

GR_GERICHTE ZK2 2019 39 vom 30. März 2023

GR Gerichte, 2023-03-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2019_39

FR: GR_GERICHTE ZK2 2019 39 du 30 mars 2023

IT: GR_GERICHTE ZK2 2019 39 del 30 marzo 2023

Regeste

Forderung | Berufung OR Kauf/Tausch/Schenkung

Erwägungen

E. 3

/ 61 Ausgangswert zu bezahlen. Als Ausgangswert vereinbaren die Parteien CHF 3.3 Millionen für den ganzen in der Klinikzone liegenden Teil. Diese Bestimmung gilt für eine Dauer von 10 Jahren ab Unterzeichnung dieses Vertrages. Die Käuferschaft ist verpflichtet, der Verkäuferschaft Einsicht in die von ihr abgeschlossenen Veräusserungsverträge zu gewähren. D. Am 7. Juli 2009 änderte die Gemeinde Z._____ ihr Baugesetz und erweiterte die in der Kurbetriebszone zulässige Nutzung (Art. 70a BauG Z._____). Neben den Kurbetrieben waren neu auch solche Betriebe zulässig, welche in die kommunale Wirtschaftsstruktur passen und ein hohes langfristiges Wertschöpfungs- und Arbeitspotential aufweisen (Abs. 1), wie beispielsweise Forschungsstätten, Hotels oder Schulungs- und Ausbildungszentren (Abs. 3). Bedingung für die Zulässigkeit von solchen Betrieben war gemäss Abs. 2, dass sie entweder pro 100 m² realisierter Bruttogeschossfläche und Jahr eine wiederkehrende Wertschöpfung von mindestens CHF 600.00 erreichen oder pro 100 m² realisierter Bruttogeschossfläche mindestens einen langfristig gesicherten Arbeitsplatz generieren oder im Schnitt von drei Jahren mindestens 200 Übernachtungen pro angebotenem Bett erzielen. Reine Industrie- und Fabrikationsbetriebe und klassische Gewerbenutzungen sowie ausschliessliche Wohnnutzungen waren nach wie vor ausgeschlossen (Abs. 4). E. Am 12. Juni 2012 verkaufte die A._____ AG das Klinikgrundstück für CHF 15.8 Mio. an die N._____ weiter (RG act. II/34). Als die B._____ vom Verkauf erfuhr, ersuchte sie die A._____ AG um Einsicht in den Kaufvertrag, was diese verweigerte. F. Am 25. September 2015 leitete die B._____ ein Schlichtungsverfahren gegen die A._____ AG auf Aushändigung des Kaufvertrags und Beteiligung am Wiederverkaufsgewinn ein. G. Am 29. Februar 2016 reichte die B._____ die Klage gegen die A._____ AG beim Regionalgericht Prättigau/Davos ein. Sie enthält folgende Rechtsbegehren: 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 5'071'807.72 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 25.9.2015 zu bezahlen. 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

E. 4

(Rechtsmittelbelehrung).

E. 4.1

Beweisverfügungen stellen prozessleitende Verfügungen dar, für welche das Gesetz die Anfechtbarkeit mittels Beschwerde nicht ausdrücklich vorsieht. Damit sind solche grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar, sofern der betroffenen Partei kein

nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BB1 2006 S. 7221, 7377). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bewirken Anordnungen betreffend die Beweisführung in aller Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, da mit einem Rechtsmittel gegen den Entscheid für gewöhnlich erreicht werden kann, dass ein zu Unrecht verweigerter Beweis abgenommen oder ein zu Unrecht erhobener Beweis aus den Akten gewiesen wird (BGE 141 III 81 E. 1.2; Urteile des Bundesgerichts 5A_745/2014 vom 16. März 2015 E. 1.2.2; 5A_315/2012 vom 28. August 2012 E. 1.2.1). Entsprechend erfolgte die Anfechtung der Beweisverfügung korrekterweise mit dem Entscheid.

E. 4.2

Unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes haben die Parteien die Tatsachen, auf die sie sich stützen, darzulegen und die entsprechenden Beweismittel frist- und formgerecht anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Von Amtes wegen wird nur Beweis erhoben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 i.V.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO). Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2). Werden im Berufungsverfahren Beweisanträge wiederholt, die bereits in erster Instanz gestellt wurden, kann die Berufungsinstanz anordnen, die in erster Instanz erhobenen Beweise erneut abzunehmen, von der ersten Instanz nicht berücksichtigte Beweise abnehmen oder die Abnahme anderer Beweise anordnen. Allerdings verleiht Art. 316 Abs. 3 ZPO dem Berufungskläger keinen An-

E. 4.3

Die Berufungsklägerin hat diverse Beweismittel offeriert. Die Vorinstanz verzichtete auf die Abnahme von mehreren Zeugenbefragungen, die Edition diverser Akten, die Erstellung von Gutachten sowie die Einholung einer schriftlichen Auskunft. Dies ist grundsätzlich ein zulässiges Vorgehen und stellt keine Verletzung des Rechts auf Beweis dar, sofern eine antizipierte Beweiswürdigung gerechtfertigt ist. Die antizipierte Beweiswürdigung erlaubt es dem Gericht, weitere Beweismittel abzulehnen, wenn es in Würdigung der bereits erhobenen Beweismittel bzw. in Anwendung von Art. 157 ZPO zum Schluss kommt, weitere Beweisabnahmen vermöchten an seiner bereits feststehenden Überzeugung nichts mehr zu ändern; die antizipierte Beweiswürdigung darf allerdings nicht bloss auf allgemeiner Lebenserfahrung, allgemeinen tatsächlichen Vermutungen oder Indizien beruhen. Die antizipierte Beweiswürdigung dient der Verfahrensbeschleunigung und der Prozessökonomie. Voraussetzung für die Ablehnung weiterer Beweisabnahmen ist die – selbstverständlich in sorgfältiger, willkürfreier Beweiswürdigung gewonnene – Gewissheit des Gerichts, dass das abgelehnte Beweismittel auch dann nichts mehr an der richterlichen Überzeugung zu ändern vermöchte, wenn die Beweisabnahme die von der beweisführenden Partei aufgestellte Tatsa-

E. 4.3.1

Die Vorinstanz setzte sich mit den anbotenen Zeugen sowie den diesbezüglichen Behauptungen der Berufungsklägerin auseinander, kam allerdings zum Schluss, dass von einer Befragung der Zeugen abzusehen sei, da Zeugenbefragungen nicht geeignet seien, einzelne weit zurückliegende Zahlungen im Geschäftsverkehr zu beweisen (Entscheid Vorinstanz E. 5.2.1). Bereits in der Beweisverfügung hatte die Vorinstanz bezüglich der offerierten und abgelehnten Zeugen erwogen, dass diese beweisen sollten, dass die Beklagte

einen bestimmten Geldbetrag im Zusammenhang mit dem Klinikgrundstück bezahlt hätten. Was die Zahlung angehe, so würden die Zeugen diesen Vorgang kaum im Gedächtnis haben, sondern auf Unterlagen zurückgreifen. Die Beklagte verlange weder diese Unterlagen zur Edition noch reiche sie selbst einen Zahlungsbeleg ein. Das Gericht würdige die zu diesem Punkt schriftlich eingereichten Beweismittel. Was den Zahlungsgrund angehe, so würden mit der Rechnung und dem Bestätigungs schreiben bereits zwei Beweismittel vorliegen (act. B.2/A). Bezüglich der Baukosten führt die Berufungsklägerin aus, dass die Vorinstanz in der Beweisverfügung festgehalten habe, die Berufungsbeklagte würde die meisten Leistungen als solche ohnehin nicht bestreiten. Trotzdem liste sie diese Leistungen nochmals auf und offeriere nochmals die nicht abgenommenen Beweise (Zeugenbeweis), weil diese nicht primär die Zahlung, sondern die erbrachten Leistungen, die in Rechnung gestellte Forderung und den Umstand bestätigen sollen, dass die Leistungen für das Klinikgrundstück bzw. die Klinik erbracht worden sei. Die Ablehnungs begründung in der Beweisverfügung sei somit unvollständig. Namentlich offeriert die Berufungsklägerin nochmals folgende Zeugen: O.____, P.____, Q.____, R.____, S.____, T.____, U.____, V.____, W.____, X.____, Y.____, AA1.____, AA.____, AB.____, AC.____, AD.____, AE.____, AF.____, AG.____, AH.____, AI.____, AJ.____, AK.____, Y.____, AL.____, AM.____, AN.____, AO.____, AP.____, AQ.____, AR.____, AS.____, AT.____, AU.____, AV.____ (act. A.1 S. 29 ff. Rz. 42). Mit der Vorinstanz ist bezüglich der beantragten Zeugen festzuhalten, dass die Zeugen Jahre später wohl kaum den Vorgang der Zahlung an sich, noch die erbrachten Leistungen oder die in Rechnung gestellte Forderung in Erinnerung haben, sondern auf Unterlagen zurückgreifen müssten, welche von der Berufungs-

E. 4.3.2

Die Berufungsklägerin moniert, dass von der Berufungsbeklagten (recte: wohl Berufungsklägerin) ein Gutachten beantragt worden sei, welches die von ihr geltend gemachten Investitionen (Baukosten, Honorar und Finanzierungskosten) prüfen solle. In der Beweisverfügung sei dies abgelehnt worden, da nicht klar sei, welche Punkte die Beklagte mit dem Gutachten geklärt haben möchte. In der Duplik sei das Thema des Gutachtens aber deutlich dargelegt worden. Es gehe um die Frage, ob die geltend gemachten Rechnungen als Investitionen zu gelten haben. Die Expertise sei daher beantragt worden, weil die Berufungsbeklagte bei allen Rechnungen den Bezug zur Klinik, den Nutzen oder den Investitionscharakter etc. bestritten habe. Das Gutachten über die für das prozessgegenständliche Grundstück erbrachten Leistungen sei überdies bereits in der Duplik beantragt worden. Die Vorinstanz habe darauf unter anderem mit der Begründung verzichtet, die Berufungsbeklagte würde die meisten Leistungen als solche ohnehin nicht bestreiten. Es frage sich dann natürlich, weshalb die Vorinstanz diese nicht im Entscheid als Investitionen angerechnet habe. Wenn die meisten Leistungen nicht bestritten seien, dann seien die Investitionen ausgewiesen. Wenn das jedoch nicht ernsthaft gemeint sein sollte, dann sei die Begründung falsch. Daher werde diese Beweisofferte (Gutachten über den Umfang der Investitionen, Baukosten, Honorare, Planungskosten und Finanzierungskosten) wiederholt (act. A.1 S. 27 f. Rz. 40). Bei der Frage, wie der Begriff «Investitionen» vorliegend ausgelegt wird bzw. welche Kosten unter diese Investitionen zu subsumieren sind, handelt es sich um eine rechtliche Frage, wozu kein Gutachten erforderlich ist. Es geht in erster Linie nicht um die Frage, ob die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Kosten entstanden sind, sondern ob sie als abzugsfähige Investitionen zu qualifizieren sind. Aus einem Gutachten über die von der Berufungsklägerin getätigten

Investitionen oder Ausgaben werden sich somit keine für den Entscheid relevanten Erkenntnisse ergeben, weshalb dieses richtigerweise abgelehnt wurde.

E. 4.3.3

Die Berufungsklägerin beantragt des Weiteren ein Gutachten über die Auswirkungen der Nutzungsänderung (Expertise), wobei dieses erstinstanzlich von der Berufungsbeklagten beantragt worden sei (act. A.1 S. 11 ff. Rz. 18). Da es sich somit nicht um einen bereits vor der Vorinstanz gestellten Beweisantrag der Berufungsklägerin handelt, ist dieser weder form- noch fristgerecht erhoben worden, weshalb der Antrag abgelehnt wird.

E. 4.3.4

Die Berufungsklägerin bringt darüber hinaus vor, dass beantragt worden sei, die Steuerunterlagen der Berufungsbeklagten (recte: wohl der Berufungsklägerin) bei der Steuerbehörde AX._____ einzuholen. Aus diesen Unterlagen gehe hervor, dass die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Investitionen von der Berufungsklägerin bezahlt und von den Steuerbehörden akzeptiert worden seien. Die Berufungsbeklagte habe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 (RG act. I/5 S. 31 Ziff. 169) die Verbuchung der Investitionen und die steuerliche Abzugsfähigkeit bestritten, woraufhin diese Edition in der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 10. Juli 2017 offeriert worden sei. Die Vorinstanz habe in der Beweisverfügung festgehalten, dass erst die Ausführungen ab Seite 33 ff. der Stellungnahme der Berufungsbeklagten vom 14. Juni 2017 zulässig seien. Die Bestreitung der Berufungsbeklagten bleibe somit aus dem Recht gewiesen, womit die Vorinstanz die Behauptung, dass die Investitionen in den Jahresrechnungen der Berufungsbeklagten (recte: wohl Berufungsklägerin) verbucht und von den Steuerbehörden akzeptiert worden seien, im Entscheid als unbestritten und entsprechend als gegeben angesehen werden müssten. Sie habe dies nicht getan und auch die Beweisofferte der Berufungsklägerin abgewiesen. Auch der Treuhänder AW._____ hätte dazu befragt werden sollen, wovon die Vorinstanz aber in der Beweisverfügung vorerst abgesehen habe, jedoch im Entscheid selber die definitive Ablehnung nicht mehr näher erläutert habe. Daher würden die beiden Beweismittel (Zeugeneinvernahme von AW._____ sowie Edition sämtlicher Steuerunterlagen der A._____ AG seit 2007 aus den Händen der Steuerbehörde AX._____) nochmals offeriert werden (act. A.1 S. 28 f. Rz. 41). Ob die Schlussfolgerung der Berufungsklägerin, dass die Bestreitung der Berufungsbeklagten aus dem Recht gewiesen bleibe, womit die Vorinstanz die Behauptung, dass die Investitionen in den Jahresrechnungen der Berufungsklägerin verbucht und von den Steuerbehörden akzeptiert worden seien, im Entscheid als unbestritten hätte ansehen und entsprechend als gegeben hinnehmen müssen, wird nachfolgend zu prüfen sein. Fest steht jedoch, dass die Ablehnung der Edition der Steuerunterlagen der Berufungsklägerin richtig ist, zumal die entsprechenden Passagen aus der Stellungnahme der Berufungsklägerin vom 10. Juli 2017 nicht berücksichtigt wurden.

E. 4.3.5

Die Vorinstanz hat in der Beweisverfügung die von der Beklagten (Berufungsklägerin) beantragte schriftliche Auskunft der Gemeinde Z._____ zur Frage, ob keine Klinik aufgrund der erweiterten Kurbetriebszone nennenswert erweitert genutzt würde und ob die Gemeinde Z._____ deshalb bereits darüber nachdenke, die Zone erneut zu erweitern, mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Frage das Ausmass der zonenplanerischen Massnahme betreffen würde, der das verfahren-

E. 4.3.6

Auf den Seiten 44 und 50 der Berufung (act. A.1) beantragt die Berufungsklägerin einen Augenschein. Der beantragte Augenschein wird inhaltlich in Zusammenhang mit der Rechnung der AG. _____ vom 10. März 2008 (RG act. III/28.60) erwähnt. Die Arbeiten könnten besichtigt werden. Dies gelte im Übrigen für alle getätigten Arbeiten und auch hinsichtlich der mangelhaften Statik und des ungenügenden Brandschutzes, weshalb sie für alle diese Themen einen Augenschein beantrage. Die Vorinstanz hatte dies mit der Begründung abgelehnt, dass keine entscheidungswesentlichen Ergebnisse zu erwarten seien (act. B.2/C). Daran ist festzuhalten, da ein Augenschein Jahre später keinen Sinn macht, da sich nicht mehr beweisen lässt, in welchem Zustand sich welche Bauten oder Arbeiten zum relevanten Zeitpunkt befanden.

E. 4.3.7

Auf Seite 46 und 48 der Berufung (act. A.1) beantragt die Berufungsklägerin aus den Händen der AH. _____ sämtliche Unterlagen betreffend die Klinik B. _____ Z. _____ zur Edition. Die Vorinstanz habe dieses Editionsbegehren mit der Begründung abgelehnt, dass es zum jetzigen Zeitpunkt nicht entscheidungsrelevant sei. Sie habe aber nicht ausgeführt, weshalb dies so sei. Es sei auch nicht ersichtlich, weil die Rechnung ausgewiesen sei. Auch zum jetzigen Zeitpunkt werden die Unterlagen der AH. _____ nicht als entscheidungsrelevant betrachtet. Welche Positionen als Investitionen betrachtet werden und somit abzugsfähig sind, ist in erster Linie aufgrund der Auslegung der verwendeten Begrifflichkeiten zu bestimmen. In diesem Sinne sind die zur Edition beantragten Unterlagen nicht notwendig.

E. 4.3.8

Die Berufungsklägerin beantragt auf den Seiten 64 und 67 der Berufung (act. A.1) aus den Händen des Regionalgerichts Prättigau/Davos die Akten betreffend Beweissicherungsverfahren der Beklagten (Berufungsklägerin) in Zusammenhang mit der Klinik B. _____ Z. _____ zur Edition. Dieser Beweisantrag stellt die Berufungsklägerin in Zusammenhang mit den Kosten des Kreisamtes Z. _____ in der Höhe von CHF 45'000.00 vom 27. Februar 2008 (RG act. III/29.10) und von CHF 3'262.50 vom 24. Oktober 2008 (RG act. III/29.28). Aus den Unterlagen gehe hervor, dass es sich bei diesen Kosten um die Gebühren in Zusammenhang mit

E. 4.3.9

Die Berufungsklägerin wiederholt auf Seite 71 der Berufung (act. A.1) den Antrag auf Einholung eines Gutachtens zu den Planungskosten. In der Beweisverfügung seien die Beweisofferten der Parteien (beide hatten je ein Gutachten über die Planungshonorare beantragt) mit der Begründung abgewiesen worden, die Planungskosten seien nicht substantiiert behauptet worden, weshalb auf ein Gutachten verzichtet werde. Diese Ansicht sei unzutreffend. Wie nachfolgend noch aufgezeigt werden wird, wurden die Planungskosten tatsächlich nur ungenügend substantiiert, weshalb sich ein Gutachten dazu erübrigt. Ohnehin wäre ein Gutachten über die Planungskosten nicht zielführend, da es eine Rechtsfrage ist, ob die behaupteten Planungskosten als Investitionen im zwischen den Parteien vertraglich festgehaltenen Sinne zu gelten haben und somit abzugsfähig sind. Ein Expertengutachten ist dazu nicht notwendig.

E. 4.3.10

Die Berufungsklägerin moniert, die Vorinstanz habe sodann erst einstweilen auf die Edition sämtlicher Baugesuche betreffend Klinik B._____ für den Zeitraum 2004 bis heute verzichtet, es fehle an einer Begründung. Die Beweisofferte, dass aus den Händen der Gemeinde Z._____ sämtliche Baugesuche betreffend Klinik B._____ von 2004 bis heute zu edieren seien, werde wiederholt (act. A.1 S. 71 Rz. 44). Die Vorinstanz hat in der Beweisverfügung festgehalten, dass es um die Frage gehe, ob die von der Berufungsklägerin behaupteten Leistungen als vertraglich vereinbarte abzugsfähige Investitionen gelten. Das Gericht kläre vorerst den dem Vertrag zugrundeliegenden Investitionsbegriff und verzichte einstweilen darauf, die Edition anzuordnen. Aufgrund des von der Vorinstanz ermittelten Investitionsbegriffs war folglich die Edition der Baugesuche betreffend Klinik B._____ nicht notwendig, wovon auch die Berufungsinstanz ausgeht.

E. 4.3.11

Bezüglich der Finanzierungskosten wiederholte die Berufungsklägerin auf Seite 75 der Berufung (act. A.1) die Beweisofferte, dass aus den Händen der D._____ Bank sämtliche Unterlagen der Berufungsklägerin betreffend Klinik B._____ Z._____ und aus den Händen der AY._____ sämtliche Unterlagen der Berufungsklägerin betreffend Klinik B._____ Z._____ zu edieren seien. Die Vorin-

E. 4.3.12

Weiter hält die Berufungsklägerin an dem bereits vor Vorinstanz beantragten Gutachten über den Schaden aufgrund des mangelhaften Kaufobjekts (Expertise) fest (act. A.1 S. 83/84). Die Vorinstanz hat in E. 6.2 des Entscheids erwogen, dass das Gericht davon ausgehe, dass die Beklagte den Zustand des Klinikgebäudes zutreffend schildere. Es gelange zum Schluss, dass die Klägerin auch unter dieser Annahme nicht für die Mängel einzustehen habe. Damit erübrige sich ein Beweisverfahren zum Zustand des Klinikgebäudes. Der Entscheid, auf das Gutachten zu verzichten, wurde also durchaus begründet. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, teilt das Kantonsgericht die diesbezügliche Auffassung der Vorinstanz, weshalb ein Gutachten über den Schaden nicht notwendig ist.

E. 4.3.13

Zudem beantragt die Berufungsklägerin aus den Händen des Regionalgerichts Prättigau/Davos sämtliche Verfahrensakten in der Rechtsstreitigkeit der Berufungsklägerin gegen die Genossenschaft Kinderklinik Z._____ zur Edition (act. A.1 S. 86). Die Vorinstanz habe auf die Edition der Akten einstweilen (aber nie definitiv) verzichtet, weil es sinngemäss um den vereinbarten Investitionsbegriff gehen würde. Die Begründung habe aber nichts mit dem Editionsbegehren zu tun. Es gehe um den Nachweis, dass der Mietvertrag ernst gemeint gewesen sei. Die Berufungsklägerin will in diesem Zusammenhang einen entgangenen Gewinn (Mieteinnahmen) aufgrund eines Mangels zur Verrechnung bringen. Wie bereits unter E. 4.3.12 erwähnt wurde und nachfolgend noch ausgeführt wird, hat die Berufungsbeklagte nicht für die Mängel einzustehen, weshalb auch kein Schadenersatz aufgrund von Mängeln gegenüber der Berufungsbeklagten geltend gemacht

E. 5

(Rechtsmittelbelehrung).

E. 6

/ 61 Auf den separaten Antrag der Beklagten auf Aufhebung der Beweisverfügung und auf Abnahme weiterer Beweise sei nicht einzutreten, eventueliter sei der Antrag abzuweisen. P. In ihrer Anschlussberufungsantwort vom 27. August 2019 stellte die Berufungsklägerin folgende Rechtsbegehren: 1. Die Anschlussberufung der B. _____ sei abzuweisen. 2. Das angefochtene Urteil des Regionalgerichts Prättigau/Davos vom 20. September 2018 in Sachen der Parteien sei aufzuheben, und die Klage sei vollständig abzuweisen. 3. Die Beweisverfügung des Einzelrichters des Regionalgerichts Prättigau/Davos vom 12. Januar 2018 sei aufzuheben und die von der Berufungsklägerin beantragten, aber nicht abgenommenen Beweise, welche mit vorliegender Berufung nochmals offeriert werden, seien abzunehmen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST – auch für das vorinstanzliche Verfahren – zulasten der Berufungsbeklagten bzw. der Klägerin und Anschlussberufungsklägerin. II. Erwägungen 1. Beim angefochtenen Entscheid, welcher eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von mehr als CHF 10'000.00 zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Entscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 EGzZPO. Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid des Regionalgerichts Prättigau/Davos vom 20. September 2018 wurde den Parteien am 29. März 2019 begründet mitgeteilt. Die Berufung erfolgte mit Eingabe vom 16. Mai 2019 und damit, unter Berücksichtigung der Gerichtsferien über Ostern, fristgerecht. Die übrigen Eintensvoraussetzungen geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Anträge und Begründung ist daher auf die eingereichte Berufung grundsätzlich einzutreten.

E. 6.1

In einem ersten Punkt stellt sich die Berufungsklägerin auf den Standpunkt, dass zwischen den Parteien kein Konsens in Bezug auf den Begriff Umzonung zustande gekommen sei, zumal die Berufungsbeklagte dazu keinen Willen (keinen Gedanken) gebildet habe. Sofern dennoch ein normativer Konsens zustande gekommen sei, könne die Auslegung nicht auf etwas abstellen, woran nachweislich keine Partei bei Vertragsabschluss gedacht habe. Die Berufung sei entsprechend gutzuheissen, weil entweder kein Konsens über den Begriff Umzonung zustande gekommen sei, dieser aber für die Kaufpreiserhöhung als objektiv wesentlicher Vertragspunkt erforderlich sei. Oder die Berufung sei gutzuheissen, weil ein normativer Konsens vorliege, wie es die Berufungsbeklagte verstehen durfte und musste, nämlich, dass unter Umzonung eine Änderung der Nutzungszonenzuweisung nach dem Vorbild der Umzonung G. _____ zu verstehen sei, diese Umzonung aber nicht erfolgt sei, weshalb eine Voraussetzung für die Kaufpreiserhöhung fehle. Im Sinne einer Alternativbegründung liege möglicherweise ein Erklärungsirrtum auf Seite der Berufungsbeklagten vor, da sich die Berufungsbeklagte keine Vorstellung über den Inhalt des Begriffs Umzonung gemacht habe (fehlende Vorstellung), gleichwohl aber diesen Begriff verwendet habe (act. A.1 S. 4 ff.).

E. 6.2

Die Berufungsbeklagte vertritt die Auffassung, dass der Begriff der Umzonung isoliert gar nicht entscheidend sei. Entscheidend sei vielmehr, wie die Klausel in ihrer generellen Wirkungsweise verstanden worden sei. Dabei zeige sich, dass sich die nachgewiesene

Vorstellung der Berufungsbeklagten, wie sie namentlich in der Aussage des Zeugen Bald zum Ausdruck gekommen sei, mit dem Auslegungsergebnis decke, das die Vorinstanz ermittelt habe. Damit bestehe zumindest ein normativer Konsens. Entgegen den Behauptungen der Berufungsklägerin habe sich die Berufungsbeklagte sehr wohl Gedanken über die generelle Wirkungsweise der Klausel gemacht. Darin sei beinhaltet gewesen, dass die Klausel bei sämtlichen Rechtsänderungen im Baurecht mit bedeutendem Wertsteigerungspotential greifen sollte. Die Berufungsbeklagte habe also keine ungewollte Erklärung abgegeben.

E. 6.3

Zum Zeitpunkt des Verkaufs der Klinikparzelle an die Berufungsklägerin befand sich diese in der Zone für Kurbetriebe. Im Jahr 2009, also zwei Jahre, nachdem die Parteien den Kaufvertrag abgeschlossen hatten, änderte die Gemeinde Z. _____ ihr Baugesetz und erweiterte die in der Zone für Kurbetriebe zulässige Nutzung. Zwischen den Parteien streitig ist, ob diese Änderung des Baugesetzes der Gemeinde Z. _____ eine «Umzonung» im Sinne der im Kaufvertrag in Ziffer 3 festgehaltenen Kaufpreiserhöhungsklausel darstellt oder nicht.

E. 6.4

Grundlage für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages bildet dessen Inhalt. Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 144 III 43 E. 3.3). Im Prozess muss der Richter zunächst die wirkliche und gemeinsame Absicht der Parteien prüfen, gegebenenfalls empirisch auf der Grundlage von Indizien (BGE 132 III 268 E. 2.3.2; 132 III 626 E. 3.1). Indizien in diesem Sinne bilden nicht nur der Wortlaut der Willenserklärungen, seien sie mündlich oder schriftlich, sondern auch ihr allgemeiner Kontext, das heisst alle Umstände, welche die Entdeckung des wirklichen Willens der Parteien erlauben, seien es Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragsabschlusses abgegeben wurden, oder Tatsachen, die sich nach diesem ereignet haben, namentlich das spätere Verhalten der Parteien, das den ursprünglichen Willen der Parteien Aufschluss geben kann (BGE 144 III 93 E. 5.2.2 = Pra. 2019 Nr. 40). Kann ein tatsächlich übereinstimmender Wille der Parteien nicht festgestellt werden (fehlender natürlicher Konsens), so ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Bestimmung des rechtlichen Konsenses), d.h. der mutmassliche Parteiwille ist danach zu ermitteln, wie der jeweilige Erklärungsempfänger die Willensäusserung der anderen Vertragspartei nach den gesamten Umständen nach Treu und Glau-

E. 6.5

Ein tatsächlicher Konsens liegt bezüglich der Definition des Begriffes «Umzonung» nicht vor. Keine der Parteien hat nachgewiesen, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien klar war, dass im Falle einer Erweiterung der Nutzung in der Zone für Kurbetriebe eine Umzonung im Sinne der Kaufpreiserhöhungsklausel vorliegen würde oder nicht. Vielmehr haben beide Parteien erklärt, dass nicht speziell über den verwendeten Begriff «Umzonung» diskutiert worden sei. Demnach ist der Vertrag bzw. die Kaufpreiserhöhungsklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und der rechtliche Konsens zu bestimmen. Es ist der mutmassliche Parteiwille danach zu ermitteln, wie der jeweilige Erklärungsempfänger die Willensäusserung der anderen Vertragspartei nach den gesamten Umständen nach Treu

und Glauben verstehen durfte und musste. Davon ausgehend, dass die gewählten Bezeichnungen von den Vertragsparteien gewöhnlich in ihrer objektiven Bedeutung verwendet werden und den korrekten Sinn der Erklärung wiedergeben, hat ein klarer Wortlaut bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip Vorrang vor weiteren Ausle-

E. 6.6

Der Zeuge AZ._____, welcher zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Verträge Präsident des Verwaltungsrats der Berufungsbeklagten und gleichzeitig Mitarbeiter im BP._____ war, gab in diesem Zusammenhang an, dass die eigentliche Vertragsformulierung von BA._____ gefertigt worden sei. Sie als BP._____ hätten natürlich die Vorgabe gemacht, dass sie «unbedingt an einer Gewinnsteigerung der Liegenschaft partizipieren wollten, wenn die denn eingetreten wäre», und dies sei dann ja hier auch definiert worden (RG act. IX/1 Frage 2). In Bezug auf die zur

E. 6.7

Die Berufungsklägerin moniert, dass die Vorinstanz mit keinem Wort erwähnt habe, dass unbestrittenermassen der Umzonungsfall G._____ der Grund gewesen sei, weshalb die Umzonung als eine Voraussetzung der Kaufpreiserhöhung vereinbart worden sei. Sie verweist dabei auf ein Zitat der Berufungsbeklagten aus der Replik (Seite 5, Ziff. 16): «Die Umzonung des «G._____» war Herrn AZ._____ und Herrn BB._____ als Vertreter der Klägerin und der C._____ das bekannte Beispiel dafür, wie es zu einer Wertsteigerung kommen kann und Anlass dafür, zu verlangen, dass ein Zufallsgewinn geteilt wird». Weiter hat die Berufungsbeklagte in der Replik aber folgendes festgehalten: «Über die Definition weiterer möglicher zonenplanerischer Massnahmen machten sie sich keine Gedanken. Die Parteien wollten dementsprechend auch keine Beschränkung auf eine Umzonung in eine Zone für städtisches Wohnen oder in einer Ortsrandzone. Sie wollten vielmehr verhindern, dass eine Wertsteigerung bei der Klinik durch zonenplanerische Massnahmen entsteht, ohne dass die Klägerin eine Aufbesserung erhält. Daher trifft es nicht zu, dass die Parteien bei einer Nutzungserweiterung keine Kaufpreisnachbesserung vereinbaren wollten. Die technischen Details waren den Parteien einerlei» (RG act. I/3 Rz. 16). Anlässlich der Volksabstimmung der Gemeinde Z._____ vom 31. Oktober 2004 wurde der G._____ aus der Kurbetriebszone in die Zone für städtisches Wohnen (Art. 59 Baugesetz der Gemeinde Z._____) umgeteilt (RG act. II/10 Ziff. 2). Mit Schreiben vom 16. März 2007 hatte die Gemeinde Z._____ den Parteien mitgeteilt, dass der BD._____ anlässlich sei-

E. 6.8

Die Berufungsklägerin vertritt weiter die Auffassung, dass die Vorinstanz einfach der bestrittenen Behauptung folge, dass die Kausalität zwischen Umzonung und Werterhöhung aufgegeben worden sei, ohne dies zu begründen. Effektiv sei die Kausalität nicht aufgegeben worden, weil ja die Umzonung nach wie vor eine kausale Voraussetzung gewesen sei, damit der Kaufpreis überhaupt ange-

E. 7

/ 61 2.1. Mit der Berufung als vollkommenem Rechtsmittel kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 lit. a und b ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Urteil des Bundesgerichts 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.1; Peter Reetz/Stefanie Theiler, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 310 N 5 ff.). 2.2. In der Berufungseingabe sind Rechtsbegehren bzw. Berufungsanträge zu stellen. Im Rechtsbegehren bringt die Partei zum Ausdruck, welche Rechtsfolge sie im Berufungsverfahren anstrebt (Rechtsfolgebehauptung) und inwiefern sie das Gericht hierzu – mittels eines Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsbegehrens – um Rechtsschutz ersucht (BGE 137 III 617 E. 4.2.2; Urteile des Bundesgerichts 5A_929/2015 vom 17. Juni 2016 E. 3.1 und 4A_439/2014 vom 16. Februar 2015 E. 5.4.3.1 je mit weiteren Hinweisen). Zu den Berufungsanträgen gehören dabei primär die Anträge in der Sache (materielle Anträge) sowie auch entsprechende Anträge im Kostenpunkt; denkbar sind sodann Anträge zum Verfahren (prozessuale Anträge) und Anträge im Beweispunkt. Letztere haben zwar einen primär materiell-rechtlichen Einschlag, wirken sich jedoch bei Gutheissung erheblich auf den Verfahrensablauf aus, weshalb sie insofern gemischt-rechtlicher Natur sind. Sie sind deshalb vorzugsweise in den Berufungsanträgen selbst und nicht nur in der Begründung zu nennen. Auf Berufungen mit Rechtsmittelanträgen, die unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 35 mit weiteren Hinweisen). 2.3. Die gestellten Berufungsanträge sind zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll bzw. als unrichtig erachtet wird. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Der Berufungskläger hat, unter Vorbehalt des Novenrechts, mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass den gesetzlichen Begründungsanforderungen weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Dar-

E. 7.1

In einem weiteren Punkt beanstandet die Berufungsklägerin die von der Vorinstanz getätigte Folgerung, dass kein nichtiger Vertrag vorliege. Sie bringt vor, dass sie sich bereits vorinstanzlich auf den Standpunkt gestellt habe, dass die Kaufpreiserhöhungsklausel nichtig sei, weil der der Beurkundungspflicht unterliegende Kaufpreis unbestimmt sei, insbesondere im Zeitpunkt der Beurkundung. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz seien bereits im Ansatz für den vor-

E. 7.2

Die Berufungsbeklagte ihrerseits ist der Ansicht, dass die Beurkundung vollständig gewesen sei, da die fragliche Klausel alle erforderlichen Elemente enthalte, ohne dass es einer zusätzlichen Einigung bedürfen würde. Es sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung irrelevant, dass der Weiterverkaufspreis und die Investitionen alles Elemente seien, die sich nach der Beurkundung ereignen hätten. Die Berufungsklägerin verhalte sich darüber hinaus rechtsmissbräuchlich, da die Parteien den Kaufvertrag mit Zahlung des Kaufpreises und der Eigentumsübertragung nicht nur vollständig vollzogen hätten, die Berufungsklägerin habe sogar das Grundstück bereits weiterveräussert und den deutlich höheren Weiterverkaufspreis vereinnahmt. Damit habe die Berufungsklägerin klar dokumentiert, dass der Kaufvertrag für sie in jeder Hinsicht Geltung habe. Dass die

Berufungs- klägerin die Nichtigkeit erst ganz am Ende des Verfahrens behauptet habe, unter- streiche dieses nicht zu schützende Verhalten. Der Anspruch der Berufungsbe- klagten sei aber auch unter der Prämisse der Berufungsklägerin zu schützen, da der Vertrag nicht bloss teilnichtig, sondern ganz nichtig wäre. Der Berufungsbe- klagten würde deshalb an sich die Vindikation zustehen. Das Grundstück sei aber bereits weiterveräussert worden, weshalb der Berufungsbeklagten ein Bereiche- rungsanspruch gegenüber der Berufungsklägerin zustünde.

E. 7.3

Nach Art. 216 Abs. 1 OR bedürfen Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Auch Vorver- träge sowie Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, sind öffentlich zu beurkunden (Art. 22 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 2 OR). Bei Missachtung der Formvorschrift ist der Vertrag nichtig im Sinne von Art. 20 OR (BGE 137 III 243 E. 4.4.6; Urteil des Bundesgerichts 6B_610/2018,

E. 7.4

Vorliegend haben die Parteien eine so bezeichnete «Kaufpreiserhöhung» im Kaufvertrag vereinbart. Gemäss dieser Bestimmung ist die Käuferschaft unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet, der Verkäuferschaft einen bestimmten

E. 7.5

Selbst wenn man aber der Auffassung der Berufungsklägerin folgen würde, wonach die so bezeichnete Kaufpreiserhöhungsklausel hätte beurkundet werden müssen, hätte der Formmangel grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge (Art. 216 OR). Die Erfüllung des Vertrags hat – anders als im deutschen Recht – keine heilende Wirkung. Den Leistungen fehlt daher eine gültige causa. Demnach sind sie – mit nachfolgend aufgezeigten Vorbehalten – rückforderbar, wenn auch nicht immer in natura (Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Eine Über- sicht unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anwaltsrevue 3/2017 S. 112). Wer einen Grundstückkaufvertrag irrtumsfrei er- füllt hat, kann die Rückabwicklung grundsätzlich nicht verlangen, denn das Begeh- ren um Rückabwicklung ist unter diesen Umständen vermutungsweise rechts- missbräuchlich (BGE 112 II 330 E. 2; 104 II 99 E. 3). Die Rückabwicklung kann vorbehältlich besonderer Umstände, welche aber kaum je vorliegen werden, nicht verlangt werden. Denn eine Vertragspartei setzt sich mit eigenem Verhalten in Widerspruch, wenn sie einen Vertrag vorerst erfüllt, obwohl sie weiss, dass sie ihn

E. 8

/ 61 stellung der Sach- oder Rechtslage Genüge getan wird, welche nicht darauf ein- geht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1; Urteil des Bundesgericht 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2). Soweit die Begründung diesen for- mellen Anforderungen nicht genügt, ist auf die Berufung nicht einzutreten (Urteile des Bundesgericht 5A_82/2013 vom 18. März 2013 E. 3.3.3; 4A_203/2013 vom 6. Juni 2013 E. 3.2). 2.4. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Berufungsinstanz sodann nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine ent- sprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich die Berufungsinstanz grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das

erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken, die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4; 142 III 413 E. 2.2.4; Urteile des Bundesgericht 4A_184/2017 vom 16. Mai 2017 E. 4.2.1; 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; je mit weiteren Hinweisen). Im Ergebnis besteht für die Berufungsinstanz eine Prüfungspflicht hinsichtlich der in der Berufungsschrift (rechtsgenügend) geltend gemachten Mängel und ein Prüfungsrecht bezüglich allfälliger anderer Mängel des angefochtenen Entscheids (Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 17 J._____ vom 15. Mai 2019 E. 3.4). 3. Neue Tatsachen und neue Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie vor Berufungsinstanz ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber für das Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, das nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt. Denn der ZPO liegt die Idee zugrunde, dass alle Tatsachen und Beweismittel in erster Instanz

E. 8.1

Die Berufungsklägerin ist des Weiteren der Meinung, dass ein allfälliger Gewinn von den getätigten Investitionen konsumiert bzw. durch Verrechnung getilgt worden sei. Die Vorinstanz sei in diesem Zusammenhang zunächst zutreffend von einem weit auszulegenden Begriff der Investitionen ausgegangen, weshalb sämtliche im Zusammenhang mit dem Grundstück getätigten Ausgaben oder eingegangenen Verpflichtungen abzugsfähige Investitionen seien. Dann sei die Vorinstanz aber von einem Punkt wieder abgekehrt, indem die eingegangenen Verpflichtungen nun doch nicht ausgereicht hätten, um die Investitionen nachzuweisen. Die Berufungsbeklagte habe die Zahlungen entgegen der Behauptung der Vorinstanz nicht bestritten. Im ordentlichen Schriftenwechsel habe die Berufungsbeklagte einzig ausdrücklich bestritten, dass der Betrag überhaupt geschuldet sei. Die Bezahlung der Rechnungen sei somit nicht ausdrücklich bestritten worden, weshalb auch keine Zahlungsbelege hätten eingereicht werden müssen. Die Berufungsbeklagte habe erst in der unaufgeforderten Stellungnahme zur Duplik ausdrücklich für einzelne Rechnungen die Bezahlung bestritten. Diese Bestreitung sei nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels und daher verspätet erfolgt.

E. 8.2

Die Berufungsbeklagte ihrerseits vertritt die Auffassung, dass die Vorinstanz mit Bezug auf den Investitionsbegriff den Sachverhalt unvollständig ermittelte habe, womit sie den Berufungsgrund des unrichtig festgestellten Sachverhalts setze (Art. 310 lit. b ZPO). Indem die Vorinstanz alsdann den Vertragsinhalt unrichtig ermittelt habe, verletze sie Art. 1, 2 und 18 OR und setze den Berufungsgrund der unrichtigen Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO). Dies habe sich dahingehend ausgewirkt, dass ein Teil der Beträge

fälschlicherweise als Investitionen berücksichtigt worden seien. Abzugsfähig seien nur werterhöhende Investitionen. Darüber hinaus seien die angeblich von der Berufungsklägerin getätigten In-

E. 8.3

Die Vorinstanz ist zusammenfassend zum Schluss gekommen, dass unklar bleibe, was die Parteien mit der Regelung des Investitionsabzuges hätten erreichen wollen. Es würden sich auch keine Argumente finden, die dem Gericht die eine gegenüber der anderen Variante als klarerweise angemessener nahelegen würden. Das Gericht erachte es im Ergebnis als sachgerecht, von einem weiten Begriff abzugsfähiger Investitionen auszugehen. Es übernehme die Position der Beklagten (Berufungsklägerin), dass sämtliche im Zusammenhang mit dem Grundstück getätigten Ausgaben oder eingegangenen Verpflichtungen abzugsfähige Investitionen seien. Als Investitionen wurden dann aber nur diejenigen von der Berufungsklägerin behaupteten Zahlungen anerkannt, für die eine schriftliche Bestätigung vorliegt, dass ein bestimmter Betrag als Gegenleistung für eine im Zusammenhang mit dem Erwerb, dem Unterhalt oder der Entwicklung der Kaufsache stehende Dienstleistung oder Aufwendung tatsächlich bezahlt wurde.

E. 8.4

In Bezug auf die Investitionen gilt es nachfolgend zwei Punkte zu prüfen. Unter den Parteien ist zunächst strittig, ob alle Ausgaben abgezogen werden können oder nur werterhöhende Investitionen. Zum anderen gilt es zu klären, ob die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Investitionen auch rechtsgenügend nachgewiesen wurden.

E. 8.4.1

Im Kaufvertrag selber haben die Parteien den Begriff der Investitionen zwar nicht detailliert umschrieben, jedoch in Klammern «Planung, Bau, Zins» erwähnt. Neben den Investitionen wurden auch die Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuern separat aufgelistet, wodurch der Eindruck entsteht, dass es sich dabei eben nicht um Investitionen, sondern um eigenständige, abzugsfähige Positionen handelt. Demnach wären Ausgaben im Zusammenhang mit «Planung», «Bau», «Zins», «Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuern» abzugsfähig. Ob damit aber sämtliche Ausgaben gemeint sind oder nur werterhöhende, ist damit noch nicht gesagt. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass bewusst der Begriff «Investition» verwendet wurde und nicht «Ausgaben», womit dann eben nicht alle Ausgaben abzugsfähig wären. Jedoch würde sich dann wieder die Frage stellen, ob der Begriff «Investition» von den Parteien in einem juristischen oder wirtschaftlichen Sinne verstanden wurde oder verstanden werden durfte bzw. musste. Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass zum heutigen Stand keine allgemein gültige, allseits anerkannte, abstrakte Definition des Begriffs «Investition» existiere. Es sei auch so, dass dieser Begriff rechtlich und wirtschaftlich betrachtet nicht notwendigerweise die gleiche Bedeutung habe (Urteil des Bun-

E. 8.4.2

Der Zeuge AZ._____ gab in Bezug auf die Investitionen an, dass der Bund nicht daran partizipieren wollte, wenn eine Werterhöhung dadurch zustande kam, dass investiert worden war, sondern nur durch einen Wiederverkauf und dadurch, dass der neue Verkaufspreis erhöht war (RG act. IX/1 Frage 16). Auf die Frage, was nach seinem Verständnis alles unter den Begriff «Investition» gefallen sei, antwortete er, «letztlich alles,

was zu einer Wertsteigerung der Immobilie geführt hätte» (Frage 18). Der Zeuge BB. _____ konnte sich nicht mehr daran erinnern, dass sie im Einzelnen über den Begriff der Investitionen gesprochen hätten bzw. was darunter genau zu verstehen war (RG act. IX/2 Fragen 22. ff.). Der Zeuge BC. _____ gab an, dass nach seinem Verständnis sämtliche Planungskosten, verbunden mit Nebenkosten wie Anwaltskosten, Architekturkosten und so weiter unter den Begriff «Investition» falle. Die Klinik sei zum Zeitpunkt des Kaufs in einem baulich eher desolaten Zustand gewesen. Es habe zwangsläufig eine Planung anfallen müssen, um das Gebäude wieder nutzbar zu machen. Auf die Frage, ob eine Investition den Wert des Grundstücks habe steigern müssen, damit sie abzugsfähig gewesen sei, antwortete der Zeuge: «Wahrscheinlich schon, ja...» (RG act. IX/3 Fragen 17 ff.). H. _____, welcher als Partei befragt wurde, gab an, dass sie ein paar Millionen investiert hätten. Sie hätten erhebliche Planungskosten gehabt, Baukosten und Zinsen. Auf die Frage, was nach seinem Verständnis alles unter den Begriff «Investition» gefallen sei, gab H. _____ an, grundsätzlich alle Posten, die mit dem Umbau, teilweise vielleicht Neubau, alle Baukosten, alle Bau- nebenkosten, alle Ingenieure, alle Architekten, buchstäblich alle Kosten, die mit dem Bau in Rechnung gestellt worden seien (RG act. IX/4 Fragen 8 ff.).

E. 8.4.3

Zusammenfassend lässt sich nicht eindeutig rekonstruieren, wie der Investitionsbegriff von den Parteien verstanden wurde bzw. von welcher Definition auszugehen ist. Eine pauschale Begriffsbestimmung lässt sich kaum vornehmen, zumal auch eine reine Abgrenzung zwischen allen Ausgaben und lediglich wertvermehrenden Ausgaben schwierig ist. Zudem stellt sich auch die Frage, ob die abzugsfähigen Investitionen notwendig und sinnvoll sein müssen und in Bezug auf die Höhe einem Drittvergleich standhalten müssen. Darüber hinaus wurde bereits von der Vorinstanz geltend gemacht, dass verschiedene Kosten von der Berufungsklägerin nicht substantiiert behauptet wurden. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, die von der Berufungsklägerin geltend gemachten abzugsfähigen Investitionen im Einzelnen zu betrachten.

E. 8.5

Die Berufungsklägerin ist der Auffassung, dass die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, dass die Berufungsbeklagte ausdrücklich bestritten hätte, dass die Zahlungen nicht erfolgt seien (recte wohl: dass die Zahlungen erfolgt seien). Die Berufungsbeklagte habe sich vielmehr darauf beschränkt, stereotyp und pauschal auszuführen, es sei unbekannt, wofür die Leistungen erbracht worden seien und ob sie erbracht und bezahlt worden seien. Unbekannt bedeute aber nicht bestritten (act. A.1 S. 23 Rz. 37). Die Berufungsbeklagte ihrerseits führt aus, dass sie in ihrer Replik und ihrer Stellungnahme zur Duplik die angeblichen Investitionen detailliert bestritten habe. Damit sei auch bestritten, dass die Investitionen verbucht und die Jahresrechnungen von den Steuerbehörden geprüft und die Aufwände für die Projekte genehmigt worden seien. Nur weil sie nicht jede Folgehandlung einer bestrittenen Investition, nämlich das Verbuchen und gegebenenfalls Prüfen der angeblichen Investition durch die Steuerbehörde bestritten habe, heisse dies nicht, dass nun die Investitionen als unbestritten gelten können.

E. 8.5.1

Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen

Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3; je mit Hinweisen). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E).

E. 8.5.2

Nach Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger stützt und womit er diese beweisen will, sowie die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO).

E. 8.5.2.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit der Behauptungs- und Substantiierungslast im Prinzip in den Rechtsschriften nachzukommen. Der blosse pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht (Urteile des Bundesgerichts 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5; 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; 5A_61/2015 vom 20. Mai 2015 E. 4.2.1.3; 4A_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2). Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2 mit Hinweisen).

E. 8.5.2.2

Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substantiierungsobligationen durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet (BGE 136 III 322 E. 3.4.2) und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist vielmehr zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2 mit Hinweisen.).

E. 8.5.3

Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto

höher sind die Anforderungen an eine substantiierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_225/2011 vom 15. Juli 2011 E. 2.3 mit Hinweis). Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 117 II 113 E. 2 S. 114; Hans Peter Walter, in: Berner Kommentar, 2012, N. 191 zu Art. 8 ZGB; Leuenberger, a.a.O., Art. 222 N. 22 mit Hinweisen).

E. 8.5.4

In Bezug auf Bauabrechnungen wird beispielsweise verlangt, dass der Besteller detailliert erklärt, welche Positionen er nicht anerkennt, um dem Unternehmer die Möglichkeit zu geben, darüber Beweis zu führen (BGE 117 II 113 E. 2;

E. 8.6

Die Berufungsklägerin hatte in ihrer Klageantwort (RG act. I/2) vorgebracht, dass die M.____, die Berufungsklägerin selber und nun die N.____ versucht hätten, ein Projekt zu lancieren, das in die Kurbetriebszone passe. Insgesamt hätte die Berufungsklägerin vom 28. Januar 2005 bis 20. März 2016 Investitionen in Höhe von insgesamt CHF 13'428'004.24 getätigt. Die von der M.____ bis ca. Ende 2006 in Auftrag gegebenen Investitionen seien ebenfalls von der Berufungsklägerin zusammen mit der weiteren Projektierung für das Klinikgebäude übernommen worden, weil sie letztlich das Grundstück erworben hätte. Nach Kostenarten könnten die Kosten in Baukosten (RG act. III/28.1 - 28.121), Honorare (RG act. III/29.1 - 29.32), Planung (RG act. III/30.1 - 30.26) und Finanzierung (RG act. III/31.1 - 31.21) aufgeschlüsselt werden.

E. 8.6.1

Im Jahr 2005 sei das Projekt «Ärztzentrum und betreutes Wohnen» verfolgt worden (RG act. III/5). Es sei ein Abriss des bestehenden Gebäudes und das Errichten eines Neubaus vorgesehen gewesen. Das Projekt sei von der M.____ in Auftrag gegeben worden, wobei die Kosten dann von der Berufungsklägerin getragen worden seien, weil sie letztlich das Grundstück erworben habe. Für dieses Projekt hätten sich aber keine Investoren finden lassen.

E. 8.6.2

Anschliessend sei das Projekt «BR.____» lanciert worden (RG act. III/6). Dabei sei ein Umbau des bestehenden Gebäudes vorgesehen gewesen. Für den geplanten Umbau sei am 10. März 2006 ein Baugesuch und am 28. April 2006 ein Nachtrag dazu eingereicht worden (RG act. III/8 und 9). Das Projekt sei gescheitert, weil sich kein Investor habe finden lassen.

E. 8.6.3

In der Folge sei 2007/2008 das Projekt «B.____ Grand Hotel» aufgegeben worden. Geplant gewesen sei der Abriss des bestehenden Klinikgebäudes mit einem Hotelneubau. Dieses Fünfsterntelhotel sei jedoch an den nicht erfüllbaren Zonenvorgaben gescheitert (RG act. III/10).

E. 8.6.4

Zwischenzeitlich habe die Kinderklinik Z._____ Interesse gezeigt, die Klinik B._____ zu nutzen, weshalb 2007/2008 ein entsprechendes Umbauprojekt erarbeitet worden sei (RG act. III/11 und 12). Im Verlauf der Bauarbeiten hätte sich gezeigt, dass die Klinik existenzielle Mängel aufweise. Das Umbauprojekt für die Kinderklinik Z._____ habe daher aus Brandschutz- und statischen Gründen ge-

E. 8.6.5

Letztlich habe die Berufungsklägerin von 2009 bis 2012 das Projekt B._____ Resort verfolgt (RG act. III/19-27). Es sei vorgesehen gewesen, die bestehende Klinik abzureissen und einen Neubau zu erstellen. Im Ressort sei ein Aparthotel mit bewirtschafteten Wohnungen vorgesehen gewesen. Ein Investor sei nicht gefunden worden. Allerdings habe die Berufungsklägerin das Projekt an die N._____ verkaufen können, welche das Resort aber nicht umgesetzt habe, sondern ebenfalls Investoren und Betreiber suche. Für das Resort sei nach Genehmigung des Quartierplans eine Baubewilligung erteilt worden. Das Projekt sei mit Baubewilligung verkauft worden.

E. 8.6.6

Auf S. 29, Rz. 25 der Klageantwort (RG act. I/2) hatte die Beklagte (Berufungsklägerin) die im «Zusammenhang mit diesen Projekten angefallenen Rechnungen, welche alle den Hinweis auf das Klinikgrundstück bzw. das Klinikgebäude» enthalten, chronologisch aufgelistet. Dabei hat sie das Datum, den Gläubiger, den Betrag sowie die Art (Planung, Finanzierung, Baukosten oder Honorare) benannt. Auf S. 36, Rz. 28 hat sie sodann die Kosten aufgeschlüsselt nach Kostenart aufgelistet und dazu Belege eingereicht (Baukosten: RG act. III/28.1 - 28.121, Honorare: RG act. III/29.1 - 29.32, Planung: RG act. III/30.1 - 30.26 und Finanzierung: RG act. III/31.1 - 31.21). Es stellt sich die Frage, ob die in der Klageantwort geltend gemachten Investitionen als genügend substantiiert angesehen werden können. Dabei hängt es vom Standpunkt der Berufungsbeklagten ab, welche Informationen bedeutsam werden. Die Behauptungs- und Substantiierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften (Urteil des Bundesgerichts 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 3.2 mit Hinweisen). Unter diesem Gesichtspunkt ist nicht zu beanstanden, dass die Berufungsklägerin nicht sämtliche Detailinformationen aus den Rechnungen in die Rechtsschrift selber übernahm, bevor klar war, ob die Leistungserbringung überhaupt umstritten ist. Aus der Klageantwort geht hervor, welche Leistungen die Berufungsklägerin für welche Zeiträume geltend macht. Bezüglich Art der Leistung wird lediglich pauschal angegeben, ob es sich um Baukosten, Planung, Finanzierung oder Honorare handelt, ohne dies genauer zu spezifizieren. Ob der Verweis auf die Beilagen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als genügend anzusehen ist, kann hier offenbleiben, zumal es an diesem Punkt an der Berufungsbeklagten war, im Rahmen der Bestreitung klarzu-

E. 8.6.7

In ihrer Replik (RG act. I/3) hat die Berufungsbeklagte auf S. 44, Rz. 142 erstmals insgesamt bestritten, dass die geltend gemachten Kosten von CHF 13'428'004.24 angefallen seien, dass sie die verkaufte Liegenschaft E._____ betreffen und dass sie Investitionen im Sinne von Ziffer II.3 des Kaufvertrages darstellen würden. Zudem führte die Berufungsbeklagte aus, dass die Behauptungen der Berufungsklägerin einer substantiierten

Darstellung getätigter Investitionen und deren Wertes nicht genügen würden. Auf S. L. _____ ff., Rz. 146 ff. hat die Berufungsbeklagte sodann jeden von der Berufungsklägerin geltend gemachten Kostenpunkt bestritten. Meist wurde geltend gemacht, dass die Kosten nicht aus- gewiesen seien, dass unbekannt sei, wofür diese Leistungen erbracht wurden und ob sie erbracht und auch bezahlt wurden. Aus den Vorbringen der Berufungsbe- klagten geht damit klar hervor, dass sie die Leistungen und auch die Kosten als solche bestreitet und auch die Notwendigkeit der tatsächlich erbrachten Leistun- gen anzweifelt. Daraus konnte die Berufungsklägerin erkennen, dass sie für die strittigen Leistungen einerseits detailliert nachzuweisen hatte, um was für Leistun- gen es sich überhaupt handelt, dass diese erbracht und bezahlt wurden, und an- dererseits auch, dass die Leistungen notwendig waren. Insoweit geht aus der Be- streitung rechtsgenügend hervor, unter welchen Gesichtspunkten die aufgelisteten Leistungen beanstandet werden (vgl. Urteile des Bundesgericht 4A_553/2017 vom 26. Februar 2018 E. 4.2; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.2). Die Berufungs- beklagte war nicht gehalten, noch näher auszuführen, weshalb sie die Vorbringen der Berufungsklägerin bestritt (vgl. BGE 117 II 113 E. 2). Die Obliegenheit, sub- stantiiert zu bestreiten, bedeutet nicht, dass Positionen, zu denen die Berufungs- beklagte keine konkreten Einwände erheben konnte, als akzeptiert zu gelten hät- ten. Dies würde auf eine Umkehr der Behauptungs- und Beweislast herauslaufen. Auch ein Bestreiten mit Nichtwissen ist zulässig, jedenfalls soweit die fraglichen Geschehnisse nicht Gegenstand eigener Handlungen oder Wahrnehmungen der bestreitenden Partei bilden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.2). In Bezug auf die Notwendigkeit der geltend gemachten Leistun- gen ist sodann nicht festgestellt, dass die Klageantwort substantiierte Behauptun- gen enthielt. Zu einer diesbezüglichen Substantiierung war die Berufungsklägerin vor der Bestreitung durch die Berufungsbeklagten auch nicht verpflichtet. Erfolgte diesbezüglich aber keine näheren Angaben, kann die Bestreitung der Berufungs- beklagten diesbezüglich nicht als ungenügend angesehen werden, zumal es auch hier die Berufungsklägerin selbst ist, die über sämtliche notwendigen Informatio- nen verfügt.

E. 8.6.8

In ihrer Duplik (RG act. I/4), S. 37, Rz. 155 hält die Berufungsklägerin fest, dass die Klägerin (Berufungsbeklagte) die Ausführungen in der Klageantwort (Zif- fern Nrn. 25 bis 27) nicht substantiiert bestritten habe, weshalb sie als anerkannt gelten würden. Auf S. 40 ff., Rz. 158 ff. führt die Berufungsklägerin sämtliche von ihr geltend gemachten Leistungen nochmals auf und hält jeweils fest, dass aus der Rechnung hervorgehe, dass die in Rechnung gestellte Leistung in Zusammen- hang mit der Klinik B. _____ Z. _____ stehe. Das Bestätigungsschreiben bestätige dies. Erstmals wurde zudem (zumindest teilweise) kurz ausgeführt, für welche Leistung überhaupt Rechnung gestellt wurde. In Bezug auf die geltend gemachten Planungskosten (S. 81 ff., Rz. 162 ff.), welche immerhin einen Betrag von CHF 8'723'200.00 darstellen, hält die Berufungsklägerin lediglich fest, dass die BE. _____ bestätige, dass die eingereichten Rechnungen in Zusammenhang mit der Klinik B. _____ Z. _____ stehen würden. Die BE. _____ habe im Auftrag der Beklagten (Berufungsklägerin) verschiedene Projekte entwickelt und projektiert: Hotel, Klinik, Privatklinik, Resort, betreutes Wohnen etc. Bei den Rechnungen der M. _____ seien die Planung (Entwicklung des Grundstücks) und die Bauherrenver- tretung in Rechnung gestellt worden. Ansonsten finden sich keine Informationen in den Rechtsschriften, wie sich diese Planungskosten genau zusammensetzen. Die Berufungsbeklagte hat diese Planungskosten bereits in ihrer Replik bestritten. Es wäre nun an der Berufungsklägerin

gewesen, in den Rechtsschriften selber konkret und in allen Einzelheiten aufzuzeigen, wie sich die Planungskosten von CHF 8'723'200.00 genau zusammensetzen, das heisst, welche Leistungen von wem, zu welchem Zeitpunkt, mit welchem Aufwand, auf welcher vertraglichen Grundlage erbracht wurden, und ob diese Leistungen auch verrechnet und verbucht wurden. Dazu fehlen jegliche Angaben. Die pauschalen Ausführungen, dass verschiedene Projekte entwickelt und projektiert wurden, genügt diesen Anforderungen nicht. Auch die Beilage der Projektbroschüren (RG act. III/5-12) vermag die in Rechnung gestellten Leistungen nicht zu beweisen. Die als Urkunden eingereichten Rechnungen, als Beispiel sei hier RG act. III/30.1 genannt, weisen lediglich pauschal einen Betrag von CHF 250'000.00 mit dem Hinweis «1. Akontozahlung für das Projekt Ärztezentrum - Betreutes Wohnen Parz. Nr. E.____ / BF.____ Z.____», auf. Für das selbe Projekt wurden sodann noch zwei weitere Akontozahlungen in Höhe von CHF 700'000.00 (RG act. III/30.2) und CHF 900'000.00 (RG act. III/30.3) in Rechnung gestellt. Schliesslich findet sich für das gleiche Projekt noch eine vierte «Saldozahlung» in Höhe von CHF 467'200.00 (RG act. III/30.3) ohne weitere Spezifizierungen. Mit Schreiben vom 8. Februar 2017 (RG act. III/59) bestätigt sodann W.____ der BE.____, dass die erwähnten Rechnungen im Zusammenhang mit der Höhenklinik B.____ in Z.____ stehen. Interessanterweise hat H.____ von der Berufungsklägerin die BE.____ mit

E. 8.6.9

Die Berufungsklägerin moniert, dass in Bezug auf die Planungskosten das rechtliche Gehör verletzt worden sei, weil sich die Vorinstanz im ganzen Entscheid dazu gar nicht geäußert habe (act. A.1 S. 71 Rz. 45). Nach konstanter Rechtsprechung hat das Gericht seinen Entscheid zwar zu begründen, doch ist nicht erforderlich, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4; Urteil des Bundesgerichts 4D_24/2016 vom 28. Juli 2016 E. 4.2.2, je mit Hinweisen). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin setzte sich die Vorinstanz mit ihren Ausführungen betreffend Planungskosten auseinander. Die Vorinstanz hat bereits in ihrer Beweisverfügung festgehalten, dass die Beklagte (Berufungsklägerin) die Planungskosten nicht substantiiert behauptet habe (act. B.2 Ziff. D.4). Die Beklagte beschreibe den Zahlungsgrund nicht detailliert. Nachdem die Klägerin (Berufungsbeklagte) explizit auf die Zahlungen eingegangen sei und dargelegt habe, die behaupteten Planungskosten würden ihr aus verschiedenen Gründen übersetzt und missbräuchlich erscheinen, hätte die Beklagte genauer beschreiben müssen, wie sich diese Kosten zusammensetzen, zumal es sich dabei um den Hauptteil der von ihr behaupteten Investitionen handle. Stattdessen erwähne sie dazu einzig, der Zahlungsempfänger habe «im Auftrag der Beklagten verschiedene Projekte entwickelt und projektiert: Hotel, Klinik, Privatklinik Resort, betreutes Wohnen etc.» (act. B.2 Ziff. A.15). Darüber hinaus befasste sich die Vorinstanz in E. 5.2 des Entscheids (act. B.1) mit den behaupteten Investitionen und erwägt, in welchen Fällen und weshalb sie Investitionen anerkennt und in welchen Fällen nicht. Es mag wohl zutreffen, dass die Vorinstanz sich nicht zu jeder behaupteten Investition einzeln äussert, doch war sie dazu auch nicht verpflichtet. Sie erklärte, welche Gruppen von Investitionen sie anerkennt und welche nicht. In E. 5.2.1 fasst

E. 8.6.10

Die geltend gemachten Planungskosten von insgesamt CHF 8'723'200.00 werden somit nicht als abzugsfähige Investitionen im Sinne der vertraglichen Bestimmung anerkannt. Daran könnten auch allfällige Zeugen oder ein Gutachten nichts ändern, denn die gestellten Beseitigungsanträge können die notwendige, aber fehlende Substantiierung nicht ersetzen.

E. 8.7

Die Berufungsklägerin listet in ihrer Berufungsschrift sämtliche geltend gemachten (weiteren) Leistungen nochmals auf (act. A.1 S. 29 ff. Rz. 42 ff.) und wiederholt damit wörtlich ihre in der Duplik getätigten Ausführungen (RG act. I/4 S. 40 ff. Rz. 158 ff.). Sie will mit den jeweils als Beweismittel genannten Rechnungen und Bestätigungsschreiben zeigen, dass einerseits eine Rechnung vorliegt, die in Rechnung gestellte Leistung in Zusammenhang mit der Klinik B._____ Z._____ steht und die Leistung auch erbracht wurde.

E. 8.7.1

Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, dass diverse Baukosten zu Unrecht nicht als abzugsfähige Investitionen berücksichtigt worden seien. Dies gilt es nachfolgend zu prüfen. Die Berufungsklägerin hat zum Nachweis der Baukosten Rechnungen sowie Bestätigungsschreiben eingereicht, wonach die jeweilige Unternehmung die entsprechende Leistung erbracht habe und diese in Zusammenhang mit der Höhenklinik Z._____ stehe. Entscheidend ist vorliegend, ob einerseits Leistungen erbracht wurden, ob diese in Zusammenhang mit dem Klinikgrundstück stehen und ob die Leistungen für die Berufungsklägerin erbracht wurden. In einer Konstellation wie der vorliegenden, in welcher rund 150 Rechnungspositionen geltend gemacht werden, einige (angebliche) Leistungen von den ebenfalls von H._____ kontrollierten M._____ sowie der BE._____ erbracht und in Rechnung gestellt wurden, ist die Berufungsklägerin in besonderem Masse für eine klare buchhalter-

E. 8.7.2

Weiter wendet sich die Berufungsklägerin gegen die nicht berücksichtigten Honorare. Bezüglich der Honorare von Dr. iur. BT._____ führt die Berufungsklägerin aus, dass die in Rechnung gestellten Leistungen in Zusammenhang mit dem Erwerb der streitbezogenen Liegenschaft durch die Berufungsklägerin von der Berufungsbeklagten stehen würden, was den Unterlagen entnommen werden könne. Bezüglich der geltend gemachten Rechnungen RG act. III/29.2 und 29.6 ergibt sich, dass es nicht das Klinikgebäude, sondern ein Einfamilienhaus BM._____ sowie das BN._____ betrifft, womit diese Rechnungen ohnehin nicht berücksichtigt werden können. Bei den Rechnungen RG act. III/29.3-5 ist unklar, welcher Anteil auf das Klinikgrundstück entfällt. Bei den beiden Rechnungen, die den Kaufvertrag betreffen (RG act. III/29.4 und 29.6), handelt es sich nicht um abzugsfähige Investitionen, zumal im Kaufvertrag (RG act. II/3) in Ziffer III./3 eine eigene Regelung bezüglich Gebühren und Auslagen des Notariates und Grundbuchamtes getroffen wurde. Im Übrigen wurden diese geltend gemachten Leistungen auch nicht genügend substantiiert. Aus der Rechnung der Gemeinde Z._____ (RG act. III/29.1) geht nicht hervor, welches Grundstück sie betrifft, womit die geltend gemachte Forderung nicht genügend substantiiert und damit nicht berücksichtigt wird. Aus der Rechnung der Gemeinde Z._____ (RG act. III/29.7) geht nicht hervor, welcher Kostenanteil das Klinikgrundstück betrifft. Dies wurde von der Berufungsklägerin auch nicht aufgezeigt. Diese Position wird demnach nicht berücksichtigt. Zu den aufgeführten Positionen der

Gemeinde Z. _____ vom 05.10.07 in Höhe von CHF 12.60 und vom 10.12.07 in Höhe von CHF 23.70 liegen keine Rechnungen

E. 8.7.3

Die Berufungsklägerin will darüber hinaus eine Reihe von Finanzierungskosten als abzugsfähige Investitionen berücksichtigt haben, welche die Vorinstanz allesamt mit der Begründung ablehnte, dass weder erwiesen sei, dass die entsprechenden Beträge bezahlt worden seien, noch, dass es sich bei den Krediten um Ausgaben für das Klinikgrundstück handle. Wo es sich um Grundpfandgesicherte Kredite handle, sei zudem unklar, welches Grundstück in welchem Umfang als Sicherheit diene. Die Berufungsklägerin listete in ihrer Klageantwort (RG act. I/2 Rz. 31) unter dem Titel «Finanzierung» eine Liste von Beträgen auf und reichte Belege ein (RG act. III/31), ohne dazu weitere Ausführungen zu machen. Die Berufungsbeklagte bestritt in ihrer Replik (RG act. I/3) in den Ziffern 149.1 und 149.2 die einzelnen Posten. In ihrer Duplik (RG act. I/4) führte die Berufungsklägerin in Ziffer 171 nochmals die geltend gemachten Beträge auf und teilte mit Hinweis auf eine E-Mail (RG act. III/109), eine Rechnung (RG act. III/110) und ein Schreiben (RG act. III/111) mit, dass die BV. _____ Wohnbauten mitgeteilt habe, dass keine Personen mehr bei ihnen beschäftigt seien, die Auskunft über das damals gewährte Darlehen geben könnten. Die D. _____ Bank habe nicht geantwortet. Die Berufungsklägerin stellte sodann Editionsbegehren bezüglich der D. _____ Bank und der BV. _____. Weitere Ausführungen blieben aus. Damit ergibt sich, dass die Berufungsklägerin die von ihr geltend gemachten Finanzierungskosten nicht substantiiert aufgeführt hat. Nachdem die Berufungsbeklagte diese bestritten hatte, wäre die Berufungsklägerin gehalten gewesen, sämtliche geltend gemachten Finanzierungskosten detailliert aufzuzeigen, aufzugliedern und zu erklären, was sie aber unterlassen hat. Wie bereits mehrfach ausgeführt, ist es nicht am Gericht und an der Gegenpartei die nötigen Informationen aus den Beilagen zusammenzusuchen. Darüber hinaus lässt sich auch aus den eingereichten Urkunden (RG act. III/31)

53 / 61 nicht feststellen, welche Kosten tatsächlich das Klinikgrundstück betreffen, da die Rechnungen jeweils mehrere Objekte betreffen (Klinik B. _____) und nicht aufgeschlüsselt wurden. Die von Hand aufgeführten Notizen vermögen daran nichts zu ändern. Die geltend gemachten Finanzierungskosten sind somit nicht als abzugsfähige Investitionen zu berücksichtigen.

E. 8.8

Insgesamt werden somit lediglich die von der Berufungsbeklagten als abzugsfähig anerkannten Steuern und Notariatsgebühren von CHF 36'742.45 berücksichtigt. Der ausgleichspflichtige Betrag beläuft sich damit nach Abzug der Investitionen auf CHF 7'724'854.05 (CHF 7'761'596.50 - CHF 36'742.45) und die der Berufungsbeklagten zustehende Forderung auf CHF 4'634'912.43 (CHF 7'724'854.05 x 0.6). 9. Die Berufungsklägerin ist darüber hinaus der Ansicht, dass die Vorinstanz ihr fälschlicherweise den geltend gemachten Schadenersatz, in Form des entgangenen Gewinns und der Mängelkosten, verweigert habe. Die amtliche Beweisabnahme habe gezeigt, dass das Gebäude erhebliche statische Mängel aufweise und der Brandschutz nicht gewährleistet sei. Beide Mängel seien derart gravierend, dass die Nutzung des Gebäudes gefährlich sei. Das Parteigutachten habe den Schaden mit CHF 8'751'379.60 (Stand 10. Oktober 2008) beziffert. Die Berufungsklägerin führt aus, dass bei einem Schaden von mehr als CHF 3 Mio. (ungefähr anrechenbarer Kaufpreis), der Kauf wirtschaftlich keinen Sinn mache. Für

Mängel, die gänzlich ausserhalb dessen liegen würden, womit die Käuferschaft vernünftigerweise zu rechnen habe, gelte der pauschale Gewährleistungsaus- schluss nicht, was gemäss Bundesgericht namentlich dann gelte, wenn die Män- gel den wirtschaftlichen Zweck des Kaufgeschäftes völlig vereiteln oder ein völli- ges Missverhältnis zum Kaufpreis entstehen lassen würden. Weiter sei ihr ein Schaden entstanden, weil die Klinik nicht habe verwendet werden und daher kein Mietzins habe erzielt werden können. Dieser Schaden sei mittels Mietvertrag, der hinfällig geworden sei, weil das Gebäude nicht habe verwendet werden können, belegt worden. Die Vorinstanz kommt insgesamt zum Schluss, dass die behaupte- ten Mängel am Klinikgebäude unter den Gewährleistungsverzicht fallen würden, auch wenn sie das Gebäude unbrauchbar machen.

E. 9

/ 61 vorzubringen sind und der Prozess vor dem erstinstanzlichen Richter grundsätz- lich abschliessend zu führen ist. Das Berufungsverfahren dient nicht der Ver- vollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrach- ter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.2; Urteile des Bundesgerichts 5A_107/2013 vom 7. Juni 2013 E. 3.1; 4A_569/2013 vom 24. März 2014 E. 2.3; 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016 E. 11.3.1). 4. Die Berufungsklägerin beantragt in Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren die Auf- hebung der Beweisverfügung des Einzelrichters des Regionalgerichts Prätti- gau/Davos vom 12. Januar 2018 und die Abnahme der von ihr beantragten, aber nicht abgenommenen Beweise, welche mit der vorliegenden Berufung nochmals offeriert würden.

E. 9.1

Die Parteien haben im Kaufvertrag vom 10. Mai 2007 (RG act. II/3) in Ziffer III./2 festgehalten, dass jede Gewährleistungspflicht der Verkäuferschaft für Rechts- und Sachmängel an den Kaufobjekten im Sinne des OR aufgehoben werden. Nach Art. 192 Abs. 3 und Art. 199 OR ist diese Vereinbarung ungültig, wenn die Verkäuferschaft der Käuferschaft die Gewährleistungsmängel absichtlich bzw. arglistig verschwiegen hat. Die Käuferschaft erwirbt das Mobiliar und die Te-

54 / 61 lefonanlage im heutigen Zustand, wie von ihr besehen. Der Käuferschaft ist eben- falls bewusst, dass das ihr mitverkaufte Mobiliar in teilweise sehr schlechtem Zu- stand ist. Es wird jegliche Sach- und Rechtsgewährleistung für Mobiliar, Tele- fonanlage und Wasserrechte wegbedungen. Weiter wurde in Ziffer III./11 festge- halten, dass aufgrund der festgestellten Asbestverschmutzung und der bevorste- henden Asbestsanierungen die Parteien eine Kaufpreisreduktion in der Höhe von CHF 290'000.00 vereinbart hätten. Mit dieser Kaufpreisreduktion verpflichtete sich die Käuferschaft, die Verkäuferschaft für jegliche Asbestsanierungs- und -entsor- gungskosten vollumfänglich schadlos zu halten und sämtliche Kosten und Risiken einer Asbestsanierung zu übernehmen.

E. 9.2

Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaf- ten als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufhe- ben oder erheblich mindern (Art. 197 Abs. 1 OR). Eine Vereinbarung über Aufhe- bung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR). Die Bestim- mungen gelten auch für den Grundstückkauf (vgl. Art. 221 OR).

E. 9.2.1

Arglistiges Verschweigen im Sinne von Art. 199 OR setzt voraus, dass der Verkäufer den Mangel kennt (BGE 66 II 132 E. 6; Urteile des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1; 4A_261/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 7.2.2; 4A_622/2012 vom 18. Januar 2013 E. 3.2; 4A_196/2011 vom 4. Juli 2011 E. 3; 4A_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1). Verlangt ist positive Kenntnis der Mangelhaftigkeit; darin eingeschlossen ist der Fall, in dem der Verkäufer mit Mängeln an der Kaufsache ernsthaft rechnet ■ er soll sich nicht bewusst der besseren Kenntnis verschliessen dürfen (Urteil des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1; 4C.242/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 2, mit Hinweisen). Weiss der Verkäufer nicht um den Mangel, scheidet Arglist dagegen aus, selbst wenn die Unkenntnis aus der eigenen (selbst groben) Nachlässigkeit folgt. (Grob-)fahrlässige Unkenntnis eines Mangels führt mithin nicht zur Ungültigkeit einer Freizeichnungsklausel (Urteile des Bundesgerichts 4A_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.1; 4A_622/2012 vom 18. Januar 2013 E. 3.2; 4A_70/2011 vom 12. April 2011 E. 4.1; 4A_226/2009 vom 20. August 2009 E. 3.2.3). Der Beweis für die Arglist ■ und damit auch für den Umstand, dass der Verkäufer den Mangel gekannt oder mit diesem zumindest ernsthaft gerechnet hat ■ ist vom Käufer zu erbringen (BGE 131 III 145 E. 8.1). Es liegt dabei in der Natur der Sache, dass das, was der Verkäufer gewusst hat, einem direkten Beweis regelmässig nicht zugänglich ist, sondern sich direkt nur durch Parteiaussage, im Übrigen aber lediglich durch Folge-

55 / 61 rungen aus dem äusseren Verhalten einer Person oder anhand der Umstände beweisen lässt (BGE 145 III 1 E. 3.3; 128 III 390 E. 4.3.2). Wo ein strikter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist, betrachtet die Rechtsprechung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend (BGE 144 III 264 E. 5.3; 141 III 569 E. 2.2.1). Die Vorinstanz ist in ihrer Entscheidung zum Schluss gekommen, dass die Klägerin nichts über den mangelhaften Zustand des von ihr verkauften Klinikgebäudes wusste. Ohne Kenntnis über die Mängel konnte auch kein arglistiges Verschweigen der Mängel vorliegen. Die Berufungsklägerin geht in ihrer Berufungsschrift nicht mehr auf diese Thematik ein, weshalb dies auch nicht mehr näher untersucht wird.

E. 9.2.2

Zur Beurteilung, ob ein bestimmter Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt, muss einerseits ermittelt werden, ob und in welchem Ausmass er im massgeblichen Zeitpunkt des vereinbarten Besitzesertrags tatsächlich vorhanden war (zum massgeblichen Zeitpunkt vgl. Art. 220 OR; Heinrich Honsell, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Basel 2020, N 11 zu Art. 197 OR). Andererseits ist zu beurteilen, ob der Mangel in den vertraglich festgelegten Wirkungsbereich der Gewährleistungsausschlussklausel fällt (BGE 130 III 686 E. 4.3 mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fällt ein Mangel bei objektivierter Auslegung dann nicht unter den Gewährleistungsausschluss, wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Dabei hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, womit ein Käufer zu rechnen hat (BGE 130 III 686 E. 4.3.1; 126 III 59 E. 4a; 107 II 161 E. 6c/d mit Hinweisen). Es kommt für die Auslegung wesentlich darauf an, zu welchem erkennbaren Zweck jemand einen Gegenstand gekauft hat. Insofern sind Mängel, die eine Sache weitgehend für den vorgesehenen Gebrauch untauglich machen, anders zu werten als solche, die diesen zwar erschweren, aber dennoch zulassen. Für die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter

Mangel unter den Gewährleistungsausschluss fällt oder nicht, ist deshalb auf den wirtschaftlichen Zweck des Kaufvertrages abzustellen (BGE 130 III 686 E. 4.3.1; 72 II 267 E. 3). Damit ein Mangel von einer allgemein formulierten Freizeichnungsklausel nicht erfasst wird, genügt es nicht, dass er unerwartet ist; er muss auch den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigen. Dies heisst allerdings nicht, dass zunächst ohne Rücksicht auf das Ausmass des Mangels zu beurteilen ist, ob er seiner Art nach gänzlich ausserhalb von dem liegt, womit vernünftigerweise zu rechnen ist, und erst, wenn dies bejaht wurde, in einem zweiten Schritt zu prüfen wäre, ob der wirtschaftliche Zweck des

56 / 61 Vertrages im Sinne einer kumulativen Voraussetzung erheblich beeinträchtigt wird. Vielmehr ist im Rahmen einer einheitlichen gesamthaften Beurteilung festzustellen, ob der Käufer mit den Mängeln einer bestimmten Art im vorhandenen Ausmass rechnen musste. Freizeichnungsklauseln haben im Allgemeinen die Funktion, dem Verkäufer zu ermöglichen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln selber nicht einschätzen kann. Insbesondere beim Verkauf von Altbauten besteht regelmässig ein entsprechendes Bedürfnis und wird denn auch im Regelfall jede Gewährleistung ausgeschlossen. Mit Rücksicht darauf übt die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit der Annahme, dass ein Mangel völlig ausserhalb dessen lag, womit vernünftigerweise zu rechnen war, und daher nicht unter die Klausel fällt, allgemein Zurückhaltung. Der Richter darf eine Freizeichnungsklausel insbesondere nicht schon für unwirksam erklären, weil sie gegen sein Gerechtigkeitsempfinden verstösst (BGE 130 III 686 E. 4.3.1).

E. 9.2.3

Wie bereits ausgeführt, haben die Parteien den Verzicht auf die Gewährleistungsrechte im Kaufvertrag als allgemeine Freizeichnungsklausel formuliert (RG act. II/3). Ein Hinweis darauf, dass dieser Klausel eine weitergehende Wirkung zukommen soll als nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, findet sich nicht. Hinsichtlich der Tragweite der Freizeichnungsklausel kann daraus kein übereinstimmender wirklicher Willen der Parteien festgestellt werden. Die Klausel ist demnach nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Wie bereits festgehalten, bedeutet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein allgemeiner Ausschluss der Währschaft, wie er hier zu beurteilen ist, bei einem Grundstückskaufvertrag nach Treu und Glauben gerade nicht, dass davon auch Mängel erfasst werden, die vollkommen ausserhalb dessen liegen, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen muss. Zu prüfen bleibt somit, ob der Mangel gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste. Im Kaufvertrag aus dem Jahre 2007 (RG act. II/3) wurde nicht explizit festgehalten, welche Pläne die Berufungsklägerin mit dem Kaufobjekt hatte. In den Vorgängerverträgen aus dem Jahr 2004 (RG act. II/8), welche zwar als Käuferin nicht die Berufungsklägerin vorsahen, sondern die M._____, bei welcher aber ebenfalls H._____ als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat auftrat und die Verträge auch unterzeichnete, war festgehalten worden, dass «die Käuferschaft auf die bestehende Bausubstanz bei ihren Projekten nicht angewiesen» ist (S. 2). Bei den «Weiteren Bestimmungen» wurde sodann festgehalten, dass der Käuferschaft ebenfalls bewusst ist, dass das Zugehör und Mobiliar in «teilweise sehr schlechtem Zustand» ist (Ziff. V./3.). Insofern ist die von der Berufungsklägerin geübte

57 / 61 Kritik, dass der Vertrag aus dem Jahre 2004 irrelevant sei, da dieser nicht die Berufungsklägerin betreffe, nicht zu hören. Beide Male trat H._____ auf Seiten der

Käuferschaft auf. Die Verträge aus den Jahren 2004 und 2007 waren allen Parteien bekannt. Beim Kaufvertrag aus dem Jahre 2004 wurde klar festgehalten, dass die Käuferschaft auf die bestehende Bausubstanz nicht angewiesen sei. Insofern war es völlig irrelevant, ob das Klinikgebäude Mängel aufwies oder nicht. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, bedeutet dies, dass im damals vereinbarten Kaufpreis von CHF 6 Mio. für die Käuferin einerseits kein Wert für das Klinikgebäude enthalten war und andererseits, dass darin auch die voraussichtlichen Abbruchkosten berücksichtigt wurden. Ansonsten hätte der Kauf für die Käuferin keinen Sinn gemacht. Zusammen mit dem ebenfalls im Jahr 2004 abgeschlossenen Vertrag für die Nebenparzellen der Klinik in Höhe von CHF 7.5 Mio. betrug der 2004 vereinbarte Preis für Klinik- und Nebenparzellen damit CHF 13.5 Mio. (RG act. II/7 und 8). Im schliesslich vollzogenen Vertrag aus dem Jahr 2007 betrug der Kaufpreis für Klinik- und Nebenparzellen noch CHF 12.51 Mio. und damit CHF 990'000.00 weniger als in den Verträgen aus dem Jahr 2004. Da die Käuferschaft im Jahr 2004 nicht auf die Bausubstanz angewiesen war, das Klinikgebäude abgebrochen werden sollte und damit im vereinbarten Kaufpreis von insgesamt CHF

E. 10

/ 61 spruch auf Wiedereröffnung des Beweisverfahrens und auf Beweisabnahme. Der Beweisführungsanspruch – der sich als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör allgemein aus Art. 29 Abs. 2 BV und für das Bundesprivatrecht besonders aus Art. 8 ZGB ergibt, sowie seit Inkrafttreten der ZPO auch in Art. 152 ZPO verankert ist – verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge form- und fristgerecht gestellt worden sind (BGE 144 III 394 E. 4.1.3; BGE 133 III 295 E. 7.1; Urteile des Bundesgerichts 4A_381/2016 vom 29.09.2016 E. 3.1.2; 4A_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.2; 4A_452/2013 vom 31. März 2014 E. 3.1). Ein Beweismittel ist aber nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; Urteil des Bundesgerichts 4A_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2 mit Hinweisen). Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten wurden (Urteil des Bundesgerichts 4A_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2).

E. 10.1

Die Berufungsbeklagte hat mit Klage vom 29. Februar 2016 eine Forderung gegenüber der Berufungsklägerin in Höhe von CHF 5'071'807.72 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 25. September 2015 erhoben. Zugesprochen erhält die Berufungsbeklagte nun CHF 4'634'912.43 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 25. September 2015. Die Berufungsklägerin beantragte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Die Berufungsbeklagte hat damit zu rund 91 % obsiegt und trägt deshalb 9 % der Prozesskosten, während die restlichen 91% zulasten der Berufungsklägerin gehen. In Anwendung dieses Verteilschlüssels hat die Berufungsklägerin CHF 28'847.00, d.h. 91% der gesamten vorinstanzlichen Gerichtskosten in Höhe von CHF 31'700.00, zu tragen. Die restlichen 9%, d.h. CHF 2'853.00, gehen zu

Lasten der Berufungsbeklagten. Die vorinstanzlichen Gerichtskosten in Höhe von insgesamt CHF 31'700.00 werden mit den von der Berufungsbeklagten geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten den Betrag von 28'847.00 direkt zu ersetzen. Der über die Höhe der Gerichtskosten hinausgehende Restbetrag der erbrachten Kostenvorschüsse wird der Berufungsbeklagten vom Regionalgericht Prättigau/Davos erstattet.

59 / 61

E. 10.2

Das gleiche Verhältnis ist mit Bezug auf die Parteientschädigung anzuwenden. Da die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren zu 91% obsiegt, ist für die Berechnung der Parteientschädigung auf die klägerische Honorarnote abzustellen. Der von der Vorinstanz (vgl. dazu angefochtener Entscheid E. 10.3) bezifferte Aufwand des klägerischen Rechtsvertreters beläuft sich auf insgesamt CHF 58'499.70 (inkl. Spesen und MwSt.). Davon hat die Berufungsklägerin in Anwendung der Bruchteilsverrechnungsmethode (91% zu 9%) 82%, d.h. insgesamt CHF 47'969.75 (inkl. Spesen und MwSt.), zu ersetzen. 11. Zu regeln verbleiben die Prozesskosten der vorliegenden Berufungsverfahren. Die Berufungsklägerin beantragt im Berufungsverfahren die vollumfängliche Abweisung der Klage, während die Berufungsbeklagte in ihrer Anschlussberufung die Zusprechung einer im Vergleich zum vorinstanzlichen Verfahren leicht erhöhten Summe von CHF 4'634'912.43 zuzüglich Zins von 5% seit dem 25. September 2015 forderte. Wie sich gezeigt hat, unterliegt die Berufungsklägerin mit ihren Berufungsanträgen vollumfänglich, während die Anschlussberufung gutgeheissen wird.

E. 11

/ 61 chenbehauptung stützen würde (Wahrunterstellung; statt vieler Jürgen Brönnimann, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Art. 150–352 ZPO, Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Art. 152 N 55 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 18 58 vom 5. Dezember 2019 E. 11.2).

E. 11.1

Vor diesem Hintergrund gehen die Kosten des Berufungs- und Anschlussberufungsverfahrens, die in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über Gerichtsgebühren in Zivilverfahren (BR 320.210; VGZ) auf CHF 30'000.00 festgesetzt werden, zu Lasten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie werden aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 30'000.00 bezogen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der von der Berufungsbeklagten geleistete Kostenvorschuss von CHF 10'000.00 wird ihr zurückerstattet.

E. 11.2

Die unterliegende Berufungsklägerin hat die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen. Die Entschädigung des Rechtsbeistandes der Berufungsbeklagten ist nach richterlichem Ermessen festzulegen, nachdem deren Rechtsvertreter keine Honorarnote eingereicht hat (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO), und richtet sich nach dem angemessenen Aufwand (vgl. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honorarverordnung, HV; BR 310.250]). Angesichts der sich stellenden Sach- und

Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschrift erscheint der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts für die Berufungsbeklagte ein Aufwand von pauschal CHF 15'000.00 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Auch diese Kosten hat die Berufungsklägerin aufgrund ihres Unterliegens vollständig zu übernehmen. Die Berufungsklägerin wird daher verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 15'000.00 zu bezahlen.

60 / 61 III.

E. 12

/ 61 klägerin weder selber eingereicht noch zur Edition verlangt wurden. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Leistungen für das Klinikgrundstück bzw. die Klinik erbracht worden sind. Aus diesem Grund ist von der Befragung der offerierten Zeugen abzusehen.

E. 13

/ 61

E. 13.5

Mio. kein Wert für das Klinikgebäude, höchstens die Abbruchkosten, enthalten war, durfte die Berufungsbeklagte aufgrund des im Vergleich zum Jahr 2004 reduzierten Kaufpreises von CHF 990'000.00 davon ausgehen, dass der Wert und in diesem Zusammenhang die Gebrauchstauglichkeit des Klinikgebäudes nach wie vor von untergeordneter Bedeutung war. Denn es wäre schlicht nicht nachvollziehbar, weswegen die Berufungsklägerin weniger bezahlen sollte für mehr, also für ein gebrauchstaugliches Klinikgebäude. Jedenfalls gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass es für die Berufungsklägerin plötzlich entscheidend gewesen wäre, welchen Zustand das Klinikgebäude aufwies. Oder zumindest gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass es für die Berufungsbeklagte erkennbar war, dass der Zustand des Klinikgebäudes für die Berufungsklägerin plötzlich entscheidend sein sollte. Der Zeuge BC. _____ (RG act. IX/3) gab denn auch an, dass das Gebäude zum Zeitpunkt des Kaufs in einem baulich eher desolaten Zustand gewesen sei. Er habe es gesehen, da er vor Ort gewesen sei. Es hätten gewisse Untersuchungen stattgefunden. Die Liegenschaft sei, so wie sie sich dargestellt habe, nicht nutzbar gewesen (Frage 17). Ob die Berufungsklägerin zu diesem Zeitpunkt bereits andere Pläne hatte, ist für die Auslegung der Freizeichnungsklausel nicht entscheidend. Für die Auslegung der Klausel nach dem Vertrauensprinzip geht es darum, ob die Berufungsbeklagte gestützt auf Verträge aus dem Jahr 2004 darauf vertrauen durfte, dass die Bausubstanz des Klinikgebäudes für die Berufungsklägerin weiterhin nicht von Relevanz war, da sie auf diese nicht angewiesen war.

58 / 61 Dies ist nach dem Gesagten zu bejahen. Die (behaupteten) Mängel lagen also nicht gänzlich ausserhalb dessen, womit die Berufungsklägerin vernünftigerweise rechnen musste. Sie werden im Rahmen der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip von der Freizeichnungsklausel also erfasst. Die von der Berufungsklägerin behaupteten Mängel am Klinikgebäude fallen somit unter den Gewährleistungsverzicht. Der geltend gemachte Schadenersatz wurde von der Vorinstanz also richtigerweise abgewiesen. 10. Nachdem die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts einen neuen Entscheid trifft, hat sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Gemäss Art. 104 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO),

in der Regel im Endentscheid. Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Differenz zwischen dem eingeklagten und dem zugesprochenen Forderungsbetrag für die Verteilung der Kosten und die Festsetzung der Prozessentschädigung als Grundsatz und Ausgangspunkt von Bedeutung (Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 17 2 / ZK2 17 3 vom 23. Dezember 2020 E. 21).

E. 14

/ 61 rensgegenständliche Grundstück nach dem Verkauf an die Beklagte unterworfen gewesen sei. Es sei zum jetzigen Zeitpunkt ungewiss, ob das Ausmass der zonenplanerischen Massnahme für den Entscheid eine Rolle spiele, weshalb das Gericht vorerst darauf verzichten würde, eine Auskunft einzuholen. Die Ablehnung der von der Berufungsklägerin beantragten schriftlichen Auskunft ist nicht zu beanstanden, zumal aus dieser keine für den vorliegenden Entscheid relevanten zusätzlichen Informationen zu erwarten sind. Ob die Nutzung in der Kurbetriebszone nennenswert erweitert wurde, ist hier nicht relevant.

E. 15

/ 61 dem Beweissicherungsverfahren handeln würde. Die Vorinstanz hatte die Edition dieser Akten mit der Begründung abgelehnt, dass zu der Frage nach dem jetzigen Kenntnisstand des Gerichts schon ausreichende Beweismittel vorliegen würden (z.B. RG act. III/29.10, 29.25 und 29.28), weshalb auf diese Edition verzichtet werde. Die Berufungsklägerin führt nicht aus, inwiefern die zur Edition beantragten Unterlagen dennoch entscheiderelevant sein sollen. Es sind keine zusätzlichen relevanten Informationen von den zur Edition beantragten Unterlagen zu erwarten, weshalb auch dieser Antrag abgelehnt wird.

E. 16

/ 61 stanz habe diese Editionsbegehren abgelehnt, da zum jetzigen Zeitpunkt von diesen Urkunden keine entscheiderelevanten Hinweise zu erwarten seien. Diese Einschätzung sei nicht begründet worden und im Entscheid werde nichts dazu ausgeführt. Die Vorinstanz habe die entsprechenden Zahlungen einfach nicht berücksichtigt, obschon aus den zur Edition beantragten Unterlagen klar belegt werden könne, dass die Kredite für die Klinik gewährt und auch die Zinsen bezahlt worden seien. Die Editionsunterlagen seien somit entscheiderelevant. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid in E. 5.2.5 erwogen, dass bezüglich der von der Beklagten als Finanzierungskosten behaupteten Positionen weder erwiesen sei, dass die entsprechenden Beträge bezahlt wurden, noch, dass es sich bei den Krediten um Ausgaben für das Klinikgrundstück gehandelt habe. Wo es sich um grundpfandgesicherte Kredite handle, sei zudem unklar, welches Grundstück in welchem Umfang als Sicherheit diene. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, wird diese Einschätzung von der Berufungsinstanz geteilt, weswegen sich die Edition dieser Unterlagen erübrigt.

E. 17

/ 61 werden kann. Ob die Mietverträge ernst gemeint waren oder nicht, ist somit nicht entscheiderelevant. 5. Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Nach dem Regelbeweismass ist der Beweis erbracht, wenn das Gericht vernünftigerweise und nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit der rechtserheblichen Tatsachenbehauptung d.h. von der Verwirklichung der umstrittenen

Tatsache überzeugt ist. Die zu beweisende Tatsache muss somit nicht mit Sicherheit feststehen. Die Verwirklichung der streitigen Tatsache hat jedoch derart nahe zu liegen, dass sie als annähernd sicher erscheint. Es genügt, wenn allfällige Zweifel als nicht erheblich erscheinen. Solange die Zweifel mit überzeugenden Argumenten als unerheblich angesehen werden können, ist der Beweis erbracht. Verbleibende Zweifel sind demnach zulässig, wenn sie gesamt- haft betrachtet nicht ins Gewicht fallen und keinen ernst zu nehmenden Vorbehalt bezüglich der beabsichtigten Beweisentscheidung begründen (Christian Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE- Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 157 N 61 ff.). Im Folgenden ist anhand der berufungsweise vorgebrachten Rügen zu prüfen, ob die Würdigung der einzelnen Beweise durch die Vorinstanz den erwähnten Grundsätzen standhält und das Beweisergebnis somit nachvollziehbar und vertretbar erscheint.

E. 18

/ 61

E. 19

/ 61 ben verstehen durfte und musste (BGE 140 III 134 E. 3.2; 138 III 659 E. 4.2.1 m.w.H.). Diese objektivierte Auslegung ist als Rechtsfrage frei zu prüfen und erfolgt unter Berücksichtigung nicht nur des Wortlautes der Vereinbarung, sondern der Umstände, welche dem Vertragsschluss vorausgegangen sind oder ihn begleitet haben, unter Ausschluss späterer Ereignisse (BGE 144 III 43 E.3.3; 142 III 239 E. 5.2.1 mit Verweisen). Das Vertrauensprinzip erlaubt es somit, eine Partei auf dem objektiven Sinn ihrer Erklärung oder ihres Verhaltens zu behaften, selbst wenn dies nicht ihrem inneren Willen entspricht (BGE 144 III 93 E.5.2.3 = Pra. 2019 Nr. 40; 130 III 417 E. 3.2). Im schweizerischen Vertragsrecht besteht also bei der Beurteilung der Frage, ob die Parteien einen Vertrag geschlossen haben, der Vorrang des subjektiven Willens vor dem objektiven Willen (BGE 123 III 35 E. 2b). Wenn sich die Parteien übereinstimmend ausgedrückt haben (übereinstimmende Willenserklärung), sie diese tatsächlich verstanden haben und sich folglich binden wollten, besteht ein tatsächlicher Konsens; wenn sie sich zwar verstanden haben, aber keine Einigung erzielt haben und sich dessen von Anfang an bewusst waren, liegt ein offener Dissens vor und ein Vertragsschluss findet nicht statt. Haben sich die Parteien übereinstimmend ausgedrückt, hat aber eine von ihnen oder haben beide den inneren Willen des anderen nicht verstanden, was ihnen nicht von Anfang an bewusst war, liegt ein versteckter Dissens vor und der Vertrag wird entsprechend dem objektiven Sinn geschlossen, den man ihren Willenserklärungen gemäss dem Vertrauensprinzip geben kann; in diesem Fall handelt es sich um eine rechtliche (oder normative) Einigung (BGE 144 III 93 E. 5.2.1 = Pra. 2019 Nr. 40).

E. 20

/ 61 gungsmitteln. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es allerdings nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben (Art. 18 Abs. 1 OR). So kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Sofern keine ernsthaften Gründe für eine solche Annahme bestehen, ist aber im Allgemeinen vom klaren Wortlaut einer Vertragsbestimmung nicht abzuweichen (BGE 135 III 295 E. 5.2; 131 III 606 E. 4.2; 129 III 702 E. 2.4.1, je mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts

4A_310/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 3.2). In Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass juristisch-technische Begriffe entsprechend ihrem juristischen Sinn zu verstehen sind (BGE 119 II 368 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 4C.301/2004 vom 9. Dezember 2004 E. 2.2). In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass der Kaufvertrag von den juristisch beratenen Parteien abgefasst und öffentlich beurkundet wurde. Die Erfahrungheit und die Sachkunde der juristischen Berater wurden von keiner Partei in keinem Zeitpunkt jemals in Frage gestellt. Es ist deshalb nicht nur davon auszugehen, dass die Urkundspersonen die Rechtslage genau gekannt und die Vertragsparteien pflichtgemäss darüber aufgeklärt haben, sondern auch anzunehmen, dass sie die eingesetzten Fachausdrücke in ihrem juristisch-technischen Sinn verwendet haben (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 5A_518/2017 vom 20. April 2018 E. 4.2.1; 5A_508/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 5.3.1; 5A_530/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2.1). Umstritten ist jedoch, ob es sich beim Begriff «Umzonung», um einen klar definierten juristisch-technischen Begriff handelt. Gemäss Glossar des Bundesamtes für Raumentwicklung (ARE) stellt Umzonung die Änderung der Nutzungszonenzuweisung für ein bestimmtes Grundstück dar. Der Ausdruck umfasst die in der Umgangssprache häufig verwendeten Ausdrücke «Einzonung» für die Zuweisung eines Grundstückes zur Bauzone und «Auszonung» für die Umzonung von einer RPG-konformen Bauzone in die Landwirtschafts- oder Landschaftsschutzzone. Im Zusammenhang mit der Mehrwertabgabe (die Kantone sind gemäss Art. 5 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG] verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile, die durch Planungen nach dem Raumplanungsgesetz entstehen, vorzusehen), wird der Begriff «Umzonung» ebenfalls häufig verwendet. Mit der Mehrwertabgabe soll ein Teil des Mehrwerts, der ein Grundstück durch eine Planungsmaßnahme und ohne Zutun des Grundstückseigentümers erfährt, abgeschöpft werden. So wird beispielsweise ausgeführt, dass «planungsbedingte Mehrwerte auch durch Aufzonungen und andere Formen von Umzonungen (z.B. Umnutzung von Industriebrachen) entstehen» (VLP-ASPAN, Die Mehrwertabgabe nach Art. 5 RPG, Eine Darstellung unter Einbezug von steuerrechtlichen und an-

E. 21

/ 61 deren nicht raumplanungsrechtlichen Aspekten, Raum & Umwelt Mai Nr. 3/08, S. 9). Das Baugesetz des Kantons Bern definiert die Umzonung als «Zuweisung von Land in einer Bauzone zu einer anderen Bauzonentyp mit besseren Nutzungsmöglichkeiten» (Art. 142a Abs. 2 BauG). Oder «bei der Umzonung wird ein sich in einer Bauzone befindliches Grundstück einer anderen Bauzone zugeordnet, welche den Mehrwert hervorruft (z.B. Industriezone wird zu Wohnzone umgewandelt)» (Daniel Donauer/Philipp Husi/Christian Eichenberger, Die Mehrwertabschöpfung gemäss Art. 5 des Raumplanungsgesetzes, in: Jusletter 10. Dezember 2018, Rz. 13). Das Reglement über die Mehrwertabgaben der Stadt Nidau definiert in Art. 1 Abs. 1 lit. b die Umzonung als «Zuweisung von Land in einer Bauzone zu einer anderen Bauzonentyp mit besseren Nutzungsmöglichkeiten». Dies ist lediglich eine beispielhafte Aufzählung und zeigt deutlich, dass der Begriff «Umzonung» nicht einheitlich und klar definiert verwendet wird, trotz seiner grossen Bedeutung im Baurecht. Insofern lässt sich auch nicht exakt abgrenzen, wann es sich um eine «Umzonung» handelt, zumal sich nicht eruieren lässt, auf welche Definition des Begriffes sich die Parteien stützen wollten oder welche gesetzlichen Bestimmungen sie im Auge hatten. Wie bereits ausgeführt, darf aber ohnehin nicht alleine auf den Wortlaut eines in einem Vertragstext verwendeten Begriffes abgestellt werden, selbst wenn es sich um einen juristisch-technischen Begriff handelt. Die Berufungsklägerin hält fest, dass lediglich die

«Umzonung» in der Vertragsklausel erwähnt worden sei, da auch nur eine formelle Umzonung, wie dies beim G._____ geschehen sei, darunterfallen sollte. Hätte man noch weitere raumplanerische Änderungen ausgleichen wollen, hätte dies in der Klausel auch explizit erwähnt werden müssen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass für den Fall, dass man lediglich eine formelle Umzonung von der Kurbetriebzone in die Zone für städtisches Bauen, wie dies beim G._____ geschehen ist, hätte ausgleichen wollen, man auch diese Formulierung hätte verwenden müssen. Dies wird aber in der Klausel ebenfalls nicht erwähnt, weshalb die Berufungsklägerin aus der entsprechenden Formulierung auch nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Es ist folglich nicht auf den (unklaren) Wortlaut abzustellen, sondern es sind die Gesamtumstände zu berücksichtigen, welche mit dem Vertragsschluss zusammenhängen.

E. 22

/ 61 Frage stehende Vertragsklausel gab der Zeuge an, dass der Bund wertmässig partizipieren wollte, falls es zu einer anderen Nutzung als einer Klinik auf dem Grundstück kommen sollte und das Grundstück verkauft würde. Das Klinikgelände sei im Kaufpreis sehr viel günstiger gewesen als der G._____, habe allerdings die Beschränkung durch die Klinikzone gehabt. Wenn es hier zu einer Änderung oder zu einer anderen Nutzung kommen sollte oder gekommen wäre oder kommen werde, und das Grundstück ganz oder zu einem wesentlichen Teil veräussert würde, dann wollte der Bund von dieser Werterhöhung profitieren (Frage 5). Auf die Frage, weshalb die Kaufpreiserhöhungsklausel auf eine «Umzonung» beschränkt worden sei, statt sämtliche zufälligen Wertsteigerungen zu umfassen, gab der Zeuge zu Protokoll, dass sie durch den ersten Vertrag wohl ein wenig vorgeprägt gewesen seien, denn kurz vor Unterzeichnung des ersten Vertrages habe diese Umzonung stattgefunden. Diese Begrifflichkeit sei dann im Vertrag für den G._____ auch nicht mehr berücksichtigt worden. Sie seien damit sicherlich ein bisschen in dem Gleis «Umzonung» gewesen. Das habe dann Eingang in den ersten und den zweiten Vertrag über die Klinikliegenschaft gefunden. Intention aber sei gewesen, dass der BQ._____ unbedingt eine Wertsteigerungsklausel wollte (Frage 10). Weiter gab er an, dass sie sich im schweizerischen Kommunalrecht ja nicht auskennen würden. Sie hätten sich zu dem Zeitpunkt nicht vorstellen können, dass man in einer Klinikzone etwas anderes als eine Klinik bauen könne (Frage 11). Der Zeuge BB._____, welcher für die C._____ arbeitet, die Anteile an der Berufungsbeklagten hält, äusserte sich zur Kaufpreiserhöhungsklausel dahingehend, dass der Vorschlag einer Nachbesserungsklausel über den BQ._____ gekommen sei. Sie hätten nur schwer einschätzen können, ob das wirklich der realistische Preis für eine solche Liegenschaft in Z._____ sei. Vor diesem Hintergrund hätten sie den Vorschlag des Rechnungshofes damals aufgenommen, weil sie sich gesagt hätten, wenn ihnen das widerfahre, dass das Gelände nach einigen Jahren mit einem deutlichen Zugewinn weiterverkauft werde, weil sich etwas geändert hat, dann würden sie ein relativ schlechtes Bild abgeben. Dann würde man ihnen zu Recht vorwerfen, da sei leichtsinnig mit Vermögen des Bundes umgegangen worden. Es sei die Intention dahinter gewesen, zu verhindern, dass sie etwas veräussern, um dann später feststellen zu müssen, sie hätten einen schweren Fehler gemacht, weil es durch eine bebauungsrechtliche Änderung zu einer deutlichen Wertsteigerung des Grundstückes gekommen sei (RG act. IX/2 Frage 7 f.). Weiter erklärte der Zeuge, dass er zum damaligen Zeitpunkt nur das Wort «Umzonung» gelesen habe. Da sie mit den Rechtsbegrifflichkeiten in der Schweiz nicht im Detail vertraut seien, habe er damit nur das Thema verbunden, dass er verhindern möchte, dass durch Rechtsänderungen im Baurecht irgendwie plötzlich ein erhöhter Weiterveräusserungswert

erzielt werden könne. Ihm sei nicht erinner-

E. 23

/ 61 lich, ob sie sich detaillierter verständigt hätten, was sie unter dem Begriff «Umzonung» gemeinsam zu verstehen hätten (Frage 13). Auf die Frage, weshalb die Kaufpreiserhöhungsklausel auf eine «Umzonung» beschränkt worden sei, antwortete der Zeuge, dass er dazu keine exakte Auskunft geben könne. Der Begriff «Umzonung» sei in C._____ so nicht gebräuchlich. Es sei weniger um eine Marktentwicklung gegangen als um die Frage, ob sich etwas im Baurecht änderte. Sie hätten ja gewusst, wie schwer sich die Gemeinde Z._____ mit dem Thema «beliebige Nutzung der Flächen» tat (Frage 15). Weiter sei ihm nicht in Erinnerung, dass sie einmal darüber diskutiert hätten, was unter «Umzonung» konkret zu fassen sei (Frage 19). Die Vorstellung, dass sich unter dem Überbegriff «Klinikzone» auch eine andere Nutzung ermöglichen würde, habe es in seiner Vorstellung nicht gegeben. Wenn sie gewusst hätten, dass es solche Regelungen geben kann, die so gravierende Auswirkungen haben, hätten sie das aufgenommen (Frage 20). Der Zeuge BC._____, welcher die Berufungsklägerin bei den damaligen Vertragsverhandlungen als Rechtsanwalt vertreten hatte, gab auf die Frage, wie er selbst den Begriff «Umzonung» zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung verstanden hatte, an, dass dies im Gesamtkontext zu betrachten sei. Seines Erachtens stehe dies sehr eng mit der Umzonung des G._____ in Zusammenhang. Da sei effektiv diese Parzelle aus der Kurzzone entlassen und in eine neue Zone, in eine Wohnzone umzoniert worden. So hätten sie auch den Vertrag verstanden. Das heisst, es bedurfte einer formellen Umzonung, damit diese Klausel auch zum Tragen kommen würde (RG act. IX/3 Frage 9). Die Frage, ob seinem Verständnis nach unter den Begriff «Umzonung» in der Kaufpreiserhöhungsklausel auch eine Änderung der zulässigen Nutzung in einer Zone fallen würden, ohne dass das Grundstück formell einer anderen Zone zugeteilt worden bzw. die Bezeichnung der Zone geändert worden wäre, verneinte er. Wie dies aus Sicht der Verkäuferschaft gewesen sei, könne er nur mutmassen. Der Terminus sei klar: Umzonung bedeute eine Zonenänderung. Es seien auch auf Seiten der Verkäuferschaft Rechtsanwälte beteiligt gewesen. Er gehe deshalb davon aus, dass auch die Verkäuferschaft gewusst habe, was eine Umzonung im rechtlichen Sinn bedeute (Frage 14). H._____, welcher Verwaltungsratspräsident und Hauptaktionär der Berufungsklägerin ist, gab im Rahmen der Parteibefragung zu Protokoll, dass Herr Dr. AZ._____ bei den Gesprächen mit dem BW._____ dabei gewesen sei. Das Wort «Umzonung» sei dort nicht nur einmal gefallen, sondern es sei Gegenstand der wichtigsten Verhandlungen gewesen. Weil der G._____ für sie schon ein wichtiger wirtschaftlicher Bestandteil der ganzen Geschichte gewesen sei. Es sei klar und deutlich gesagt worden, was das bedeute. Die Volksabstimmung, die es dazu gegeben hatte, sei erörtert worden. Es sei klar und deutlich gesagt worden, der Grund für die Umzonung des G._____ habe in der Subventionierung des Klinikbetriebs gelegen.

E. 24

/ 61 Sonst hätte man gemäss dem BW._____ diesen G._____ auch nicht umgezont. Eine Fehlinterpretation dieses Wortes sei überhaupt nicht möglich, auch für einen C._____ Juristen, da es auch in C._____ einen Zonenplan und den Vorgang der Umzonung gebe (RG act IX/4 Frage 6). Unter den Begriff der «Umzonung» sei keine Änderung der zulässigen Nutzung in einer Zone gefallen, ohne dass das Grundstück formell einer anderen Zone zugeteilt worden bzw. die Bezeichnung der Zone geändert worden wäre. Im Vertrag von 2004 sei ja schon dringestanden, was sie vorhatten. Es sei deutlich festgehalten worden,

dass die Käuferschaft einen Betrieb für medizinisch begleitetes Wohnen zu errichten beabsichtigte. Was im Vertrag stehe, sei im Prinzip hinterher der Sinn der Nutzungserweiterung. Aber diese Nutzungserweiterung bringe überhaupt nicht das, was sie besprochen hätten. Keinen freien Verkauf von frei nutzbaren Eigentumswohnungen. Man könne dort nur Stockwerkeigentum begründen, wenn man diverse Verpflichtungen eingee. Deswegen hätten sie keinen gefunden, der das Grundstück kaufen würde. Eine Umzonung sehe etwas ganz Anderes vor. Eine Umzonung sei ein Wechsel der Zone. Es sei dabei immer Bezug genommen worden auf den G._____ (Fragen 1 und 7).

E. 25

/ 61 ner Sitzung vom 13. Februar 2007 beschlossen hätte, die Zone für Kurbetriebe einer Überprüfung zu unterziehen. Es hätte sich gezeigt, dass aufgrund der engen Nutzungsumschreibung die Zone heute für Projekte und Nutzungen, welche keine Kliniken oder Kurbetriebe beinhalten würden, auch entwicklungs-hemmend sein könnten. Der BD._____ halte weiter fest, dass kein Rechtsanspruch auf eine Umzonung bestehen würde (RG act. II/23). Der G._____ war den Parteien also ein bekanntes Beispiel dafür, wie es zu einer Nutzungsänderung kommen konnte. Aufgrund dessen aber davon auszugehen, dass lediglich eine Umteilung aus der Kurbetriebszone in die Zone für städtisches Wohnen Anlass für den Wertausgleich sein sollte, greift zu kurz. Vielmehr zeigte das Beispiel G._____, dass es zu einer Nutzungsänderung kommen konnte. Auch das Schreiben der Gemeinde Z._____ an die Parteien vom 16. März 2007 (RG act. II/23) hatte bereits angedeutet, dass die Zone für Kurbetriebe einer Überprüfung unterzogen werde, da aufgrund der engen Nutzungsumschreibung die Zone heute auch entwicklungs-hemmend sein könnte. Dieses Schreiben kurz vor Vertragsunterzeichnung deutet eher darauf hin, dass die Parteien dieses Szenario vor Augen hatten, nämlich, dass die Nutzung in der Zone für Kurbetriebe möglicherweise erweitert würde, da selbst die Gemeinde Z._____ davon ausging, dass die enge Nutzungsumschreibung entwicklungs-hemmend sein könnte. Es mag daher zwar zutreffen, dass die Parteien den Fall G._____ als Anlass genommen hatten, eine Kaufpreiserhöhungsklausel zu diskutieren, jedoch ist aufgrund der durch die Gemeinde Z._____ signalisierten möglichen Anpassung der Kurbetriebszone vielmehr davon auszugehen, dass dies schliesslich dazu geführt hatte, dass die Klausel mit der entsprechenden Formulierung auch in den Vertrag aufgenommen wurde. Entsprechend verstanden die Parteien unter der im Vertrag festgehaltenen «Umzonung» eben nicht nur eine formelle Umteilung von der Kurbetriebszone in die Zone für städtisches Wohnen, sondern auch eine lediglich inhaltliche Anpassung der Kurbetriebszone, so wie dies durch die Änderung des Baugesetzes der Gemeinde Z._____ im Jahr 2009 schliesslich geschah. Entscheidend ist nicht, wie die Zone benannt wird, sondern welche Nutzungsmöglichkeiten man hat. Dies geht auch klar aus den zuvor zitierten Zeugenaussagen AZ._____ und Bald hervor. Sinn und Zweck der Klausel war, dass sie als Verkäuferin an bauplanerischen Änderungen, welche zu einer Erweiterung der Nutzung führen würden, partizipieren wollten.

E. 26

/ 61 passt werden könne. Vielmehr sei lediglich die Modalität in der Bestimmung des neuen Preises verändert worden. Im ersten Vertrag sei die Werterhöhung durch ein Schiedsgutachten zu bestimmen gewesen und im vorliegend relevanten Vertrag anhand der Differenz zwischen Kauf- und Verkaufspreis abzüglich Investition. In einem ersten Punkt ist diesbezüglich festzuhalten, dass die Vorinstanz entgegen den Ausführungen der

Berufungsklägerin die Abkehr von der Kausalität zwischen Umzonung und Werterhöhung durchaus begründete. In E. 4.5.2 zeigt sie die Entstehungsgeschichte der Kaufpreiserhöhungsklausel auf. Demnach hatte die Klausel im Kaufvertrag aus dem Jahr 2004 (RG act. II/8), der notabene nicht zustande kam und durch den Vertrag aus dem Jahr 2007 ersetzt wurde, noch folgenden Wortlaut: Sollte das Grundstücks Hauptbuchblatt K._____, Parzelle E._____, Plan L._____, nach Unterzeichnung dieses Vertrages umgezont werden, so ist die Käuferschaft verpflichtet, der Verkäuferin 60% der dadurch entstandenen Werterhöhung abzuliefern, es sei denn, der Vorteil fliesse der Käuferschaft weder direkt noch indirekt zu. Die Werterhöhung wird, sollten sich die Parteien nicht innerhalb von 30 Tagen nach Rechtskraft der Umzonung einigen, durch einen Schiedsgutachter für beide Parteien verbindlich festgestellt. Bei dieser Formulierung ist klar, dass sich die Ausgleichspflicht nur auf den von der Umzonung abhängigen Mehrwert («60% der dadurch entstandenen Werterhöhung») beschränkte. Andere Faktoren, welche den Wert des Grundstückes beeinflusst haben könnten, wären nicht zu berücksichtigen gewesen. Indem im Vertrag aus dem Jahr 2007 diese Formulierung nicht mehr verwendet wurde, sondern statt «60% der dadurch entstandenen Werterhöhung» «60% der Differenz zwischen ihrem Verkaufspreis (abzüglich (anteiliger) Investitionen (Planung, Bau, Zins), Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuern) und dem (anteiligen) Ausgangswert» zu entschädigen waren, wurde auf die Kausalität zwischen Umzonung und Mehrwert verzichtet. Die Umzonung war lediglich Voraussetzung dafür, dass es zu einem Wertausgleich kommen sollte.

E. 27

/ 61 liegenden Fall unbeachtlich, weil es hier nicht um eine Gewinnbeteiligungs-, sondern um eine Kaufpreiserhöhungsklausel gehe. Der Kaufpreis müsse aus der Urkunde selbst bestimmbar sein, es reiche nicht, wenn er sich aus anderen Dokumenten bestimmen lasse. Vorliegend hätten unzählige Beweismittel beigezogen werden müssen, um den Kaufpreis zu bestimmen, weil die Investitionen hätten berücksichtigt werden müssen. Weiter sei zu beachten, dass die Kaufpreisbestimmung nicht der Willkür einer Partei oder eines Dritten überlassen werden dürfe. Vorliegend habe die Berufungsklägerin ohne Rücksicht auf andere entscheiden können, ob und wann sie den Kaufgegenstand verkaufe. Ferner sei die Preiserhöhung auch dem Willen des Stimmvolks der Gemeinde Z._____ ausgesetzt gewesen, da nur für den Fall, dass dieses eine Umzonung vornehme, eine Preiserhöhung überhaupt diskutierbar wäre. Die Kaufpreiserhöhungsklausel sei somit nichtig. Diese führe zumindest zu einer Teilnichtigkeit des Vertrages.

E. 28

/ 61 6B_611/2018 vom 15. März 2019 E. 3.2.1). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre fallen sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen (BGE 113 II 402 E.2a). Allerdings folgt daraus nicht, dass der Formzwang sich auf sämtliche Punkte erstreckt, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich sind. Im subjektiv wesentlichen Bereich ist er auf diejenigen Vertragspunkte einzuschränken, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bilden. Verpflichtungen, die für den Grundstückkaufvertrag artfremd sind, bedürfen daher keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfließt (BGE 119 II135 E. 2a; 113 II 402 E. 2a;

Urteil des Bundesgerichts 4C.458/1996 vom 20. Februar 1997 E. 1a; je mit Hinweisen). Es genügt also nicht, wenn die eine Verpflichtung bloss Anlass zu andern ist, zwei Verträge beispielsweise in kausaler Abhängigkeit zueinander stehen (BGE 113 II 402 E. 2a) bzw. der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstellt (BGE 117 II 259 E. 2b; vgl. auch BGE 135 III 295 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017 E. 8.2). Mit Bezug auf den vertragswesentlichen Punkt des Kaufpreises besteht in der Lehre Einigkeit, dass sich dieser aus der Gesamtheit aller (Geld-)Leistungen zusammensetzt, welche der Käufer dem Verkäufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen muss, und sich der Beurkundungszwang auf diesen Gesamtbetrag erstreckt (Urteile des Bundesgerichts 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 4; 4C.299/1998 vom 7. Januar 1999 E. 2a). Bestimmbarkeit des Kaufpreises genügt, sofern alle zur Bestimmung des Kaufpreises notwendigen Faktoren aus der Urkunde selbst ermittelt werden können und es dazu des Beizugs anderer Beweismittel nicht bedarf (BGE 84 IV 163 E. 1b). Es ist ausreichend, wenn der Preis z.B. anhand einer Berechnungsmethode, durch eine Formel, in Abhängigkeit von vertragsexternen Faktoren wie publizierten Indizes oder auf Grund der Vereinbarung, dass der Preis durch Schätzung des Verkehrs- oder des Ertragswertes zur Zeit der Ausübung zu ermitteln ist, bestimmt werden kann (Urteile des Bundesgerichts 4A_60/2018 vom 27. Juni 2018 E. 4.2.2; 5A_207/2007 vom 20. März 2008 E. 3.3). Dass nach der Ausübung des Kaufrechts die wertvermehrenden Aufwendungen noch festgelegt werden müssen und dadurch zeitliche Verzögerungen und sonstige Unannehmlichkeiten entstehen können, ändert an der Bestimmbarkeit des Kaufpreises bzw. der Wirksamkeit des Kaufrechts nichts (Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20. März 2008 E. 3.4 für das Vorkaufsrecht mit Hinweis; 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008 E. 3.2). Beim dem Urteil des Bundesgerichts 4A_24/2008 vom 12. Juni 2009 zugrunde liegenden Fall hatten die Par-

E. 29

/ 61 teien den Kaufpreis mit "Fr. 600'000.-- zuzüglich wertvermehrender Aufwendungen" bestimmt und öffentlich beurkundet. Sie haben damit alle zur Bestimmung des Kaufpreises notwendigen Faktoren verkündet. Dass die wertvermehrenden Aufwendungen erst nach Abschluss des Kaufrechtsvertrags vorgenommen worden sind und daher nicht bereits in der öffentlichen Urkunde zahlenmässig festgesetzt werden konnten, ändert daran wie erwähnt nichts. Es genügt, dass der tatsächlich bezahlte Preis für diese Aufwendungen zur Zeit der Ausübung des Kaufrechts ohne weiteres durch Belege nachgewiesen werden konnte und es keiner zusätzlichen Einigung der Parteien mehr bedurfte (Urteil des Bundesgerichts 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008 E. 3.4). Umstritten ist die Beurkundungsbefreiung einer Gewinnbeteiligungsklausel des Verkäufers im Zusammenhang mit einem Grundstückkaufvertrag (Markus Binder, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 216 N 14). Für GIGER ist nicht nachvollziehbar, dass das Bundesgericht in BGE 75 II 147 eine für den Fall des Weiterverkaufs zugunsten des Grundstückverkäufers vereinbarte Gewinnbeteiligungsabrede vom Formanfordernis des Art. 216 OR ausnimmt, da es sich hierbei zweifellos um einen objektiv wesentlichen Vertragsbestandteil handle. Für die Beurteilung pro oder contra qualifizierten Formzwang müsse allein die Beziehung der fraglichen Abrede zu den Verpflichtungen des Hauptgeschäftes massgeblich sein (Hans Giger, Berner Kommentar, Der Grundstückkauf Art. 216-221 OR, Bern 1997, Art. 216 N 267). VISCHER/GALLI vertreten die Auffassung,

dass Gewinnbeteiligungsklauseln nicht öffentlich zu beurkunden sind, da sie artfremde Nebenleistungspflichten seien, aufgrund derer sich eine Partei zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung verpflichtet und zwar für den Fall des Eintritts eines objektiv ungewissen zukünftigen Ereignisses. Es fehle mithin der tatsächliche Geldfluss in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Abschluss des Grundstückkaufs. Kein stichhaltiges Argument für die Formbedürftigkeit sei der blosser Umstand, dass Gewinnbeteiligungsklauseln geneigt seien, den Kaufpreis zu beeinflussen. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit solcher Klauseln sei einzig dann zu machen, wenn im Vertrag ausdrücklich festgehalten werde, dass der Kaufpreis wegen dieser Gewinnbeteiligungsklausel um einen bestimmten Betrag reduziert werde (Markus Vischer/Dario Galli, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, in: Anwaltsrevue 11/12 2017, S. 486).

E. 30

/ 61 Betrag zu bezahlen. Ob es sich dabei tatsächlich um eine Erhöhung des eigentlichen Kaufpreises handelt oder ob mit der Bestimmung nicht vielmehr eine Gewinnbeteiligung vereinbart werden sollte, bleibt fraglich. Der Kaufpreis wurde im Vertrag vom 10. Mai 2007 mit CHF 12.51 Mio. für sämtliche Parzellen beziffert. Dieser Kaufpreis war unbestrittenermassen klar definiert und wurde öffentlich beurkundet. Bei der so bezeichneten «Kaufpreiserhöhung» geht es um einen Anspruch, der nur dann entsteht, wenn die Käuferschaft die Kaufsache weiterverkauft und gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Wie bereits die Vorinstanz korrekt ausführte, ist der Anspruch keine Bedingung für die Übertragung des Eigentums an der Kaufsache. Der Anspruch entsteht möglicherweise gar nie, womit davon die Übertragung des Eigentums nicht abhängen kann. Ebenfalls weisen abgesehen von der Benennung als solcher keine weiteren Punkte darauf hin, dass es sich dabei wirklich um eine eigentliche Erhöhung des Kaufpreises handeln soll. Es wird beispielsweise nicht erwähnt, dass der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis aufgrund und gerade wegen dieser Klausel tiefer festgesetzt wurde. Ob der Kaufpreis durch die Klausel beeinflusst wurde, ist nicht erkennbar. Insofern ist wohl eher von einer Gewinnbeteiligungsklausel auszugehen und es ist derjenigen Lehrmeinung zu folgen, wonach diese nicht dem Beurkundungszwang unterstellt werden muss. Die Begründung liegt darin, dass vorliegend, wie bereits ausgeführt, die Gewinnbeteiligungsklausel keinen Einfluss auf den Kaufpreis zu haben schien. Es handelt sich um eine Nebenleistungspflicht für den Fall eines objektiv ungewissen zukünftigen Ereignisses, die nicht dem Formzwang unterliegen kann. Somit ist die strittige Klausel formgültig zustande gekommen. Es liegt kein nichtiger Vertrag vor.

E. 31

/ 61 nicht erfüllen müsste, und nachher die Erfüllungshandlung nicht mehr gelten lassen will (*venire contra factum proprium*) (Alfred Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückkauf, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, 3. Auflage, Bern 2017, N 63). Die Berufungsklägerin hat den Vertrag – mit Ausnahme der nun strittigen Ausgestaltung der sogenannten Kaufpreiserhöhungsklausel – erfüllt. Dass sie den Vertrag irrtümlich erfüllt hat, wird weder geltend gemacht, noch wäre dies vor dem Hintergrund, dass sie bereits bei der Vertragsverhandlung juristisch beraten wurde, glaubwürdig. Die Berufungsklägerin könnte sich also auch für den Fall, dass die strittige Klausel der Beurkundungspflicht unterstehen würde, nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen, da ein solches Verhalten rechtsmissbräuchlich wäre.

E. 32

/ 61 vestitionen nicht nachgewiesen worden, zumal der Nachweis korrekterweise durch die Buchhaltung und deren Belege erfolgen müsse.

E. 33

/ 61 desgerichts 4A_616/2015 vom 20. September 2015 E. 3.4.1). Umgangssprachlich versteht man unter «Investition» die (langfristige) Anlage von Kapital, also die Umwandlung von Kapital in Vermögen, womit eine Vergrösserung des Vermögens oder die Steigerung von zukünftigen Gewinnen oder Werten verbunden ist. Wie bereits festgehalten, darf bei der Auslegung einer Bestimmung aber nicht alleine auf den Wortlaut abgestellt werden, sondern ist der Sinn und Zweck miteinzuziehen. Im Übrigen wäre die Zuordnung auch bei einer Auslegung des Begriffs im hier angesprochenen Sinne nicht eindeutig, zumal insbesondere bei Planungskosten für nicht realisierte Projekte unklar ist, ob diese wertvermehrend wären oder nicht. Eine Wertsteigerung könnte möglicherweise auch darin bestehen, dass man weiss, dass ein bestimmtes Projekt nicht realisierbar ist. Jedoch wäre diese Argumentation bei Fehlplanungen wiederum schwierig.

E. 34

/ 61 Die Zeugenaussagen führen also auch nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, sprechen aber eher dafür, dass die abzugsfähigen Investitionen wertvermehrend bzw. werthaltig sein müssen.

E. 35

/ 61 3.4.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1). Ein solchermaßen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (Urteil des Bundesgericht 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 mit Hinweis). Die Behauptungs- und Substantiierungslast zwingt die damit belastete Partei nicht, sämtliche möglichen Einwände der Gegenpartei vorweg zu entkräften. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1; 127 III 365 E. 2b; Urteile des Bundesgerichts 4A_275/2020 vom 26. Oktober 2020 E. 1.1; 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 mit Hinweisen; Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 15 13 vom 23. September 2015 E. 3.c/bb; Christoph Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 221 N 41 ff.; zur Substantiierungspflicht im Allgemeinen Beat Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Bern 2013, § 14 N 443-463; Mark Schweizer, Substanziieren – wozu?, in: SJZ 108/2012, S. 557 ff.; Annette Dolge, Anforderungen an die Substantiierung, in: Dolge, Substantiieren und Beweisen, Zürich 2013, S. 17 ff.).

E. 36

/ 61

E. 37

/ 61 Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.2 mit Hinweisen). Zumindest muss aus der Bestreitung hervorgehen, unter welchem Gesichtspunkt die einzelnen Positionen beanstandet werden (Urteile des Bundesgerichts 4A_553/2017 vom 26. Februar 2018 E. 4.2; 4A_9/2015 vom 29. Juli 2015 E. 5.4).

E. 38

/ 61 stoppt werden müssen. Eine Weiterverfolgung des Projekts sei auch deshalb nicht möglich gewesen, weil die Kinderklinik aufgrund der Mängel nicht rechtzeitig habe das Gebäude beziehen können, jedoch auf neue Gebäulichkeiten angewiesen gewesen sei.

E. 39

/ 61 stellen, unter welchem Gesichtspunkt sie die geltend gemachten Leistungen be- streite.

E. 40

/ 61

E. 41

/ 61 Schreiben vom 30. Januar 2017 zu dieser Bestätigung aufgefordert. Dabei fällt auf, dass die BE._____ sowohl die gleiche Adresse als auch die gleiche Postfach- nummer wie die Berufungsklägerin hat (RG act. III/59 S. 2). Insofern ist die von der Berufungsbeklagten angebrachte Kritik, dass insbesondere aufgrund der Nähe und personellen Verbundenheit der Berufungsklägerin, der BE._____ und der M._____ fraglich ist, ob die in Rechnung gestellten Leistungen überhaupt erbracht und dann auch als solche verbucht wurden, berechtigt. Gerade wenn diese gel- tend gemachten Planungskosten einen solchen Umfang aufweisen und sowohl die Leistung als solche als auch die Bezahlung von der Berufungsbeklagten bestritten wird, wäre ein lückenloser Nachweis dieser Planungskosten erforderlich gewesen.

E. 42

/ 61 sie zusammen, dass, soweit als Beweismittel einzig Rechnungen (bzw. Rechnun- gen und nicht zuordenbare Bestätigungsschreiben) vorliegen würden, sie nicht hinreichend davon überzeugt sei, dass entsprechende Forderungen tatsächlich bestanden hätten oder bestehen würden. Ebenfalls nicht hinreichend überzeugt von Zahlungen oder Forderungen sei sie, wenn die Bestätigungsschreiben bloss bescheinigen, dass «Rechnungen ausgestellt» oder «Arbeiten/Dienstleistungen erbracht» worden seien. Anschliessend erklärt die Vorinstanz, weshalb sie diesen strengen Massstab bei der Beweiswürdigung anlege. Die Vorinstanz nannte dem- nach ihre wesentlichen Überlegungen und erfüllte damit die aus dem verfas- sungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör folgende Verpflichtung, ihren Ent- scheid zu begründen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht dargetan.

E. 43

/ 61 rische Abgrenzung und Leistungsdokumentation verantwortlich. Durch die blossе Fakturierung eines Betrages ist eine damit zusammenhängende Gegenleistung damit grundsätzlich nicht bewiesen, auch wenn regelmässig eine Vermutung hier- für bestehen dürfte. Die Berufungsbeklagte hat die in Rechnung gestellten Leis- tungen sowie die Zahlung derselben aber bestritten, womit es an der Berufungs- klägerin gewesen wäre, die entsprechenden Beweise einzubringen. Die Bestrei- tung erfolgte bereits in der Replik (RG act. I/3 S. L._____ Rz. 146), womit die Be- rufungsklägerin gehalten gewesen wäre, den Nachweis der Zahlung in der Duplik zu erbringen, was sie nicht getan hat. Erst in ihrer

Stellungnahme vom 10. Juli 2017 (RG act. I/6) hat sie die Edition der Steuerunterlagen offeriert. Die Berufungsklägerin hätte aber spätestens in ihrer Duplik den Nachweis der Zahlung oder eben die Verbuchung der geltend gemachten Investitionen nachweisen müssen. Die Berufungsklägerin hat keine stichhaltigen Zahlungsnachweise für die geltend gemachten Auslagen beibringen können. Sie hat es unterlassen, die Auslagen beispielsweise mit Bank- oder Buchungsbelegen nachzuweisen. Darüber hinaus wäre in einem weiteren Punkt zu überprüfen gewesen, ob es sich bei den (an diesem Punkt) nachgewiesenen Leistungen, auch um abzugsfähige Investitionen im Sinne der Vertragsklausel handelt. Dazu hätten die erbrachten Leistungen aber substantiiert aufgezeigt und mittels aussagekräftiger Beweise wie beispielsweise Verträge, Auftragsbestätigungen, Lieferscheine oder Quittungen belegt werden müssen. Bei sämtlichen geltend gemachten Positionen der Kategorie «Baukosten» wurden lediglich Rechnungen und Bestätigungsschreiben eingereicht, dass die jeweilige Unternehmung die entsprechende Leistung erbracht habe und diese in Zusammenhang mit der Höhenklinik Z._____ stehe. Damit liegen zwar in Grundzügen Anhaltspunkte vor, was für Leistungen erbracht wurden. Um aber herauszufiltern, inwiefern diese Leistungen als Investitionen im Sinne der Vertragsklausel angesehen werden können, hätte die Berufungsklägerin nach der klaren Bestreitung durch die Berufungsbeklagte klar, umfassend und detailliert aufzeigen und auch belegen müssen, welche Leistungen die jeweiligen Unternehmen genau erbracht haben. Ohne nähere Angaben zu den Leistungen zu haben, welche die Unternehmen erbracht haben, ist eine Abgrenzung zwischen Unterhalt und Investition und dann allenfalls auch zwischen notwendigen und überflüssigen Investitionen nicht möglich. Beispielsweise bei der geltend gemachten Investition der BG._____ (RG act. III/28.83) in Höhe von CHF 86'180.90 wird in den Rechtsschriften lediglich ausgeführt, dass Abbruch- und Kernbohrarbeiten sowie die Ausführung statischer Ertüchtigungen erbracht wurden. Weshalb und in welchem Zusammenhang was für Abbruch- und Kernbohrarbeiten ausgeführt wurden oder hatten ausgeführt

E. 44

/ 61 werden müssen, wird nicht umschrieben. An dieser fehlenden Substantiierung kann auch ein angebotener Zeuge nichts ändern. Die Leistungen hätten in der Rechtsschrift selber umschrieben werden müssen. Hinzu kommt, wie bereits ausgeführt, dass ein Nachweis erforderlich wäre, dass die entsprechenden Rechnungen durch die Berufungsklägerin selber bezahlt wurden oder in ihrer Buchhaltung entsprechend verbucht wurden. Es ist der Berufungsklägerin zwar zuzustimmen, dass grundsätzlich auch eingegangene Verpflichtungen und nicht nur bezahlte Rechnungen zum Nachweis genügen würden, dass die entsprechenden Leistungen tatsächlich erbracht wurden. Jedoch geht es vorliegend noch um einen weiteren Punkt, weshalb eben ein strikter Nachweis der Bezahlung oder Verbuchung seitens der Berufungsklägerin erforderlich wäre. Per se sind nur diejenigen Leistungen abzugsfähig, welche durch die Berufungsklägerin selber bezahlt oder eben verbucht wurden. Sofern die Rechnung von einer anderen der Berufungsklägerin nahestehender Unternehmung bezahlt oder verbucht wurde, ist sie vorliegend ohnehin unbeachtlich. Es ist auch nicht von einer Beweisnot auszugehen, weshalb der strikte Nachweis der Bezahlung bzw. Verbuchung durch die Berufungsklägerin ohne weiteres möglich gewesen wäre und auch verlangt und erwartet werden konnte. Bei den durch die Vorinstanz akzeptierten Rechnungen fehlt auch dieser Nachweis, weshalb auch diese nicht als abzugsfähige Investitionen berücksichtigt werden können. Die Vorinstanz hat diverse Rechnungen der BH._____ als abzugsfähige Investitionen anerkannt. Es handelt sich

dabei um die Rechnungen RG act. III/28.4, 28.7, 28.25, 28.36, 28.55, 28.56, 28.70 und 28.80. Da beim Bestätigungsschreiben der BH._____ (RG act. III/54) eine so bezeichnete Debitorenliste angehängt ist, aus welcher die Zahlung der Rechnungen hervorgehen sollten, hat die Vorinstanz diese Auslagen als abzugsfähige Investitionen akzeptiert. Dagegen hat die Berufungsbeklagte Anschlussberufung erhoben. Der Berufungsbeklagten ist darin zuzustimmen, dass die Zahlen in der Debitorenliste nicht mit den Rechnungsbeträgen gemäss den aufgeführten Rechnungen übereinstimmen. Insofern ist der Beweiswert dieser Debitorenliste minimal. Hinzu kommt, dass daraus auch nicht hervorgeht, durch wen die Zahlung der Rechnungen getätigt wurde. Ein Nachweis, dass die Zahlung durch die Berufungsklägerin erfolgte, liegt nicht vor. Gestützt wird die Skepsis, wonach nicht erstellt ist, dass die Rechnungen auch tatsächlich durch die Berufungsklägerin bezahlt wurden, dadurch, dass das Bestätigungsschreiben an die Berufungsklägerin c/o M._____ in BI._____ adressiert wurde, wodurch es auch möglich wäre, dass die Rechnungen durch die M._____ bezahlt wurden.

E. 45

/ 61 Die Rechnung der V._____ (RG act. III/28.10) in Höhe von CHF 268.00 wurde zwar gemäss Bestätigungsschreiben vom 31. Januar 2017 (RG act. III/58) am 03. Dezember 2017 (recte: wohl 2007) beglichen. Jedoch wurde das Bestätigungsschreiben an die A._____ AG c/o M._____ in BI._____ adressiert, womit unklar ist, durch wen die Rechnung beglichen wurde, durch die Berufungsklägerin oder die M._____, was aber, wie bereits ausgeführt, entscheidend ist. Ein Nachweis der Bezahlung liegt ohnehin nicht vor. Somit ist diesbezüglich der vorinstanzliche Entschluss zu korrigieren und die Anschlussberufung gutzuheissen. Bei den Rechnungen der BJ._____ (RG act. III/28.23, 28.62, 28.85, 28.105, 28.106) ist abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, was für Leistungen durch die BJ._____ genau erbracht wurden und nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich (auch) um Wartungsverträge handelt, welche nicht als Investitionen qualifiziert werden können, aus der Auflistung in der E-Mail vom 2. Februar 2017 (RG act. III/65) lediglich erkennbar, dass einige Rechnungen storniert und einige bezahlt wurden. Wer die Bezahlung vornahm, ist aber nicht erstellt, weshalb auch diese Auslagen entgegen der Vorinstanz nicht als abzugsfähige Investitionen berücksichtigt werden können und insoweit die Anschlussberufung ebenfalls gutzuheissen ist. Bei der Rechnung der AL._____ (RG act. III/28.78) in Höhe von CHF 5'668.05 wurde in RG act. III/91 handschriftlich betätigt, dass «die Rechnung ordnungsgemäss bezahlt wurde bzw. deren Richtigkeit». Auch hier fehlt der Nachweis, wer die Zahlung vorgenommen hat, insbesondere da die Rechnung zwar an die Berufungsklägerin aber mit c/o BE._____ adressiert wurde. Auch diese Kosten können somit entgegen der Vorinstanz nicht berücksichtigt werden und die Anschlussberufung ist auch diesbezüglich gutzuheissen. Mit Schreiben vom 30. Januar 2017 (RG act. III/102) bestätigt die BK._____, dass die Rechnung Nr. 070160 vom 03.02.2009 über CHF 16'140.00 (RG act. III/28.120) mit Gutschrift vom 28.05.2009 gutgeschrieben und an eine andere Firma weiterverrechnet worden sei. Damit wird nicht bestätigt, dass die Bezahlung durch die Berufungsklägerin erfolgt ist, und es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb diese Rechnung bezahlt und dann seitens der BK._____ an eine andere Firma weiterverrechnet worden sein soll. Die von der BK._____ in ihrem Schreiben weiter erwähnte Gutschrift-Nr. 908704 «für ihre Ablage» fehlt denn auch. Diese Kostenposition kann somit entgegen der Vorinstanz ebenfalls nicht anerkannt werden und die Anschlussberufung ist in diesem Punkt gutzuheissen.

E. 46

/ 61 Die Kosten für die Gebäudeversicherung bei der BL. _____ in Höhe von CHF 9'018.00 wurden zwar gemäss Angaben der BS. _____ (RG act. III/111) bezahlt, jedoch ist unklar von wem. Somit ist auch diese Position abzuweisen und die Anschlussberufung ist auch diesbezüglich gutzuheissen. Zusammenfassend ergibt sich, dass keine der geltend gemachten Baukosten als abzugsfähige Investitionen berücksichtigt werden können. Soweit die Vorinstanz diese im Umfang von CHF 256'593.90 berücksichtigte, erhob die Berufungsklägerin Anschlussberufung (act. B.1 E. 5.2.1; act. A.2 S. 2, S. 67 Rz. 215 ff. und S. 36 ff. Rz. 95-104). Diese ist entsprechend den vorstehenden Ausführungen gutzuheissen.

E. 47

/ 61 vor. Es handelt sich um unbewiesene Parteibehauptungen, die nicht als abzugsfähige Investitionen berücksichtigt werden können. Bei den beiden Rechnungen betreffend Notariats- und Grundbuchgebühren (RG act. III/29.8 und 29.9) ist anzumerken, dass diese von Ende 2007 stammen und damit den Eigentumsübergang von der Berufungsklägerin an die Berufungsklägerin betreffen. Die Parteien haben im Kaufvertrag (RG act. II/3) in Ziffer III./3 eine eigene Regelung bezüglich Gebühren und Auslagen des Notariates und Grundbuchamtes getroffen. Diese Kosten stellen keine abzugsfähigen Investitionen dar. Bei den geltend gemachten «Investitionen» der BO. _____ vom 18.10.07 liegt keine eigentliche Rechnung vor. Es findet sich lediglich das Bestätigungsschreiben vom 14. Februar 2017 (RG act. III/51), wonach sämtliche aufgeführten Rechnungen im Zusammenhang mit der Höhenklinik B. _____ gestanden haben. Die Rechnungen als solche liegen aber nicht vor, weshalb auch nicht ersichtlich ist, für was die EW Z. _____ überhaupt Rechnung gestellt hat. Wie sich der Betrag von CHF 20'000.00 zusammensetzt, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Aus dem Titel des Schreibens geht lediglich hervor, dass es sich um «Kosten für Dienstleistungen (Umbau- und Wartungsarbeiten) - Parz. E. _____» gehandelt haben soll. Die Berufungsklägerin hat den Investitionscharakter sowie die Zahlung dieser CHF 20'000.00 bestritten, womit es an der Berufungsklägerin gewesen wäre, diese Kosten zu substantiieren. Ohne zu wissen, wofür die EW Z. _____ Rechnungen gestellt hat, kann auch nicht überprüft werden, ob es sich dabei um Investitionen handelt. Die geltend gemachten CHF 20'000.00 werden nicht berücksichtigt. Daran hätte auch eine Zeugeneinvernahme nichts ändern können, zumal die genauen Arbeiten der EW Z. _____ gar nicht genannt wurden. Zu den Ausgaben der EW Z. _____ vom 04.02.08 in Höhe von CHF 949.85, vom 12.02.08 in Höhe von CHF 781.40 und ebenfalls vom 12.02.08 in Höhe von J. _____ .50 ist festzuhalten, dass aus dem Bestätigungsschreiben (RG act. III/51) weder die Art der Dienstleistung und somit auch kein Investitionscharakter hervorgeht. Aus den Rechnungen selber (RG act. III/29.17, 29.18 und 105) sieht man, dass verschiedene Arbeiten bezüglich der Leitungen in Rechnung gestellt wurden. In den Rechtsschriften selber hat die Berufungsklägerin nie ausgeführt, was die EW Z. _____ für die Berufungsklägerin am Klinikgrundstück für Arbeiten ausgeführt haben soll. Die Berufungsklägerin hat diese Position klar bestritten, womit es an der Berufungsklägerin gewesen wäre, klar und deutlich aufzuführen, welche Arbeiten von der EW Z. _____ genau ausgeführt wurden und die notwendigen Beweise dazu vorzubringen. Wie bereits ausgeführt, ist es nicht am Gericht und an der Gegenpartei, die nötigen Informationen aus den Beilagen zusammenzusuchen

E. 48

/ 61 und die Unterlagen nach Punkten zu durchforsten, welche eine pauschal aufgestellte Behauptung irgendwie stützen könnten. Dies ist die Aufgabe der Berufungsklägerin. Die geltend gemachten Aufwendungen wurden nicht genügend substantiiert, womit es nicht möglich ist, den Investitionscharakter zu überprüfen. Auch der Nachweis, dass die Rechnungen auch tatsächlich von der Berufungsklägerin bezahlt oder verbucht wurden, liegt nicht vor. Die Berufungsbeklagte hat die Bezahlung der Rechnungen bestritten, womit die Berufungsklägerin den Nachweis der Bezahlung oder Verbuchung hätte erbringen müssen. Dazu sind keine Zeugen, sondern Buchhaltungsbelege erforderlich und einfach zu beschaffen. Aus den Rechnungen RG act. III/29.19 in Höhe von CHF 602.40 und RG act. III/29.30 in Höhe von CHF 305.80 des LIS Z._____ ergibt sich kein Zusammenhang mit dem Klinikgrundstück. Die Abzugsfähigkeit dieser Position ist damit nicht nachgewiesen. Die geltend gemachten Auslagen an das Kreisamt Z._____ von CHF 45'000.00 (RG act. III/29.10), CHF 13'000.00 (RG act. III/29.25) und CHF 3'262.50 (RG act. III/29.28) wurden von der Vorinstanz als abzugsfähige Investitionen anerkannt, was von der Berufungsbeklagten mittels Anschlussberufung bemängelt wurde. Bei den ersten beiden Positionen ist der Berufungsbeklagten zwar insoweit zuzustimmen, dass es sich lediglich um Kostenvorschüsse handelt, welche per se nur provisorisch und damit grundsätzlich nicht unter den Aufwand und damit erst recht nicht unter den Begriff der Investitionen fallen. Aus RG act. III/29.28 ergibt sich dann aber, wie sich die Verfahrenskosten des Beweissicherungsverfahrens von insgesamt CHF 71'262.50 zusammenstellen. Die Höhe der Kosten des Kreisamtes Z._____ sind damit nachgewiesen. Der Investitionscharakter dieser Verfahrenskosten ist aber entgegen den Ausführungen der Vorinstanz zu verneinen. Wie die Berufungsbeklagte richtig ausführte, handelt es sich bei diesem Beweissicherungsverfahren um die Feststellung und Dokumentation des baulichen Zustandes der Klinik B._____ in Z._____. Es ging darum, allfällige Mängel festzustellen. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, wurde die Mängelhaftung aber ausgeschlossen, womit diese Kosten nicht als abzugsfähige Investitionen geltend gemacht werden können. Wäre der Gewährleistungsverzicht nicht vereinbart worden oder die geltend gemachten Mängel würden nicht unter diesen Gewährleistungsverzicht fallen, könnten diese Ausgaben im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren im Rahmen der Mängelhaftung bzw. als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden. Unter dem Titel «Investitionen» können diese Kosten aber nicht berücksichtigt werden.

E. 49

/ 61 Aus der Rechnung RG act. III/29.20 der Landschaft Gemeinde Z._____, aus welcher die Berufungsklägerin Investitionen in Höhe von CHF 44'104.60 nachweisen will, ist kein Zusammenhang mit der Klinik B._____ ersichtlich. Es ist auch nicht erkennbar, was für Arbeiten ausgeführt wurden. Im eingereichten Bestätigungsschreiben der Gemeinde Z._____ vom 3. Februar 2017 (RG act. III/107) gibt der Leiter Forstbetrieb an, dass der Forstbetrieb im Auftrag der Firma BE._____ auf den Liegenschaften E._____ und 6858 Holzarbeiten ausgeführt hat. Die Berufungsklägerin hat wiederum nicht ausgeführt, welche Arbeiten der Forstbetrieb genau ausgeführt hat, womit der Investitionscharakter nicht ermittelt werden kann. Zudem ergibt sich aus RG act. III/107, dass nebst der Klinikparzelle die Parzelle 6858 betroffen war. Es ist unklar, welcher Betrag auf die Klinikparzelle entfällt, weshalb diese Position nicht berücksichtigt werden kann. Bei der Rechnung RG act. III/29.22 der EW Z._____ in Höhe von CHF 98.95 wurde wiederum nicht in den Rechtsschriften substantiiert, was genau die EW Z._____ auf dem Klinikgrundstück gemacht hat und die Bezahlung bzw. Verbuchung der Rechnung ist

ebenfalls nicht nachgewiesen. Die Position kann nicht als abzugsfähige Investition berücksichtigt werden. Aus der Rechnung RG act. III/29.23 der BE. _____ in der Höhe von CHF 113'808.00 sieht man, dass der Grossteil dieser Kosten Lohnzahlungen für verschiedene Personen waren und ein Teil noch Fahrzeugspesen. Was genau diese Personen gemacht haben, wird weder in den Rechtsschriften geltend gemacht, noch ergibt sich dies aus der Rechnung selber. Die Rechnung enthält einfach den Titel «Umbau Klinik B. _____, Z. _____». Mit Schreiben (RG act. III/59) vom 8. Februar 2017 bestätigt die BE. _____, dass sämtliche aufgeführten Rechnungen (darunter auch die Rechnung RG act. III/29.23) im Zusammenhang mit der Höhenklinik B. _____ in Z. _____ stehen. Wobei es sich dabei aber handelt, ist auch aus diesem Bestätigungsschreiben nicht ersichtlich. Die Berufungsklägerin benennt diese Position pauschal mit «Lohn für Bauherrenvertretung». Damit ist dem Erfordernis der genügenden Substantiierung aber nicht Genüge getan. Ohne zu wissen, für was diese CHF 113'808.00 genau in Rechnung gestellt wurden, kann auch kein Investitionscharakter ermittelt werden. Darüber hinaus ist der Berufungsbeklagten zuzustimmen, dass insbesondere bei einem solch hohen Rechnungsbetrag, welcher von einer mit der Berufungsklägerin verbundenen Firma (gleiche Adresse, gleiches Postfach ■ siehe dazu Stempel auf RG act. III/59) ausgestellt wurde, besonders hohe Anforderungen an den Nachweis der ausgeführten Arbeiten und noch mehr der Bezahlung bzw. der Verbuchung seitens der Berufungsklägerin zu stellen sind. Die Position kann nicht berücksichtigt werden.

E. 50

/ 61 Die Rechnungen von Dr. iur. BU. _____ (RG act. III/29.11, 29.12 und 29.14) betreffen das Beweissicherungsverfahren. Dazu kann auf die Ausführungen zu den Verfahrenskosten des Kreisamtes verwiesen werden. Der Investitionscharakter dieser juristischen Leistungen ist aber entgegen den Ausführungen der Vorinstanz zu verneinen. Wie die Berufungsbeklagte richtig ausführte, handelt es sich bei diesem Beweissicherungsverfahren um die Feststellung und Dokumentation des baulichen Zustandes der Klinik B. _____ in Z. _____. Es ging darum, allfällige Mängel festzustellen. Wie nachfolgend noch aufgezeigt wird, wurde die Mängelhaftung aber ausgeschlossen, womit diese Kosten nicht als abzugsfähige Investitionen geltend gemacht werden können. Wäre der Gewährleistungsverzicht nicht vereinbart worden oder die geltend gemachten Mängel würden nicht unter diesen Gewährleistungsverzicht fallen, könnten diese Ausgaben im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren im Rahmen der Mängelhaftung bzw. als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden. Unter dem Titel «Investitionen» können diese Kosten aber nicht berücksichtigt werden. Die Rechnung der EW Z. _____ vom 14.08.08 (RG act. III/29.24) in Höhe von CHF 32'524.85 enthält die Bezeichnung «Erschliessung bestehendes Bauprovisorium _____strasse 19, Z. _____». Aus dem Bestätigungsschreiben (RG act. III/51) geht weder die Art der Dienstleistung noch der Investitionscharakter hervor. In den Rechtsschriften selber hat die Berufungsklägerin nie ausgeführt, was die EW Z. _____ für die Berufungsklägerin am Klinikgrundstück für Arbeiten ausgeführt haben soll. Die Berufungsbeklagte hat diese Position klar bestritten, womit es an der Berufungsklägerin gewesen wäre, klar und deutlich aufzuführen, welche Arbeiten von der EW Z. _____ genau ausgeführt wurden und die notwendigen Beweise dazu vorzubringen. Die geltend gemachten Aufwendungen wurden nicht genügend substantiiert, womit es nicht möglich ist, den Investitionscharakter zu überprüfen. Auch der Nachweis, dass die Rechnungen auch tatsächlich von der Berufungsklägerin bezahlt oder verbucht wurden, liegt nicht vor. Die Berufungsbeklagte hat die Bezahlung der

Rechnung bestritten, womit die Berufungsklägerin den Nachweis der Bezahlung oder Verbuchung hätte erbringen müssen. Dazu sind keine Zeugen, sondern Buchhaltungsbelege erforderlich. Dieselben Überlegungen sind bezüglich der Rechnungen der EW Z. _____ vom 01.09.08 in Höhe von CHF 180.65 (RG act. III/29.26), vom 18.11.08 in Höhe von CHF 1'249.60 (RG act. III/29.29), vom 30.04.09 in Höhe von CHF 6'042.35 (RG act. 29.31) und vom 29.09.09 in Höhe von CHF 290.85 (RG act. III/29.32). Auch diese Positionen wurden in den Rechtsschriften nicht substantiiert. Sie können somit ebenfalls nicht als abzugsfähige Positionen berücksichtigt werden.

51 / 61 Die Rechnung von Dr. iur. BT. _____ vom 8. August 2008 in Höhe von CHF 2'500.00 (RG act. III/29.27) kann nicht als abzugsfähige Investition berücksichtigt werden, da es sich um ein Projekt handelt, welches vor Vertragsschluss am 10. Mai 2007 bearbeitet wurde. Der Grossteil der Aufwendungen ist denn auch vor dem 10. Mai 2007 entstanden. Aufwendungen, welche zeitlich vor dem Vertragsschluss am 10. Mai 2007 entstanden sind, können ohnehin nicht als abzugsfähige Investitionen im Sinne der Vertragsklausel berücksichtigt werden. Inwieweit die Positionen nach dem 10. Mai 2007 Investitionen darstellen sollen, wird weder aufgezeigt, noch nachgewiesen. Ob die Rechnung bezahlt oder verbucht wurde, ist auch nicht nachgewiesen. Die Position kann nicht als abzugsfähige Investition berücksichtigt werden. Die Rechnung von Dr. iur. BT. _____ in Höhe von CHF 5'012.50 (RG act. III/29.13) betreffend «Handänderungssteuer» enthält Leistungen vom 10. August 2007 bis 18. Oktober 2008. Aus der Rechnung ist kein Zusammenhang mit dem Klinikgrundstück erkennbar. Welche Handänderungssteuern betroffen sind, ergibt sich aus der Rechnung nicht. Sollte es sich um die Handänderungssteuern im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag der Parteien vom 10. Mai 2007 handeln, ist anzumerken, dass diesbezüglich im Vertrag selber eine Vereinbarung getroffen wurde. Darüber hinaus wurde von der Berufungsklägerin nicht geltend gemacht, welche Leistungen Dr. iur. BT. _____ genau für die Berufungsklägerin erbracht hat. Sie benennt die Position schlicht mit «Beantwortung von Einsprachen und Behandlung der Handänderungssteuer». Was für Einsprachen beantwortet werden mussten und welche Handänderungssteuern weshalb behandelt werden mussten, wurde weder ausgeführt noch ist dies erkennbar. Die Position kann nicht als abzugsfähige Investition berücksichtigt werden. Die behaupteten Kosten eines Rechtsmittelverfahrens betreffend Handänderungssteuern, namentlich die geltend gemachten Kosten von Dr. iur. BT. _____ von CHF 17'586.60 (RG act. III/29.15) sowie die Gerichtskosten von CHF 3'176.00 (RG act. III/29.16) sind nicht als abzugsfähige Investitionen im Sinne der Klausel zu qualifizieren. Einerseits wurden die Positionen in den Rechtsschriften weder substantiiert, andererseits ■ sofern es sich um die Handänderungssteuern im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag der Parteien vom 10. Mai 2007 handelt ■ haben die Parteien zu den Handänderungssteuern in Ziffer III./3 des Kaufvertrages (RG act. II/3) eine eigene Regelung getroffen. Es handelt sich bei den dem Rechtsmittelverfahren zugrundeliegenden Kosten ■ den Handänderungssteuern ■ nicht um abzugsfähige Investitionen, womit auch die Kosten des entsprechenden Rechtsmittelverfahrens keine abzugsfähigen Investitionen sind.

52 / 61 Aus der Rechnung RG act. III/29.21 in Höhe von CHF 60.00 des Grundbuchamtes Z. _____ ergibt sich, dass wohl ein Grundbuchauszug betreffend Grundstücke Nr. _____ und E. _____ in Z. _____ bestellt wurde. In den Rechtsschriften findet sich kein Hinweis, wofür dieser Grundbuchauszug bestellt wurde, weshalb auch nicht ermittelt werden kann,

ob es sich dabei um eine abzugsfähige Investition im Sinne der Vertragsklausel handelt. Zusammengefasst ergibt sich, dass unter dem Titel «Honorare» keine abzugsfähigen Investitionen vorliegen. Die Berufung ist diesbezüglich abzuweisen und die Anschlussberufung ist gutzuheissen, soweit die Vorinstanz Kostenpositionen im Umfang von CHF 74'707.35 berücksichtigte (act. B.1 E. 5.2.4; act. A.2 S. 2 und S. 67 Rz. 215 ff. und S. 39 ff., Rz. 105 f.).

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