. Mit keinem Wort tut der Beklagte 1 mit der Berufung dar, dass E.\_\_\_\_\_ die E-Mail vom 27. Dezember 2013 entgegen dem klaren Wortlaut nicht als Bestätigung des von E.\_\_\_\_\_ ausgerichteten Darlehens verstehen durfte. Der Beklagte 1 muss sich daher schon aus diesem Grunde beim Wortlaut der E-Mail behaften lassen.

### **E. 4.5.4**

Seine These, das von ihm in der E-Mail erwähnte Darlehen sei in Tat und Wahrheit ein Lohnbestandteil, begründet der Beklagte 1 mit der Berufung im Übrigen damit, dass er nie gemäss Anhang 4 des Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrags entlohnt worden sei. Aus diesem Grunde habe er mit E.\_\_\_\_\_ das Gespräch gesucht, der ihm "einen Vorschuss von CHF 200'000.00 auf die vereinbarte Entschädigung" ausbezahlt habe (Urk. 32 S. 5 f.). Gemäss Anhang 4 des Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrages hätte allerdings nicht E.\_\_\_\_\_ den Beklagten 1 zu entschädigen gehabt, sondern – wenn überhaupt – die "D.\_\_\_\_\_ AG". Wenn der Beklagte 1 sich auf den Standpunkt stellt, dass es sich bei der Zahlung E.\_\_\_\_\_s um einen blossen "Vorschuss" gehandelt habe, dann bleibt er die Erklärung schuldig, warum er denn mit seiner E-Mail vom 27. Dezember 2013 E.\_\_\_\_\_ gegenüber zweimal von einem Darlehen sprach und zweimal die Rückzahlung dieses Darlehens in Aussicht stellte. Ein blosser Vorschuss wäre nämlich – anders als ein Darlehen – auf später geschuldete Leistungen anrechenbar und daher nicht zurückzuzahlen gewesen. Als Geschäftsmann konnte sich der Beklagte 1 bei der Abfassung der erwähnten E-Mail

- 17 - unmöglich in dem von ihm beschriebenen Sinne in der Wortwahl vergriffen haben. Die Sachdarstellung des Beklagten 1 weist vielmehr darauf hin, dass ihm E.\_\_\_\_\_ angesichts der ausgebliebenen Zahlungen der "D.\_\_\_\_\_ AG" einen Überbrückungskredit gewährt hatte. Ein Überbrückungskredit ist aber ein Darlehen, das zurückzuzahlen ist. Das stimmt auch mit dem Hinweis des Beklagten 1 in der Berufung überein, wonach E.\_\_\_\_\_ gezwungen gewesen sei, Kapital von seinem Privatvermögen zu nehmen, weil die Gesellschaft über "das erforderliche Vermögen für die Entschädigung des Verwaltungsrates" noch nicht verfügt habe (Urk. 32 S. 11). Die Entschädigung für eine solche Tätigkeit schuldete aber die Gesellschaft und nicht E.\_\_\_\_\_ persönlich. Das hier

interessierende Geld kam aber von E.\_\_\_\_\_ und nicht von der Gesellschaft. Aus der erwähnten E-Mail ergibt sich sodann nicht der geringste Hinweis, dass der Beklagte 1 dort ein von der Gesellschaft gewährtes Darlehen gemeint haben könnte.

#### **E. 4.5.5**

Der Beklagte 1 legt sodann grosses Gewicht darauf, dass seine Beziehung zu E.\_\_\_\_\_ geschäftlicher Art gewesen sei und dass es sich bei der Zahlung E.\_\_\_\_\_s von Fr. 200'000.00 "folglich auch um eine Zahlung im Geschäftsverkehr" gehandelt habe (Urk. 32 S. 6 f. Ziff. III/9). Er stellt sich daher auf den Standpunkt, dass eine allfällige Darlehenszahlung als "geschäftliches" Darlehen und nicht als "privates Darlehen" zu qualifizieren sei (Urk. 32 S. 3 Ziff. III/1). Zu Unrecht sei die Vorinstanz demgegenüber davonausgegangen, dass es sich bei der Zahlung von Fr. 200'000.00 um ein "privates Darlehen" gehandelt habe (Urk. 32 S. 13 Ziff. III/20). "Notorisch" sei, dass E.\_\_\_\_\_ "bei geschäftlichen Zahlungen nicht zwischen Privat- und Geschäftskonto unterschieden habe". Unter Hinweis auf das erst mit der Berufung vorgelegte "Übernahmeprotokoll" des Fürstlichen Landgerichts (Urk. 35/12) weist der Beklagte 1 darauf hin, dass es keinen Hinweis dafür gebe, dass von E.\_\_\_\_\_ ein "privates Darlehen" ausbezahlt worden sei. Offensichtlich sei sodann, dass E.\_\_\_\_\_ "sein privates Vermögen auch für geschäftliche Zwecke verwendet" habe (Urk. 32 S. 15 Ziff. III/25). Wenn nicht von einem Lohnvorschuss auszugehen sei, so sei "zumindest von einem geschäftlichen Darlehen auszugehen" (Urk. 32 S. 17 Ziff. III/28).

- 18 - Auf die Frage, ob das Darlehen zu privaten oder zu geschäftlichen Zwecken gewährt wurde, kann es indessen nicht ankommen. Entscheidend ist einzig, ob E.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Beklagten 1 als Darleiher aufgetreten ist oder nicht (§§ 861 und 862 ABGB/FL). Darauf muss jedenfalls auf Grund der E-Mail des Beklagten 1 vom 27. Dezember 2013 geschlossen werden. Und das stimmt auch mit dem Hinweis des Beklagten 1 in der Berufung überein, wonach E.\_\_\_\_\_ "gezwungen" gewesen sei, Kapital von seinem Privatvermögen zu nehmen (Urk. 32 S. 11 Ziff. III/17). Als Darleiher kommt mithin einzig E.\_\_\_\_\_ in Frage und nicht etwa eine Drittperson wie z.B. eine von ihm beherrschte Handelsgesellschaft. Was der Beklagte 1 aus dem erst im Berufungsverfahren von ihm vorgelegten "Übernahmeprotokoll" des Fürstlichen Landgerichts (Urk. 35/12) bezüglich des Darlehens ableiten will, ist nicht erkennbar, wird doch dort einzig bescheinigt, dass "im Verlassenschaftsverfahren nach E.\_\_\_\_\_ " der Erbvertrag vom 6. Dezember 1995 in Verwahrung genommen worden sei. Gleiches gilt für das erst mit der Berufungsreplik eingereichte und nicht näher erklärte Konvolut Urk. 49/11, das zu Urk. 35/11 gehören soll (vgl. Urk. 32 S. 10, wo von "act. 9" die Rede ist; Urk. 47 S. 3). Umgekehrt ergibt sich aber aus dem von der Klägerin bereits vor Vorinstanz eingereichten "Einantwortungsbeschluss" des Fürstlichen Landgerichts vom 9. März 20126 ausdrücklich (Urk. 3/11), dass zu den Aktiven des verstorbenen E.\_\_\_\_\_ die Forderung gegen den Beklagten 1 im Betrage von Fr. 200'000.00 gehört. Die Beklagten führen zwar mit ihrer Berufungsreplik unter Hinweis auf das erst mit dieser Rechtschrift eingereichte vollständige Übernahmeprotokoll des Fürstlichen Landgerichts vom tt. August 2014 aus, dass dort keine Position erfasst sei, "welche ein Darlehen an den Berufungskläger 1 aufzeigt" (Urk. 47 S. 4). Selbst wenn auf das erst mit der Berufungsreplik eingereichte Dokument abzustellen wäre, führte dies zu keinen andern Schlüssen. Das sog. Übernahmeprotokoll wurde nur zehn Tage nach dem Tode von E.\_\_\_\_\_ erstellt. Dieses Dokument, das einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellt, ist jedenfalls nicht abschliessend. Beziffert werden dort nur gewisse

Bankguthaben und Beteiligungen an Unternehmen. Die übrigen Vermögenswerte werden dagegen nur exemplikativ mit dem Vermerk "usw." aufgezählt, und es wird für sie ein Wert "pro memoria" von lediglich Fr. 1.00 eingesetzt.

- 19 -

#### **E. 4.6**

Die Berufung vermag auf keine Umstände hinzuweisen, welche die Annahme der Vorinstanz zu entkräften vermögen, E.\_\_\_\_\_ habe dem Beklagten 1 ein Darlehen von Fr. 200'000.00 gewährt. Namentlich kann keine Rolle spielen, wieviel der Beklagte 1 für die "D.\_\_\_\_\_ AG" gearbeitet hat (so aber Urk. 32 S. 9 f.). Auch wenn dies das Motiv für die Darlehensgewährung gewesen sein könnte, kommt es vorliegend einzig darauf an, zwischen welchen Personen der Darlehensvertrag zustande kam. Nach dem Gesagten war E.\_\_\_\_\_ der Darleiher im Sinne von § 983 ABGB/FL und der Beklagte 1 war Darlehensnehmer im Sinne der gleichen Bestimmung. Die vor Obergericht neu aufgestellte Behauptung, der Sohn von E.\_\_\_\_\_, der notabene mit seiner Mutter, der Klägerin, in einer prozessualen Auseinandersetzung steht (vgl. Urk. 35/10), wisse nichts von einem privaten Darlehen und vermöge zu bezeugen, dass sein Vater viele geschäftliche Zahlungen über sein privates Konto getätigt habe (Urk. 32 S. 11 f.), ist von vornherein nicht dazu geeignet, die hier einzig interessierende konkrete Darlehensfrage in einem andern Licht erscheinen zu lassen; das träfe selbst dann zu, wenn diese – durchaus vage – neue Behauptung prozessual zulässig wäre, was sie allerdings nicht ist. Damit steht fest, dass E.\_\_\_\_\_ dem Beklagten 1 am 9. Juli 2013 unter dem Titel Darlehen den Betrag von Fr. 200'000.00 hat zukommen lassen. Das liechtensteinische Recht enthält keine ausdrücklichen Regeln betreffend die Kündigung von Darlehen. Allerdings gehört auch nach liechtensteinischem Recht die Rückzahlungspflicht "nach einer gewissen Zeit" (vgl. § 983 ABGB/FL) zum Darlehensbegriff. Gemäss § 904 ABGB/FL kann das Darlehen, wenn, wie hier, nichts anderes vereinbart ist, sofort zurückgefordert werden (vgl. auch den Hinweis der Klägerin in Urk. 51 Rz 45 auf die Rechtsprechung).

#### **E. 5**

Die Frage der Verrechnung bzw. der Kompensation

##### **E. 5.1**

Der Darlehensforderung setzt der Beklagte 1 Verrechnungsforderungen entgegen, die ihm gegen den Nachlass von E.\_\_\_\_\_ aus einfacher Gesellschaft zustehen sollen. Da die Darlehensforderung liechtensteinischem Recht untersteht, ist auch die Frage der Verrechenbarkeit nach liechtensteinischem Recht ("Kompensation") zu beurteilen, nämlich gemäss den §§ 1438 ff. ABGB/FL. Im

- 20 - Wesentlichen entsprechen diese Regeln dem schweizerischen Recht. Namentlich müssen beide Forderungen fällig sein (§ 1439 ABGB/FL).

##### **E. 5.2**

Vor Vorinstanz machte der Beklagte 1 geltend, zwischen ihm und E.\_\_\_\_\_ habe eine einfache Gesellschaft bestanden. Eine Liquidation dieser Gesellschaft im Sinne der Art. 545 OR ff. und die Auseinandersetzung gemäss Art. 550 OR scheint aber nicht stattgefunden zu haben. Der Beklagte 1 entbindet sich jedenfalls gänzlich davon, die ihm zustehenden Ansprüche konkret zu beschreiben und zu berechnen. Statt dessen verlangt er durch Editionsanträge die Herausgabe von Verwaltungsratsprotokollen und

Buchhaltungsunterlagen verschiedener Gesellschaften sowie die Zeugenbefragung ehemaliger Verwaltungsräte von mehreren Handelsgesellschaften (Urk. 24 S. 13 f.). Die Vorinstanz hat dem Beklagten 1 dazu die zutreffende Antwort erteilt (Urk. 33 S. 12-14). Auf sie ist in zustimmendem Sinne zu verweisen. Mit der Berufung beanstandet der Beklagte 1 das vorinstanzliche Vorgehen und macht neu eine Verrechnungsforderung von "mindestens" Fr. 150'000.00 geltend. Dabei missversteht der Beklagte 1 die vorinstanzliche Argumentation: Die Vorinstanz warf dem Beklagten 1 namentlich nicht vor, die Verrechnungseinrede zu spät, nämlich erst in der Hauptverhandlung, erhoben zu haben. Die Vorinstanz wirft dem Beklagten 1 im Ergebnis vielmehr vor, dass im entscheidenden Punkte ein schlüssiger Vortrag fehle (zum schlüssigen Vortrag: BGer 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 2.2.1.). Dieser Vorwurf trifft zu. Es ist dies ein Mangel, der sich vor Obergericht nicht mehr beheben lässt, wenn dazu, wie hier, die Voraussetzungen des Novenrechts nicht gegeben sind (vgl. BGer 5A\_698/2017 vom 7. März 2018, E. 6). Ganz abgesehen davon, entbindet sich der Beklagte 1 auch vor Obergericht davon, die Geschäfte der einfachen Gesellschaft, aus denen er Ansprüche gegen E.\_\_\_\_\_ ableitet, konkret zu beschreiben. Und mit Liquidationsfragen gemäss den Art. 545 ff. OR setzt er sich erst recht nicht auseinander. So lassen sich in diesem Zusammenhang keine Verrechnungsansprüche dartun.

## **E. 6**

Quantitativ; Zinsen und Zinseszins

### **E. 6.1**

Für den Fall, dass von einem Darlehen auszugehen ist, bestreitet der Beklagte 1 die vorinstanzliche Zinsberechnung. Die Vorinstanz verweist mit dem an-

- 21 - gefochtenen Urteil auf die Zinsberechnung der Klägerin in der Klageschrift, die sie als "korrekt" bezeichnet (Urk. 33 S. 14 mit Hinweis auf Urk. 2 Rz 10). Die Klägerin berechnet an der von den Vorinstanz erwähnten Stelle den Zins zu 5% auf Fr. 200'000.00 zwischen dem 9. Juli 2013 und dem 30. Januar 2017 auf Fr. 35'643.85. Entsprechend ihrem Antrag sprach die Vorinstanz der Klägerin Fr. 235'634.85 nebst Zins zu 5% seit dem 31. Januar 2017 zu. Der Beklagte 1 hält dafür, dass dadurch Zinseszins zugesprochen worden sei, was gemäss Art 314 Abs. 3 OR unzulässig sei. Mit seinem Eventualstandpunkt vertritt er daher die Meinung, dass die Klage im Umfange von Fr. 235'634.85 nebst Zins zu 5% auf Fr. 200'000.00 seit dem 31. Januar 2017 hätte gutgeheissen werden müssen (Urk. 32 Rz 36). Die Klägerin begnügt sich mit blosser Bestreitung (Urk. 42 Rz 52).

### **E. 6.2**

Für den Fall der Gutheissung der Klage stellen die Beklagten die Zinspflicht nicht in Frage, einzig die Zusprechung von Zinseszinsen (Urk. 32 Rz 35 f.). Es geht hier um eine blosser Rechtsfrage. Das Zinseszinsverbot von Art. 314 Abs. 3 OR kommt hier ohnehin nicht zum Zuge, denn nach dem Gesagten ist auf das hier interessierende Darlehensverhältnis liechtensteinisches Recht anzuwenden. § 1000 Abs. 1 AGB/FL sieht für das Darlehen einen Zins von 5% vor, wenn, wie hier, nichts anderes vereinbart ist. Und gemäss § 1000 Abs. 2 ist Zinseszins zu 5% geschuldet, wenn dies entweder vereinbart ist oder die Darlehenszinsen Gegenstand eines Prozesses sind, denn im Prozessfall ist Zinseszins "vom Tag der Streitanhängigkeit an" geschuldet. Rechtshängig im Sinne von Art. 62 ZPO ist der vorliegende Prozess seit "Einreichung des Schlichtungsgesuchs" (vgl. dazu auch die Hinweise der Klägerin in Urk. 51 Rz 43). Aus der Klagebewilligung ergibt

sich, dass das Schlichtungsgesuch vom 6. Februar 2017 datiert. Die Zusprennung von Zinseszins ist daher erst ab dem 6. Februar 2017 möglich. Damit ist die Klage bezüglich der Zinsforderung, nämlich im Sinne des Eventualantrages der Beklagten teilweise gutzuheissen. Demnach ist Zins auf Fr. 200'000.00 für die Zeit zwischen dem 31. Januar 2017 und dem 5. Februar 2017 geschuldet, wogegen ab dem 6. Februar 2017 Zins zu 5% auf dem Betrag von Fr. 235'634.85 geschuldet ist. Im Mehrbetrag der Zinsen ist die Klage aber

- 22 - abzuweisen. In diesem minimalen Umfange ist die Berufung teilweise gutzuheissen.

## **E. 7**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000

- 24 - Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 235'634.85. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 19. November 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. E. Iseli versandt am: sf

### **E. 7.1**

Da es im Wesentlichen beim Erkenntnis der Vorinstanz bleibt, sind die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen gegenüber dem Beklagten 1 zu bestätigen. Die vorinstanzliche Kostenregelung hat infolge Nichteintretens auf die Berufung der Beklagten 2 dieser gegenüber ohnehin Bestand.

### **E. 7.2**

Auf das Rechtsmittel der Beklagten 2 ist nicht einzutreten, und auch der Beklagte 1 unterliegt im Wesentlichen mit seiner Berufung. Die beiden Beklagten werden daher auch für das Rechtsmittelverfahren in vollem Umfange kostenpflichtig, wobei der Anteil der Gerichtskosten des Beklagten 1 auf 95% und jener der Beklagten 2 auf 5% festzusetzen ist.

### **E. 7.3**

Für das Berufungsverfahren ist die Grundgebühr für die Parteientschädigung um ca. 50% zu reduzieren. Für den zweiten Schriftenwechsel ist dagegen ein Zuschlag von ca. 25% zu veranschlagen. Die Berücksichtigung der Mehrwertsteuer hat die Klägerin nicht verlangt. Es rechtfertigt sich daher, die Parteientschädigung der Klägerin für das Berufungsverfahren (gerundet) auf Fr. 11'000.00 anzusetzen. Im Sinne von Art. 106 Abs. 3 ZPO hat der Beklagte 1 einen Anteil von 95% (= Fr. 10'450.00) und die Beklagte 2 einen Anteil von 5% (Fr. 550.00) zu übernehmen. Es wird beschlossen: 1. Auf die Berufung der Beklagten 2 wird nicht eingetreten. 2. Mitteilungen und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Urteil.

- 23 - Und sodann wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten 1 und der Klage, wird der Beklagte 1 verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 235'634.85 zu bezahlen nebst Zins zu 5% auf a) Fr. 200'000.00 für die Zeit zwischen dem 31. Januar

2017 und dem 5. Februar 2017; b) Fr. 235'634.85 seit dem 6. Februar 2017. Im Mehrbetrag der Zinsen wird die Klage abgewiesen. 2. Die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dis- positiv-Ziff. 3 bis 5) wird bestätigt, soweit sie den Beklagten 1 betrifft. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 14'200.00 festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 95% dem Beklagten 1 und zu 5% der Beklagten 2 auferlegt und mit dem von den Be- klagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. 5. Parteientschädigungen: a) Der Beklagte 1 wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfah- ren eine Parteientschädigung von Fr. 10'450.00 zu bezahlen. b) Die Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfah- ren eine Parteientschädigung von Fr. 550.00 zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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