

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Die von der Berufungsklägerin gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde an das Bundesgericht hat dieses mit Verfügung vom 4. Februar 2019 zufolge Rückzugs abgeschrieben (5A_495/2017).

Entscheid vom 10. Januar 2017

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin S. Rohner Oberrichter B. Oberholzer, Hp. Blaser, H. Zingg Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1Z 15 13
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin und Klägerin	A___ AG vertreten durch: RA AA___
Berufungsbeklagte und Beklagte	B___ AG vertreten durch: RA BB___
Gegenstand	Grundbuchberichtigung

Rechtsbegehren

a) der Berufungsklägerin und Klägerin:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei festzustellen, dass die durch die nachstehende Kapital-Grundpfandverschreibung (Verkäuferpfandrecht) gesicherte Forderung der Beklagten im Betrag von CHF 129'000.00 nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2012 nicht besteht:

Kapital Grundpfandverschreibung Nr. XXXX über CHF 129'000.00, nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2012, 2. Pfandstelle, eingetragen auf Grundstück Nr. 1, C____, Grundbuch D____.

2. Das Grundbuchamt D____ AR sei anzuweisen, die auf dem Grundstück Nr. 1, Grundbuch D____, lastende Kapital-Grundpfandverschreibung Nr. XXXXX im Betrag von CHF 129'000.00, nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2012, 2. Pfandstelle, zu löschen.

3. Es sei festzustellen, dass die durch die nachstehende Kapital-Grundpfandverschreibung (Verkäuferpfandrecht) gesicherte Forderung der Beklagten im Betrag von CHF 151'000.00 nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2012 nicht besteht:

Kapital-Grundpfandverschreibung Nr. XXXX über CHF 151'000.00 nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2012, 2. Pfandstelle, eingetragen auf Grundstück Nr. 2, C____, Grundbuch D____.

4. Das Grundbuchamt D____ AR sei anzuweisen, die auf dem Grundstück Nr. 2, Grundbuch D____, lastende Kapital-Grundpfandverschreibung Nr. XXXX im Betrag von CHF 151'000.00, nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2012, 2. Pfandstelle, zu löschen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

im Berufungsverfahren:

1. Es sei in Gutheissung der Berufung der Entscheid des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 17. August 2015 in Sachen A____ AG gegen B____ AG, Verfahrens Nr. K3Z 13 4, vollumfänglich aufzuheben und den mit der Klage vom 25. Januar 2013 gestellten Rechtsbegehren stattzugeben.
2. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens als auch die des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

der Berufungsbeklagten und Beklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

im Berufungsverfahren:

1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausser-rhoden (3. Abteilung) vom 17. August 2015 sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin und Berufungs-klägerin.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die Berufungsklägerin und Klägerin (nachfolgend auch A___ AG) schloss mit der E___ GmbH eine Absichtserklärung zur Übernahme mehrerer Grundstücke und Bauprojekte (act. B 24/3/16). In der Absichtserklärung wurden die Preise für die einzelnen Vermögenswerte festgesetzt. Zusätzlich wurde ein Pauschalpreis für die Übernahme der Vermögenswerte vereinbart. Mit öffentlich beurkundeten Kaufverträgen erwarb die A___ AG von der E___ GmbH die Grundstücke Nr. 1 und Nr. 2 an der C___ (act. B 24/3/21 und B 24/3/22). Sie bezahlte den gemäss Absichtserklärung vereinbarten Pauschalpreis sowie einen Teil des öffentlich beurkundeten Kaufpreises (act. B 24/19, B 24/3/25-28, B 24/3/30). Für den ausstehenden Restkaufpreis liess die E___ GmbH auf den beiden Grundstücken ein Verkäuferpfandrecht eintragen (act. B 24/3/37 und B 24/3/38). Die A___ AG fordert nun die Löschung der Verkäuferpfandrechte, weil der Pauschalkaufpreis gemäss Absichtserklärung bezahlt worden sei und daher kein ausstehender Restkaufpreis vorliege.

Prozessgeschichte vor dem Kantonsgericht

Die Schlichtungsverhandlung fand am 25. Oktober 2012 vor dem Vermittleramt AR statt. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, wurde der Klägerin gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt (act. B 24/2). In der Folge wurde die Klage am 25. Januar 2013 fristgerecht beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden eingereicht (act. B 24/1). Mit Entscheid des Kreisgerichts Wil SG vom 14. März 2013 wurde am selbigen Tag über die E___ GmbH der Konkurs eröffnet (act. B 24/8). Mit Verfügung vom 28. März 2013 wurde das vorliegende Verfahren gestützt auf Art. 207 SchKG sistiert und das Konkursamt aufgefordert innert Frist mitzuteilen, ob die Konkursmasse oder einzelne Gläubiger den Prozess fortführen werden (act. B 24/9). Mit Schreiben vom 27. November 2013 teilte das Konkursamt Zweigstelle Wil SG dem Gericht mit, dass die Gläubigerin B___ AG von der Abtretungsofferte gemäss Art. 260 SchKG Gebrauch gemacht hat (act. B 24/21). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2013 wurde die B___ AG aufgefordert dem Gericht mitzuteilen, ob sie anstelle der E___ GmbH dem vorliegenden Verfahren beitreten möchte (act. B 24/24). Mit Schreiben vom 20. Dezember 2013 teilte die B___ AG dem Gericht mit, dass sie dem vorliegenden Prozess beitrifft (act. B 24/26), worauf mit Verfügung vom 8. Januar 2014 die B___ AG als Abtretungsgläubigerin im Konkurs über die E___ GmbH nach Art. 260 SchKG ins Rubrum des vorliegenden Prozesses aufgenommen wurde. Sodann wurde der B___ AG eine Frist zur Einreichung der Klageantwort gesetzt (act. B 24/27). Die Klageantwort datiert vom 19. März 2014 (act. B 24/32). Mit Verfügung vom 3. April 2014 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. B 24/36). Die Replik datiert vom 18. September 2014 (act. B 24/40), die Duplik vom 24. März 2015 (act. B 24/51). Die Hauptverhandlung fand am 17. August 2015 statt (act. B 24/60). Das Urteil vom 17. August 2015 wurde am 19. August 2015 im Dispositiv an die Parteien versandt (act. B 24/63). Mit Schreiben vom 24. August 2015 verlangte die Klägerin die Urteilsbegründung (act. B 24/65), weshalb diese ausgefertigt wurde (act. B 24/68).

B. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Kantonsgerichtes, 3. Abteilung, vom 17. August 2015 wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtskosten von CHF 13'700.00 wurden der A___ AG auferlegt, unter Verrechnung mit den von ihr geleisteten Vorschüssen von CHF 9'200.00 (CHF 200.00 Kosten Schlichtungsverfahren und CHF 9'000.00 Kostenvorschuss). Weiter wurde die Klägerin verpflichtet, der B___ AG eine Parteientschädigung von CHF 20'654.00 zu bezahlen.

Auf die Begründung des Urteils kann verwiesen werden. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

C. Schriftenwechsel und Urteil im Berufungsverfahren

- a) Nach fristgerecht verlangter schriftlicher Begründung (act. B 24/65 und B 24/66) liess die A___ AG gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 9. November 2015 erfolgt war (act. B 24/71), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 9. Dezember 2015 die Berufung erklären (act. B 1).
- b) Mit Verfügung vom 23. Dezember 2015 wurde die Klägerin verpflichtet, einen Vorschuss von CHF 20'000.00 zu leisten (act. B 3). Dieser ging am 7. Januar 2016 bei der Gerichtskasse ein (act. B 4).
- c) Die Berufungsantwort datiert vom 12. Februar 2016 (act. B 6).
- d) Am 25. Februar 2016 teilte das Obergericht den Parteien mit, dass kein zweiter Schriftenwechsel und keine mündliche Verhandlung angeordnet werden (act. B 7).
- e) Die Klägerin ersuchte daraufhin umgehend um Befugnis, zur Berufungsantwort schriftlich Stellung nehmen zu können, was ihr zugebilligt wurde (act. B 8).
- f) Nach mehrmaliger Fristerstreckung liess die Klägerin ihre Stellungnahme zur Berufungsantwort am 22. April 2016 beim Obergericht einreichen (act. B 11).
- g) Die B___ AG liess sich zur oben erwähnten Stellungnahme der Klägerin am 26. Mai 2016 vernehmen (act. B 15).
- h) Mit Eingabe vom 14. Juni 2016 ersuchte der Rechtsvertreter der Klägerin, RA AA___, um Ansetzung einer Frist, um sich zur Stellungnahme der Beklagten vom 26. Mai 2016 zu äussern (act. B 18).
- i) Das Ersuchen von RA AA___ wurde mit Verfügung vom 29. Juni 2016 abgelehnt und den Parteien bekannt gegeben, dass das vorliegende Verfahren in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei. Gleichzeitig wurden die Parteivertreter gebeten, in den nächsten Tagen ihre Kostennoten einzureichen (act. B 20).

- j) Die Kostennote von RA BB___ ging am 15. Juli 2016 beim Obergericht ein (act. B 21).
- k) Ebenfalls am 15. Juli 2016 liess die Klägerin die Aufhebung der Verfügung vom 29. Juni 2016 und erneut das Recht für eine nochmalige Stellungnahme beantragen (act. B 22).
- l) Die Verfahrensleitung hielt mit Verfügung vom 23. August 2016 daran fest, dass der vorliegende spruchreife Prozess sich in der Phase der Urteilsberatung befinde und dem Ersuchen um Gewährung einer Frist für eine weitere Vernehmlassung nicht entsprochen werde (act. B 23).
- m) RA AA___ reichte am 16. September 2016 eine weitere Eingabe ein (act. B 25), welche umgehend dem Rechtsvertreter der Beklagten zur Kenntnis gebracht wurde (act. B 26).
- n) Am 10. Januar 2017 wurde die Streitsache ohne mündliche Verhandlung beraten und den Parteien der Entscheid des Gerichts im Dispositiv mitgeteilt (act. B 27).

Erwägungen

I. Formelles

1. Prozessvoraussetzungen

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

Die Berufung wurde rechtzeitig erklärt (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2. Parteien des Berufungsverfahrens

Die B___ AG nimmt als Abtretungsgläubigerin nach Art. 260 SchKG im Konkurs der E___ GmbH am vorliegenden Verfahren teil. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG bewirkt keine Abtretung im zivilrechtlichen Sinn, sondern verleiht bloss ein Prozessführungsrecht mit Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös¹. Im vorliegenden Fall ist demnach einzig das rechtliche Verhältnis zwischen der Klägerin und der E___ GmbH massgebend. Zum besseren Verständnis wird die B___ AG nachfolgend nicht als Beklagte, sondern mit ihrem Firmennamen bezeichnet.

3. Streitwerte

3.1 Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert der Berufung

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also zum Beispiel den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG². Die Klägerin verlangt vor beiden Instanzen, es sei festzustellen, dass zwei durch Kapital-Grundpfandverschreibungen gesicherte Forderungen der B___ AG im Betrag von CHF 129'000.00 bzw. CHF 151'000.00 nicht bestehen und das Grundbuchamt D___ anzuweisen sei, die Kapital-Grundpfandverschreibungen zu löschen. Die B___ AG beantragt vollumfängliche Klageabweisung. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 280'000.00, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren³.

3.2 Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor

¹ STEPHEN V. BERTI, Basler Kommentar, SchKG II, 2. Aufl. 2010, N. 4 zu Art. 260 SchKG.

² Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 53 zu Art. 308 ZPO.

³ ALEXANDER BRUNNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 308 ZPO.

der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, verlangt die Klägerin vor Obergericht die Feststellung des Nichtbestehens bzw. die Löschung von Kapital-Grundpfandverschreibungen in Höhe von CHF 280'000.00, während dem die B___ AG die Abweisung der Klage beantragt. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

4. Noven

- 4.1 Mit der Berufungserklärung reicht die **Klägerin** einen an das Kantonsgericht gerichteten Brief von F___ vom 15. September 2015 ein (act. B 2/2). Der Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 22. April 2016 (act. B 11) wurden weitere Aktenstücke beigelegt, welche belegen sollen, dass die B___ AG von der schlechten, finanziellen Lage der E___ GmbH resp. deren Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hatte (act. B 12/3-7).
- 4.2 Die B___ AG legt mit der Stellungnahme vom 26. Mai 2016 ihrerseits ebenfalls verschiedene, neue Schriftstücke ins Recht, aus welchen hervorgehen soll, dass G___ und die Klägerin jederzeit Kenntnis davon hatten, dass das Grundstück Nr. 3 in H___ sich in der Landwirtschaftszone befand und das Einzonungsverfahren mit Risiken behaftet war (act. B 15, S. 9 ff., und B 16/28-32).
- 4.3 Es stellt sich daher die Frage, wie es bezüglich dieser Dokumente mit dem Novenrecht steht.

Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO bezeichnet für das erstinstanzliche Verfahren diejenigen Tatsachen und Beweismittel als echte Noven, welche nach Aktenschluss *entstanden* oder *gefunden* worden sind. Entgegen der „klassischen“ Definition wird somit nicht nur an den Zeitpunkt der Entstehung angeknüpft⁴. Als echte Noven in Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO gelten auch Tatsachen und Beweismittel, die objektiv bereits vor dem Aktenschluss existierten, jedoch erst nach dem Aktenschluss *gefunden* wurden. Als unechte Noven werden demgegenüber nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO diejenigen Sachvorbringen angesehen, die der betreffenden Partei bereits vor Aktenschluss bekannt waren, die aber aus irgendwelchen Gründen nicht vor Aktenschluss geltend gemacht worden sind⁵. Im Beru-

⁴ SEBASTIEN MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. 2014, Rz. 538 ff.

⁵ SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 583 ff.

fungsverfahren ist die Zulässigkeit von Noven in Art. 317 ZPO geregelt. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Mit MORET⁶ ist eine wortgetreue Anwendung von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO auf das Berufungsverfahren abzulehnen: Als echte Noven sind vor zweiter Instanz nur solche Tatsachen und Beweismittel zu qualifizieren, die erst nach dem Aktenschluss im erstinstanzlichen Verfahren *entstanden* sind. Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die sich schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Die Novenregelung in Art. 317 Abs. 1 ZPO umfasst echte und unechte Noven⁷. Die abweichende Meinung von BRUNNER⁸, wonach im Berufungsverfahren nur echte Noven, nicht aber unechte Noven vorgebracht werden könnten, gründet möglicherweise in der früheren zürcherischen Abgrenzung der beiden Novenarten nach der prozessualen Zulässigkeit⁹.

Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jedes neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft¹⁰. Erforderlich ist jedoch selbstverständlich, dass die Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug vorgebracht werden¹¹.

Die behaupteten Novenrechtsverletzungen werden in der nachfolgenden materiellen Beurteilung, sofern erforderlich, jeweils an derjenigen Stelle behandelt, wo sie für die betreffende Fragestellung von Relevanz sind.

5. Zulässigkeit weiterer Eingaben der Parteien

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

⁷ REETZ/HILBER, a.a.O., N. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 6 zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, a.a.O., N. 2 f. zu Art. 317 ZPO; Thomas Alexander Steininger, a.a.O., N. 6 ff. zu Art. 317 ZPO.

⁸ ALEXANDER BRUNNER, a.a.O., N. 3 zu Art. 317 ZPO.

⁹ vgl. dazu: SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 540 ff.

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

¹¹ SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 1001; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 21 Rz. 10.

5.1 Novenschranke

Nach dem Schriftenwechsel haben beide Parteien im Rahmen des Replikrechts je eine weitere Stellungnahme sowie weitere Aktenstücke eingereicht (act. B 11, B 12/3-7, B 15 und B 16/28-32). Es stellt sich daher die Frage nach der Zulässigkeit dieser Eingaben.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass zur Beantwortung dieser Frage nicht die Verfahrensleitung, sondern die Abteilung zuständig ist¹².

Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt den spätesten Zeitpunkt für das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nicht.

REETZ/HILBER sind der Ansicht, bei einem Verzicht auf eine Berufungsverhandlung und auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels werde die zweitinstanzliche Behauptungsphase bereits mit dem ersten Schriftenwechsel abgeschlossen und ein späteres Vorbringen von Noven sei nicht mehr zulässig¹³. Gleicher Meinung ist auch SEILER¹⁴. Demgegenüber wollen die nachgenannten Autoren Noven bis zur Urteilsberatung zulassen. Sie berufen sich dabei auf die Prozessökonomie und eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO¹⁵. MORET¹⁶ spricht sich ebenfalls dafür aus, dass für das Berufungsverfahren allgemein mangels anderer Regelung gelten muss, dass Noven bis zur Urteilsberatung bzw. bis zur Entscheidungsfindung vorgebracht werden können. Für die Nichtberücksichtigung von Noven mit der Begründung, sie seien nach dem Schriftenwechsel eingebracht worden und deshalb verspätet, bestehe keine gesetzliche Grundlage.

Art. 229 Abs. 3 ZPO sieht die Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung nur für Fälle im Bereiche der Untersuchungsmaxime vor. Für Fälle, die der Verhandlungsmaxime unterstehen, ist nach Abs. 1 und 2 von Art. 229 ZPO die Hauptverhandlung der spätest mögliche Zeitpunkt. Vor dem Hintergrund dieser klaren Unterscheidung des Gesetzgebers erscheint es nicht angebracht, Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren auch in Fällen, die nicht unter die Untersuchungsmaxime fallen, sinngemäss anzuwenden. Zudem wider-

¹² REETZ/HILBER, a.a.O., N. 27 zu Art. 317 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 21 Rz. 10.

¹³ REETZ/HILBER, a.a.O., N. 23 und 46 zu Art. 317 ZPO.

¹⁴ BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1305 und 1308.

¹⁵ MARTIN H. STERCHI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 7 zu Art. 317 ZPO, unter Hinweis auf LAURENT KILLIAS, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N. 28 und 29 zu Art. 229 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 21 Rz. 10; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, S. 345 ff.

¹⁶ SEBASTIEN MORET, a.a.O., Rz. 825.

spricht eine solche Auffassung der Absicht des Gesetzgebers, der mit Art. 317 ZPO unnötige Verzögerungen des Prozesses verhindern wollte. Dieser Ansicht steht das Argument der materiellen Wahrheit gegenüber. Eine Korrektur kann jedoch in gewissen Fällen über das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision erfolgen.

Das Obergericht ist der Ansicht, dass vorliegend die Novenschranke mit der Verfügung der Verfahrensleitung vom 29. Juni 2016 (act. B 20) gefallen ist, worin den Parteien bekannt gegeben wurde, dass der vorliegende spruchreife Prozess in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist. Mit dieser prozessleitenden Verfügung wurde das Behauptungsverfahren formell geschlossen und die Streitsache aus Sicht des Gerichtes als spruchreif erklärt¹⁷. Das Obergericht vertritt weiter, wie vorstehend angeführt, die Meinung, dass im Berufungsverfahren der formellen Wahrheit aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessbeschleunigung der Vorzug zu geben und nach Abschluss der Behauptungsphase - jedenfalls in Fällen, die der Verhandlungsmaxime unterstehen - Noven nicht mehr zuzulassen sind. Das Vorbringen von Noven bis zur Urteilsberatung oder -eröffnung würde die Gefahr endlosen Prozessierens mit sich bringen, weil das Gericht zunächst der Gegenpartei das rechtliche Gehör gewähren und danach die Urteilsberatung neu ansetzen müsste, was wiederum Zeiträume eröffnen würde, in denen Noven eingebracht werden könnten (vgl. auch SEILER zur vergleichbaren Problematik im erstinstanzlichen Verfahren)¹⁸.

Aus dem Gesagten folgt, dass die im Rahmen des Replikrechts vorgebrachten Noven - sofern sie die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllen, was unten bei der entsprechenden Fragestellung zu prüfen ist - unbedenklich sind.

5.2 Replikrecht

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

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

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.5.

¹⁸ BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1261.

den, sondern generell als Recht zur Stellungnahme auf Eingaben von anderen Verfahrensbeteiligten¹⁹. Dabei genügt es, wenn innert angemessener Frist entweder die Stellungnahme eingereicht oder um Fristansetzung nachgesucht wird²⁰. Das Bundesgericht hat in einem neuesten Entscheid vom 4. April 2016 festgehalten²¹, dass die Behörde vor Ablauf einer Frist von zehn Tagen seit Zustellung einer Eingabe an eine Partei nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen darf. Das bedeutet wiederum, dass die Behörde nach Ablauf dieser zehn Tage, das heisst vom elften Tag an, ihr Urteil fällen darf. Im Gegensatz zum Bundesgericht, bei dem die Partei, die ihr Replikrecht ausüben will, sicherstellen muss, dass ihre Eingabe spätestens am zehnten Tag beim Gericht eintrifft²², verfolgt das Obergericht Appenzell Ausserrhoden eine etwas grosszügigere Praxis und lässt es genügen, dass innert 10 Tagen seit Zustellung einer Eingabe eine Stellungnahme verfasst resp. ein Gesuch um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme gestellt wird, wobei jeweils die Postaufgabe massgebend ist. Anderer Meinung ist dagegen das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 24. Juli 2012²³, indem es sich für die Beachtlichkeit der Eingabe ausspricht, solange der Entscheid noch nicht gefällt ist. Sodann hat das Gericht aufgrund des Replikrechts vorgetragene neue Tatsachen und Beweismittel nur zu berücksichtigen, wenn sie nach den Regeln des Novenrechts (Art. 229 ZPO) vorgebracht werden²⁴.

Die Stellungnahme der B___ AG vom 26. Mai 2016 wurde der Klägerin am 31. Mai 2016 zugeschickt (act. B 17). Diese hat die Vernehmlassung nach eigenen Angaben am 1. Juni 2016 erhalten (act. B 18) und daraufhin am 14. Juni 2016 um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer weiteren Eingabe ersucht (act. B 18). Das Obergericht durfte deshalb angesichts dessen, dass nach dem Versand der Eingabe von RA BB___ vom 31. Mai 2016 an RA AA___ (act. B 17) während mehr als 10 Tagen eine Stellungnahme seitens der Klägerin ausblieb, von einem definitiven Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und das Ersuchen vom 14. Juni 2016 erweist sich als verspätet und daher unbeachtlich. Das Fristende am 11. Juni 2016 fiel auf einen Samstag und es hätte daher spätestens am 13.

¹⁹ HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, in: AJP 2013 S. 975 Fn 1.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 1B_783/2012 vom 16. Oktober 2013 E. 5.3.1; BGE 138 I 484 E. 2.3.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4.; gl. M. Urteil des Obergerichts Zug, I. Zivilabteilung, Z1 2015 15, vom 27. Oktober 2016.

²² Urteil des Bundesgerichts 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.4; ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 113 (2017) Nr. 2, S. 33.

²³ ZR 111 (2012) Nr. 56, S. 167.

²⁴ ERNST F. SCHMID, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, in: SJZ 111 (2015) Nr. 2 S. 37 ff.

Juni 2016 um die Erlaubnis für eine weitere Eingabe nachgesucht oder eine solche eingereicht werden müssen (Art. 142 Abs. 3 ZPO).

5.3 Fazit

Aus diesen Gründen kommt das Obergericht zum Schluss, dass die Klägerin das Recht auf eine weitere Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 26. Mai 2016 verwirkt hat.

6. Beweisanträge

- 6.1 In der Klage hat die **A___ AG** zu verschiedenen Behauptungen im Zusammenhang mit dem Zustandekommen der Absichtserklärung die Einvernahme von **G___**, **J___** und **K___** als Partei bzw. von **L___** als Zeuge beantragt (act. B 24/1, S. 4 f., 8, 14, und 16 f.). Diese Beweisanträge wurden in der Replik erneuert und neu, d.h. nach ihrem Ausscheiden aus der **E___ GmbH**, auch **J___** und **K___** als Zeugen angerufen (act. B 24/40, S. 14 und 29).

Das **Kantonsgericht** hat erwogen (act. B 2/3, E. 5.3, S. 14), aufgrund der Nähe der genannten Personen zur Klägerin hätten deren Aussagen einen geringen Beweiswert. Die übrigen, in diesem Zusammenhang offerierten Beweismittel würden sich auf Vertragsverhandlungen zwischen der Klägerin und der **B___ AG** beziehen. Die Klägerin behaupte indessen einen divergierenden Parteiwillen bezüglich der öffentlich beurkundeten Kaufverträge zwischen der **A___ AG** und der **E___ GmbH**. Weil ein angeblich übereinstimmender wirklicher Wille zu spät und ungenügend behauptet und ohnehin nicht bewiesen werden könne, sah die Vorinstanz in der Folge von Partei- bzw. Zeugeneinvernahmen ab und legte die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips aus.

- 6.2 In der Berufungserklärung beanstandet die **Klägerin**, dass die angebotenen Zeugen nicht einvernommen wurden und erneuert ihre Beweisanträge (act. B 1, Rz. 21 und 42 ff.). Konkret wird geltend gemacht, das Gericht könne nur unter ganz engen Voraussetzungen von der Abnahme von beantragten Beweisen absehen und die Beweiswürdigung antizipieren. Indem den Aussagen der genannten Personen lediglich ein geringer Beweiswert beigemessen und verkannt worden sei, dass zwischen allen drei Parteien Konsens geherrscht habe, dass die Klägerin keinen über den Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 hinausgehenden Beitrag schulde, habe das Kantonsgericht sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Zu Unrecht sei die Vorinstanz auch davon ausgegangen,

dass die Erklärungen der B___ AG der E___ GmbH nicht angerechnet werden könnten. Gerade der Brief von F___ vom 15. September 2015 bestätige die dominante Rolle der kreditgebenden Bank. Komme hinzu, dass die B___ AG die Rechte der E___ GmbH gemäss Abtretung nach Art. 260 SchKG wahrnehme.

6.3 Gemäss der **Beklagten** durfte das Kantonsgericht auf die Einvernahme der Zeugen verzichten, da es zu Recht davon ausgegangen sei, dass die diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin verspätet vorgebracht wurden und ausserdem nicht zielführend gewesen wären (act. B 6, Rz. 12.1).

6.4 Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO).

Die antizipierte Beweismittelwürdigung ist gemäss herrschender Lehre in der freien Beweismittelwürdigung eingeschlossen²⁵

Die Parteien haben Anspruch auf Abnahme offerierter Beweise. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn es sich beim fraglichen Beweismittel um eine Parteibefragung handelt. Nur wegen Zweifeln an der Glaubwürdigkeit, die mit ihrer Rolle im Verfahren zusammenhängen, aber ohne konkrete Verdachtsgründe von der Befragung einer Partei abzusehen, geht nicht an (hier Gespräch unter vier Augen). Zulässig ist es hingegen, wenn das Gericht sich bereits ohne dieses Beweismittel eine Überzeugung gebildet hat oder direkte oder indirekte Wahrnehmungen der Parteien für die rechtliche Würdigung des streitigen Sachverhaltes entweder unerheblich oder untauglich sind²⁶.

Untauglich ist zum Beispiel ein dementer Zeuge. Weiter liegt Untauglichkeit vor, wenn feststeht, dass der Zeuge zum Beweisthema gar nichts beitragen können. In solchen Fällen handelt es sich um objektive Unmöglichkeit des Beweismittels. Dass solche

²⁵ FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 33 zu Art. 157 ZPO; GASSER/RICKLI, a.a.O., N. 3 zu Art. 152 ZPO; a.M. PETER GUYAN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 14 zu Art. 157 ZPO, wobei der Letztere nur die Einreihung der antizipierten Beweismittelwürdigung unter die freie Beweismittelwürdigung kritisiert, nicht das Institut an sich.

²⁶ Urteil LB140032-O/U des Obergerichts ZH vom 15. Januar 2015 in Plädoyer 2/2015, S. 57 ff.

Beweise nicht erhoben werden müssen, ist unbestritten²⁷. Zeugen wegen mangelnder Glaubwürdigkeit abzulehnen (subjektive Untauglichkeit) ist in der Regel unzulässig, weil die Glaubwürdigkeitsprüfung die Anhörung des Zeugen voraussetzt, doch gilt das nicht absolut²⁸. Das Bundesgericht hat ein solches Vorgehen geschützt, weil es sich bei der Zeugin um eine Arbeitnehmerin handelte, die, wenn sie die Behauptung ihrer Arbeitgeberin bestätigt hätte, sich selbst hätte belasten müssen. Da diese Zeugin das einzige Beweismittel war, durfte man auf ihre mutmassliche Aussage antizipierend nicht abstellen. Das Bundesgericht hat es ferner geschützt, dass in einem Erbstreit die Ehefrau des Klägers angesichts ihrer Interessen am Ausgang des Prozesses nicht angehört wurde²⁹. Es wurde aber auch als nicht willkürlich eingestuft, dass sich das Gericht massgeblich auf die Aussagen der Ehefrau des einen Klägers und der Freundin des zweiten in einem Streit betreffend Darlehensrückzahlung abstützte³⁰. Zu Recht wurde aber in einem Strafverfahren als unzulässige Gehörsverweigerung gewertet, dass ein Zeuge nicht angehört wurde, weil das Ereignis sechs Jahre zurücklag³¹.

Das Bundesgericht hat in zahlreichen Entscheiden daran festgehalten, dass sowohl nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs von Art. 29 Abs. 2 BV als auch gemäss dem aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Recht auf Beweis von der Erhebung weiterer (prozesskonform beantragter) Beweise abgesehen werden darf, wenn das Gericht aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert³². Auch das Absehen von einer Parteibefragung oder Beweisaussage in antizipierter Beweiswürdigung kann zulässig sein, wenn sich z.B. aufgrund von Urkunden eine bereits feststehende und nicht mehr zu erschütternde Überzeugung des Gerichts gebildet hat³³.

Nach HASENBÖHLER³⁴ ist es zulässig, aus einer Vielzahl von Beweisofferten, eine Auswahl zu treffen. Weiter ist eine antizipierte Beweiswürdigung zulässig, wenn sich das Gericht

²⁷ HANS SCHMID, in: Oberhammer/Domey/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 152 ZPO.

²⁸ HANS SCHMID, a.a.O., N. 7 zu Art. 152 ZPO mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4P.143/2005 vom 18. August 2005 E. 2.1.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A_257/2008 vom 15. April 2009 E. 4.2.2.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_181/2012 vom 10. September 2012.

³¹ Urteile des Bundesgerichts 6P.165/2004, 6S.435.2004 vom 27. April 2004 = SZP 2005, 399.

³² HANS SCHMID, a.a.O., N. 16 zu Art. 157 ZPO mit weiteren Hinweisen.

³³ HANS SCHMID, a.a.O., N. 15 zu Art. 191-193 ZPO mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4P.37/2007 vom 26. Juni 2007 E. 4.2.

³⁴ FRANZ HASENBÖHLER, a.a.O., N. 43 ff. zu Art. 157 ZPO mit Hinweis auf BGE 115 II 305 und Urteil des Bundesgerichts 4A_526/2009 vom 21. Dezember 2009 E. 1.2.2; gl. M. CHRISTIAN LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl.

aufgrund der bereits abgenommenen Beweise bereits eine feste Überzeugung gebildet hat und die Erhebung weiterer Beweis deshalb ablehnt. [...] Das Gericht darf seine Meinung aber nicht einseitig bilden. Das wäre z.B. dann der Fall, wenn der Standpunkt der Gegenpartei überhaupt nicht berücksichtigt wurde oder wenn die für den Gegenbeweis offerierten Beweismittel übergangen wurden. Stützt sich die richterliche Überzeugung nur auf allgemeine Lebenserfahrung, auf natürliche Vermutungen bzw. auf Indizien, so muss das Gericht im Rahmen des Gegenbeweises weitere Beweismittel abnehmen. Kann ein Beweisergebnis durch Zweifel erschüttert werden, ist es unzulässig, den Gegenbeweis in antizipierter Beweiswürdigung abzulehnen.

Keine antizipierte Beweiswürdigung liegt schliesslich vor, wenn das Gericht von der Beweisabnahme absieht, weil es die zu beweisende Tatsache als nicht rechtserheblich erachtet, oder wenn die Sachvorbringen des Beweisführers insgesamt nicht schlüssig sind; in diesen beiden Fällen geht es ausschliesslich um anhand des anzuwendenden materiellen Rechts zu beantwortende Rechtsfragen³⁵.

- 6.5 Die angebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen Nichtanhörung der beantragten Zeugen und Parteiexponenten durch die Klägerin hängt eng mit der Vertragsauslegung und der Beurteilung der behaupteten Novenrechtsverletzungen zusammen. Es erscheint daher sinnvoll, die Beweisanträge an derjenigen Stelle zu behandeln, wo sie für die betreffende Fragestellung von Relevanz sind.

II. Materielles

1. Diverse Abmachungen

1.1 Abmachungen zwischen der A___ AG und der E___ GmbH

1.1.1 Absichtserklärung vom 2. April 2012 (act. B 24/3/16, S. 1 f.)

2016, N. 119 zu Art. 152 ZPO; JÜRGEN BRÖNNIMANN, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 57 zu Art. 152 ZPO.

³⁵ JÜRGEN BRÖNNIMANN, a.a.O., N. 61 zu Art. 152 ZPO.

Am 2. April 2012 schlossen die E___ GmbH, vertreten durch F___, und die A___ AG, vertreten durch G___, K___ und J___, eine Absichtserklärung mit folgendem Wortlaut:

„Absicht/Ziel

Die A___ übernimmt die in dieser Absichtserklärung aufgeführten Vermögenswerte von der M___ zu den genannten Werten. Die M___ ist entsprechend bereit, die Werte zu den genannten Konditionen an die A___ zu übertragen.

Beide Parteien tun ihr Möglichstes, die geplante Gesamttransaktion zu fördern und so schnell als möglich durchzuführen.

Abwicklung

Folgende Vermögenswerte werden aus der M___ durch die A___ übernommen:

- Wohnung „N___“
Transaktions-/Kaufpreis CHF 490'000.00 (Schuldübernahme)
Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf
- 4.5-Zi-Wohnung Überbauung C___ in D___
Transaktions-/Kaufpreis CHF 645'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung)
Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf
- 4.5-Zi-Wohnung Überbauung C___ in D___
Transaktions-/Kaufpreis CHF 755'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung)
Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf
- 6 Tiefgaragenplätze Überbauung O___, in H___
Transaktions-/Kaufpreis CHF 180'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung)
Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf
- Restbauland „O___“, in H___
Transaktionswert CHF 650'000.00 (Kaufpreis als Basis Hypothekierung)
Übergang des Vermögenswertes via Kauf/Verkauf
- Übernahme des Projektes P___, in H___
Transaktionswert CHF 50'000.00
Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Übernahme des Vertrages (Grundbuch)
- Übernahme des Projektes Q___, in R___
Transaktionswert CHF 100'000.00
Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Übernahme des Vertrages (Grundbuch) bzw. der rechtlichen Situation zum aktuellen Zeitpunkt
- Übernahme der Darlehen S___, T___ und U___
Transaktionswert CHF 145'000.00
Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Abtretung der Darlehensverträge an die A___
- Übernahme des Rückflusses „Strasse“, in H___ (Erschliessung)
Transaktionswert CHF 35'000.00
Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Abtretung der Ansprüche an die A___
- Übernahme des Darlehens „V___“
Transaktionswert CHF 65'000.00
Übergang des Vermögenswertes: entschädigungslos; Abtretung des Anspruchs an die A___

Sämtliche angeführten Werte sind für die Parteien verbindlich. Sie sind Grundlage der Finanzierung für die B___ AG. Die Gesamtübersicht im Anhang dieser Absichtserklärung bildet einen integrierenden Bestandteil der vorliegenden Vereinbarung.

[...]

[...]

Voraussetzung für die weitere Abwicklung der Transaktion

- CHF 150'000.00 sind von der A___ nach Unterzeichnung der vorliegenden Absichtserklärung auf das Konto der M___ bei der B___ AG zu überweisen.
- Die zeichnungsberechtigten Personen der A___ (G___, K___, J___) leisten je eine Solidarbürgschaft über CHF 250'000.00 gegenüber der M___. Diese Bürgschaften erlöschen ohne weiteres und endgültig mit der Überweisung von CHF 250'000.00 von der A___ an die M___ auf das Konto der M___ bei der B___ AG oder mit der Tilgung sämtlicher Schulden der M___ gegenüber der B___ AG. Die Bank informiert die A___ unmittelbar von einer vollständigen Tilgung der Schulden der M___ bei der B___ AG. Die Solidarbürgschaften müssen der Bank vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze beurkundet übergeben werden.
- Ein unwiderrufliches Zahlungsversprechen zulasten von K___ und ausgestellt auf eine Schweizer Bank über den Betrag von CHF 250'000.00 ist der B___ AG vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze zu übergeben. [...]
- Nach Unterzeichnung der vorliegenden Absichtserklärung erstellt die M___ sämtliche notwendigen Abtretungsschreiben und leitet auch alle sonstigen Schritte zur rechtlich korrekten Übertragung der Vermögenswerte an die A___ ein, soweit sie nicht bereits erfolgt sind (Abtretungsschreiben, grundbuchamtliche Regelungen zur Übergabe der Projekte).
- Die A___ übernimmt sämtliche mit den Handänderungen der Immobilien verbundenen Gebühren/Aufwände.
- Die A___ schliesst mit der M___ einen rechtsverbindlichen Kaufvertrag über CHF 400'000.00 zur Übernahme der Vermögenswerte gemäss Anhang zur vorliegenden Absichtserklärung. Dieser ist in Kopie der B___ AG vor Umsetzung der in der vorliegenden Absichtserklärung aufgeführten Transaktionen zu übergeben.“

Die Absichtserklärung verfügt darüber hinaus über einen Anhang, in welchem die Vermögenswerte in einer tabellarischen Auflistung festgehalten sind (act. B 24/3/16, S. 3).

1.1.2 Öffentlich beurkundete Kaufverträge vom 12. April 2012

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

1.1.3 Abtretungserklärung

Mit Vertrag vom 5./10. April 2012 wurde mit Einverständnis der B___ AG die Abtretung folgender Forderungen der E___ GmbH an die Klägerin vereinbart (act. B 24/33/13):

- Forderung aus dem Projekt Q___, in R___
- Darlehen S___, T___ und U___

- Rückfluss Strasse, in H____
- Darlehen V____

Ein Kaufpreis wurde im Vertrag nicht vereinbart. Der Vertrag ist von der Klägerin, der E____ GmbH und der B____ AG unterschrieben.

1.2 Abmachungen zwischen der A____ AG und der B____ AG

1.2.1 Absichtserklärung vom 2. April 2012

Am 2. April 2012 schlossen die B____ AG, vertreten durch W____ und L____, und die A____ AG, vertreten durch K____, J____ und G____, ebenfalls eine Absichtserklärung. Diese lautet wie folgt (act. B 24/3/15):

„Absicht/Ziel

Die A____ übernimmt die Vermögenswerte der E____ GmbH gemäss separater Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der A____ und der E____ GmbH. Die B____ AG erklärt sich bereit, die Übernahme der Schulden bzw. die Vermögenswerte gemäss beiliegendem Anhang zur vorliegenden Absichtserklärung vom 2. April 2012 zu finanzieren. Der Anhang bildet einen integrierenden Bestandteil der Absichtserklärung.

Voraussetzungen für die Abwicklung der Transaktion

- *Einreichung der vollständigen aktuellen Steuererklärung von K____.*
- *Aktuelle Bilanz sowie allfällig vorhandene Erfolgszahlen per 31. März 2012 der A____.*
- *Einbringung des Kaufpreises von total CHF 400'000.00 für die zu übernehmenden Vermögenswerte in Form von Darlehen mit Rangrücktritt in die A____ (Ausstattung der Firma mit eigenen Mitteln). Die Rangrücktrittserklärungen müssen der Bank vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze übergeben werden. Die A____ verpflichtet sich, Eigenmittel in Form von Barmitteln und versehen mit Rangrückritten in einer Summe von CHF 400'000.00 einzubringen. Davon sind CHF 150'000.00 vor den Verschreibungen der Wohnung(en)/Tiefgaragenplätze einzubringen und mit Rangrückritten zu versehen.*
- *Sämtliche Bedingungen aus der Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der A____ und der E____ GmbH sind erfüllt.“*

Der Anhang zu dieser Absichtserklärung ist mit demjenigen der Absichtserklärung zwischen der A____ AG und der E____ GmbH identisch.

2. Geleistete Zahlungen

Die Klägerin gibt an, folgende Zahlungen geleistet zu haben (act. B 24/1, S. 13):

- Bezahlung von CHF 150'000.00 auf das Konto der E____ GmbH (act. B 24/3/19).

- Bezahlung von CHF 250'000.00 als Kreditsicherungsgarantie zu Gunsten der B___ AG zur Sicherung von Schulden der E___ GmbH (act. B 24/3/20).
- Bezahlung von CHF 516'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B___ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 1 an der C___ angegeben (act. B 24/3/29).
- Bezahlung von CHF 604'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B___ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 2 an der C___ angegeben (act. B 24/3/29).

Dass die Klägerin diese Zahlungen vorgenommen hat, ist unbestritten. Daraus ergibt sich folgender Ausgangssachverhalt: Für das Grundstück Nr. 1 an der C___ wurde ein Kaufpreis von CHF 645'000.00 öffentlich beurkundet. Die Klägerin bezahlte der E___ GmbH für das Grundstück Nr. 1 CHF 516'000.00, womit sich eine Differenz von CHF 129'000.00 ergibt. Für das Grundstück Nr. 2 an der C___ wurde ein Kaufpreis von CHF 755'000.00 öffentlich beurkundet. Die Klägerin bezahlte der E___ GmbH für das Grundstück Nr. 2 CHF 604'000.00; hier resultiert ein Unterschied von CHF 151'000.00. In der Höhe von CHF 129'000.00 bzw. CHF 151'000.00 liess die E___ GmbH auf den entsprechenden Grundstücken Verkäuferpfandrechte eintragen, welche die Klägerin im Rahmen des vorliegenden Verfahrens löschen lassen möchte.

3. Gültigkeit der diversen Abmachungen

Die Absichtserklärung zwischen der A___ AG und der E___ GmbH (act. B 24/3/16) hält unter anderem den Kaufpreis für die Grundstücke fest. Gemäss Art. 216 Abs. 2 OR bedürfen Vorverträge zu Grundstückskaufverträgen der öffentlichen Beurkundung. Von der Beurkundung müssen alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte gedeckt sein, sofern sich diese Abmachungen unmittelbar auf das eigentliche Kaufgeschäft beziehen und das Austauschverhältnis betreffen³⁶. Die Vereinbarung der Kaufpreise für die Grundstücke betrifft das eigentliche Kaufgeschäft sowie das Austauschverhältnis und muss daher von der Beurkundung gedeckt sein. Somit ist die Vereinbarung über den Kaufpreis der im vorliegenden Fall strittigen Grundstücke C___, aufgrund Formmangels nichtig. Fraglich ist, ob der Formmangel bezüglich der Grundstücke zu einer Nichtigkeit der Absichtserklärung oder aber bloss zu einer Teilnichtigkeit führt. Auf diese Problematik braucht letztlich nicht weiter eingegangen zu werden, da sie für den Entscheid in der Sache nicht ausschlaggebend ist (vgl. E. 4.7.2).

Ob die Absichtserklärung zwischen der Klägerin und der B___ AG verbindlich ist, kann ebenfalls offen gelassen werden. Die B___ AG nimmt als Abtretungsgläubigerin nach Art.

³⁶ URS FASEL, Basler Kommentar OR I, 6. Aufl. 2015, N. 12 f. zu Art. 216 OR.

260 SchKG der in Konkurs gefallenen E___ GmbH am vorliegenden Verfahren teil. Für den vorliegenden Fall ist indessen einzig das rechtliche Verhältnis zwischen der Klägerin und der E___ GmbH massgeblich.

Bei den beiden öffentlich beurkundeten Kaufverträgen über die Grundstücke an der C___ (Nr. 1 und Nr. 2) handelt es sich unbestrittenermassen um formgültige Grundstückskaufverträge im Sinne von Art. 216 OR.

Der Forderungsabtretungsvertrag erfüllt die Formvorschrift der einfachen Schriftlichkeit nach Art. 164 OR. Der Vertrag ist daher zwischen den Parteien gültig zustande gekommen.

4. Vertragsauslegung

- 4.1 Vor dem **Kantonsgericht** liess die **Klägerin** ausführen (act. B 2/3, E. 5.1, S. 10 f.), als erforderlicher Eigenmittelanteil für die Übernahme der Projekte, Forderungen und Immobilien sei von Seiten der B___ AG schon früh eine Summe von CHF 400'000.00 kommuniziert worden. Demnach hätte die Finanzierung der streitgegenständlichen Grundstücke wie folgt ablaufen sollen: Der hypothetische Wert der Grundstücke hätte zu 80 % mit einem von der B___ AG zur Verfügung gestellten Darlehen abgegolten werden sollen; 20 % hätten durch den von der Klägerin im Voraus zu leistenden Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 für die Übernahme sämtlicher Vermögenswerte vor - bzw. - zwischenfinanziert werden sollen. Zu einem späteren Zeitpunkt sollten die erwarteten Gewinne, unter anderem aus dem Projekt C___, herangezogen werden, um den von der Klägerin aufgewendeten Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 zu refinanzieren. So sei gemäss Absichtserklärung vom 2. April 2012 zwischen der Klägerin und der B___ AG eine Voraussetzung zur Abwicklung der Transaktion gewesen, dass die Klägerin den Kaufpreis von total CHF 400'000.00 für die übernehmenden Vermögenswerte erbringe. So sehe auch die Absichtserklärung zwischen der Klägerin und der E___ GmbH vor, dass die Klägerin und die E___ GmbH zur Übernahme der Vermögenswerte gemäss Anhang einen rechtsverbindlichen Kaufvertrag über CHF 400'000.00 schliessen würden. Somit sei mit der Zahlung des Eigenmittelanteils von CHF 400'000.00 und der Übernahme der in der Absichtserklärung aufgeführten Schulden die Übernahme sämtlicher Vermögenswerte pauschal abgegolten worden.

Die öffentlich beurkundeten Verträge dürften nicht isoliert betrachtet werden (act. B 2/3, E. 5.1, S. 11 f.). Bei der Absichtserklärung handle es sich um einen rechtsverbindlichen Vertrag. Die Parteien hätten die in der Absichtserklärung genannten Modalitäten anerkannt

und dementsprechend den Vertrag umgesetzt. Die Parteien seien sich darüber im Klaren gewesen, dass die öffentlich beurkundeten Kaufverträge, so wie sie nach aussen scheinen, nicht gelten sollten, da sie den Absichtserklärungen widersprüchen. Bei den öffentlich beurkundeten Kaufverträgen handle es sich daher um ein simuliertes oder um ein fiduziarisches Rechtsgeschäft.

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

4.3 Die **Vorinstanz** hat erwogen (act. B 2/3, E. 5.3, S. 13 f.), die Klägerin bringe an Schranken erstmals vor, dass der Inhalt der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen habe. Gemäss Art. 229 ZPO dürften in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nach der Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels nur noch dann berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und diese entweder erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden seien (echte Noven) oder aber bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven). Bei anwaltlich vertretenen Parteien sei ein rein objektiver Massstab der Sorgfalt anzuwenden. Als unzulässig erachtete, nachträgliche Vorbringen seien zu den Akten zu nehmen bzw. an der Hauptverhandlung zu protokollieren, aber nicht zu berücksichtigen.

Der Klägerin wäre es möglich gewesen, bereits während des doppelten Schriftenwechsels vorzubringen, dass der Inhalt der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen habe. Bei dieser Tatsachenbehauptung handelt es sich um ein unechtes Novum, das, da verspätet vorgebracht, nicht berücksichtigt werden könne. Selbst wenn die Behauptung zulässig wäre, so lasse es die Klägerin bei der Behauptung des divergierenden Parteiwillens beruhen, ohne aber den konkreten tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen zu behaupten. Selbst wenn keine Verletzung

des Novenverbots vorläge und die Vorbringen genügend substantiiert wären, wäre zu berücksichtigen, dass die Klägerin für ihre Behauptung die Beweislast trage. Den Beweis hierfür könnte die Klägerin mit den von ihr offerierten Beweismitteln aber ohnehin nicht führen. Die Klägerin beantrage die Parteibefragung von G____, K____ und J____. Aufgrund der Nähe der genannten Personen zur Klägerin hätten deren Aussagen einen geringen Beweiswert. Die übrigen, in diesem Zusammenhang offerierten Beweismittel bezögen sich auf Vertragsverhandlungen zwischen der Klägerin und der B____ AG. Die Klägerin behaupte aber einen divergierenden Parteiwillen bezüglich der öffentlich beurkundeten Kaufverträge zwischen der Klägerin und der E____ GmbH.

Ein angeblich übereinstimmender wirklicher Wille sei zu spät und ungenügend behauptet worden, und könnte ohnehin nicht bewiesen werden. Deshalb seien die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden seien, verstanden werden durften und mussten. Gemäss Absichtserklärung vom 2. April 2012 sei für das Grundstück Nr. 1 ein Transaktionswert von CHF 645'000.00 und für das Grundstück Nr. 2 ein Transaktionswert von CHF 755'000.00 vorgesehen worden. Mit Vertrag vom 12. April 2012 sei für das Grundstück Nr. 1 entsprechend der Absichtserklärung ein Kaufpreis von CHF 645'000.00 öffentlich beurkundet worden. Ebenfalls am 12. April 2012 sei für das Grundstück Nr. 2 entsprechend der Absichtserklärung ein Kaufpreis von CHF 755'000.00 öffentlich beurkundet worden. Es sei nicht einzusehen, warum die beiden öffentlich beurkundeten Grundstückskaufverträge nicht bindend sein sollten, zumal die öffentlich beurkundeten Kaufpreise mit denjenigen in der Absichtserklärung übereinstimmen würden. Demnach schulde die Klägerin der E____ GmbH als Verkäuferin grundsätzlich CHF 645'000.00 für Grundstück Nr. 1 und CHF 755'000.00 für Grundstück 2. Abzüglich der unbestrittenen Zahlungen von CHF 516'000.00 für Grundstück Nr. 1 und CHF 604'000.00 für Grundstück Nr. 2 sei für das Grundstück Nr. 1 ein Restkaufpreis von CHF 129'000.00 und für das Grundstück Nr. 2 ein Restkaufpreis von CHF 151'000.00 ausstehend.

- 4.4 Dagegen liess die **Klägerin** im **Berufungsverfahren** vorbringen (act. B 1, S. 5 ff.), die Vorinstanz habe den Vorrang der subjektiven Vertragsauslegung missachtet und ihr Urteil in rechtsfehlerhafter Weise auf eine objektivierte Vertragsauslegung gestützt, da angeblich nicht in genügend bestimmter Form ein übereinstimmender Wille behauptet worden sei. Die Behauptung, die sich aus den öffentlich beurkundeten Kaufverträgen ergebende Zahlungspflicht der Restkaufpreise habe nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen, habe sie zu Unrecht als verspätet erachtet. Darüber hinaus unterstelle

das Kantonsgericht der Klägerin einen angeblich unschlüssigen Parteivortrag und konstruiere einen angeblichen Widerspruch in ihren Vorbringen. So würden sich die klägerischen Beweismittel angeblich auf das Verhältnis zur B___ AG beziehen, während sich der Parteivortrag auf das Verhältnis zur E___ GmbH beschränke. Mit diesem angeblichen Widerspruch versuche das Kantonsgericht seine Nichtbeachtung der subjektiven Vertragsauslegung zu rechtfertigen. Schliesslich seien die von der Klägerin angebotenen Zeugen nicht einvernommen worden, um den wahren Willen der Parteien zu ermitteln, da diese angeblich der Klägerin nahe stünden und ihnen deshalb nur ein geringer Beweiswert zukomme.

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

4.6 Vertragsauslegung im Allgemeinen

Ist der Inhalt eines Vertrages streitig, so ist der Vertragsinhalt durch das Gericht festzustellen³⁷. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrages nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Kann der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien nicht ermittelt werden, sind die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden dürfen und mussten³⁸. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann jedoch daraus allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien geschlossen werden³⁹.

Bei der Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu

³⁷ AHMET KUT, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, OR Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl. 2016, Art. 18 N 1.

³⁸ Statt vieler BGE 138 III 659, E. 4.2.1 oder BGE 132 III 24, E. 4 je mit weiteren Hinweisen.

³⁹ BGer 4A_181/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 132 III 626, E. 3.1.

beurteilen sind⁴⁰. Obwohl ein klarer Wortlaut im Auslegungsverfahren den anderen Auslegungsmitteln grundsätzlich vorgeht, ist eine rein wörtliche Auslegung nicht zulässig. Selbst wenn der Inhalt einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann es sich nämlich aus anderen Bedingungen des Vertrages, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck oder aus anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der streitigen Vertragsklausel nicht genau den Sinn der geschlossenen Vereinbarung wiedergibt⁴¹.

4.7 Würdigung durch das Obergericht

4.7.1 Noven

Simulation der Grundstückkaufverträge resp. Vorliegen eines fiduziarischen Geschäftes

Bis zur Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht hat die Klägerin stets behauptet, dass sie zusätzlich zu den CHF 400'000.00 nichts schulde und dass darüber zwischen allen Parteien Konsens bestanden habe. Dass die Kaufpreise in den öffentlich beurkundeten Kaufverträgen simuliert waren und nicht dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien entsprachen, erweist sich somit tatsächlich als **neue Behauptung** im Rahmen des ersten Vortrags an Schranken (Beilage zu act. B 24/60, S. 6). Damit wird ein konkreter Wille zwischen den Vertragsparteien geltend gemacht und es geht nicht nur um die rechtliche Untermauerung von bisher vorgetragenen Tatsachen.

Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO bestimmen, was folgt:

In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und:

- a. erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (echte Noven) oder
- b. bereits vor Abschluss des Schriftenwechsels oder vor der letzten Instruktionsverhandlung vorhanden waren, aber trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher vorgebracht werden konnten (unechte Noven).

Hat weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden.

Die Absichtserklärung zwischen der Klägerin und der E___ GmbH datiert vom 2. April 2012 (act. B 24/3/16); die Grundstückkaufverträge betreffend die Grundstücke Nrn. 1 und 2, C___, wurden am 12. April 2012 öffentlich beurkundet (act. B 24/3/21 und B 24/3/22).

⁴⁰ BGE 138 III 659, E. 4.2.1 mit Verweis auf BGE 123 III 165, E. 3a.

⁴¹ BGE 131 III 606, E. 4.2 = Praxis 95 (2006) Nr. 80, S. 573, mit weiteren Hinweisen; siehe auch AHMET KUT, a.a.O., N. 14 zu Art. 18 OR.

Den Willen, ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR resp. ein sogenanntes fiduziarisches Rechtsgeschäft abzuschliessen, hätten die Vertragspartner mithin bereits im Frühling 2012 gehabt, wenn man von der Richtigkeit der klägerischen Behauptung ausgeht. Bei der entsprechenden Behauptung handelt es sich somit allenfalls um ein **unechtes Novum**, welches spätestens im Rahmen der Replik, die am 18. September 2014 eingereicht worden ist (act. B 24/40), hätte vorgebracht werden müssen. Das erstmalige Geltendmachen im Rahmen der Hauptverhandlung am 17. August 2015 war somit verspätet; überdies hat die Klägerin nicht erklärt, weshalb es ihr nicht möglich gewesen ist, die Behauptung schon früher zu erheben⁴².

Nach dem Gesagten ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Klägerin wäre es möglich gewesen, bereits während des doppelten Schriftenwechsels vorzubringen, dass der Inhalt der öffentlich beurkundeten Kaufverträge nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen entsprochen habe, nicht zu beanstanden. Zutreffend ist diese auch vom Vorliegen eines verspätet vorgebrachten, unechten Novum ausgegangen, welches nicht berücksichtigt werden kann.

Brief von F___ vom 15. September 2015

Mit der Berufung hat die Klägerin einen Brief von F___ an das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden eingereicht, welcher vom 15. September 2015 datiert (act. B 2/2).

Dabei handelt es sich nach der obigen Umschreibung um ein **echtes Novum**, welches zudem im Rahmen der ersten Prozesshandlung im Rechtsmittelverfahren eingereicht worden ist. Dieses Schriftstück erfüllt somit die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO resp. Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO und es kann im Berufungsverfahren berücksichtigt werden.

Mit der Stellungnahme zur Berufungsantwort eingereichte Akten

Der Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 22. April 2016 legte die Klägerin drei Kontoauszüge der B___ AG betreffend die E___ GmbH aus dem Jahr 2012, ein Schreiben der Bank-X vom 23. April 2012 sowie das Protokoll der Einvernahme von W___ vom 18. Dezember 2015 durch die Staatsanwaltschaft St. Gallen bei (act. B 12/3-7).

⁴² KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 10 zu Art. 317 ZPO; REETZ/HILBER, a.a.O., N. 61 zu Art. 317 ZPO; Urteile des Bundesgerichts 4A_69/2014 vom 28. April 2014 E. 3.3 und 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.4.

Die Klägerin liess in der erwähnten Eingabe in keiner Weise rechtsgenügend dargetun, inwiefern es sich bei den aus dem Jahr 2012 stammenden Schriftstücken und den damit zusammenhängenden Behauptungen um Noven handelt, dass diese von ihr ohne Verzug vorgebracht worden sind und dass dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher möglich gewesen ist. Dieser Begründungsobliegenheit hätte sie jedoch nachkommen müssen⁴³.

Die aus dem Jahre 2012 stammenden Dokumente stellen also allesamt verspätet vorgebrachte **unechte Noven** dar und sind nicht zu berücksichtigen. Demgegenüber kann auf das Einvernahmeprotokoll der Staatsanwaltschaft St. Gallen des Beschuldigten W___ als **echtes Novum** abgestellt werden, da es zudem umgehend ins Recht gelegt worden ist.

Mit der Stellungnahme vom 26. Mai 2016 eingereichte Akten

Mit der Stellungnahme zur Eingabe der Klägerin vom 22. April 2016 reichte auch die B___ AG neue Akten ein (act. B 16/28-32).

Auch hier handelt es sich gesamthaft um mindestens mehrere Monate alte Schriftstücke und es wird mit keinem Wort erwähnt, weshalb diese erst jetzt eingereicht worden sind (act. B 15, S. 10 ff.). Auf diese **unechten Noven** ist somit ebenfalls nicht abzustellen.

4.7.2 Vertragsauslegung im vorliegenden Fall

Den Ausführungen des Kantonsgerichts zur Vertragsauslegung kann das **Obergericht** sich vollumfänglich anschliessend und es kann somit grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Aus Sicht des Obergerichtes sind folgende Ergänzungen anzubringen.

- Die Behauptung, der Inhalt der öffentlich beurkundeten Grundstückkaufverträge entspreche nicht dem tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen und diese seien simuliert, wurde als unzulässiges nachträgliches Vorbringen (unechtes Novum) zu Recht nicht berücksichtigt. Korrekt hat die Vorinstanz weiter festgehalten, dass die Klägerin es bei der Darstellung des divergierenden Parteiwillens belassen habe, ohne einen konkreten tatsächlichen, gemeinsamen Parteiwillen darzulegen (act. B 2/3, E. 5.3, S. 13).

⁴³ vgl. die Zitate oben in Fn. 42.

Dies wäre aber nötig gewesen, weil insbesondere das Verhältnis, in dem die Absichtserklärung vom 2. April 2012 und die öffentlich beurkundeten Grundstückskaufverträge betreffend die Parzellen Nrn. 1 und 2, C____, zueinander stehen, Fragen aufwirft:

So werden die beiden fraglichen 4.5-Zi-Wohnungen an der C____ in der Absichtserklärung auf Seite 1 unter der Überschrift „Abwicklung“ auf der Liste der durch die A____ AG von der E____ GmbH zu übernehmenden Vermögenswerte aufgeführt und als „Transaktions-/Kaufpreis“ werden die später verkündeten Beträge von CHF 645'000.00 und CHF 755'000.00 erwähnt (act. B 24/3/16). Dieselben Objekte sind auch im „Anhang“ zur Absichtserklärung aufgelistet. Dort wird der Wert der Wohnungen ebenfalls mit CHF 645'000.00 und CHF 755'000.00 angegeben. Daneben findet sich die Bemerkung „über Rückfluss C____ finanziert“. In der Rubrik „Eigenmittel“ wird je ein Betrag von CHF 0.00 aufgeführt und die „Werthaltigkeit mit CHF 129'000.00 resp. CHF 151'000.00 angegeben.

Aus den Akten ergibt sich, dass die A____ AG gemäss Absichtserklärung folgende Zahlungen geleistet hat:

- Bezahlung von CHF 150'000.00 auf das Konto der E____ GmbH (act. B 24/3/19);
- Bezahlung von CHF 250'000.00 als Kreditsicherungsgarantie zu Gunsten der B____ AG zur Sicherung von Schulden der E____ GmbH (act. B 24/3/20);
- Bezahlung von CHF 516'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B____ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 1 an der C____ angegeben (act. 3/29);
- Bezahlung von CHF 604'000.00 aus einem Darlehen, welches die Klägerin bei der B____ AG aufgenommen hat. Als Zahlungsgrund ist das Grundstück Nr. 2 an der C____ angegeben (act. 3/29).

Hingegen wurde der in der Absichtserklärung auf S. 2 unten erwähnte Kaufvertrag über CHF 400'000.00 zur Übernahme der Vermögenswerte gemäss Anhang zur vorliegenden Absichtserklärung vom 2. April 2012 offenbar nie abgeschlossen (act. B 24/32, S. 14).

Aus verschiedenen Passagen in der Absichtserklärung ergibt sich sodann, dass die Abwicklung der erwähnten Transaktionen von weiteren Aktivitäten abhing resp. Hand in Hand mit diesen erfolgen sollte. So wird zum Beispiel das Datum der Transaktion vom Eingang der Kaufpreiszahlungen der beiden andern Käufer von Wohnungen in der Liegenschaft C____, voraussichtliches Datum 31. Mai 2012, abhängig gemacht (act. B 24/16, S. 2 unten). Und die Differenz zwischen den beurkundeten Kaufpreisen

und den durch die B___ AG gewährten Krediten sollte über „Rückfluss C___“ finanziert werden (gemäss dem Anhang zur Absichtserklärung). Was gelten soll, wenn die anderen Wohnungen in der Liegenschaft C___ nicht wie vorgesehen verkauft werden resp. sich die Gewinnerwartungen nicht realisieren lassen, geht aus der Absichtserklärung hingegen nicht hervor.

Während die Grundstückkaufverträge also in sich stimmig und klar sind, kann das von der Absichtserklärung gerade nicht gesagt werden. Diese enthält zwar auf der einen Seite klare Abmachungen, auf der andern Seite hängen die geplanten Transaktionen - wie schon der Name sagt - teilweise aber von erst geplanten bzw. erhofften Aktivitäten Dritter und dem damit verbundenen Erlös ab.

- Die Grundstückkaufverträge enthalten in Ziff. 47 die Klausel, dass sie anderen Abmachungen, welche nicht klar sind, vorgehen.
Eine Vertragsbestimmung, dass die Grundstückkaufverträge bei einem bestimmten Ereignis zum Beispiel nicht gelten sollen oder deren Gültigkeit umgekehrt von einem bestimmten Geschehen abhängt, enthalten diese aber nicht.
- Schliesslich wurden die Grundstückkaufverträge erst zehn Tage nach Abschluss der Absichtserklärung öffentlich beurkundet.

Als Fazit ergibt sich somit, dass zwei formgültigen, eindeutigen, vorbehaltlosen und zeitlich später geschlossenen Grundstückkaufverträgen (vgl. Urteil der Vorinstanz, act. B 24/2/3, E 3.1.1, S. 7 f.) eine Absichtserklärung gegenüber steht, bei welcher sich zunächst die Frage der Gültigkeit stellt (vgl. Urteil der Vorinstanz, act. B 24/2/3, E 3.2, S. 9). Auf der anderen Seite hängen die in ihr getroffenen Abmachungen von künftigen Ereignissen ab oder nehmen auf erhoffte Gewinne Bezug. Was gelten soll, wenn die erhofften Ereignisse bzw. Gewinne nicht eintreten, wird hingegen nicht geregelt. Unter diesen Umständen gibt die Vertragsauslegung durch das Kantonsgericht in keiner Weise Anlass zur Kritik. Umso mehr als die Klägerin für die unsorgfältige Vertragsgestaltung eine Mitverantwortung trifft, da sie gemäss eigener Darstellung in diesen Prozess involviert war.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Kaufverträge bei einer Simulation nichtig wären⁴⁴ und unter Umständen rückabgewickelt werden müssten⁴⁵. Dies hat die A___ AG jedoch nie verlangt oder auch nur behauptet.

⁴⁴ AHMET KUT, a.a.O., N. 29 zu Art. 18 OR mit weiteren Hinweisen.

4.7.3 Beweisanträge - Antizipierte Beweiswürdigung

Nach Auffassung des Obergerichts ist das Kantonsgericht **nicht** rechtsfehlerhaft vorgegangen, als es die Einvernahme von K___, J___, G___ und L___ als Zeugen resp. als Partei ablehnte:

Nach der Klägerin sollen die Zeugen bestätigen, bei den Parteien sei übereinstimmend der Wille vorhanden gewesen, dass kein über den Eigenmittelanteil in Höhe von CHF 400'000.00 hinausgehender Betrag geschuldet sei (act. B 1, S. 7).

Bei der Vertragsauslegung (E. 4.7.2) hat sich ergeben, dass die Absichtserklärung zwischen der A___ AG und die E___ GmbH vom 2. April 2012 nebst klaren Abmachungen auch blosser Erwartungen im Sinne von geplanten Transaktionen beinhaltet. Weder in der Absichtserklärung noch in den zwischen den gleichen Vertragsparteien am 12. April 2012 öffentlich beurkundeten Kaufverträgen ist jedoch geregelt, was passiert, wenn die in der Absichtserklärung erwähnten Geschäfte nicht realisiert werden (können) und ob resp. was für Auswirkungen das auf die Grundstückskaufverträge hat. Selbst wenn der angebliche Konsens zwischen den Vertragsparteien beim Abschluss der Absichtserklärung vom 2. April 2012 von den Zeugen bestätigt würde, ändert dies somit nichts daran, dass die A___ AG und die E___ GmbH am 12. April 2012 je einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag bezüglich der Parzellen Nrn. 1 und 2, Grundbuch D___, abgeschlossen haben und diese Verträge weder auf die Absichtserklärung Bezug nehmen noch irgendwelche Vorbehalte enthalten.

Kommt hinzu, dass sich die Beweisanträge auf Gespräche zwischen den Exponenten der A___ AG, nämlich K___, J___ und G___, sowie den Vertretern der B___ AG, W___ und L___, beziehen (act. B 1, S. 9 ff. act. B 24/1, S.). Auch wenn der Klägerin zuzugestehen ist, dass die B___ AG eine wichtige Rolle bei den Abmachungen zwischen der A___ AG und der E___ GmbH gespielt hat, interessiert hier ausschliesslich das Verhältnis zwischen der A___ AG und der E___ GmbH.

Das Obergericht ist aufgrund der im Recht liegenden Akten zum Schluss gelangt (oben E. 4.7.2), dass die A___ AG der E___ GmbH für das Grundstück Nr. 1 C___, einen Restkaufpreis von CHF 129'000.00 und für das Grundstück Nr. 2 einen solchen von CHF 151'000.00 schuldet. Den Umstand, dass zwischen der A___ AG und der E___ GmbH

beim Abschluss der Absichtserklärung am 2. April 2012 der übereinstimmende Wille vorhanden gewesen ist, dass kein über den Eigenmittelanteil von CHF 400'000.00 hinausgehender Betrag geschuldet ist, erachtet das Obergericht mit Bezug auf die gesamten vertraglichen Abmachungen zwischen den Vertragsparteien als nicht rechtserheblich. Er vermöchte - selbst wenn die Zeugen ihn bestätigen würden - an der Überzeugung des Gerichts nichts zu ändern.

Von den beantragten Zeugeneinvernahmen wird daher abgesehen.

5. Eventualstandpunkt 1 der A___ AG: Verrechnung mit der Zahlung von CHF 400'000.00

- 5.1 Sollte mit der Zahlung des Eigenmittelanteils von CHF 400'000.00 und der Übernahme der in der Absichtserklärung aufgeführten Schulden die Übernahme sämtlicher Vermögenswerte nicht pauschal abgegolten sein, vertritt die **A___ AG** im Sinne eines Eventualstandpunktes primär die Meinung, der noch offene Kaufpreis sei konsequenterweise mit den im Voraus geleisteten bzw. mittels Bankgarantie sichergestellten Eigenmitteln von CHF 400'000.00 zu verrechnen. Angesichts des offenen Restkaufpreises von insgesamt CHF 280'000.00 und des bezahlten Eigenmittelanteils von CHF 400'000.00 ergebe sich ein Saldo von CHF 120'000.00 zu ihren Gunsten (act. B 24/1, S. 15 und act. B 24/40, S. 14 ff. und 17).
- 5.2 Nach der **B___ AG** handelt es sich bei der Zahlung der CHF 400'000.00 demgegenüber um eine Abgeltung für die Vermögenswerte, welche nicht im Rahmen öffentlich beurkundeter Kaufverträge übertragen worden sind. Mit der Zahlung der CHF 400'000.00 habe die Differenz zwischen der mutmasslichen Gesamtsubstanz von CHF 3'900'000.00 und den zu Marktpreisen im Rahmen der öffentlich beurkundeten Kaufverträge übertragenen Vermögenswerte abgegolten werden sollen (act. B 24/32, S. 10).
- 5.3 Das **Kantonsgesicht** gelangte bei der Auslegung der diversen vertraglichen Abmachungen zum Schluss (act. B 2/3, E. 6.2, S. 17 ff., insb. S. 21 unten), dass die beiden Grundstücke durch eine Schuldübernahme sowie aus dem „Rückfluss C___“ finanziert werden sollten. Das bedeute, dass die CHF 400'000.00 nicht für die beiden Grundstücke

bestimmt sein konnten. Da die A___ AG einen Kaufpreis von CHF 400'000.00 zu entrichten gehabt habe, könne die Zahlung nur als pauschale Abgeltung für die Vermögenswerte verstanden werden, welche nicht im Rahmen von öffentlich beurkundeten Verträgen übertragen worden seien und die CHF 400'000.00 könnten nicht auf die ausstehenden Kaufpreise der Grundstücke Nrn. 1 und 2, C___, angerechnet werden.

- 5.4 Damit das Rechtsmittel Erfolg haben kann, müssen sich sämtliche selbständig nebeneinander stehenden Begründungsstränge bzw. etwaige Eventualbegründungen der Vorinstanz als unrichtig erweisen. Die ZPO verlangt eine Begründung des Rechtsmittels und damit eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen. Auch wenn kein striktes Rügeprinzip gelten mag, kann sich der Rechtsmittelkläger nicht damit begnügen, nur eine der verschiedenen selbständigen Begründungen anzugreifen. Er muss sich mindestens ansatzweise mit sämtlichen selbständigen Begründungssträngen und Eventualbegründungen auseinandersetzen⁴⁶.

- 5.5 Im Rahmen der Berufung hat die A___ AG sich nicht mehr zum Eventualstandpunkt 1 geäußert und den vorinstanzlichen Entscheid diesbezüglich auch nicht kritisiert.

Das hat nach dem oben Gesagten zur Folge, dass das Obergericht sich mit dem Eventualstandpunkt 1 der Klägerin, der Verrechnung der offen gebliebenen Positionen aus den Grundstückkaufverträgen mit der Zahlung von CHF 400'000.00, nicht mehr auseinanderzusetzen braucht.

6. Eventualstandpunkt 2 der A___ AG: **Verrechnung mit dem Rückfluss C___**

- 6.1 Die A___ AG bringt vor (act. B 24/40 S. 18 ff.), die E___ GmbH habe in D___ an der C___ ein Mehrfamilienhaus realisiert. Dieses Projekt sei über die Bank-Z finanziert worden. Sämtliche Ausgaben und Einnahmen im Zusammenhang mit der Realisierung des Projekts seien über ein Baukreditkonto gelaufen. Die Hypotheken, welche sie für die Grundstücke Nr. 1 und Nr. 2 habe aufnehmen müssen, seien entsprechend auf dieses Baukreditkonto geflossen. In den Absichtserklärungen und der vorvertraglichen

⁴⁶ OLIVER M. KUNZ, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 87 zu Art. 311 ZPO; KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 16 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 42 zu Art. 311 ZPO.

Korrespondenz werde oft der Ausdruck „Rückfluss C___“ verwendet. Beim „Rückfluss C___“ handle es sich demnach um den Saldo auf dem Baukreditkonto C___ nach Tilgung aller Kosten und nach Eingang aller Erlöse aus dem Verkauf der Stockwerkeigentumseinheiten. An der Besprechung vom 7. März 2012 seien sich die Parteien einig gewesen, dass der „Rückfluss C___“ der A___ AG zustehe. Der Rückfluss sei jedoch nie an die Klägerin abgetreten worden. Die B___ AG habe sich stets bemüht, Aussagen über die Höhe des „Rückflusses C___“ zu vermeiden. Die A___ AG habe aber mittlerweile Kenntnis davon, dass die B___ AG im Zusammenhang mit dem „Rückfluss C___“ einen Zahlungseingang von CHF 337'000.00 habe verzeichnen können. Mit Valuta vom 19. Juni 2012 habe die E___ GmbH ab dem Baukreditkonto C___ bei der Bank-Z den Betrag von CHF 165'000.00 auf ihr Konto bei der B___ AG übertragen. Am 6. Dezember 2012 habe die E___ GmbH ab dem Baukreditkonto C___ einen weiteren Betrag von CHF 172'000.00 auf ihr Konto bei der B___ AG einbezahlt. Insgesamt sei demnach im Zusammenhang mit dem „Rückfluss C___“ der Betrag von CHF 337'000.00 auf ein Konto der E___ GmbH bei der B___ AG eingegangen. Die E___ GmbH habe aus dem „Rückfluss C___“ unrechtmässig einen Betrag von CHF 337'000.00 eingenommen, welcher der A___ AG zustehe. Sollte das Gericht zum Schluss gelangen, diese müsse neben den Eigenmitteln von CHF 400'000.00 weitere Kaufpreisanteile leisten, werde hiermit der Betrag von CHF 337'000.00 zur Verrechnung gestellt.

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

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

6.4 Im Berufungsverfahren wendet die **A___ AG** dagegen ein (act. B 1, S. 25 f.), die Verrechnung sei in rechtsfehlerhafter Weise mit der Begründung verneint worden, es bestehe keine Verrechnungslage. Es sei bereits in der Klage unter Beweis gestellt worden, dass Konsens bestanden habe, dass ein Rückfluss aus dem Projekt C___ der A___ AG zustehe. Der von dieser zu erbringende Eigenmittelanteil in Höhe von CHF 400'000.00 habe durch mögliche Erlöse aus dem Projekt C___ refinanziert werden sollen. Die B___ AG habe die genannten Beträge unstreitig erhalten und behalten. Die Vorinstanz sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Klägerin keinen Überschuss behauptet habe. Ausserdem seien in der Klage die Grundlagen für die Verrechnung dargelegt und zum Beweis verstellt worden.

In der Berufungsantwort würden unechte Noven nachgeschoben, die nicht berücksichtigt werden dürften (act. B 11, S. 17 f.). So würden mit neu vorgetragenen Tatsachen-

behauptungen neue Argumente konstruiert, um in Ergänzung zum Vortrag, der im Rahmen des erstinstanzlichen Schriftenwechsels erfolgt sei, Zweifel an der Darstellung der A___ AG hinsichtlich des Prozessthemas C___ zu schüren. Namentlich werde zu Unrecht behauptet, es sei zwischen den Parteien nicht rechtsverbindlich vereinbart worden, dass die aus den durch das Rechtsgeschäft übernommenen Projekten erzielten Erlöse nicht der Berufungsbeklagten zustünden (Anm. der Unterzeichneten: *hier meint die A___ AG nicht die B___ AG, sondern offensichtlich sich selbst*).

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

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

Vergütungsaufträgen der Bank-Z an die E___ GmbH vom 9. Juni bzw. 6. Dezember 2012 (act. B 24/41/61). Diese Zahlungen belegen lediglich, dass die E___ GmbH am 19. Juni 2012 aus dem Projekt C___ einen Betrag von CHF 165'000.00 (act. B 24/41/62) und am 6. Dezember 2012 seitens des Ehepaars Y___ eine Kaufpreiszahlung von CHF 172'000.00 (act. B 24/41/63) erhalten hat. Dass aus dem Projekt C___ insgesamt ein Ertrag oder „Rückfluss“ resultierte, welcher für die Refinanzierung der entsprechenden Wohnungen eingesetzt werden konnte, ist damit aber weder behauptet noch dargelegt. Ist also eine Verrechnungsforderung in Höhe von CHF 337'000.00 nicht dargetan, kommt eine Verrechnung nicht in Betracht.

Unter diesen Umständen braucht auf die angeblich in der Stellungnahme vom 22. April 2016 behaupteten Novenrechtsverletzungen durch die B___ AG nicht weiter eingegangen zu werden.

7. Eventualstandpunkt 3 der A___ AG: **Verrechnung mit der Grundstückgewinnsteuer**

7.1 In der Replik behauptete die A___ AG (act. B 24/40, S. 30) die E___ GmbH habe entgegen der öffentlich beurkundeten Kaufverträge die anfallenden Grundstückgewinnsteuern nicht beglichen. Die Steuerverwaltung des Kantons Appenzell Ausserrhoden habe daher Grundpfandrechte auf den beiden Grundstücken errichten lassen. Zur Abwendung der Grundpfandverwertung habe die A___ AG einen Betrag in Höhe von CHF 10'813.15 zahlen müssen.

7.2 Die **B___ AG** führte dazu aus, dass es zutreffe, dass die E___ GmbH als Verkäuferin die aus dem Verkauf der Grundstücke Nrn. 1 und 2 anfallenden Grundstückgewinnsteuern schulde. Sofern die Klägerin nachweise, dass sie - wie sie behaupte - zur Abwendung einer Grundpfandverwertung Grundstückgewinnsteuerbeträge von CHF 10'813.15 bezahlt habe, seien diese wohl zu vergüten, d.h. könnten verrechnet werden.

7.3 Die **Vorinstanz** hat erwogen (act. B 2/3, E. 8.2, S. 25), die A___ AG habe in pauschaler Weise behauptet, es sei ihr ein Aufwand von CHF 10'813.15 entstanden. Angesichts der pauschalen Behauptung sei die pauschale Bestreitung der Höhe durch die B___ AG als genügende Bestreitung zu betrachten. So falle der A___ AG die Beweislast zu. Da sie für den von ihr behaupteten Aufwand keine Beweise vorlege, sei die Verrechnung abzulehnen.

- 7.4 Auch zu diesem Punkt hat die A___ AG im Rechtsmittelverfahren keine Ausführungen gemacht und auf diesen Sachverhalt braucht demzufolge nicht weiter eingegangen zu werden (vgl. E. 5.4 und 5.5).

8. Fazit

Nach dem Gesagten sind sowohl die Berufung als auch die Klage abzuweisen.

III. Kosten

1. Erstinstanzliche Gerichtskosten

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht hat keinen neuen Entscheid getroffen, sondern das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 17. August 2015 bestätigt (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Somit kann es auch bei der durch das Kantonsgericht festgesetzten Entscheidgebühr bleiben, die sich im Übrigen im Rahmen der massgebenden Bestimmungen bewegt (Art. 17 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Gebührenordnung, bGS 233.3).

2. Gerichtskosten im Berufungsverfahren

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss hat die vor Obergericht vollumfänglich unterliegende Klägerin die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Entscheidgebühr von CHF 15'500.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 Gebührenordnung), welche mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000.00 ver-

rechnet wird. Der Saldo von CHF 4'500.00 wird zur Deckung der erstinstanzlichen Gerichtskosten angerechnet.

3. Erstinstanzliche Entschädigung

In der Regel sind keine besonderen Anträge in Bezug auf die Kostenfolgen erforderlich: Über die Verteilung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens entscheidet die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen, d.h. auch ohne speziellen Antrag. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Parteientschädigung bloss auf Antrag zuzusprechen ist⁴⁷. Die von der Vorinstanz festgelegten Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren kann die Rechtsmittelinstanz, wenn sie einen neuen Entscheid fällt, nicht nur dann neu verlegen, wenn diese ausdrücklich mitangefochten wurden, sondern auch bei Fehlen eines entsprechenden Antrags, jedenfalls insoweit, als die Kosten- und Entschädigungsfolgen auf dem materiellen Ergebnis des erstinstanzlichen Entscheids beruhen⁴⁸. Ein spezifischer Antrag ist demgegenüber erforderlich bei der selbständigen Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, d.h. wenn eine andere Verteilung der Kosten und Entschädigungen selbst für den Fall der Bestätigung des vorinstanzlichen Sachentscheids verlangt wird. Dann muss der entsprechende Antrag auch beziffert werden⁴⁹.

Vorliegend wird die Berufung abgewiesen und der Entscheid des Kantonsgerichts in der Sache bestätigt. Es gibt mithin keinen Grund, an der Zusprechung der Parteientschädigung etwas zu ändern. Indessen hat das Kantonsgericht den Antrag von RA BB___ um Zusprechung von Zuschlägen nach Art. 11 und 12 des Anwaltstarifs (AT, bGS 145.53) mit der Begründung abgelehnt, es handle sich nicht um ein aussergewöhnlich kompliziertes Verfahren, welches einen ausserordentlich hohen Zeitaufwand mit sich gebracht habe; zudem sei auch kein Beweisverfahren durchgeführt worden (act. B 2/3, E. 10, S. 26). Dem kann das Obergericht nicht folgen: Seines Erachtens handelt es sich um einen komplexen Fall, der aufgrund der umfangreichen Rechtsschriften und Einlegerakten einen überdurchschnittlichen Aufwand erfordert hat.

⁴⁷ OLIVER M. KUNZ, a.a.O., N 73 f. zu Art. 311 ZPO; VIKTOR RÜEGG, Basler Kommentar, ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 105 ZPO; DAVID JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 3 und 6 zu Art. 105 ZPO.

⁴⁸ OLIVER M. KUNZ, a.a.O., N 75 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, a.a.O., N. 44 zu Art. 311 ZPO.

⁴⁹ OLIVER M. KUNZ, a.a.O., N 76 zu Art. 311 ZPO; HUNGERBÜHLER/BUCHER, a.a.O., N. 20 zu Art. 311 ZPO:

Entsprechend dem gestellten Antrag (act. B 21) können die Zuschläge somit gewährt werden. Diese sind je vom mittleren Honorar von CHF 18'340.00 zu berechnen und betragen CHF 4'585.00 (25 % gemäss Art. 11 AT) bzw. CHF 1'834.00 (10 % gemäss Art. 12 AT); total mit insgesamt CHF 24'759.00. Dazu kommen CHF 784.00 Barauslagen und CHF 2'043.00 MWST. Demgemäss hat die Klägerin die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren mit CHF 27'586.40 ausseramtlich zu entschädigen.

4. Parteientschädigung im Berufungsverfahren

Die Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach denselben, bereits oben erwähnten Grundsätzen (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b i.V.m. Art. 106 ZPO).

Für das Berufungsverfahren macht RA BB___ eine Entschädigung im Umfang von 50 % des erstinstanzlichen Honorars in Höhe von CHF 9'456.50 geltend (act. B 21). Diese ist tarifkonform (Art. 20 Abs. 1 lit. a AT) und davon ist gemäss der Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO) auszugehen. Zum Ausgangsbetrag kommen Barauslagen von CHF 140.00 und die Mehrwertsteuer von CHF 767.70; dies ergibt für das Rechtsmittelverfahren eine Entschädigung von insgesamt CHF 10'364.20.

In Abweisung der Berufung erkennt das Obergericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Gerichtskosten wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 15'500.00, werden der Berufungsklägerin und Klägerin auferlegt, unter Anrechnung des von ihr geleisteten Kostenvorschusses von CHF 20'000.00. Der Saldo von CHF 4'500.00 wird zur Deckung der erstinstanzlichen Gerichtskosten angerechnet.
4. Die Berufungsklägerin und Klägerin hat die Berufungsbeklagte und Beklagte für die Kosten ihrer Rechtsvertretung vor dem Kantonsgericht mit CHF 27'586.40 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) und vor dem Obergericht mit CHF 10'364.20 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer), insgesamt somit CHF 37'950.60, zu entschädigen.
5. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 311'248.00.
6. Zustellung am 30. Mai 2017 an:
 - RA AA____, eingeschrieben
 - RA BB____, eingeschrieben
 - Kantonsgericht, Trogen (Verfahren Nr. K3Z 13 4)

Der Obergerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Barbara Schittli