

**ZA 23 14**

[Urteil BGer 4A\\_131/2024 vom 18. Juni 2024/Abweisung](#)

**Urteil vom 14. Dezember 2023  
Zivilabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichter Armin Murer,  
Oberrichterin Franziska Ledergerber,  
Oberrichter Franz Odermatt,  
Oberrichter Albert Odermatt,  
Gerichtsschreiber Silvan Zwysig.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.\_\_\_\_,**

vertreten durch Dr. iur. HSG Manuel Stengel, Rechtsanwalt,  
ME Advocat AG, Hauptstrasse 17, 9422 Staad SG,

**Berufungsklägerin/Beklagte,**

gegen

**B.\_\_\_\_,**

vertreten durch Dr. iur. Peter Reichart, Rechtsanwalt,  
und/oder M.A. HSG Dominic Hägler, Rechtsanwalt,  
Wartmann Merker AG, Kirchgasse 48, 8024 Zürich,

**Berufungsbeklagte/Klägerin.**

**Gegenstand**

**Forderung**

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden,  
Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 6. Dezember 2022  
(ZK 21 9).

## Sachverhalt:

### A.

Die im Handel und in der Vermittlung von Kunstwerken, Antiquitäten und Münzen A.\_\_\_\_ («Berufungsklägerin»/«Beklagte») unterzeichnete im Jahr 2006 eine exklusive Kooperationsvereinbarung mit dem Fürstentum \_\_\_\_ zur Prägung von Goldmünzen. Mutmasslich zur Finanzierung dieses Vorhabens schloss die Berufungsklägerin mit dem Bankinstitut B.\_\_\_\_ («Berufungsbeklagte»/«Klägerin») bzw. einer Rechtsvorgängerin, zu welcher sie auf Grundlage des Basisvertrags vom 21. April 2006 eine Bankbeziehung unterhielt, am 15./17. Mai 2006 einen Kreditvertrag ab. Gestützt auf den Kreditvertrag machte die Berufungsbeklagte gegen die Berufungsklägerin – nach erfolglosem Betreibungs- und Schlichtungsversuch – mit Klage vom 9. Februar 2021 eine Forderung geltend und ersuchte um Beseitigung des Rechtsvorschlags bzw. definitive Rechtsöffnung. Die Berufungsbeklagte erhob mit Klageantwort vom 25. März 2021 Widerklage. Das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, erkannte mit Urteil ZK 21 9 vom 6. Dezember 2022 wie folgt:

- « 1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 170'774.76 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2020 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. \_\_\_\_ des Betreibungs- und Konkursamtes Nidwalden wird im vollen Umfang von Fr. 170'774.76 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2020 aufgehoben.
3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Die Beklagte hat die Prozesskosten zu tragen.
- 4.1 Die ordentlichen Gerichtskosten betragen Fr. 9'000.00 (inkl. Auslagen), wovon ein Teilbetrag von Fr. 6'000.00 (inkl. Auslagen) auf die herabgesetzte Gebühr für das Urteilsdispositiv entfällt. Sie geht im vollen Betrag von Fr. 9'000.00 zu Lasten der Beklagten.  
An die ordentlichen Gerichtskosten angerechnet wird der beklagtische Kostenvorschuss von Fr. 7'000.00 sowie der klägerische Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'000.00. Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, der Klägerin den Betrag von Fr. 5'500.00 zu bezahlen. Fr. 2'000.00 hat die Beklagte der Klägerin intern und direkt zu bezahlen.
- 4.2 Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 400.00 gehen ebenfalls ausgangsgemäss zu Lasten der Beklagten. Die Beklagte hat der Klägerin zusätzlich intern und direkt Fr. 400.00 zu bezahlen.
- 4.3 Die Kostennote des Rechtsvertreters der Klägerin wird im Umfang von Fr. 23'295.50 richterlich genehmigt (Honorar gekürzt auf Fr. 21'000.00; 3% Auslagen Fr. 630.00; 7.7% MwSt. Fr. 1'665.50; vgl. Art. 42 Abs. 1 Ziff. 6 PKoG; Art. 50 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Somit hat die Beklagte der Klägerin an ihre Parteikosten Fr. 23'295.50 zu bezahlen.
5. [Zustellung ...]»

**B.**

Hiergegen gelangte die Berufungsklägerin mit Berufung vom 17. August 2023 an das Obergericht Nidwalden und stellte wie folgt Anträge:

- « 1. Es sei das angefochtene Urteil des Kantonsgerichtes Nidwalden vom 6. Dezember 2022 zu ZK 21 9 in Ziff. 1 bis 4.3 des Urteilsdispositivs aufzuheben und dahingehend abzuändern, dass dieses wie folgt lautet:
- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten unter dem Vorbehalt der Nachklage CHF 151'449.12 zuzüglich Verzugszins zu 5% seit mittlerem Verfall (1. Januar 2014) zu bezahlen (Teilklage gemäss Art. 86 ZPO).
3. Die Klägerin hat die Gerichtskosten zu tragen.
- 3.1 Die Gerichtskosten für das begründete Urteil betragen CHF 9'000.00 (inkl. Auslagen). Sie gehen ausgangsgemäss zu Lasten der Klägerin.
- An die ordentlichen Gerichtskosten angerechnet wird der klägerische Kostenvorschuss von CHF 7'500.00 sowie der beklagtische Kostenvorschuss im Umfang von CHF 1'500.00. Die Gerichtskasse Nidwalden wird angewiesen, der Beklagten den Betrag von CHF 5'500.00 zu bezahlen. CHF 1'500.00 hat die Klägerin der Beklagten intern und direkt zu bezahlen.
- 3.2 Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 400.00 gehen ebenfalls ausgangsgemäss zu Lasten der Klägerin. Die Klägerin hat der Beklagten zusätzlich intern und direkt CHF 400.00 zu bezahlen.
- 3.3 Die Kostennote des Rechtsvertreters der Beklagten wird richterlich genehmigt. Somit hat die Klägerin der Beklagten an ihre Parteikosten intern und direkt CHF 18'340.85 zu bezahlen (Honorar CHF 16'762.25; Barauslagen CHF 267.00; 7.7% MwSt. CHF 1'311.30).
2. Eventualiter zu Ziff. 1 und 2 vorstehend sei das angefochtene Urteil des Kantonsgerichtes Nidwalden vom 6. Dezember 2022 zu ZK 21 9 vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Aufnahme der angebotenen Beweise sowie zur neuen Entscheidung entsprechend den Erwägungen des Obergerichtes an das Kantonsgericht zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten.»

Innert angesetzter Frist leistete die Berufungsklägerin den Gerichtskostenvorschuss von Fr. 5'000.—.

**C.**

Am 12. Oktober 2023 beantragte die Berufungsbeklagte mit Berufungsantwort was folgt:

- « 1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Eventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen des Obergerichtes zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsklägerin/Beklagten.»

**D.**

Es wurde kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Art. 316 Abs. 2 ZPO e contrario). Die Parteien reichten aufforderungsgemäss Kostennoten ein.

**E.**

Die vorinstanzlichen Akten wurden praxismässig beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 14. Dezember 2023 abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

**Erwägungen:****1. Formelles****1.1**

Angefochten ist der Entscheid ZK 21 9 betreffend Forderung. Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelbegehren belaufen sich auf einen Streitwert von Fr. 170'774.76 (unten E. 1.2), womit die Streitwertgrenze erreicht wird. Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Kollegialgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 3 GerG). Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 30 ff. zu Vor Art. 308–318 ZPO). Die Berufungsklägerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch das angefochtene Urteil unmittelbar betroffen und damit zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), was vorliegend der Fall ist. Nachdem ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, die Berufung innert Frist eingereicht

wurde sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

## **1.2**

Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert des Verfahrens ZK 21 9 mit Urteil vom 6. Dezember 2022 auf Fr. 170'774.76 (E. 8.1, S. 24 f.). Nachdem diese Bezifferung hier unbeanstandet bleibt und der Entscheid integral angefochten ist, bleibt der festgelegte Streitwert auch für das Berufungsverfahren massgeblich (Art. 91 Abs. 1 i.V.m. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

## **1.3**

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden. In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

Zu ergänzen bleibt, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden eine gewisse Zurückhaltung auferlegt und nicht ohne Not ihr eigenes Ermessen an dasjenige der Vorinstanz setzt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2; Entscheid ZA 22 5 des Obergericht Nidwaldens vom 7. Februar 2023 E. 1.3; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 469 ff. S. 202 ff.; MARTIN H. STERCHI, in: Alvarez et al. [Hrsg.], BK-ZPO, 2012, N 8 f. zu Art. 310 ZPO).

## **2. Übersicht**

### **2.1**

Die Vorinstanz erwog kurz zusammengefasst, die Parteien hätten zueinander eine Bankbeziehung unterhalten und mit Datum vom 15./17. Mai 2006 einen Kreditvertrag unterzeichnet. Dieser habe die Berufungsklägerin dazu berechtigt, den Kreditrahmen von Fr. 750'000.– wahlweise als Kontokorrentkredit mit einem Zinssatz von 5% p.a. oder in Form von Festvorschüssen mit einer maximalen Laufzeit von zwei Monaten zu benützen, was sie in der Folge auch getan habe. Die zugestellten Kontoauszüge und Abschlussrechnungen seien von der Berufungsklägerin nie beanstandet und damit genehmigt worden. Aufgrund von Verletzung verschiedener Kreditklauseln durch die Berufungsklägerin sei es zudem zu Anpassungen des Zinssatzes gekommen. Nachdem die Berufungsklägerin Rückzahlungsvereinbarungen nicht eingehalten habe, habe die Berufungsbeklagte gestützt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) mit Schreiben vom 20. Januar 2020 von der Berufungsklägerin die Bezahlung des Sollsaldos per 31. Dezember 2019 in Höhe von Fr. 171'274.76 verlangt. Bezahlt habe die Berufungsklägerin lediglich Fr. 500.–. Der Restbetrag von Fr. 170'774.76 sei ausstehend, weshalb die Klage gutzuheissen sei.

### **2.2**

Die Berufungsklägerin bestreitet die Gültigkeit der AGB (nachfolgende E. 3), ihre Zustimmung zu den Zinserhöhungen (E. 4) und die Kündigung des Kontokorrentkredits (E. 5). Entsprechend sei ihre Widerklage gutheissen (E. 6). Zuletzt sei bei der Festsetzung der Parteientschädigung der Berufungsbeklagten zu Unrecht einen Mehrwertsteuerzusatz berücksichtigt worden (E. 7).

## **3. Übernahme AGB**

### **3.1**

Die Vorinstanz erwog, in tatsächlicher Hinsicht stehe fest, dass die Berufungsklägerin im Basisvertrag vom 21. April 2006 bestätigt habe, im Besitz der AGB sowie dem Depotreglement zu sein (E. 5.3.4, S. 10). Die zeitliche Nähe zwischen dem Basisvertrag und dem Kreditvertrag spreche dafür, dass bei beiden ein und dieselben AGB bzw. ein und dasselbe Depotreglement gemeint gewesen seien. Das folge auch aus der Tatsache, dass im Basisvertrag Vereinbarungen getroffen worden seien, die mit Bezug auf sämtliche zukünftigen Geschäftsverhältnisse Geltung beanspruchen sollten; so auch die AGB. Darüber hinaus habe die Berufungsklägerin die Kenntnissnahme der AGB nicht zuletzt auch mit Unterzeichnung des Kreditvertrags

(vi-KB 3) bestätigt. Insofern sei von der genügend substantiierten Tatsachendarstellung der Berufungsbeklagten und damit von der Globalübernahme der AGB durch die Berufungsklägerin auszugehen. Die AGB der Berufungsbeklagten (vi-KB 4) würden folglich Vertragsbestandteil des Kreditvertrags vom 15./17. Mai 2006 bilden.

### **3.2**

Die Berufungsklägerin wendet zusammengefasst ein, die Berufungsbeklagte habe nicht rechtsgenügend nachweisen können, dass es sich bei den von ihr aufgelegten AGB (vi-KB 4) um die ihm Kreditvertrag (vi-KB 3) erwähnten «Allgemeinen Geschäftsbedingungen inkl. Depotreglement» handle. Die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, indem sie sich nicht mit den von ihr in diesem Zusammenhang erhobenen Einwänden befasst habe. Sie habe nämlich eingewendet, dass die von der Berufungsbeklagten eingereichten AGB nicht unterzeichnet seien und deren Bezeichnung/Titel nicht mit denjenigen im Kreditvertrag übereinstimmen. Die blosse zeitliche Nähe zwischen Kredit- und Basisvertrag genüge nicht, um davon auszugehen, dass es sich bei beiden Verträgen um dieselben AGB gehandelt haben müsse.

### **3.3**

#### **3.3.1**

Beim Kontokorrentvertrag werden gegenseitige Forderungen über eine Kontokorrentrechnung abgewickelt und in periodischen Abständen verrechnet, wobei der Saldo bis zur Verrechnung gestundet bleibt. Er gehört zum Typus des revolvingenden Kredits, bei welchem die Bank dem Kreditnehmer während einer vertraglich vereinbarten Dauer bis zu einer bestimmten Limite immer wieder von neuem Geld zur Verfügung stellt, wobei es grundsätzlich dem Kreditnehmer überlassen ist, ob und in welchem Umfang er die Kreditlimite beanspruchen will (BGE 132 III 480 E. 4.2).

Allgemeine Vertragsbedingungen oder vorgeformte Vertragsinhalte sind vertragliche Bestimmungen, die im Hinblick auf typische Verträge von Privaten standardmässig vorformuliert sind und insbesondere der Rationalisierung des Vertragsschlusses dienen. Derartige vorformulierte Vertragsklauseln gelten, wenn und soweit die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben. Ob dies der Fall ist, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln (Urteil des Bundesgerichts 4A\_47/2016 vom 2. Juni 2015 E. 5.1 m.w.H.).

### 3.3.2

Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 141 III 241 E. 3.1). Mit der Beweislast geht die Behauptungslast einher, welche auch eine Bestreitungslast mit einschliesst. Die Bestreitung hat so präzise zu sein, dass sie einer konkreten Behauptung zugeordnet werden kann und eine entsprechende Beweisaufgabe erlaubt (FLAVIO LARDELLI/MEINRAD VETTER, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], BSK-ZGB I, 7. A., 2022, N 29 zu Art. 8 ZGB m.w.H.). Aus Art. 8 ZGB ergibt sich nicht nur das Recht zum Beweis, sondern auch das Recht zum Gegenbeweis. Der Gegner der beweisbelasteten Partei hat einen Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird, nicht aber auch, dass der Richter von der Schlüssigkeit der Gegendarstellung überzeugt wird (BGE 120 II 393 E. 4b).

Nach dem bundesrechtlichen Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (BGE 140 III 610 E. 4.1).

### 3.3.3

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Daraus fliesst namentlich die Pflicht zur Entscheidungsbegründung, welche verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtstellung Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt (PAUL OBERHAMMER/PHILIPP WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. A., 2021, N 9 zu Art. 53 ZPO m.w.H.). Die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, verlangt nicht, dass diese sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt; vielmehr genügt es, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2).

## **3.4**

### **3.4.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (E. 5.3.4, S. 10) dargelegte, aus welchen Gründen sie den Ausführungen Berufungsbeklagten folgt und eine Übernahme bzw. Anwendbarkeit der von der Berufungsbeklagten aufgelegten AGB (vi-KB 4) hinsichtlich des Kreditvertrags vom 15./17. Mai 2006 bejaht. Sie war nicht verpflichtet, sich einlässlich mit allen Einwänden oder Argumenten der Berufungsklägerin auseinanderzusetzen, zumal die wesentlichen Überlegungen, welche zum angefochtenen Entscheid geführt haben, ersichtlich sind. Unter diesen Umständen war der Berufungsklägerin auch eine sachgerechte Anfechtung des Entscheids möglich. Ihre Begründungspflicht hat die Vorinstanz jedenfalls nicht verletzt.

### **3.4.2**

In tatsächlicher Hinsicht stellte die Vorinstanz zutreffend fest, dass die Parteien am 21. April einen Basis-, sodann am 15./17. Mai 2006 den Kreditvertrag abschlossen. Aus den Vertragsdokumenten (vi-KB 2, 3) erhellt, dass die Berufungsklägerin sowohl im Basisvertrag als auch im Kreditvertrag unterschriftlich bestätigte, im Besitz der allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie des Depotreglements zu sein. Schlüssig hat die Berufungsbeklagte vor Vorinstanz vorgetragen, dass die Berufungsklägerin zu ihr eine Bankkundenbeziehung unterhielt, welche einerseits auf dem zunächst abgeschlossenen Basis- und dem danach unterzeichneten Kreditvertrag beruhte. Andererseits lagen dieser Beziehung gemäss dem Wortlaut der Vereinbarungen und den vorinstanzlichen Ausführungen der Berufungsbeklagten allgemeine Vertragsbedingungen zugrunde, in der Form von AGB sowie dem Depotreglement der Berufungsbeklagten. Diese Darstellung der Berufungsbeklagten erscheint nicht nur nachvollziehbar, sondern entspricht auch den vertragsrechtlichen Usancen im Bankgeschäft: Durch den Rahmenvertrag – hier den Basisvertrag vom 21. April 2006 (vi-KB 2) – schaffen die Parteien die Grundlage für ihre künftige Geschäftsverbindung, wobei bezüglich der einzelnen Geschäfte – hier der Kreditvertrag vom 15./17. Mai 2006 für das Kontokorrentverhältnis (vi-KB 3) – gesonderte Verträge abgeschlossen werden (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], BSK-OR I, 7. A., 2020, N 40 zu Vor Art. 1-40f OR). Neben den individuellen Abreden werden die Bankgeschäftsbeziehungen durch einheitliche Vertragsbedingungen ergänzt, namentlich in der Form von standardisierten Vertragsergänzungen wie Allgemeine Geschäftsbedingungen und Depotreglementen (URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAU, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. A., 2004, N 168, 572 ff. 625 ff.), was auch vorliegend der Fall war

(vi-KB 4). Die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Depotreglementen setzt im Übrigen nicht voraus, dass sie (separat) unterzeichnet sind. Es genügt, wenn diese von den Parteien für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen werden. Vorliegend wurden die (standardisierten) AGB und das Depotreglement der Berufungsbeklagten ausdrücklich für die Verträge übernommen, indem die Berufungsklägerin bei beiden Vertragsabschlüssen unterschriftlich deren Vorliegen bestätigte. Insofern gibt die Würdigung der Vorinstanz zu keinen Beanstandungen Anlass.

Auch die vorinstanzlichen Feststellungen, es seien bei beiden Verträgen ein und dieselben AGB bzw. ein und dasselbe Depotreglement gemeint gewesen, erscheint nachvollziehbar. Der Umstand, dass die beiden ergänzenden Vertragsdokumente im Basisvertrag zunächst einzeln aufgezählt, im Kreditvertrag dann aber als «Allgemeine Geschäftsbedingungen inkl. Depotreglement» bezeichnet werden, kann als sprachliche Ungenauigkeit bezeichnet werden. Diesem Umstand kommt aber keine entscheidende Bedeutung zu, zumal die Berufungsklägerin hiergegen einzig vorbringt, die von der Berufungsbeklagten aufgelegten AGB seien nicht die vereinbarten. Sie legt nicht dar, von welchen anderen AGB oder welchem Depotreglement konkret die Rede gewesen sein soll bzw. ihr beim Vertragsabschluss vorgelegen haben wollen. Die pauschalen Einwände der Berufungsbeklagten sind auch aus einem anderen Grund nicht überzeugend: Es erschliesst sich nicht, weshalb im Kreditvertrag, welcher notabene nur rund drei Wochen später abgeschlossen wurde, andere AGB bzw. ein anderes Depotreglement vereinbart worden sein sollen als noch im Basisvertrag. Eine Identität der Dokumente erscheint jedenfalls naheliegend, zumal nichts für das Gegenteil spricht. Mit anderen Worten ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die zeitliche Nähe zwischen dem Basis- und dem Kreditvertrag als Indiz dafür gewertet hat, dass mit den Hinweisen in den beiden Verträgen dieselben AGB bzw. dasselbe Depotreglement gemeint waren, deren Vorliegen die Berufungsklägerin bestätigt hat. Zu Recht nahm die Vorinstanz demnach an, die Berufungsbeklagte habe substantiiert behauptet und bewiesen, dass es sich bei den von ihr aufgelegten AGB inklusive Depotreglement um die zwischen den Parteien vereinbarten handelt. Mit Blick auf die unterschriftlichen Bestätigungen im Basis- und Kreditvertrag vermag die bloße Behauptung der bestreitungsbelasteten Berufungsklägerin, es hätten ihr keine AGB oder Depotreglemente vorgelegen bzw. die von der Berufungsbeklagten aufgelegten seien nicht diejenigen, welche ihr vorgelegen haben, nicht zu genügen.

Insofern ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie schliesst, dass der Berufungsklägerin die AGB inkl. Depotreglement der Berufungsbeklagten (vi-KB 4) vorgelegen haben und diese Vertragsbestandteil des Kreditvertrags vom 15./17. Mai 2006 bilden. Ob eine Möglichkeit zur

Kenntnisnahme der AGB (inkl. des Depotreglements) bestanden hat, kann offenbleiben, weil der Berufungsklägerin diese effektiv vorgelegen haben.

#### **4. Zinserhöhungen**

##### **4.1**

Zunächst hielt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest (E. 5.4.5-5.4.6, S. 12 f.), Art. 7 Abs. 2 der AGB sehe vor, Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen seien innerhalb eines Monats vorzubringen. Nach unbenütztem Ablauf dieser Frist würden Auszüge als genehmigt gelten. Verankert werde damit die für das Bankwesen übliche Genehmigungsfiktion. Der Berufungsklägerin seien jeweils quartalsweise Kontoauszüge zugestellt worden, welche die einzelnen Abrechnungsposten und eine Saldoziehung, sowie ein Hinweis auf die Genehmigungsfiktion enthalten hätten. Die Berufungsbeklagte habe damit der Berufungsklägerin die zumutbare Möglichkeit eingeräumt, bei Unstimmigkeiten zu reklamieren. Reklamiert habe die Berufungsklägerin nicht, obschon C.\_\_\_\_ die Kontoauszüge nach eigenen Angaben kontrolliert habe. Als Zwischenfazit könne festgehalten werden, dass die AGB übernommen worden seien, wozu in casu auch die für das Bankwesen übliche Genehmigungsfiktion gehöre. Indem die Berufungsklägerin nie gegen die Saldoziehungen opponiert habe, habe sie die Saldi anerkannt, sodass fortlaufend Neuerungen im Sinne von Art. 117 Abs. 2 OR erfolgt seien.

Sodann erwog die Vorinstanz (E. 5.5.4, S. 14-16), im Kreditvertrag vom 15./17. Mai 2006 hätten die Parteien mit Bezug auf den Kontokorrentkredit einen Zinssatz von 5 % p.a. vereinbart. Sie hätten festgelegt, dass die Zinssätze von der Bank jederzeit per sofort oder auf einen von ihr festgelegten späteren Termin den veränderten Verhältnissen am Geld- oder Kapitalmarkt angepasst werden könnten. Als Grund für die Anpassung des Zinssatzes habe die Berufungsbeklagte vorliegend auf die Verletzung von verschiedensten Kreditklauseln durch die Berufungsklägerin in den Jahren 2007 und 2008 und der damit einhergehenden Verschlechterung deren Bonität verwiesen. Die Berufungsbeklagte habe die vorgenommene Zinsanpassung somit nicht auf die Veränderungen im Geld- und Kapitalmarkt, sondern auf den Zustand der Kundenbeziehung gestützt, was nicht der Vereinbarung im Kreditvertrag entsprochen habe. Dennoch habe die Berufungsklägerin nachweislich nie Widerspruch gegen die ihr zugestellten Kontoauszüge und Zinsabrechnungen erhoben. Im Gegenteil habe die Berufungsklägerin den Zinssatz von 9.5 % mehrfach unterschriftlich bestätigt. So beziehe sich das im Recht liegende Schreiben vom 26. August 2011 auf eine Besprechung zwischen C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_, Mitarbeiter der Berufungsbeklagten, vom 24. August 2011 und solle die anlässlich dieser Besprechung getroffenen Vereinbarungen bestätigen. Unter anderem werde darin unter Ziff. 2

wiedergegeben: «Die [Berufungsklägerin] anerkennt der [Berufungsbeklagten] auf dem Firmenkonto [...] per heute einen Betrag von CHF 371.033.53 zuzüglich Zins zu 9.5 % p.a. und Kreditkommission zu 0.25 % p.q. schuldig zu sein». Dieses Schreiben sei zwar vonseiten der Berufungsklägerin nie unterzeichnet worden. Dagegen habe sie das Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3. Januar 2012 unterzeichnet, welches sich ausdrücklich auf den Inhalt des Schreibens vom 26. August 2011 beziehe. Darin werde mitunter festgehalten, dass die gemäss Schreiben vom 26. August 2011 vereinbarte Zahlung in Höhe von Fr. 100'000.– nicht eingetroffen sei. Unter Ziff. 1 stehe ausserdem geschrieben: «Die [Berufungsklägerin] anerkennt der [Berufungsbeklagten] auf dem Firmenkonto [...] per heute einen Betrag von CHF 390.801.511 zzgl. Zins zu 9.50 % p.a. und Kreditkommission zu 0.25 % p.q. schuldig zu sein.» Ein drittes im Recht liegendes Schreiben der Berufungsbeklagten datiere vom 31. Januar 2014 und beziehe sich auf eine Besprechung vom 30. Januar 2014 zwischen C.\_\_\_ und D.\_\_\_. Auch im Schreiben vom 31. Januar 2014 würden die anlässlich der vorgängig erfolgten Besprechung getroffenen Vereinbarungen bestätigt. Darunter finde sich unter Ziff. 3 was folge: «Nach Eingang der per Ende Januar 2014 geschuldeten Zahlung gemäss Ziffer 2. und Erhalt des rechtsgültig unterzeichneten Doppels dieses Schreibens, wird die [Berufungsbeklagte] die Konditionen (Stand heute: Zins 9.50 % p.a. plus Kreditkommission 0.25 % p.q.) auf einen Zinssatz von 5.00 % p.a. netto reduzieren.» Dieses Schreiben habe C.\_\_\_ für die [Berufungsklägerin] mit Unterschrift vom 10. März 2014 bestätigt. Die unterschriftlichen Bestätigungen dieser Schreiben würden deutlich machen, dass der Berufungsklägerin die Erhöhung des Zinssatzes von 9.5 % mit Sicherheit bekannt gemacht und von letzterer ausdrücklich anerkannt worden seien. Selbst also, wenn sich die einseitige Erhöhung des Zinssatzes durch die Berufungsbeklagte nicht mit den im Kreditvertrag festgelegten Gründen für die Abänderung des Zinssatzes decke, stehe angesichts der Wirkungen der Genehmigungsklausel und der unterzeichneten Schreiben vom 3. Januar 2012 bzw. 31. Januar 2014 fest, dass die Berufungsklägerin der Zinssatzerhöhung ausdrücklich zugestimmt habe.

Ferner stellte die Vorinstanz fest, dass kein unzulässig hoher Zinssatz vorliege bzw. der diesbezügliche Einwand der Berufungsklägerin unbegründet sei (E. 5.5.5, S. 16 f.).

Hinsichtlich der berufungsklägerischen Vorbringen zur Übervorteilung, zum Grundlagenirrtum und/oder zur Täuschung erwog die Vorinstanz an anderer Stelle (E. 5.7.3, S. 21 f.), die Berufungsklägerin werde den Anforderungen an eine rechtsgenügende Substantiierung nicht gerecht. Sie verweise zur Herleitung der gewünschten Rechtsfolge auf mehrere unterschiedliche Rechtsgrundlagen, ohne aber im Einzelnen das Vorliegen derer Voraussetzungen darzutun. So belege sie weder ein Missverhältnis zwischen der Leistung und Gegenleistung (Art. 21

Abs. 1 OR), noch worin die subjektive und objektive Wesentlichkeit oder deren Erkennbarkeit für den Erklärungsgegner begründet gewesen sein sollen (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Abgesehen davon zeige die Berufungsklägerin ebenso wenig auf, worin die absichtliche Täuschung der Berufungsbeklagten bestanden haben solle (Art. 28 Abs. 1 OR). Ohnehin behaupte die Berufungsklägerin nur kurz und knapp, die Verwirkungsfristen von Art. 21 und Art. 31 OR seien eingehalten worden. Zumindest mit Bezug auf den Tatbestand der Übervorteilung sei jedoch augenfällig, dass die Jahresfrist seit Abschluss des Vertrages schon längst abgelaufen sei (Art. 21 OR). Und schliesslich sei es nicht Aufgabe des Gerichts, im Falle mangelnder Substantiierung Hinweise auf eine Sittenwidrigkeit zu suchen und eine Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR zu prüfen. Dies umso weniger, als die Berufungsklägerin nicht einmal konkretisiert habe, in Bezug auf welchen Vertrag resp. welche Vereinbarung sie derartiges geltend mache.

## **4.2**

Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung vor (Ziffn. 22-27, S. 7-9), die Schreiben vom 3. Januar 2012 resp. 31. Januar 2014 (vi-KB 10, 11) habe sie nur deshalb unterzeichnet, weil ihr vorgegaukelt worden sei, es handle sich um Anpassungen an die Verhältnisse am Geld- oder Kapitalmarkt. Sie sei davon ausgegangen, dass die ihr von der Berufungsbeklagten belasteten Sollzinsen den Marktverhältnissen entsprächen. Diese geäusserten Vorbringen habe die Vorinstanz ignoriert und ihr zu Unrecht fehlende Substantiierung eines wesentlichen Grundlagenirrtums vorgeworfen, obwohl sie diese Argumente bereits in der Klageantwort und Duplik erläutert habe.

## **4.3**

### **4.3.1**

Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird (Art. 6 OR). Mit der in Bankverträgen regelmässig enthaltenen Genehmigungsfiktion vereinbaren die Parteien, dass ein passives Verhalten des Bankkunden als Annahme des Kontoauszugs im Sinne von Art. 6 OR zu werten ist. Gemäss der Rechtsprechung ist die dahingehende Vereinbarung zulässig und hat zur Folge, dass der Bankkunde, der eine von der Bank ohne Instruktion vorgenommene Transaktion nicht innert Frist beanstandet, diese genehmigt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_42/2015 vom 9. November 2015 E. 5.2 m.w.H.).

### 4.3.3

Gemäss Art. 117 Abs. 2 OR ist beim Kontokorrentverhältnis eine Neuerung anzunehmen, wenn der Saldo gezogen und anerkannt wird. Neuerung bedeutet, dass die anerkannte Saldoforderung zur selbstständigen Obligation und dass hinsichtlich der in der Kontokorrentrechnung aufgeführten Posten auf die Geltendmachung bereits bekannter Willensmängel sowie streitiger oder ungewisser, aber nicht ausdrücklich vorbehaltenen Einreden verzichtet wird (DANIELE LARDI/MASSIMO VANNOTTI, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 2014, N 7 zu Art. 117 OR m.w.H.).

### 4.3.4

Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrtum ist namentlich in dem Fall wesentlich, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Damit von einem Grundlagenirrtum gesprochen werden kann, sind subjektive und objektive Wesentlichkeit sowie deren Erkennbarkeit für den Erklärungsgegner erforderlich (INGEBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, BSK-OR, a.a.O., N 20 ff. zu Art. 24 OR).

## 4.4

Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, wonach

- Art. 7 Abs. 2 der AGB eine im Bankwesen übliche Genehmigungsfiktion vorsah, gemäss welcher Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen innerhalb eines Monats zu erfolgen hätten, andernfalls nach unbenütztem Ablauf dieser Frist Auszüge als genehmigt gelten würden;
- die Berufungsbeklagten aufgrund einer Verletzung von verschiedensten Kreditklauseln durch die Berufungsklägerin in den Jahren 2007 und 2008 und der damit einhergehenden Verschlechterung der Bonität der Berufungsklägerin den Zinssatz auf 9.5% erhöhte;
- die Berufungsklägerin jeweils quartalsweise Kontoauszüge mit den einzelnen Abrechnungsposten, einer Saldoziehung und einem Hinweis auf die Genehmigungsfiktion erhielt;
- die Berufungsklägerin diese nie beanstandet hat, obwohl die Auszüge von C.\_\_\_\_, dem damaligen Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsklägerin, nach eigenen Angaben kontrolliert wurden;
- die Berufungsklägerin damit nie gegen die Saldoziehungen und Zinssätze opponiert hat;

- die Berufungsklägerin den Zinssatz von 9.5 % mehrfach unterschriftlich bestätigte, namentlich durch Unterzeichnung der Schreiben der Berufungsbeklagten vom 3. Januar 2012 (vi-KB 10) und vom 31. Januar 2014 (vi-KB 11);

werden von der Berufungsklägerin hier nicht mehr in Frage gestellt. Die darauf gestützte Schlussfolgerung, wonach angesichts der Wirkungen der Genehmigungsklausel und der unterzeichneten Schreiben vom 3. Januar 2012 bzw. 31. Januar 2014 feststehe, dass die Berufungsklägerin der Zinssatzerhöhung ausdrücklich zugestimmt habe, ist nicht zu beanstanden. Demnach hat die Berufungsklägerin die Kontoauszüge mangels Widerspruch mittels Saldoziehung im Sinne von Art. 6 OR angenommen. Die auf diesem Weg anerkannte Saldoforderung aus dem Kontokorrentverhältnis wurden hierdurch im Sinne von Art. 116 f. OR erneuert und zur selbstständigen Obligation. Dies beschlägt namentlich auch die aufgelaufenen, dem Konto quartalsweise belasteten Vertragszinsen. Mit anderen Worten hat die Berufungsklägerin aufgrund der Genehmigungsfiktion bzw. infolge fehlenden Widerspruchs gegen die Kontoauszüge – aus welchen die Zinsen und die Zinssätze im Übrigen ersichtlich waren (vi-KB 25, 26) – diese akzeptiert, zumal sie die Anpassung des Zinssatzes auf 9.5% durch Gegenzeichnung der Schreiben vom 3. Januar 2012 und vom 31. Januar 2014 nachträglich nochmals ausdrücklich (unterschriftlich) anerkannte.

Unbegründet ist der Einwand der Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe den geltend gemachten Grundlagenirrtum zu Unrecht nicht geprüft und fälschlicherweise eine ungenügende Substantiierung angenommen. Wie die Berufungsklägerin in der Berufung richtig erläutert, hatte sie vor Vorinstanz in ihrer Klageantwort und Duplik einzig vorgebracht, ihr damals handelndes Organ C. \_\_\_ habe fälschlicherweise gutgläubig angenommen, die von der Berufungsbeklagten belasteten Sollzinsen würden tatsächlich wie vereinbart den Marktverhältnissen entsprechen (vi-Duplik Ziff. 9, S. 5) bzw. sie habe die ihr von der Berufungsbeklagten vorgelegten Vereinbarungen auch nur wegen der in Aussicht gestellten Kündigung des Kreditvertrags unterzeichnet (vi-Klageantwort Ziff. 20, S. 7). Damit behauptet sie zwar ein für sie subjektiv wesentliches Sachverhaltselement, betreffend welches sie einem Irrtum unterlegen haben will. Inwiefern dieses Element auch objektiv wesentlich und für die Berufungsbeklagte erkennbar gewesen sein soll, erläutert sie nicht. Jedenfalls durfte die Vorinstanz nach Gesagtem eine fehlende Substantiierung des behaupteten Grundlagenirrtums annehmen.

Ohnehin erschiene der Einwand eines Irrtums auch inhaltlich wenig überzeugend. So begründete die Berufungsbeklagte die Zinserhöhungen gegenüber der Berufungsklägerin – wie festgestellt – gar nie mit Veränderungen im Geld- oder Kapitalmarkt. Vielmehr wurden die Zinsen vertraglich angepasst, weil die Berufungsklägerin Kreditklauseln verletzt und sich ihre Bonität

verschlechtert hatte. Diese Begründung ergibt sich mindestens implizit auch aus der von der Berufungsbeklagten aufgelegten, teilweise von der Berufungsklägerin gegengezeichneten Korrespondenz (vi-KB 9-11), zumal die Berufungsklägerin nicht in Abrede stellt, dass sie ihren Kreditverpflichtungen nicht nachgekommen ist und sich ihre Bonität verschlechtert hat. Ferner erscheint es wenig glaubhaft, wenn die Berufungsklägerin als kaufmännisch tätiges Unternehmen nolens volens erhebliche Zinsanpassungen akzeptiert haben will, ohne sich genauer mit den Hintergründen der Erhöhung auseinanderzusetzen. Davon, dass eine Veränderung an den Geld- oder Kapitalmärkten von der Berufungsklägerin nach Treu und Glauben als notwendige Grundlage für die Zinserhöhung betrachtet werden konnte, kann mit Blick auf die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen und die zwischen den Parteien ergangene Korrespondenz (vi-KB 9-11) keine Rede sein. Ein Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR läge unter diesen Umständen jedenfalls nicht vor.

## **5. Kündigung**

### **5.1**

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid (E. 5.6.6, S. 18-20), die Parteien hätten am 31. Januar 2014 vereinbart, dass die Berufungsklägerin die anerkannte Forderung von Fr. 348'727.79 zuzüglich Zins seit 1. Januar 2014 mit monatlichen Zahlungen von Fr. 7'000.– zurückzuführen habe, wovon die erste Zahlung per 31. Januar 2014 zu leisten sei. Falls die Berufungsklägerin mit einer Zahlung mehr als 20 Tage im Verzug sei, sei die Berufungsbeklagte berechtigt, die gesamte Restforderung in Betreuung zu setzen. Bis und mit Februar 2016 habe die Berufungsklägerin Zahlungen von monatlich Fr. 7'000.– geleistet. Nach Eingang der Zahlung von Fr. 7'000.– am 19. Februar 2016 sei die darauffolgende Zahlung der Berufungsklägerin erst am 11. Mai 2016 auf dem Kontokorrentkonto eingegangen. Anstelle einer Betreuung habe die Berufungsbeklagte mit der Berufungsklägerin gemäss E-Mail-Verkehr vom 2. Juli 2018 weitere Abzahlungsmodalitäten vereinbart bzw. habe ihr weitere Zahlungsfristen gewährt. Es sei erstellt, dass die Berufungsklägerin die Vereinbarung gemäss den E-Mails vom 2. Juli 2018, wonach sie bis Ende Dezember 2018 insgesamt Fr. 23'000.– zu leisten gehabt hätte, nicht eingehalten habe. Es sei jedoch kein Verfalltag vereinbart gewesen. Am 20. Januar 2020 sei die Berufungsbeklagte schriftlich an die Berufungsklägerin herangetreten und habe zutreffend festgestellt, dass die Berufungsklägerin bereits seit Längerem keine Rückzahlungen mehr geleistet habe. Gleichzeitig habe sie ihr vorgehalten, es bestünde eine Überschreitung von Fr. 171'274.76 (exkl. Zinsen, Kommissionen und Spesen seit 1. Januar 2020), zu deren Überweisung sie bis spätestens am 28. Januar 2020 aufgefordert werde. Schliesslich stellte die Klägerin/Widerbeklagte der Beklagten/Widerklägerin im selben

Schreiben in Aussicht, sie werde ihr nach Eingang der Zahlung eine Schlussabrechnung zur Bezahlung zukommen lassen. Die Vorinstanz schliesst, dass das in zweifacher Ausfertigung als Einschreiben und A-Post versandte Schreiben der Berufungsbeklagten nach Vertrauensprinzip als nichts anderes als Kündigung des Kontokorrentkredits habe verstanden werden können. Anders als zuvor, als das Gespräch gesucht und per E-Mail kommuniziert worden sei, um Abzahlungsvereinbarungen zu treffen, sei der Berufungsklägerin die Kapitalschuld aus dem Kontokorrentkredit vorliegend unmissverständlich mitgeteilt und deren Tilgung explizit verlangt worden. Nicht zuletzt die Erwähnung einer «Abschlussrechnung» mache deutlich, dass die Berufungsklägerin das Schreiben vom 20. Januar 2020 als Erklärungsempfängerin als Kündigung des Kontokorrentkredits habe verstehen dürfen und müssen. Eine Kündigung sei folglich mit Schreiben vom 20. Januar 2020 erfolgt. Die sofortige Annullierung der Kreditlimiten und Einforderung des Guthabens entspreche ferner auch Art. 12 der zwischen den Parteien vereinbarten AGB. Darin werde unter der Überschrift «Kündigung der Geschäftsverbindungen» festgehalten, dass die Bank und der Kunde Geschäftsverbindungen jederzeit nach freiem Ermessen kündigen könnten. Die Bank könne insbesondere Kreditlimiten jederzeit annullieren und ihre Guthaben ohne Kündigung einfordern. Gestützt darauf sei die Berufungsbeklagte berechtigt gewesen, ihr Guthaben jederzeit fällig zu stellen und einzufordern. Die Berufungsbeklagte habe mit Schreiben vom 20. Januar 2020 einerseits ihre Kreditforderung per 31. Dezember 2019 fällig gestellt und andererseits den Kontokorrentkredit gekündigt.

## **5.2**

Die Berufungsklägerin hält dem entgegen (Berufung Ziffn. 28-30 S. 9 f.), im Schreiben vom 20. Januar 2020 sei nie von einer Kündigung die Rede. Eine solche sei weder klar noch eindeutig ausgesprochen worden. Die Berufungsbeklagte habe mit diesem Schreiben lediglich verlangt, dass die Überschreitung ausgeglichen werde. Es könne nicht festgelegt werden, welches Vertragsverhältnis überhaupt auf welchen Zeitpunkt hätte beendet werden sollen.

## **5.3**

Unter dem Kündigungsrecht ist die Befugnis jeder Partei zu verstehen, das Vertragsverhältnis durch einseitige Willenserklärung aufzulösen. Es handelt sich um ein typisches Gestaltungsrecht, das durch eine Erklärung des Berechtigten an die Gegenpartei ausgeübt wird. Die Erklärung bedarf in der Regel keiner besonderen Form; sie ist aber stets empfangsbedürftig (BGE 113 II 259 E. 2a). Voraussetzung dafür ist, dass der erklärenden Vertragspartei ein entsprechendes Gestaltungsrecht (Kündigungsrecht) zusteht. Dieses kann sich aus Vertrag oder Gesetz ergeben (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, 3. A., 2019, N 792, 796 m.w.H.).

## 5.4

Es hat sich erstens ergeben, dass die Parteien gemäss Art. 12 AGB ein beidseitiges Kündigungsrecht vereinbart haben, wonach die Geschäftsverbindungen jederzeit nach freiem Ermessen gekündigt werden könne. Ferner wurde die Berufungsbeklagte darin insbesondere ermächtigt, Kreditlimiten jederzeit zu annullieren und ohne Kündigung einzufordern (vi-KB 4). Zweitens ist erwiesen, dass die Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 20. Januar 2020 die per 31. Dezember 2019 aufgelaufene Überschreitung von Fr. 171'274.76 auf dem Firmenkonto der Berufungsklägerin feststellte und die Berufungsklägerin – nachdem diese diverse Zahlungsfristen und -vereinbarungen eingehalten hatte – ultimativ aufforderte, diesen Betrag bis am 28. Januar 2020 zu überweisen. Nach Eingang der Zahlung werde eine Schlussabrechnung zur Bezahlung zugestellt (vi-KB 15). Ein Widerspruch der Berufungsklägerin gegen den Kontoauszug per 31. Dezember 2019 vom 1. Januar 2020 (vi-KB 12/25), aus welcher sich der damalige Saldo und damit die eingeforderte Überschreitung ergibt, ist nicht bekannt. Drittens ist beweismässig erstellt, dass die Berufungsklägerin an den per 31. Dezember 2019 bestehenden Ausstand lediglich Fr. 500.– bezahlte. Weitere Zahlungen innert der angesetzten Frist (oder in einem späteren Zeitpunkt) sind weder erstellt noch von der Berufungsklägerin behauptet.

Diese tatsächlichen Feststellungen bleiben im Berufungsverfahren unbestritten. Die Berufungsklägerin wendet sich einzig gegen die vorinstanzliche Qualifikation des Schreibens als Kündigung. Dieser Einwand ist unbegründet: Einerseits kann in der (aussergewöhnlichen) Zustellung eines eingeschriebenen Briefes, in welchem die Tilgung des Ausstands verlangt und nach Eingang der Zahlung die Zustellung der Abschlussrechnung in Aussicht gestellt wird, eine Kündigung erkannt werden, auch wenn die schriftliche Mitteilung nicht als solche bezeichnet wird. Dies zumal in der früheren Korrespondenz zu Ab- bzw. Rückzahlungsmodalitäten (s. bspw. vi-KB 10, 11, vi-BB 8) nie die Rede von einer Abschlussrechnung war. Insofern ist die vorinstanzliche Beweiswürdigung nachvollziehbar. Im Übrigen ergibt sich mit Blick auf den Inhalt des Schreibens vom 20. Januar 2020 ohne weiteres, dass der unbezahlte Ausstand von Fr. 171'274.76 aus dem Kontokorrentverhältnis herrührte, welches auf dem Kreditvertrag vom 15./17. Mai 2006 beruhte, womit zugleich auch klar ist, auf welchen Vertrag sich die diese «Kündigung» bezog. Ob diese als solche bezeichnet wird, spielt keine Rolle. Andererseits ist die Frage, ob das Schreiben vom 20. Januar 2020 eine Kündigung darstellte oder nicht, aber ohnehin irrelevant. Schliesslich war die Berufungsbeklagte gemäss Art. 12 AGB auch ohne Aussprache einer formalen Kündigung, d.h. ohne Ausübung ihres Gestaltungsrechts, berechtigt, die Kreditlimit zu annullieren und einzufordern. Das hat sie mit Schreiben vom 20. Januar

2020 getan, womit sie diese Forderung nun – soweit diese im Umfang von Fr. 170'774.76 unbezahlt geblieben ist – klageweise einfordern kann.

## **6. Widerklage**

### **6.1**

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid (E. 6.3, S. 23), dass die Widerklage auf den unzutreffenden Annahmen der Berufungsklägerin basiere, die Genehmigungsfiktion finde keine Anwendung und die von ihr unterzeichneten Vereinbarungen seien ungültig. Dem sei, wie ausgeführt, nicht so. Ohnehin sei die Widerklageforderung nicht rechtsgenügend substantiiert. Die Widerklage sei so oder anders vollumfänglich abzuweisen.

### **6.2**

Unter Verweis auf die erstinstanzlichen Ausführungen in ihrer dortigen Klageantwort bzw. Duplik hält die Berufungsklägerin an ihrer Widerklage fest und beantragt deren Gutheissung (Berufung Ziff. 31, S. 11).

### **6.3**

Wie sich gezeigt hat, waren die von der Berufungsklägerin gegen die Klage der Berufungsbeklagten erhobenen Einwände bzw. mit Berufung vorgebrachten Rügen unbegründet (s. vorne E. 3-5). Der Kontokorrentvertrag hat damit Bestand und die Vorinstanz hat die Klage zu Recht gutgeheissen. Zugleich entfällt damit die Grundlage der von der Berufungsklägerin widerklageweise geltend gemachten Forderung. Die vorinstanzliche Widerklageabweisung ist damit nicht zu beanstanden, zumal die Berufungsklägerin in diesem Punkt mit dem blossen Verweis auf die vorinstanzlichen Ausführungen zur Widerklage ihrer Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ohnehin nicht nachkommt. So oder anders wäre die Berufung diesbezüglich unbegründet.

## **7. Parteientschädigung**

### **7.1**

Die Vorinstanz sprach der obsiegenden Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 23'295.50 zu Lasten der unterliegenden Berufungsbeklagten zu. Neben dem Honorar von Fr. 21'000.– und Auslagen von Fr. 630.– umfasste die Entschädigung namentlich weiter einen Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 1'665.50 (angefochtener Entscheid E. 8.5 S. 26-28).

## 7.2

Die Berufungsklägerin macht mit Berufung geltend (Ziffn. 32 f. S. 11), die Berufungsbeklagte sei mehrwertsteuerpflichtig, was allgemein bekannt und gerichtsnotorisch sein müsse. Die Mehrwertsteuer sei damit zu Unrecht zugesprochen worden, was zu korrigieren sei.

## 7.3

Der Ersatz notwendiger Auslagen gilt als Parteientschädigung, die zu den Prozesskosten gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 3 lit. a ZPO). Ob im kantonalen Verfahren die Mehrwertsteuer in der Parteientschädigung enthalten ist oder zusätzlich zu dieser ausgerichtet wird, ergibt sich aus dem kantonalen Recht. Die Regelung dieser Frage liegt nach Art. 96 ZPO in der Kompetenz der Kantone (Urteil des Bundesgerichts 4A\_570/2018 vom 31. Juli 2019 E. 4).

Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 Prozesskostengesetz [PKoG; NG 261.2]). Die Anwältin oder der Anwalt hat Anspruch auf Ersatz der auf Honorar und Auslagen zu entrichtenden Mehrwertsteuer (Art. 54 PKoG). Dass nach diesen Bestimmungen die Mehrwertsteuer hinzugerechnet wird, bedeutet, dass das Honorar die Mehrwertsteuerkosten nicht bereits abdeckt, sodass diese – wenn sie denn entstehen – hinzuzurechnen sind. Der Sinn dieser Bestimmung kann aber nicht sein, dass solche Kosten zugesprochen werden, obwohl sie nicht entstehen beziehungsweise die betroffene Partei wirtschaftlich nicht belasten, da sie gemäss Art. 28 ff. Mehrwertsteuergesetz (MWSTG; NG 641.20) von deren eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer in Abzug gebracht werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3). Wird indes in der Honorarnote die Mehrwertsteuer als Auslage ausgewiesen und von der Gegenpartei diese nicht bestritten bzw. nicht geltend gemacht, die Mehrwertsteuer könne als Vorsteuer abgezogen werden, ist es nicht willkürlich, die geltend gemachte Mehrwertsteuer zuzusprechen (Urteil des Bundesgerichts 4D\_44/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 4.4.4).

## 7.4

Aus den vorinstanzlichen Akten erhellt, dass der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten seine Kostennote vom 6. Dezember 2022 zu Beginn der gleichentags stattfindenden Hauptverhandlung im Doppel auflegte (vi-Verhandlungsprotokoll S. 2). Mit dieser ersuchte er die Vorinstanz um Zusprache einer Parteientschädigung von insgesamt Fr. 44'372.40 (Honorar Fr. 40'000.–; Auslagen Fr. 1'200.–; MwSt. Fr. 3'172.40 [7.7%]). Der Berufungsklägerin war demnach bekannt, dass die Berufungsbeklagte eine Parteientschädigung zuzüglich

Mehrwertsteuer verlangte. Sie hätte Gelegenheit gehabt, im Rahmen der Hauptverhandlung zu dieser Kostennote Stellung zu nehmen bzw. geltend zu machen, die Berufungsbeklagte könne die Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen, weshalb diese nicht zuzusprechen sei. Von dieser Gelegenheit hat die Berufungsklägerin indes nicht Gebrauch gemacht, weshalb es nicht willkürlich war, die geltend gemachte Mehrwertsteuer zuzusprechen. Unerheblich ist, dass die Berufungsklägerin die vollumfängliche Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolge beantragt hat. Das Stellen eines solchen Antrags stellt noch keine substantiierte Bestreitung der Mehrwertsteueranspruchs dar. Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Entschädigungsregelung.

## **8. Fazit**

Die Berufung vom 17. August 2023 ist demnach unbegründet und abzuweisen.

## **9. Kostenfolgen**

### **9.1**

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieser Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip gilt auch im Rechtsmittelverfahren (BGE 145 III 153 E. 3.3.1). Der Erfolg des Rechtsmittels misst sich daran, ob und in welchem Umfang als Folge des Rechtsmittelbegehrens zulasten der Gegenpartei eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheides bewirkt wird (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 5 zu Art. 106 ZPO).

### **9.2**

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500 (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [NG 261.2]). Bei einem Streitwert von Fr. 170'774.76 betragen die Entscheidgebühren des Kantonsgerichts Fr. 3'000.– bis Fr. 9'000.– (Art. 7 Abs. 1 Ziff. 6 PKoG), vor Obergericht dementsprechend Fr. 2'000.– bis Fr. 6'000.–. Die Gebühren sind innerhalb des vorgegebenen Rahmens festzusetzen und bemessen sich nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG).

Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 PKoG ermessensweise, innerhalb des Gebührenrahmens auf Fr. 5'000.– festgesetzt. Die Gerichtskosten werden ausgangsgemäss der vollständig unterliegenden Berufungsklägerin auferlegt und ihrem Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen (Art. 111 Abs. 1 ZPO), womit sie bezahlt sind.

### 9.3

Das Gericht spricht Parteientschädigungen nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu. Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). Bei einem Streitwert von Fr. 170'774.76 beträgt das ordentliche Honorar für das Verfahren vor erster Instanz Fr. 6'500.– bis Fr. 21'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 6 PKoG). Somit liegt der Honorarrahmen im Berufungsverfahren zwischen Fr. 1'300.– bis Fr. 12'600.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der im Prozesskostengesetz vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG).

Der Rechtsvertreter der obsiegenden Berufungsbeklagten macht mit Kostennote vom 30. Oktober 2023 eine Parteientschädigung von Fr. 11'647.75 (Honorar Fr. 10'500.– [35 Std.]; Auslagen Fr. 315.– [pauschal 3%]; MwSt. Fr. 832.75 [7.7%]) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens und ist der Sache angemessen (s. Art. 33 PKoG). Ein Mehrwertsteuerzuschlag entfällt unter Hinweis auf vorstehende Ausführungen (vorne E. 7): Die Berufungsklägerin macht mit Berufung geltend, die Berufungsbeklagte sei mehrwertsteuerpflichtig und vorsteuerabzugsberechtigt, was letztere in ihrer Berufungsantwort nicht in Abrede stellt. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 10'815.– (Auslagen inkludiert) zu bezahlen.

**Demgemäss erkennt das Obergericht:**

1. Die Berufung vom 17. August 2023 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren betragen Fr. 5'000.–. Sie werden der Berufungsklägerin auferlegt, ihrem Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen und sind bezahlt.
3. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 10'815.– (Auslagen inkludiert) zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 14. Dezember 2023

**OBERGERICHT NIDWALDEN**

**Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwysig

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG. Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 170'774.76.