

# AR\_GERICHTE OG O1Z-15-13 vom 4. Februar 2019

AR Gerichte, 2019-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte\\_OG\\_O1Z-15-13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte_OG_O1Z-15-13)

FR: AR\_GERICHTE OG O1Z-15-13 du 4 février 2019

IT: AR\_GERICHTE OG O1Z-15-13 del 4 febbraio 2019

## Regeste

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 1. Abteilung Die von der Berufungsklägerin gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde an das Bundesgericht hat dieses mit Verfügung vom 4. Februar 2019 zufolge Rückzugs abgeschrieben (5A\_495/2017). Entsc

## Erwägungen

### E. 1

Prozessvoraussetzungen Die Vorinstanz hat die örtliche und sachliche Zuständigkeit sowie das Vorliegen der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, bejaht. Davon ist, zumal diese Ausführungen von den Parteien nicht bestritten werden, auch im Berufungsverfahren auszugehen. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz (JG, bGS 145.31). Die Berufung wurde rechtzeitig erklärt (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

### E. 1.1

Abmachungen zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH

### E. 1.1.1

Absichtserklärung vom 2. April 2012 (act. B 24/3/16, S. 1 f.) 2016, N. 119 zu Art. 152 ZPO; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 57 zu Art. 152 ZPO. 35 JÜRGEN BRÖNNIMANN, a.a.O., N. 61 zu Art. 152 ZPO. Seite 16 Am 2. April 2012 schlossen die E\_\_\_ GmbH, vertreten durch F\_\_\_, und die A\_\_\_ AG, vertreten durch G\_\_\_, K\_\_\_ und J\_\_\_, eine Absichtserklärung mit folgendem Wortlaut: „Absicht/Ziel Die A\_\_\_ übernimmt die in dieser Absichtserklärung aufgeführten Vermögenswerte von der M\_\_\_ zu den genannten Werten. Die M\_\_\_ ist entsprechend bereit, die Werte zu den genannten Konditionen an die A\_\_\_ zu übertragen. Beide Parteien tun ihr Möglichstes, die geplante Gesamttransaktion zu fördern und so schnell als möglich durchzuführen. Abwicklung Folgende Vermögenswerte werden aus der M\_\_\_ durch die A\_\_\_ übernommen: ■ Wohnung „N\_\_\_“ Transaktions-/Kaufpreis CHF 490'000.00 (Schuldübernahme) Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf ■ 4.5-Zi-Wohnung Überbauung C\_\_\_ in D\_\_\_ Transaktions-/Kaufpreis CHF 645'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung) Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf ■ 4.5-Zi-Wohnung Überbauung C\_\_\_ in D\_\_\_ Transaktions-/Kaufpreis CHF 755'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung) Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf ■ 6 Tiefgaragenplätze Überbauung O\_\_\_, in H\_\_\_ Transaktions-/Kaufpreis CHF 180'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung) Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf ■ Restbauland „O\_\_\_“, in H\_\_\_ Transaktionswert CHF 650'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung) Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf ■ Übernahme des Projektes P\_\_\_, in H\_\_\_ Transaktionswert CHF 50'000.00

Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Übernahme des Vertrages (Grundbuch) ■ Übernahme des Projektes Q\_\_\_, in R\_\_\_ Transaktionswert CHF 100'000.00 Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Übernahme des Vertrages (Grundbuch) bzw. der rechtlichen Situation zum aktuellen Zeitpunkt ■ Übernahme der Darlehen S\_\_\_, T\_\_\_ und U\_\_\_ Transaktionswert CHF 145'000.00 Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Abtretung der Darlehensver-träge an die A\_\_\_ ■ Übernahme des Rückflusses „Strasse“, in H\_\_\_ (Erschliessung) Transaktionswert CHF 35'000.00 Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Abtretung der Ansprüche an die A\_\_\_ ■ Übernahme des Darlehens „V\_\_\_“ Transaktionswert CHF 65'000.00 Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Abtretung des Anspruchs an die A\_\_\_ Sämtliche angeführten Werte sind für die Parteien verbindlich. Sie sind Grundlage der Finanzierung für die B\_\_\_ AG. Die Gesamtübersicht im Anhang dieser Absichtserklärung bildet einen integrierenden Bestandteil der vorliegenden Vereinbarung. [...] [...] Seite 17 Voraussetzung für die weitere Abwicklung der Transaktion ■ CHF 150'000.00 sind von der A\_\_\_ nach Unterzeichnung der vorliegenden Absichts-erklärung auf das Konto der M\_\_\_ bei der B\_\_\_ AG zu überweisen. ■ Die zeichnungsberechtigten Personen der A\_\_\_ (G\_\_\_, K\_\_\_, J\_\_\_) leisten je eine Solidarbürgschaft über CHF 250'000.00 gegenüber der M\_\_\_. Diese Bürgschaften erlöschen ohne weiteres und endgültig mit der Überweisung von CHF 250'000.00 von der A\_\_\_ an die M\_\_\_ auf das Konto der M\_\_\_ bei der B\_\_\_ AG oder mit der Tilgung sämtlicher Schulden der M\_\_\_ gegenüber der B\_\_\_ AG. Die Bank informiert die A\_\_\_ unmittelbar von einer vollständigen Tilgung der Schulden der M\_\_\_ bei der B\_\_\_ AG. Die Solidarbürgschaften müssen der Bank vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze beurkundet übergeben werden. ■ Ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen zugunsten von K\_\_\_ und ausgestellt auf eine Schweizer Bank über den Betrag von CHF 250'000.00 ist der B\_\_\_ AG vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze zu übergeben. [...] ■ Nach Unterzeichnung der vorliegenden Absichtserklärung erstellt die M\_\_\_ sämtliche notwendigen Abtretungsschreiben und leitet auch alle sonstigen Schritte zur rechtlich korrekten Übertragung der Vermögenswerte an die A\_\_\_ ein, soweit sie nicht bereits erfolgt sind (Abtretungsschreiben, grundbuchamtliche Regelungen zur Übergabe der Projekte). ■ Die A\_\_\_ übernimmt sämtliche mit den Handänderungen der Immobilien verbundene-n Gebühren/Aufwände. ■ Die A\_\_\_ schliesst mit der M\_\_\_ einen rechtsverbindlichen Kaufvertrag über CHF 400'000.00 zur Übernahme der Vermögenswerte gemäss Anhang zur vorliegenden Absichtserklärung. Dieser ist in Kopie der B\_\_\_ AG vor Umsetzung der in der vorliegenden Absichtserklärung aufgeführten Transaktionen zu übergeben.“ Die Absichtserklärung verfügt darüber hinaus über einen Anhang, in welchem die Vermö-genswerte in einer tabellarischen Auflistung festgehalten sind (act. B 24/3/16, S. 3).

### **E. 1.1.2**

Öffentlich beurkundete Kaufverträge vom 12. April 2012 Am 12. April 2012 schloss die A\_\_\_ AG mit der E\_\_\_ GmbH einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag für das Grundstück Nr. 1 an der C\_\_\_. Als Kaufpreis wurde, entsprechend der Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH, der Betrag von CHF 645'000.00 öffentlich beurkundet (act. B 24/3/21, S. 5). Ebenfalls am 12. April 2012 schlossen die Klägerin und die E\_\_\_ GmbH in Anlehnung an die gemeinsame Absichtserklärung, einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag für das Grundstück Nr. 2 an der C\_\_\_ mit einem beurkundeten Kaufpreis von CHF 755'000.00 (act. B 24/3/22, S. 5).

### **E. 1.1.3**

Abtretungserklärung Mit Vertrag vom 5./10. April 2012 wurde mit Einverständnis der B\_\_\_ AG die Abtretung folgender Forderungen der E\_\_\_ GmbH an die Klägerin vereinbart (act. B 24/33/13): ■ Forderung aus dem Projekt Q\_\_\_, in R\_\_\_ ■ Darlehen S\_\_\_, T\_\_\_ und U\_\_\_ Seite 18 ■ Rückfluss Strasse, in H\_\_\_ ■ Darlehen V\_\_\_ Ein Kaufpreis wurde im Vertrag nicht vereinbart. Der Vertrag ist von der Klägerin, der E\_\_\_ GmbH und der B\_\_\_ AG unterschrieben.

### **E. 1.2**

Abmachungen zwischen der A\_\_\_ AG und der B\_\_\_ AG

#### **E. 1.2.1**

Absichtserklärung vom 2. April 2012 Am 2. April 2012 schlossen die B\_\_\_ AG, vertreten durch W\_\_\_ und L\_\_\_, und die A\_\_\_ AG, vertreten durch K\_\_\_, J\_\_\_ und G\_\_\_, ebenfalls eine Absichtserklärung. Diese lautet wie folgt (act. B 24/3/15): „Absicht/Ziel Die A\_\_\_ übernimmt die Vermögenswerte der E\_\_\_ GmbH gemäss separater Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der A\_\_\_ und der E\_\_\_ GmbH. Die B\_\_\_ AG erklärt sich bereit, die Übernahme der Schulden bzw. die Vermögenswerte gemäss beiliegendem Anhang zur vorliegenden Absichtserklärung vom 2. April 2012 zu finanzieren. Der Anhang bildet einen integrierenden Bestandteil der Absichtserklärung. Voraussetzungen für die Abwicklung der Transaktion ■ Einreichung der vollständigen aktuellen Steuererklärung von K\_\_\_. ■ Aktuelle Bilanz sowie allfällig vorhandene Erfolgszahlen per 31. März 2012 der A\_\_\_ . ■ Einbringung des Kaufpreises von total CHF 400'000.00 für die zu übernehmenden Vermögenswerte in Form von Darlehen mit Rangrücktritt in die A\_\_\_ (Ausstattung der Firma mit eigenen Mitteln). Die Rangrücktrittserklärungen müssen der Bank vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze übergeben werden. Die A\_\_\_ verpflichtet sich, Eigenmittel in Form von Barmitteln und versehen mit Rangrückritten in einer Summe von CHF 400'000.00 einzubringen. Davon sind CHF 150'000.00 vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze einzubringen und mit Rangrückritten zu versehen. ■ Sämtliche Bedingungen aus der Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der A\_\_\_ und der E\_\_\_ GmbH sind erfüllt.“ Der Anhang zu dieser Absichtserklärung ist mit demjenigen der Absichtserklärung zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH identisch. 2. Geleistete Zahlungen Die Klägerin gibt an, folgende Zahlungen geleistet zu haben (act. B 24/1, S. 13): ■ Bezahlung von CHF 150'000.00 auf das Konto der E\_\_\_ GmbH (act. B 24/3/19). Seite 19 ■ Bezahlung von CHF 250'000.00 als Kreditsicherungsgarantie zu Gunsten der B\_\_\_ AG zur Sicherung von Schulden der E\_\_\_ GmbH (act. B 24/3/20). ■ Bezahlung von CHF 516'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B\_\_\_ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 1 an der C\_\_\_ angegeben (act. B 24/3/29). ■ Bezahlung von CHF 604'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B\_\_\_ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 2 an der C\_\_\_ angegeben (act. B 24/3/29). Dass die Klägerin diese Zahlungen vorgenommen hat, ist unbestritten. Daraus ergibt sich folgender Ausgangssachverhalt: Für das Grundstück Nr. 1 an der C\_\_\_ wurde ein Kaufpreis von CHF 645'000.00 öffentlich beurkundet. Die Klägerin bezahlte der E\_\_\_ GmbH für das Grundstück Nr. 1 CHF 516'000.00, womit sich eine Differenz von CHF 129'000.00 ergibt. Für das Grundstück Nr. 2 an der C\_\_\_ wurde ein Kaufpreis von CHF 755'000.00 öffentlich beurkundet. Die Klägerin bezahlte der E\_\_\_ GmbH für das Grundstück Nr. 2 CHF 604'000.00; hier resultiert ein Unterschied von CHF 151'000.00. In der Höhe von CHF

129'000.00 bzw. CHF 151'000.00 liess die E\_\_\_ GmbH auf den entsprechenden Grundstücken Verkäuferspandrechte eintragen, welche die Klägerin im Rahmen des vorliegenden Verfahrens löschen lassen möchte. 3. Gültigkeit der diversen Abmachungen Die Absichtserklärung zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH (act. B 24/3/16) hält unter anderem den Kaufpreis für die Grundstücke fest. Gemäss Art. 216 Abs. 2 OR bedürfen Vorverträge zu Grundstückskaufverträgen der öffentlichen Beurkundung. Von der Beurkundung müssen alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte gedeckt sein, sofern sich diese Abmachungen unmittelbar auf das eigentliche Kaufgeschäft beziehen und das Austauschverhältnis betreffen<sup>36</sup>. Die Vereinbarung der Kaufpreise für die Grundstücke betrifft das eigentliche Kaufgeschäft sowie das Austauschverhältnis und muss daher von der Beurkundung gedeckt sein. Somit ist die Vereinbarung über den Kaufpreis der im vorliegenden Fall strittigen Grundstücke C\_\_\_, aufgrund Formmangels nichtig. Fraglich ist, ob der Formmangel bezüglich der Grundstücke zu einer Nichtigkeit der Absichtserklärung oder aber bloss zu einer Teilnichtigkeit führt. Auf diese Problematik braucht letztlich nicht weiter eingegangen zu werden, da sie für den Entscheid in der Sache nicht ausschlaggebend ist (vgl. E. 4.7.2). Ob die Absichtserklärung zwischen der Klägerin und der B\_\_\_ AG verbindlich ist, kann ebenfalls offen gelassen werden. Die B\_\_\_ AG nimmt als Abtretungsgläubigerin nach Art. 36 URS FASEL, Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. 2015, N. 12 f. zu Art. 216 OR. Seite 20 260 SchKG der in Konkurs gefallenen E\_\_\_ GmbH am vorliegenden Verfahren teil. Für den vorliegenden Fall ist indessen einzig das rechtliche Verhältnis zwischen der Klägerin und der E\_\_\_ GmbH massgeblich. Bei den beiden öffentlich beurkundeten Kaufverträgen über die Grundstücke an der C\_\_\_ (Nr. 1 und Nr. 2) handelt es sich unbestrittenermassen um formgültige Grundstückkaufverträge im Sinne von Art. 216 OR. Der Forderungsabtretungsvertrag erfüllt die Formvorschrift der einfachen Schriftlichkeit nach Art. 164 OR. Der Vertrag ist daher zwischen den Parteien gültig zustande gekommen. 4. Vertragsauslegung

## **E. 2**

Parteien des Berufungsverfahrens Seite 6 Die B\_\_\_ AG nimmt als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG im Konkurs der E\_\_\_ GmbH am vorliegenden Verfahren teil. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG bewirkt keine Abtretung im zivilrechtlichen Sinn, sondern verleiht bloss ein Prozessführungsrecht mit Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös<sup>1</sup>. Im vorliegenden Fall ist demnach einzig das rechtliche Verhältnis zwischen der Klägerin und der E\_\_\_ GmbH massgebend. Zum besseren Verständnis wird die B\_\_\_ AG nachfolgend nicht als Beklagte, sondern mit ihrem Firmennamen bezeichnet.

## **E. 2.3**

21 Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4.; gl. M. Urteil des Obergerichts Zug, I. Zivilabteilung, Z1 2015 15, vom 27. Oktober 2016. 22 Urteil des Bundesgerichts 5D\_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4; ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, in SJZ 113 (2017) Nr. 2, S. 33. 23 ZR 111 (2012) Nr. 56, S. 167. 24 ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 111 (2015) Nr. 2 S. 37 ff. Seite 12 Juni 2016 um die Erlaubnis für eine weitere Eingabe nachgesucht oder eine solche eingereicht werden müssen (Art. 142 Abs. 3 ZPO).

## **E. 3**

Streitwerte

### **E. 3.1**

Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert der Berufung In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also zum Beispiel den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG<sup>2</sup>. Die Klägerin verlangt vor beiden Instanzen, es sei festzustellen, dass zwei durch Kapital-Grundpfandverschreibungen gesicherte Forderungen der B\_\_\_ AG im Betrag von CHF 129'000.00 bzw. CHF 151'000.00 nicht bestehen und das Grundbuchamt D\_\_\_ anzuweisen sei, die Kapital-Grundpfandverschreibungen zu löschen. Die B\_\_\_ AG beantragt vollumfängliche Klageabweisung. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 280'000.00, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren<sup>3</sup>.

### **E. 3.2**

Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor 1 STEPHEN V. BERTI, Basler Kommentar, SchKG II, 2. Aufl. 2010, N. 4 zu Art. 260 SchKG. 2 Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 53 zu Art. 308 ZPO. 3 ALEXANDER BRUNNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 308 ZPO. Seite 7 der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, verlangt die Klägerin vor Obergericht die Feststellung des Nichtbestehens bzw. die Löschung von Kapital-Grundpfandverschreibungen in Höhe von CHF 280'000.00, während dem die B\_\_\_ AG die Abweisung der Klage beantragt. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

### **E. 4**

SEBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2014, Rz. 538 ff. 5 SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 583 ff. Seite 8 fungsverfahren ist die Zulässigkeit von Noven in Art. 317 ZPO geregelt. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Mit MORET ist eine wortgetreue Anwendung von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO auf das Berufungsverfahren abzulehnen: Als echte Noven sind vor zweiter Instanz nur solche Tatsachen und Beweismittel zu qualifizieren, die erst nach dem Aktenschluss im erstinstanzlichen Verfahren entstanden sind. Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die sich schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Die Novenregelung in Art. 317 Abs. 1 ZPO umfasst echte und unechte Noven<sup>7</sup>. Die abweichende Meinung von BRUNNER, wonach im Berufungsverfahren nur echte Noven, nicht aber unechte Noven vorgebracht werden könnten, gründet möglicherweise in der früheren zürcherischen Abgrenzung der beiden Novenarten nach der prozessualen Zulässigkeit<sup>9</sup>. Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige

Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft<sup>10</sup>. Erforderlich ist jedoch selbstverständlich, dass die Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug vorgebracht werden<sup>11</sup>. Die behaupteten Novenrechtsverletzungen werden in der nachfolgenden materiellen Beurteilung, sofern erforderlich, jeweils an derjenigen Stelle behandelt, wo sie für die betreffende Fragestellung von Relevanz sind.

#### **E. 4.1**

Vor dem Kantonsgericht liess die Klägerin ausführen (act. B 2/3, E. 5.1, S. 10 f.), als erforderlicher Eigenmittelanteil für die Übernahme der Projekte, Forderungen und Immobilien sei von Seiten der B\_\_\_ AG schon früh eine Summe von CHF 400'000.00 kommuniziert worden. Demnach hätte die Finanzierung der streitgegenständlichen Grundstücke wie folgt ablaufen sollen: Der hypothetische Wert der Grundstücke hätte zu 80 % mit einem von der B\_\_\_ AG zur Verfügung gestellten Darlehen abgegolten werden sollen; 20 % hätten durch den von der Klägerin im Voraus zu leistenden Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 für die Übernahme sämtlicher Vermögenswerte vor- bzw. - zwischenfinanziert werden sollen. Zu einem späteren Zeitpunkt sollten die erwarteten Gewinne, unter anderem aus dem Projekt C\_\_\_, herangezogen werden, um den von der Klägerin aufgewendeten Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 zu refinanzieren. So sei gemäss Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der Klägerin und der B\_\_\_ AG eine Voraussetzung zur Abwicklung der Transaktion gewesen, dass die Klägerin den Kaufpreis von total CHF 400'000.00 für die übernehmenden Vermögenswerte erbringe. So sehe auch die Absichtserklärung zwischen der Klägerin und der E\_\_\_ GmbH vor, dass die Klägerin und die E\_\_\_ GmbH zur Übernahme der Vermögenswerte gemäss Anhang einen rechtsverbindlichen Kaufvertrag über CHF 400'000.00 schliessen würden. Somit sei mit der Zahlung des Eigenmittelanteils von CHF 400'000.00 und der Übernahme der in der Absichtserklärung aufgeführten Schulden die Übernahme sämtlicher Vermögenswerte pauschal abgegolten worden. Die öffentlich beurkundeten Verträge dürften nicht isoliert betrachtet werden (act. B 2/3, E. 5.1, S. 11 f.). Bei der Absichtserklärung handle es sich um einen rechtsverbindlichen Vertrag. Die Parteien hätten die in der Absichtserklärung genannten Modalitäten anerkannt Seite 21 und dementsprechend den Vertrag umgesetzt. Die Parteien seien sich darüber im Klaren gewesen, dass die öffentlich beurkundeten Kaufverträge, so wie sie nach aussen scheinen, nicht gelten sollten, da sie den Absichtserklärungen widersprächen. Bei den öffentlich beurkundeten Kaufverträgen handle es sich daher um ein simuliertes oder um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft.

#### **E. 4.2**

Dagegen vertrat die B\_\_\_ AG vor der ersten Instanz die Auffassung (act. B 2/3, E. 5.1, S. 11), dass es sich bei der Zahlung der CHF 400'000.00 nicht um eine pauschale Abgeltung für alle Vermögenswerte handle, sondern um eine Abgeltung für die Vermögenswerte, welche nicht im Rahmen öffentlich beurkundeter Kaufverträge übertragen worden seien. Zudem stelle der besagte Eigenmittelanteil eine Finanzierungsvoraussetzung im Sinne eines Sicherstellungsgedankens seitens der B\_\_\_ AG als finanzierende Bank dar. An welche Bedingungen die B\_\_\_ AG die Finanzierung knüpfe, sei für die Verpflichtungen der Klägerin gegenüber der E\_\_\_ GmbH als Verkäuferin aufgrund der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht massgebend.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz hat erwogen (act. B 2/3, E. 5.3, S. 13 f.), die Klägerin bringe an Schranken erstmals vor, dass der Inhalt der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen habe. Gemäss Art. 229 ZPO dürften in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nach der Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels nur noch dann berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und diese entweder erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden seien (echte Noven) oder aber bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Bei anwaltlich vertretenen Parteien sei ein rein objektiver Massstab der Sorgfalt anzuwenden. Als unzulässig erachtete, nachträgliche Vorbringen seien zu den Akten zu nehmen bzw. an der Hauptverhandlung zu protokollieren, aber nicht zu berücksichtigen. Der Klägerin wäre es möglich gewesen, bereits während des doppelten Schriftenwechsels vorzubringen, dass der Inhalt der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen habe. Bei dieser Tatsachenbehauptung handelt es sich um ein unechtes Novum, das, da verspätet vorgebracht, nicht berücksichtigt werden könne. Selbst wenn die Behauptung zulässig wäre, so lasse es die Klägerin bei der Behauptung des divergierenden Parteiwillens beruhen, ohne aber den konkreten tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen zu behaupten. Selbst wenn keine Verletzung Seite 22 des Novenverbots vorläge und die Vorbringen genügend substantiiert wären, wäre zu berücksichtigen, dass die Klägerin für ihre Behauptung die Beweislast trage. Den Beweis hierfür könnte die Klägerin mit den von ihr offerierten Beweismitteln aber ohnehin nicht führen. Die Klägerin beantrage die Parteibefragung von G\_\_\_, K\_\_\_ und J\_\_\_. Aufgrund der Nähe der genannten Personen zur Klägerin hätten deren Aussagen einen geringen Beweiswert. Die übrigen, in diesem Zusammenhang offerierten Beweismittel bezögen sich auf Vertragsverhandlungen zwischen der Klägerin und der B\_\_\_ AG. Die Klägerin behaupte aber einen divergierenden Parteiwillen bezüglich der öffentlich beurkundeten Kaufverträge zwischen der Klägerin und der E\_\_\_ GmbH. Ein angeblich übereinstimmender wirklicher Wille sei zu spät und ungenügend behauptet worden, und könnte ohnehin nicht bewiesen werden. Deshalb seien die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden seien, verstanden werden durften und mussten. Gemäss Absichtserklärung vom 2. April 2012 sei für das Grundstück Nr. 1 ein Transaktionswert von CHF 645'000.00 und für das Grundstück Nr. 2 ein Transaktionswert von CHF 755'000.00 vorgesehen worden. Mit Vertrag vom 12. April 2012 sei für das Grundstück Nr. 1 entsprechend der Absichtserklärung ein Kaufpreis von CHF 645'000.00 öffentlich beurkundet worden. Ebenfalls am 12. April 2012 sei für das Grundstück Nr. 2 entsprechend der Absichtserklärung ein Kaufpreis von CHF 755'000.00 öffentlich beurkundet worden. Es sei nicht einzusehen, warum die beiden öffentlich beurkundeten Grundstückskaufverträge nicht bindend sein sollten, zumal die öffentlich beurkundeten Kaufpreise mit denjenigen in der Absichtserklärung übereinstimmen würden. Demnach schulde die Klägerin der E\_\_\_ GmbH als Verkäuferin grundsätzlich CHF 645'000.00 für Grundstück Nr. 1 und CHF 755'000.00 für Grundstück 2. Abzüglich der unbestrittenen Zahlungen von CHF 516'000.00 für Grundstück Nr. 1 und CHF 604'000.00 für Grundstück Nr. 2 sei für das Grundstück Nr. 1 ein Restkaufpreis von CHF 129'000.00 und für das Grundstück Nr. 2 ein

Restkaufpreis von CHF 151'000.00 ausstehend.

#### **E. 4.4**

Dagegen liess die Klägerin im Berufungsverfahren vorbringen (act. B 1, S. 5 ff.), die Vorinstanz habe den Vorrang der subjektiven Vertragsauslegung missachtet und ihr Urteil in rechtsfehlerhafter Weise auf eine objektivierte Vertragsauslegung gestützt, da angeblich nicht in genügend bestimmter Form ein übereinstimmender Wille behauptet worden sei. Die Behauptung, die sich aus den öffentlich beurkundeten Kaufverträgen ergebende Zahlungspflicht der Restkaufpreise habe nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteilwillen entsprochen, habe sie zu Unrecht als verspätet erachtet. Darüber hinaus unterstelle Seite 23 das Kantonsgericht der Klägerin einen angeblich un schlüssigen Parteivortrag und konstruiere einen angeblichen Widerspruch in ihren Vorbringen. So würden sich die klägerischen Beweismittel angeblich auf das Verhältnis zur B\_\_\_ AG beziehen, während sich der Parteivortrag auf das Verhältnis zur E\_\_\_ GmbH beschränke. Mit diesem angeblichen Widerspruch versuche das Kantonsgericht seine Nichtbeachtung der subjektiven Vertragsauslegung zu rechtfertigen. Schliesslich seien die von der Klägerin angebotenen Zeugen nicht einvernommen worden, um den wahren Willen der Parteien zu ermitteln, da diese angeblich der Klägerin nahe ständen und ihnen deshalb nur ein geringer Beweiswert zukomme.

#### **E. 4.5**

Die Beklagte erachtet die an die Adresse der Vorinstanz gerichteten Vorwürfe der Klägerin als unberechtigt und vertritt die Meinung, das angefochtene Urteil sei nicht zu beanstanden (act. B 6, S. 4).

#### **E. 4.6**

Vertragsauslegung im Allgemeinen Ist der Inhalt eines Vertrages streitig, so ist der Vertragsinhalt durch das Gericht festzustellen<sup>37</sup>. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrages nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Kann der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht ermittelt werden, sind die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden dürfen und mussten<sup>38</sup>. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann jedoch daraus allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien geschlossen werden<sup>39</sup>. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu

37 AHMET KUT, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, OR Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, Art. 18 N 1. 38 Statt vieler BGE 138 III 659, E. 4.2.1 oder BGE 132 III 24, E. 4 je mit weiteren Hinweisen. 39 BGer 4A\_181/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 132 III 626, E. 3.1. Seite 24 [https://expert.bger.ch/php/expert/http/index.php?lang=de&type=show\\_document&page=1&from\\_date=&to\\_date=&from\\_year=1954&to\\_year=2015&sort=relevance&insertion\\_date=&from\\_date\\_push=&top\\_subcollection\\_clir=bge&query\\_words=&part=all&de\\_fr=&de\\_it=&fr\\_de=&fr\\_it=&it\\_de=&it\\_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F132-III-24%3Ade&numbe](https://expert.bger.ch/php/expert/http/index.php?lang=de&type=show_document&page=1&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2015&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&query_words=&part=all&de_fr=&de_it=&fr_de=&fr_it=&it_de=&it_fr=&orig=&translation=&rank=0&highlight_docid=atf%3A%2F%2F132-III-24%3Ade&numbe)

r\_of\_ranks=0&azaclir=clir#page24 beurteilen sind<sup>40</sup>. Obwohl ein klarer Wortlaut im Auslegungsverfahren den anderen Auslegungsmitteln grundsätzlich vorgeht, ist eine rein wörtliche Auslegung nicht zulässig. Selbst wenn der Inhalt einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann es sich nämlich aus anderen Bedingungen des Vertrages, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck oder aus anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der streitigen Vertragsklausel nicht genau den Sinn der geschlossenen Vereinbarung wiedergibt<sup>41</sup>.

#### **E. 4.7**

Würdigung durch das Obergericht

##### **E. 4.7.1**

Noven Simulation der Grundstückkaufverträge resp. Vorliegen eines fiduziarischen Geschäftes Bis zur Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht hat die Klägerin stets behauptet, dass sie zusätzlich zu den CHF 400'000.00 nichts schulde und dass darüber zwischen allen Parteien Konsens bestanden habe. Dass die Kaufpreise in den öffentlich beurkundeten Kaufverträgen simuliert waren und nicht dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien entsprachen, erweist sich somit tatsächlich als neue Behauptung im Rahmen des ersten Vortrags an Schranken (Beilage zu act. B 24/60, S. 6). Damit wird ein konkreter Wille zwischen den Vertragsparteien geltend gemacht und es geht nicht nur um die rechtliche Untermauerung von bisher vorgetragenen Tatsachen. Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO bestimmen, was folgt: In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und: a. erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder b. bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden. Die Absichtserklärung zwischen der Klägerin und der E\_\_\_ GmbH datiert vom 2. April 2012 (act. B 24/3/16); die Grundstückkaufverträge betreffend die Grundstücke Nrn. 1 und 2, C\_\_\_, wurden am 12. April 2012 öffentlich beurkundet (act. B 24/3/21 und B 24/3/22). 40 BGE 138 III 659, E. 4.2.1 mit Verweis auf BGE 123 III 165, E. 3a. 41 BGE 131 III 606, E. 4.2 = Praxis 95 (2006) Nr. 80, S. 573, mit weiteren Hinweisen; siehe auch AHMET KUT, a.a.O., N. 14 zu Art. 18 OR. Seite 25 Den Willen, ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR resp. ein sogenanntes fiduziarisches Rechtsgeschäft abzuschliessen, hätten die Vertragspartner mithin bereits im Frühling 2012 gehabt, wenn man von der Richtigkeit der klägerischen Behauptung ausgeht. Bei der entsprechenden Behauptung handelt es sich somit allenfalls um ein unechtes Novum, welches spätestens im Rahmen der Replik, die am 18. September 2014 eingereicht worden ist (act. B 24/40), hätte vorgebracht werden müssen. Das erstmalige Geltendmachen im Rahmen der Hauptverhandlung am 17. August 2015 war somit verspätet; überdies hat die Klägerin nicht erklärt, weshalb es ihr nicht möglich gewesen ist, die Behauptung schon früher zu erheben<sup>42</sup>. Nach dem Gesagten ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Klägerin wäre es möglich gewesen, bereits während des doppelten Schriftenwechsels vorzubringen, dass der Inhalt der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen habe, nicht zu beanstanden. Zutreffend ist diese auch vom Vorliegen eines verspätet vorgebrachten, unechten Novum

ausgegangen, welches nicht berücksichtigt werden kann. Brief von F\_\_\_ vom 15. September 2015 Mit der Berufung hat die Klägerin einen Brief von F\_\_\_ an das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden eingereicht, welcher vom 15. September 2015 datiert (act. B 2/2). Dabei handelt es sich nach der obigen Umschreibung um ein echtes Novum, welches zudem im Rahmen der ersten Prozesshandlung im Rechtsmittelverfahren eingereicht worden ist. Dieses Schriftstück erfüllt somit die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO resp. Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO und es kann im Berufungsverfahren berücksichtigt werden. Mit der Stellungnahme zur Berufungsantwort eingereichte Akten Der Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 22. April 2016 legte die Klägerin drei Kontoauszüge der B\_\_\_ AG betreffend die E\_\_\_ GmbH aus dem Jahr 2012, ein Schreiben der Bank-X vom 23. April 2012 sowie das Protokoll der Einvernahme von W\_\_\_ vom 18. Dezember 2015 durch die Staatsanwaltschaft St. Gallen bei (act. B 12/3- 7). 42 KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 10 zu Art. 317 ZPO; REETZ/HILBER, a.a.O., N. 61 zu Art. 317 ZPO; Urteile des Bundesgerichts 4A\_69/2014 vom 28. April 2014 E. 3.3 und 4A\_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.4. Seite 26 Die Klägerin liess in der erwähnten Eingabe in keiner Weise rechtsgenügend dartun, in- wiefern es sich bei den aus dem Jahr 2012 stammenden Schriftstücken und den damit zusammenhängenden Behauptungen um Noven handelt, dass diese von ihr ohne Verzug vorgebracht worden sind und dass dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher mög- lich gewesen ist. Dieser Begründungsobliegenheit hätte sie jedoch nachkommen müs- sen<sup>43</sup>. Die aus dem Jahre 2012 stammenden Dokumente stellen also allesamt verspätet vorge- brachte unechte Noven dar und sind nicht zu berücksichtigen. Demgegenüber kann auf das Einvernahmeprotokoll der Staatsanwaltschaft St. Gallen des Beschuldigten W\_\_\_ als echtes Novum abgestellt werden, da es zudem umgehend ins Recht gelegt worden ist. Mit der Stellungnahme vom 26. Mai 2016 eingereichte Akten Mit der Stellungnahme zur Eingabe der Klägerin vom 22. April 2016 reichte auch die B\_\_\_ AG neue Akten ein (act. B 16/28-32). Auch hier handelt es sich gesamthaft um mindestens mehrere Monate alte Schriftstücke und es wird mit keinem Wort erwähnt, weshalb diese erst jetzt eingereicht worden sind (act. B 15, S. 10 ff.). Auf diese unechten Noven ist somit ebenfalls nicht abzustellen.

#### **E. 4.7.2**

Vertragsauslegung im vorliegenden Fall Den Ausführungen des Kantonsgerichts zur Vertragsauslegung kann das Obergericht sich vollumfänglich anschliessend und es kann somit grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Aus Sicht des Obergerichtes sind fol- gende Ergänzungen anzubringen. - Die Behauptung, der Inhalt der öffentlich beurkundeten Grundstückkaufverträge ent- spreche nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen und diese seien simu- liert, wurde als unzulässiges nachträgliches Vorbringen (unechtes Novum) zu Recht nicht berücksichtigt. Korrekt hat die Vorinstanz weiter festgehalten, dass die Klägerin es bei der Darstellung des divergierenden Parteiwillens belassen habe, ohne einen konkreten tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen darzulegen (act. B 2/3, E. 5.3, S. 13). <sup>43</sup> vgl. die Zitate oben in Fn. 42. Seite 27 Dies wäre aber nötig gewesen, weil insbesondere das Verhältnis, in dem die Absichtserklärung vom 2. April 2012 und die öffentlich beurkundeten Grundstück- kaufverträge betreffend die Parzellen Nrn. 1 und 2, C\_\_\_, zueinander stehen, Fragen aufwirft: So werden die beiden fraglichen 4.5-Zi-Wohnungen an der C\_\_\_ in der Absichtserklärung auf Seite 1 unter der Überschrift „Abwicklung“ auf der Liste der durch die A\_\_\_ AG von der E\_\_\_ GmbH zu übernehmenden Vermögenswerte aufgeführt und als „Transaktions-/Kaufpreis“ werden die später verurkundeten Beträge von CHF 645'000.00 und CHF 755'000.00 erwähnt (act. B

24/3/16). Dieselben Objekte sind auch im „Anhang“ zur Absichtserklärung aufgelistet. Dort wird der Wert der Wohnungen ebenfalls mit CHF 645'000.00 und CHF 755'000.00 angegeben. Daneben findet sich die Bemerkung „über Rückfluss C\_\_\_ finanziert“. In der Rubrik „Eigenmittel“ wird je ein Betrag von CHF 0.00 aufgeführt und die „Werthaltigkeit mit CHF 129'000.00 resp. CHF 151'000.00 angegeben. Aus den Akten ergibt sich, dass die A\_\_\_ AG gemäss Absichtserklärung folgende Zahlungen geleistet hat: - Bezahlung von CHF 150'000.00 auf das Konto der E\_\_\_ GmbH (act. B 24/3/19); - Bezahlung von CHF 250'000.00 als Kreditsicherungsgarantie zu Gunsten der B\_\_\_ AG zur Sicherung von Schulden der E\_\_\_ GmbH (act. B 24/3/20); - Bezahlung von CHF 516'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B\_\_\_ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 1 an der C\_\_\_ angegeben (act. 3/29); - Bezahlung von CHF 604'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B\_\_\_ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 2 an der C\_\_\_ angegeben (act. 3/29). Hingegen wurde der in der Absichtserklärung auf S. 2 unten erwähnte Kaufvertrag über CHF 400'000.00 zur Übernahme der Vermögenswerte gemäss Anhang zur vor- liegenden Absichtserklärung vom 2. April 2012 offenbar nie abgeschlossen (act. B 24/32, S. 14). Aus verschiedenen Passagen in der Absichtserklärung ergibt sich sodann, dass die Abwicklung der erwähnten Transaktionen von weiteren Aktivitäten abhing resp. Hand in Hand mit diesen erfolgen sollte. So wird zum Beispiel das Datum der Transaktion vom Eingang der Kaufpreiszahlungen der beiden andern Käufer von Wohnungen in der Liegenschaft C\_\_\_, voraussichtliches Datum 31. Mai 2012, abhängig gemacht (act. B 24/16, S. 2 unten). Und die Differenz zwischen den beurkundeten Kaufpreisen Seite 28 und den durch die B\_\_\_ AG gewährten Krediten sollte über „Rückfluss C\_\_\_“ finanziert werden (gemäss dem Anhang zur Absichtserklärung). Was gelten soll, wenn die anderen Wohnungen in der Liegenschaft C\_\_\_ nicht wie vorgesehen verkauft werden resp. sich die Gewinnerwartungen nicht realisieren lassen, geht aus der Absichtserklärung hingegen nicht hervor. Während die Grundstückkaufverträge also in sich stimmig und klar sind, kann das von der Absichtserklärung gerade nicht gesagt werden. Diese enthält zwar auf der einen Seite klare Abmachungen, auf der andern Seite hängen die geplanten Trans- aktionen - wie schon der Name sagt - teilweise aber von erst geplanten bzw. erhoff- ten Aktivitäten Dritter und dem damit verbundenen Erlös ab. - Die Grundstückkaufverträge enthalten in Ziff. 47 die Klausel, dass sie anderen Abma- chungen, welche nicht klar sind, vorgehen. Eine Vertragsbestimmung, dass die Grundstückkaufverträge bei einem bestimmten Ereignis zum Beispiel nicht gelten sollen oder deren Gültigkeit umgekehrt von einem bestimmten Geschehen abhängt, enthalten diese aber nicht. - Schliesslich wurden die Grundstückkaufverträge erst zehn Tage nach Abschluss der Absichtserklärung öffentlich beurkundet. Als Fazit ergibt sich somit, dass zwei formgültigen, eindeutigen, vorbehaltlosen und zeit- lich später geschlossenen Grundstückkaufverträgen (vgl. Urteil der Vorinstanz, act. B 24/2/3, E 3.1.1, S. 7 f.) eine Absichtserklärung gegenüber steht, bei welcher sich zunächst die Frage der Gültigkeit stellt (vgl. Urteil der Vorinstanz, act. B 24/2/3, E 3.2, S. 9). Auf der anderen Seite hängen die in ihr getroffenen Abmachungen von künftigen Ereignissen ab oder nehmen auf erhoffte Gewinne Bezug. Was gelten soll, wenn die erhofften Ereignisse bzw. Gewinne nicht eintreten, wird hingegen nicht geregelt. Unter diesen Umständen gibt die Vertragsauslegung durch das Kantonsgericht in keiner Weise Anlass zur Kritik. Umso mehr als die Klägerin für die unsorgfältige Vertragsgestaltung eine Mitverantwortung trifft, da sie gemäss eigener Darstellung in diesen Prozess involviert war. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Kaufverträge bei einer Simula-

tion nichtig wären<sup>44</sup> und unter Umständen rückabgewickelt werden müssten<sup>45</sup>. Dies hat die A\_\_\_ AG jedoch nie verlangt oder auch nur behauptet. 44 AHMET KUT, a.a.O., N. 29 zu Art. 18 OR mit weiteren Hinweisen. Seite 29

### **E. 4.7.3**

Beweisanträge - Antizipierte Beweiswürdigung Nach Auffassung des Obergerichts ist das Kantonsgericht nicht rechtsfehlerhaft vorgegangen, als es die Einvernahme von K\_\_\_, J\_\_\_, G\_\_\_ und L\_\_\_ als Zeugen resp. als Partei ablehnte: Nach der Klägerin sollen die Zeugen bestätigen, bei den Parteien sei übereinstimmend der Wille vorhanden gewesen, dass kein über den Eigenmittelanteil in Höhe von CHF 400'000.00 hinausgehender Betrag geschuldet sei (act. B 1, S. 7). Bei der Vertragsauslegung (E. 4.7.2) hat sich ergeben, dass die Absichtserklärung zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH vom 2. April 2012 nebst klaren Abmachungen auch blosser Erwartungen im Sinne von geplanten Transaktionen beinhaltet. Weder in der Absichtserklärung noch in den zwischen den gleichen Vertragsparteien am 12. April 2012 öffentlich beurkundeten Kaufverträgen ist jedoch geregelt, was passiert, wenn die in der Absichtserklärung erwähnten Geschäfte nicht realisiert werden (können) und ob resp. was für Auswirkungen das auf die Grundstückkaufverträge hat. Selbst wenn der angebliche Konsens zwischen den Vertragsparteien beim Abschluss der Absichtserklärung vom 2. April 2012 von den Zeugen bestätigt würde, ändert dies somit nichts daran, dass die A\_\_\_ AG und die E\_\_\_ GmbH am 12. April 2012 je einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag bezüglich der Parzellen Nrn. 1 und 2, Grundbuch D\_\_\_, abgeschlossen haben und diese Verträge weder auf die Absichtserklärung Bezug nehmen noch irgendwelche Vorbehalte enthalten. Kommt hinzu, dass sich die Beweisanträge auf Gespräche zwischen den Exponenten der A\_\_\_ AG, nämlich K\_\_\_, J\_\_\_ und G\_\_\_, sowie den Vertretern der B\_\_\_ AG, W\_\_\_ und L\_\_\_, beziehen (act. B 1, S. 9 ff. act. B 24/1, S. ). Auch wenn der Klägerin zuzugestehen ist, dass die B\_\_\_ AG eine wichtige Rolle bei den Abmachungen zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH gespielt hat, interessiert hier ausschliesslich das Verhältnis zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH. Das Obergericht ist aufgrund der im Recht liegenden Akten zum Schluss gelangt (oben E. 4.7.2), dass die A\_\_\_ AG der E\_\_\_ GmbH für das Grundstück Nr. 1 C\_\_\_, einen Restkaufpreis von CHF 129'000.00 und für das Grundstück Nr. 2 einen solchen von CHF 151'000.00 schuldet. Den Umstand, dass zwischen der A\_\_\_ AG und der E\_\_\_ GmbH 45 HUGUENIN/MEISE, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 53 ff. zu Art. 19/20 OR mit weiteren Hinweisen. Seite 30 beim Abschluss der Absichtserklärung am 2. April 2012 der übereinstimmende Wille vorhanden gewesen ist, dass kein über den Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 hinausgehender Betrag geschuldet ist, erachtet das Obergericht mit Bezug auf die gesamten vertraglichen Abmachungen zwischen den Vertragsparteien als nicht rechtserheblich. Er vermöchte - selbst wenn die Zeugen ihn bestätigen würden - an der Überzeugung des Gerichts nichts zu ändern. Von den beantragten Zeugeneinvernahmen wird daher abgesehen. 5. Eventualstandpunkt 1 der A\_\_\_ AG: Verrechnung mit der Zahlung von CHF 400'000.00

### **E. 5**

Zulässigkeit weiterer Eingaben der Parteien

#### **E. 5.1**

Sollte mit der Zahlung des Eigenmittelanteils von CHF 400'000.00 und der Übernahme der in der Absichtserklärung aufgeführten Schulden die Übernahme sämtlicher Vermö-

genswerte nicht pauschal abgegolten sein, vertritt die A\_\_\_ AG im Sinne eines Eventualstandpunktes primär die Meinung, der noch offene Kaufpreis sei konsequenterweise mit den im Voraus geleisteten bzw. mittels Bankgarantie sichergestellten Eigenmitteln von CHF 400'000.00 zu verrechnen. Angesichts des offenen Restkaufpreises von insgesamt CHF 280'000.00 und des bezahlten Eigenmittelanteils von CHF 400'000.00 ergebe sich ein Saldo von CHF 120'000.00 zu ihren Gunsten (act. B 24/1, S. 15 und act. B 24/40, S. 14 ff. und 17).

## **E. 5.2**

Nach der B\_\_\_ AG handelt es sich bei der Zahlung der CHF 400'000.00 demgegenüber um eine Abgeltung für die Vermögenswerte, welche nicht im Rahmen öffentlich beurkundeter Kaufverträge übertragen worden sind. Mit der Zahlung der CHF 400'000.00 habe die Differenz zwischen der mutmasslichen Gesamtsubstanz von CHF 3'900'000.00 und den zu Marktpreisen im Rahmen der öffentlich beurkundeten Kaufverträge übertragenen Vermögenswerte abgegolten werden sollen (act. B 24/32, S. 10).

### **E. 5.2.1**

Unter diesem Gesichtspunkt ist zu prüfen, ob der Klägerin im Nachgang zu den Äusserungen der B\_\_\_ AG vom 26. Mai 2016 das Recht auf eine (weitere) Stellungnahme zusteht. Die Verfahrensleitung hat dieses Ersuchen mit der Begründung, dieses sei verspätet, am 29. Juni 2016 zurückgewiesen (act. B 18 und B 20).

### **E. 5.2.2**

Der Terminus "Replikrecht" wird nicht als Anspruch der klagenden Partei auf Einreichung einer zweiten Rechtsschrift in einem Verfahren mit doppeltem Schriftenwechsel verstan-

## **E. 5.3**

Das Kantonsgericht gelangte bei der Auslegung der diversen vertraglichen Abmachungen zum Schluss (act. B 2/3, E. 6.2, S. 17 ff., insb. S. 21 unten), dass die beiden Grundstücke durch eine Schuldübernahme sowie aus dem „Rückfluss C\_\_\_“ finanziert werden sollten. Das bedeute, dass die CHF 400'000.00 nicht für die beiden Grundstücke Seite 31 bestimmt sein konnten. Da die A\_\_\_ AG einen Kaufpreis von CHF 400'000.00 zu entrichten gehabt habe, könne die Zahlung nur als pauschale Abgeltung für die Vermögenswerte verstanden werden, welche nicht im Rahmen von öffentlich beurkundeten Verträgen übertragen worden seien und die CHF 400'000.00 könnten nicht auf die ausstehenden Kaufpreise der Grundstücke Nrn. 1 und 2, C\_\_\_, angerechnet werden.

## **E. 5.4**

Damit das Rechtsmittel Erfolg haben kann, müssen sich sämtliche selbständig nebeneinander stehenden Begründungsstränge bzw. etwaige Eventualbegründungen der Vorinstanz als unrichtig erweisen. Die ZPO verlangt eine Begründung des Rechtsmittels und damit eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen. Auch wenn kein striktes Rügeprinzip gelten mag, kann sich der Rechtsmittelkläger nicht damit begnügen, nur eine der verschiedenen selbständigen Begründungen anzugreifen. Er muss sich mindestens ansatzweise mit sämtlichen selbständigen Begründungssträngen und Eventualbegründungen auseinandersetzen<sup>46</sup>.

## **E. 5.5**

Im Rahmen der Berufung hat die A\_\_\_ AG sich nicht mehr zum Eventualstandpunkt 1 geäußert und den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich auch nicht kritisiert. Das hat nach dem oben Gesagten zur Folge, dass das Obergericht sich mit dem Eventualstandpunkt 1 der Klägerin, der Verrechnung der offen gebliebenen Positionen aus den Grundstückkaufverträgen mit der Zahlung von CHF 400'000.00, nicht mehr auseinanderzusetzen braucht. 6. Eventualstandpunkt 2 der A\_\_\_ AG: Verrechnung mit dem Rückfluss C\_\_\_

## **E. 6**

SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 792 ff., insbesondere Rz. 803; gl. Meinung REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 56 f. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 317 ZPO; Thomas Alexander Steininger, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 317 ZPO; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1260. 7 REETZ/HILBER, a.a.O., N. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 6 zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, a.a.O., N. 2 f. zu Art. 317 ZPO; Thomas Alexander Steininger, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 317 ZPO. 8 ALEXANDER BRUNNER, a.a.O., N. 3 zu Art. 317 ZPO.

### **E. 6.1**

Die A\_\_\_ AG bringt vor (act. B 24/40 S. 18 ff.), die E\_\_\_ GmbH habe in D\_\_\_ an der C\_\_\_ ein Mehrfamilienhaus realisiert. Dieses Projekt sei über die Bank-Z finanziert worden. Sämtliche Ausgaben und Einnahmen im Zusammenhang mit der Realisierung des Projekts seien über ein Baukreditkonto gelaufen. Die Hypotheken, welche sie für die Grundstücke Nr. 1 und Nr. 2 habe aufnehmen müssen, seien entsprechend auf dieses Baukreditkonto geflossen. In den Absichtserklärungen und der vorvertraglichen 46 OLIVER M. KUNZ, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 87 zu Art. 311 ZPO; KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 16 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 42 zu Art. 311 ZPO. Seite 32 Korrespondenz werde oft der Ausdruck „Rückfluss C\_\_\_“ verwendet. Beim „Rückfluss C\_\_\_“ handle es sich demnach um den Saldo auf dem Baukreditkonto C\_\_\_ nach Tilgung aller Kosten und nach Eingang aller Erlöse aus dem Verkauf der Stockwerkeigentumseinheiten. An der Besprechung vom 7. März 2012 seien sich die Parteien einig gewesen, dass der „Rückfluss C\_\_\_“ der A\_\_\_ AG zustehe. Der Rückfluss sei jedoch nie an die Klägerin abgetreten worden. Die B\_\_\_ AG habe sich stets bemüht, Aussagen über die Höhe des „Rückflusses C\_\_\_“ zu vermeiden. Die A\_\_\_ AG habe aber mittlerweile Kenntnis davon, dass die B\_\_\_ AG im Zusammenhang mit dem „Rückfluss C\_\_\_“ einen Zahlungseingang von CHF 337'000.00 habe verzeichnen können. Mit Valuta vom 19. Juni 2012 habe die E\_\_\_ GmbH ab dem Baukreditkonto C\_\_\_ bei der Bank-Z den Betrag von CHF 165'000.00 auf ihr Konto bei der B\_\_\_ AG übertragen. Am 6. Dezember 2012 habe die E\_\_\_ GmbH ab dem Baukreditkonto C\_\_\_ einen weiteren Betrag von CHF 172'000.00 auf ihr Konto bei der B\_\_\_ AG einbezahlt. Insgesamt sei demnach im Zusammenhang mit dem „Rückfluss C\_\_\_“ der Betrag von CHF 337'000.00 auf ein Konto der E\_\_\_ GmbH bei der B\_\_\_ AG eingegangen. Die E\_\_\_ GmbH habe aus dem „Rückfluss C\_\_\_“ unrechtmässig einen Betrag von CHF 337'000.00 eingenommen, welcher der A\_\_\_ AG zustehe. Sollte das

Gericht zum Schluss gelangen, diese müsse neben den Eigenmitteln von CHF 400'000.00 weitere Kaufpreisanteile leisten, werde hiermit der Betrag von CHF 337'000.00 zur Verrechnung gestellt.

### **E. 6.2**

Die B\_\_\_ AG bestreitet, dass sie „unrechtmässig“ Zahlungen aus dem der A\_\_\_ AG zustehenden Überschuss „C\_\_\_“ eingenommen haben soll (act. B 24/51, S. 7 f.). Die beiden Grundstücke Nr. 1 und Nr. 2, für welche Baukreditforderungen bzw. Hypothekarschulden bei der Bank-Z bestanden hätten, stammten aus dem Bauprojekt C\_\_\_. Aus dem Verkauf der beiden Wohnungen von der E\_\_\_ GmbH an die A\_\_\_ AG hätten nicht nur die Hypothekarkreditschulden an die Bank-Z bezahlt werden sollen (mit- tels Umfinanzierung [Schuldübernahme] bzw. neuer Hypothekarkredite von der B\_\_\_ AG an die A\_\_\_ AG), sondern es hätte ein Überschuss (sog. „Rückfluss C\_\_\_“) zugunsten der Gesellschaft resultieren sollen (act. B 24/32, S. 20). Der „Rückfluss C\_\_\_“ sei mit einem Betrag von CHF 600'000.00 eingeschätzt worden, welcher bestenfalls dazu dienen sollte die Kaufpreise, welche die A\_\_\_ AG für den Kauf der Grundstücke Nr. 1 und Nr. 2 zu leisten hatte, zu „refinanzieren“. Dies bedeute natürlich nicht, dass die Kaufpreise durch die A\_\_\_ AG nicht geschuldet seien bzw. nicht bezahlt werden müssten (act. B 24/32 S. 21). Seite 33

### **E. 6.3**

Wie bereits zum Eventualstandpunkt 1 dargelegt, handelt es sich gemäss dem Kantonsgericht beim Anhang zur Absichtserklärung um ein Finanzierungskonzept. Die B\_\_\_ AG bestreite, dass die A\_\_\_ AG einen Anspruch auf den „Rückfluss C\_\_\_“ habe. Die Parteien gingen von einem mutmasslichen Rückfluss von CHF 600'000.00 aus. Der „Rückfluss C\_\_\_“ sei, wie auch die Grundstücke Nr. 1 und Nr. 2, als ein zu übertragendes Objekt im Anhang der Absichtserklärung aufgelistet. Gemäss Anhang zur Absichtserklärung sollten aus dem Rückfluss die Ausstände des Grundstücks Nr. 1 (CHF 129'000.00), Nr. 2 (CHF 151'000.00) und der Garagen „O\_\_\_“ (CHF 36'000.00) finanziert werden. Sollten die Ausstände aus dem Rückfluss „C\_\_\_“ finanziert werden, so sei nicht einzusehen, warum der Rückfluss nicht der A\_\_\_ AG zustehen sollte und sie diesen zur Verrechnung der Ausstände stellen könne. Um den angeblichen „Rückfluss C\_\_\_“ zur Verrechnung stellen zu können, habe die A\_\_\_ AG diesen substantiiert zu behaupten. Diese mache geltend, die E\_\_\_ GmbH habe aus dem „Rückfluss C\_\_\_“ unrechtmässig einen Betrag von CHF 337'000.00 eingenommen. Den Betrag leite sie von einer Zahlung von CHF 165'000.00 und CHF 172'000.00 ab, welche die E\_\_\_ GmbH vom besagten Baukreditkonto auf ihr Konto bei der B\_\_\_ AG übertragen haben soll. Damit behaupte die A\_\_\_ AG aber keinen „Rückfluss“. Auf welchem Konto sich der besagte „Rückfluss“ befinde, sei irrelevant. Vielmehr hätte die A\_\_\_ AG darzulegen, dass ihr nach Realisierung des Projekts „C\_\_\_“ unter Abzug aller Aufwände ein Überschuss in einer bestimmten Höhe zustehe. Dies habe sie nicht getan, so dass kein Überschuss behauptet sei. Eine Verrechnungsforderung der A\_\_\_ AG in Höhe von CHF 337'000.00 sei daher nicht dargetan und eine Verrechnung komme nicht in Betracht.

### **E. 6.4**

Im Berufungsverfahren wendet die A\_\_\_ AG dagegen ein (act. B 1, S. 25 f.), die Verrechnung sei in rechtsfehlerhafter Weise mit der Begründung verneint worden, es bestehe keine Verrechnungslage. Es sei bereits in der Klage unter Beweis gestellt worden, dass Konsens bestanden habe, dass ein Rückfluss aus dem Projekt C\_\_\_ der A\_\_\_ AG

zustehe. Der von dieser zu erbringende Eigenmittelanteil in Höhe von CHF 400'000.00 habe durch mögliche Erlöse aus dem Projekt C\_\_\_ refinanziert werden sollen. Die B\_\_\_ AG habe die genannten Beträge unstreitig erhalten und behalten. Die Vorinstanz sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Klägerin keinen Überschuss behauptet habe. Ausserdem seien in der Klage die Grundlagen für die Verrechnung dargelegt und zum Beweis verstellt worden. In der Berufungsantwort würden unechte Noven nachgeschoben, die nicht berücksichtigt werden dürften (act. B 11, S. 17 f.). So würden mit neu vorgetragenen Tatsachen- Seite 34 behauptungen neue Argumente konstruiert, um in Ergänzung zum Vortrag, der im Rahmen des erstinstanzlichen Schriftenwechsels erfolgt sei, Zweifel an der Darstellung der A\_\_\_ AG hinsichtlich des Prozessthemas C\_\_\_ zu schüren. Namentlich werde zu Unrecht behauptet, es sei zwischen den Parteien nicht rechtsverbindlich vereinbart worden, dass die aus den durch das Rechtsgeschäft übernommenen Projekten erzielten Erlöse nicht der Berufungsbeklagten zustünden (Anm. der Unterzeichneten: hier meint die A\_\_\_ AG nicht die B\_\_\_ AG, sondern offensichtlich sich selbst).

#### **E. 6.5**

Die B\_\_\_ AG hält dem entgegen (act. B 6, S. 16 f.), es sei keine Grundlage für Ansprüche der A\_\_\_ AG am vormaligen Baukreditkonto C\_\_\_ der E\_\_\_ GmbH ersichtlich. Die Aussagen der B\_\_\_ AG im Schreiben vom 13. März 2012 würden keine Vereinbarung, keine Zusicherung und keine Zession zugunsten der A\_\_\_ AG darstellen. Es gehe nur um Überlegungen der finanzierenden Bank im Vorfeld der Absichtserklärungen, welche aber nicht so umgesetzt worden seien. Im Schreiben vom 19. März 2012 habe die B\_\_\_ AG von einer „Ausfinanzierung der CHF 2.4 Millionen ohne zusätzliche liquide Mittel aus dem Überschuss C\_\_\_“ gesprochen. Anhand der Tabelle der Absichtserklärungen sei ersichtlich, dass der allfällige Überschuss C\_\_\_ der E\_\_\_ GmbH zugutekommen sollte und quasi an die angedachte Schuldübernahme von CHF 2.4 Millionen angerechnet werden sollte, indem sich der notwendige Hypothekaranteil für die Liegenschaft Nr. 3 (mutmassliches Bauland) reduzieren liess. Weder in den Absichtserklärungen mit Tabelle noch in den Kaufverträgen oder einer anderen Vereinbarung sei festgehalten worden, dass der „Überschuss C\_\_\_“ an die A\_\_\_ AG abgetreten werde. Selbst wenn man - fälschlicherweise - davon ausgehen wollte, die B\_\_\_ AG habe sich dazu verpflichtet, den Überschuss C\_\_\_ an die A\_\_\_ AG abzutreten, könne diese gegenüber der E\_\_\_ GmbH und in Bezug auf die offenen Restkaufpreisforderungen der E\_\_\_ GmbH nichts für sich ableiten. Es gehe hier nicht um eigene Ansprüche der B\_\_\_ AG gegenüber der A\_\_\_ AG; dieser sei es umgekehrt verwehrt, behauptete Ansprüche aus angeblicher Vertragsbeziehung zur B\_\_\_ AG (verrechnungswise) in den Prozess einzuführen.

#### **E. 6.6**

Die Vorinstanz hat den Anspruch der Klägerin auf einen angeblichen „Rückfluss C\_\_\_“ gestützt auf die im Recht liegenden Akten grundsätzlich bejaht (act. B 2/3, E. 7.2, S. 23). Nach Auffassung des Obergerichts ist sie jedoch zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin nicht rechtsgenügend dargelegt hat, dass ihr nach Realisierung des Projekts „C\_\_\_“ unter Abzug aller Aufwände ein Überschuss in einer bestimmten Höhe zusteht. Das Kantonsgericht hat daher korrekt angenommen, es sei kein Überschuss behauptet. Mit diesen Überlegungen setzt die Klägerin sich in keiner Weise auseinander. Entgegen der Meinung der Klägerin ergibt sich ein Überschuss auch nicht aus den Seite 35 Vergütungsaufträgen der Bank-Z an die E\_\_\_ GmbH vom 9. Juni bzw. 6. Dezember 2012

(act. B 24/41/61). Diese Zahlungen belegen lediglich, dass die E\_\_\_ GmbH am 19. Juni 2012 aus dem Projekt C\_\_\_ einen Betrag von CHF 165'000.00 (act. B 24/41/62) und am 6. Dezember 2012 seitens des Ehepaars Y\_\_\_ eine Kaufpreiszahlung von CHF 172'000.00 (act. B 24/41/63) erhalten hat. Dass aus dem Projekt C\_\_\_ insgesamt ein Ertrag oder „Rückfluss“ resultierte, welcher für die Refinanzierung der entsprechenden Wohnungen eingesetzt werden konnte, ist damit aber weder behauptet noch dargelegt. Ist also eine Verrechnungsforderung in Höhe von CHF 337'000.00 nicht dargetan, kommt eine Verrechnung nicht in Betracht. Unter diesen Umständen braucht auf die angeblich in der Stellungnahme vom 22. April 2016 behaupteten Novenrechtsverletzungen durch die B\_\_\_ AG nicht weiter eingegangen zu werden. 7. Eventualstandpunkt 3 der A\_\_\_ AG: Verrechnung mit der Grundstückgewinnsteuer 7.1 In der Replik behauptete die A\_\_\_ AG (act. B 24/40, S. 30) die E\_\_\_ GmbH habe entgegen der öffentlich beurkundeten Kaufverträge die anfallenden Grund- stückgewinnsteuern nicht beglichen. Die Steuerverwaltung des Kantons Appenzell Aus- serrhoden habe daher Grundpfandrechte auf den beiden Grundstücken errichten lassen. Zur Abwendung der Grundpfandverwertung habe die A\_\_\_ AG einen Betrag in Höhe von CHF 10'813.15 zahlen müssen. 7.2 Die B\_\_\_ AG führte dazu aus, dass es zutrefte, dass die E\_\_\_ GmbH als Verkäuferin die aus dem Verkauf der Grundstücke Nrn. 1 und 2 anfallenden Grundstückgewinnsteuern schulde. Sofern die Klägerin nachweise, dass sie - wie sie behauptete - zur Abwendung einer Grundpfandverwertung Grundstückgewinnsteuerbeträge von CHF 10'813.15 bezahlt habe, seien diese wohl zu vergüten, d.h. könnten verrechnet werden. 7.3 Die Vorinstanz hat erwogen (act. B 2/3, E. 8.2, S. 25), die A\_\_\_ AG habe in pauschaler Weise behauptet, es sei ihr ein Aufwand von CHF 10'813.15 entstanden. Angesichts der pauschalen Behauptung sei die pauschale Bestreitung der Höhe durch die B\_\_\_ AG als genügende Bestreitung zu betrachten. So falle der A\_\_\_ AG die Beweislast zu. Da sie für den von ihr behaupteten Aufwand keine Beweise vorlege, sei die Verrechnung abzulehnen. Seite 36 7.4 Auch zu diesem Punkt hat die A\_\_\_ AG im Rechtsmittelverfahren keine Ausführungen gemacht und auf diesen Sachverhalt braucht demzufolge nicht weiter eingegangen zu werden (vgl. E. 5.4 und 5.5). 8. Fazit Nach dem Gesagten sind sowohl die Berufung als auch die Klage abzuweisen. III. Kosten 1. Erstinstanzliche Gerichtskosten Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozess- kosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht hat keinen neuen Entscheid getroffen, sondern das ange- fochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 17. August 2015 bestätigt (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Somit kann es auch bei der durch das Kantonsgericht festgesetzten Entscheid- gebühr bleiben, die sich im Übrigen im Rahmen der massgebenden Bestimmungen bewegt (Art. 17 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Gebührenordnung, bGS 233.3). 2. Gerichtskosten im Berufungsverfahren Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss hat die vor Obergericht vollumfänglich unterliegende Klä- gerin die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Entscheid- gebühr von CHF 15'500.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Gebührenordnung), welche mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000.00 ver- Seite 37 rechnet wird. Der Saldo von CHF 4'500.00 wird zur Deckung der erstinstanzlichen Gerichtskosten angerechnet. 3. Erstinstanzliche Entschädigung In der Regel sind keine

besonderen Anträge in Bezug auf die Kostenfolgen erforderlich: Über die Verteilung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens entscheidet die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen, d.h. auch ohne speziellen Antrag. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Parteientschädigung bloss auf Antrag zuzusprechen ist<sup>47</sup>. Die von der Vorinstanz festgelegten Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren kann die Rechtsmittelinstanz, wenn sie einen neuen Entscheid fällt, nicht nur dann neu verlegen, wenn diese ausdrücklich mitangefochten wurden, sondern auch bei Fehlen eines entsprechenden Antrags, jedenfalls insoweit, als die Kosten- und Entschädigungsfolgen auf dem materiellen Ergebnis des erstinstanzlichen Entscheids beruhen<sup>48</sup>. Ein spezifischer Antrag ist demgegenüber erforderlich bei der selbständigen Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, d.h. wenn eine andere Verteilung der Kosten und Entschädigungen selbst für den Fall der Bestätigung des vorinstanzlichen Sachentscheids verlangt wird. Dann muss der entsprechende Antrag auch beziffert werden<sup>49</sup>. Vorliegend wird die Berufung abgewiesen und der Entscheid des Kantonsgerichts in der Sache bestätigt. Es gibt mithin keinen Grund, an der Zusprechung der Parteientschädigung etwas zu ändern. Indessen hat das Kantonsgericht den Antrag von RA BB\_\_\_ um Zusprechung von Zuschlägen nach Art. 11 und 12 des Anwaltstarifs (AT, bGS 145.53) mit der Begründung abgelehnt, es handle sich nicht um ein aussergewöhnlich kompliziertes Verfahren, welches einen ausserordentlich hohen Zeitaufwand mit sich gebracht habe; zudem sei auch kein Beweisverfahren durchgeführt worden (act. B 2/3, E. 10, S. 26). Dem kann das Obergericht nicht folgen: Seines Erachtens handelt es sich um einen komplexen Fall, der aufgrund der umfangreichen Rechtsschriften und Einlegerakten einen überdurchschnittlichen Aufwand erfordert hat. <sup>47</sup> OLIVER M. KUNZ, a.a.O., N 73 f. zu Art. 311 ZPO; VIKTOR RÜEGG, Basler Kommentar, ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 105 ZPO; DAVID JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 3 und 6 zu Art. 105 ZPO. <sup>48</sup> OLIVER M. KUNZ, a.a.O., N 75 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, a.a.O., N. 44 zu Art. 311 ZPO. <sup>49</sup> OLIVER M. KUNZ, a.a.O., N 76 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, a.a.O., N. 20 zu Art. 311 ZPO: Seite 38 Entsprechend dem gestellten Antrag (act. B 21) können die Zuschläge somit gewährt werden. Diese sind je vom mittleren Honorar von CHF 18'340.00 zu berechnen und betragen CHF 4'585.00 (25 % gemäss Art. 11 AT) bzw. CHF 1'834.00 (10 % gemäss Art. 12 AT); total mit insgesamt CHF 24'759.00. Dazu kommen CHF 784.00 Barauslagen und CHF 2'043.00 MWST. Demgemäss hat die Klägerin die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren mit CHF 27'586.40 ausseramtlich zu entschädigen. 4. Parteientschädigung im Berufungsverfahren Die Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach denselben, bereits oben erwähnten Grundsätzen (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b i.V.m. Art. 106 ZPO). Für das Berufungsverfahren macht RA BB\_\_\_ eine Entschädigung im Umfang von 50 % des erstinstanzlichen Honorars in Höhe von CHF 9'456.50 geltend (act. B 21). Diese ist tarifkonform (Art. 20 Abs. 1 lit. a AT) und davon ist gemäss der Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) auszugehen. Zum Ausgangsbetrag kommen Barauslagen von CHF 140.00 und die Mehrwertsteuer von CHF 767.70; dies ergibt für das Rechtsmittelverfahren eine Entschädigung von insgesamt CHF 10'364.20. Seite 39 In Abweisung der Berufung erkennt das Obergericht:

## E. 9

vgl. dazu: SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 540 ff.

## **E. 10**

KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 10 zu Art. 317 ZPO.

## **E. 11**

SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 1001; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 21 Rz. 10. Seite 9

## **E. 12**

REETZ/HILBER, a.a.O., N. 27 zu Art. 317 ZPO;  
STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 21 Rz. 10. 13 REETZ/HILBER, a.a.O., N. 23 und 46 zu Art. 317 ZPO. 14 BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1305 und 1308. 15 MARTIN H. STERCHI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 7 zu Art. 317 ZPO, unter Hinweis auf LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar, Schweizerische. Zivilprozess- ordnung, N. 28 und 29 zu Art. 229 ZPO;  
STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 21 Rz. 10; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 345 ff. 16 SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 825. Seite 10 spricht eine solche Auffassung der Absicht des Gesetzgebers, der mit Art. 317 ZPO unnötige Verzögerungen des Prozesses verhindern wollte. Dieser Ansicht steht das Argument der materiellen Wahrheit gegenüber. Eine Korrektur kann jedoch in gewissen Fällen über das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision erfolgen. Das Obergericht ist der Ansicht, dass vorliegend die Novenschranke mit der Verfügung der Verfahrensleitung vom 29. Juni 2016 (act. B 20) gefallen ist, worin den Parteien bekannt gegeben wurde, dass der vorliegende spruchreife Prozess in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist. Mit dieser prozessleitenden Verfügung wurde das Behauptungsverfahren formell geschlossen und die Streitsache aus Sicht des Gerichtes als spruchreif erklärt<sup>17</sup>. Das Obergericht vertritt weiter, wie vorstehend angeführt, die Meinung, dass im Berufungsverfahren der formellen Wahrheit aus Gründen der Rechts- sicherheit und der Prozessbeschleunigung der Vorzug zu geben und nach Abschluss der Behauptungsphase - jedenfalls in Fällen, die der Verhandlungsmaxime unterstehen - Noven nicht mehr zuzulassen sind. Das Vorbringen von Noven bis zur Urteilsberatung oder -eröffnung würde die Gefahr endlosen Prozessierens mit sich bringen, weil das Gericht zunächst der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewähren und danach die Urteilsberatung neu ansetzen müsste, was wiederum Zeiträume eröffnen würde, in denen Noven eingebracht werden könnten (vgl. auch SEILER zur vergleichbaren Problematik im erstinstanzlichen Verfahren)<sup>18</sup>. Aus dem Gesagten folgt, dass die im Rahmen des Replikrechts vorgebrachten Noven - sofern sie die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllen, was unten bei der entspre- chenden Fragestellung zu prüfen ist - unbedenklich sind.

## **E. 17**

Urteil des Bundesgerichts 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.5. 18 BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1261. Seite 11 den, sondern generell als Recht zur Stellungnahme auf Eingaben von anderen Verfah- rensbeteiligten<sup>19</sup>. Dabei genügt es, wenn innert angemessener Frist entweder die Stellungnahme eingereicht oder um Fristansetzung nachgesucht wird<sup>20</sup>. Das Bundesgericht hat in einem neuesten Entscheid vom 4. April 2016 festgehalten<sup>21</sup>, dass die Behörde vor Ablauf einer Frist von zehn Tagen seit Zustellung einer Eingabe an eine Partei nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen darf. Das bedeutet wiede- rum, dass die Behörde nach Ablauf dieser zehn Tage, das heisst vom elften Tag an, ihr Urteil fällen darf. Im Gegensatz zum Bundesgericht, bei dem die Partei,

die ihr Replikrecht ausüben will, sicherstellen muss, dass ihre Eingabe spätestens am zehnten Tag beim Gericht eintrifft<sup>22</sup>, verfolgt das Obergericht Appenzell Ausserrhoden eine etwas grosszügige Praxis und lässt es genügen, dass innert 10 Tagen seit Zustellung einer Eingabe eine Stellungnahme verfasst resp. ein Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme gestellt wird, wobei jeweils die Postaufgabe massgebend ist. Anderer Meinung ist dagegen das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 24. Juli 2012<sup>23</sup>, indem es sich für die Beachtlichkeit der Eingabe ausspricht, solange der Entscheidung noch nicht gefällt ist. Sodann hat das Gericht aufgrund des Replikrechts vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel nur zu berücksichtigen, wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden<sup>24</sup>. Die Stellungnahme der B\_\_\_ AG vom 26. Mai 2016 wurde der Klägerin am 31. Mai 2016 zugeschickt (act. B 17). Diese hat die Vernehmlassung nach eigenen Angaben am 1. Juni 2016 erhalten (act. B 18) und daraufhin am 14. Juni 2016 um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer weiteren Eingabe ersucht (act. B 18). Das Obergericht durfte deshalb angesichts dessen, dass nach dem Versand der Eingabe von RA BB\_\_\_ vom 31. Mai 2016 an RA AA\_\_\_ (act. B 17) während mehr als 10 Tagen eine Stellungnahme seitens der Klägerin ausblieb, von einem definitiven Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und das Ersuchen vom 14. Juni 2016 erweist sich als verspätet und daher unbeachtlich. Das Fristende am 11. Juni 2016 fiel auf einen Samstag und es hätte daher spätestens am 13.

#### **E. 19**

HUNSPERGER/W ICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: AJP 2013 S. 975 Fn 1. 20 Urteil des Bundesgerichts 1B\_783/2012 vom 16. Oktober 2013 E. 5.3.1; BGE 138 I 484 E.

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