



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
1. Abteilung

Urteil vom 5. November 2019

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterin S. Rohner Oberrichter B. Oberholzer, H. P. Blaser, R. Breu Obergerichtsschreiberin B. Widmer
Verfahren Nr.	O1Z 19 2
Sitzungsort	Trogen
Berufungskläger Beklagter	Y____, vertreten durch: RA lic. iur. O____
Berufungsbeklagte Klägerin	X____ AG
Gegenstand	Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts K2Z 16 9 vom 20. November 2018

Rechtsbegehren

a) Klägerin und Berufungsbeklagte:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten den in der Betreuung Nr. 21582033 des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland in Betreuung gesetzten Betrag von CHF 380'000.00 nebst 5 % Zins seit dem 16. Juni 2015 nicht schuldet.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten des Beklagten/Berufungsklägers.

b) Beklagter und Berufungskläger:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei die (undatierte) Aberkennungsklage der X___ AG vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Es sei das im Verfahren K2Z 16 9 ergangene Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 20. November 2018 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die (undatierte) Klage der Klägerin/Berufungsbeklagten X___ AG vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWSt.) zulasten der Klägerin/Berufungsbeklagten, sowohl hinsichtlich des erst- wie vorliegenden zweitinstanzlichen Verfahrens.

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

- 1.1 W___ beabsichtigte, ein Medikament gegen Malaria auf den Markt zu bringen. Er gründete zu diesem Zweck die X___ Ltd., B___ (act. B 3/29/52). Am 19. März 2012 schlossen W___ und die X___ Ltd. sowie die TH___AG und die TH___AG einen Vertrag über eine Unterbeteiligung. Danach hatten die Unterbeteiligten TH___AG und TH___AG dem Hauptbeteiligten W___ CHF 100'000.00 zu bezahlen und sollten im Gegenzug eine Beteiligung am Gewinn erhalten, den W___ aus der X___ Ltd. bezieht (act. B 3/10A/5). Am 11. Februar 2013 schlossen Y___ sowie W___ und die X___ Ltd. eine Vereinbarung/Absichtserklärung, wonach Y___ beabsichtigte, alle Aktien der TH___AG und der TH___AG auf W___ zu übertragen. Darauf sollte W___ die beiden Gesellschaften verkaufen und der Ertrag unter ihm und Y___ hälftig aufgeteilt werden. Zudem verpflichteten sich W___ resp. die X___ Ltd., Y___ CHF 300'000.00 zu bezahlen. Vor der genannten Aktienübertragung sollte der Unterbeteiligungsvertrag rückabgewickelt werden und W___ sollte Y___ die im Zusammenhang mit dem Unterbeteiligungsvertrag geleisteten CHF 80'000.00 bezahlen. Ferner wurde Y___ von W___ eine Beteiligung von 20 % an der zu gründenden X___ AG eingeräumt (act. B 3/10A/4).

Am 25. Juni 2013 wurde die X___ AG gegründet. Erster Verwaltungsrat war S___ (act. B 3/3/3). Nachdem W___ am 2. Oktober 2014 Verwaltungsrat der X___ AG geworden war (act. B 3/3/2), forderte Y___ ihn mit Schreiben vom 5. Januar 2015 auf, die ihm mit Vereinbarung vom 11. Februar 2013 eingeräumte Beteiligung von 20% an der X___ AG zu übertragen und den Ausstand von CHF 380'000.00 zu bezahlen (act. B 3/10A/22). Gleichzeitig leitete Y___ die Betreibung gegen die X___ AG ein. Gegen den Zahlungsbefehl vom 12. Januar 2015 wurde am 16. Januar 2015 Rechtsvorschlag erhoben (act. B 3/10A/24). W___ bat Y___ daraufhin darum, die Betreibung zurückzuziehen, weil ein angeblich unmittelbar bevorstehender Geschäftsabschluss durch die Betreibung gefährdet sein könnte (act. B 3/9, S. 10). In der Folge kam es zur Abzahlungsvereinbarung vom 21. Januar 2015 zwischen Y___ als Gläubiger und W___, der X___ Ltd. und der X___ AG als Schuldner. Die Schuldner anerkannten, dem Gläubiger gestützt auf die Vereinbarung vom 11. Februar 2013 CHF 380'000.00 solidarisches zu schulden. Im Gegenzug verzichtete Y___ auf die 20% der Aktien der X___ AG (act. B 3/10A/31; act. B3/3/1). Zudem zog er die Betreibung gegen die X___ AG zurück (act. B 3/10/19).

Die in der Abzahlungsvereinbarung vom 21. Januar 2015 vereinbarten Teilzahlungen wurden nicht geleistet. Y___ forderte W___ in der Folge wiederholt auf, die Vereinbarung einzuhalten und die Raten zu bezahlen (act. B 3/10A/33 ff.). Seine Bemühungen blieben

erfolglos, weshalb er eine weitere Betreuung einleitete. Die X___ AG bestreitet, dass W___ berechtigt war, sie für seine persönliche Schuld zu verpflichten (act. 1, S. 6 ff.).

- 1.2 Der Zahlungsbefehl Nr. 21582033 des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland von Y___ gegen die X___ AG im Betrag von CHF 380'000.00 datiert vom 31. Juli 2015 und wurde W___ am 7. August 2015 zugestellt. Dieser erhob gleichentags Rechtsvorschlag (act. B 3/19/4). Y___ wurde mit Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 11. Januar 2016 (ER3 15 310) die provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 380'000.00 nebst 5 % Zins seit dem 16. Juni 2015 erteilt (act. B 3/19/10). Die X___ AG liess am 11. Februar 2016 beim Kantonsgericht die Aberkennungsklage einreichen (act. B 3/1). Die Frist zur Einreichung der Aberkennungsklage wurde nicht eingehalten. Mit Entscheid der Vorsitzenden des Kantonsgerichts vom 29. Juni 2016 wurde das Gesuch um Wiederherstellung abgewiesen, auf die Aberkennungsklage und auf die negative Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO nicht eingetreten und festgestellt, dass das Verfahren als negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG weitergeführt werde (act. B 3/20). Die Klägerin liess am 31. August 2016 die Replik einreichen (act. B 3/23A) und der Beklagte am 21. November 2016 die Duplik (act. B 3/28A). Dem Beklagten wurde mit Entscheid der Einzelrichterin vom 29. August 2016 (SV2 16 23) die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gewährt, mit der Rechtsverbeiständung wurde RA O___ beauftragt (act. B 3/30/15). Die Hauptverhandlung fand am 14. März 2017 in Trogen statt (act. B 3/37). Mit gleichentags erlassenen Beweisbeschluss wurde dem Beklagten der Hauptbeweis für die Tatsachenbehauptung auferlegt, dass W___ Alleinaktionär oder beherrschender Aktionär der Klägerin sei (act. B 3/39). Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 15. Mai 2017 wurde das Gesuch der Klägerin um Sicherungsmassnahmen (Bekanntgabe Identität der Aktionäre) abgewiesen (act. B 3/46). Die Stellungnahme des Beklagten zum Beweisergebnis datiert vom 13. Juni 2017 (act. B 3/48A). Am 1. Juni 2018 wurde in Ergänzung des Beweisbeschlusses vom 14. März 2017 ein zweiter Beweisbeschluss gefällt und die Abnahme weiterer Beweise beschlossen (act. B 3/58). Am 16. Juli 2018 erging ein dritter Beweisbeschluss, worin J___ aufgefordert wurde, das Wertschriftenverzeichnis seiner Steuererklärung 2015 einzureichen (act. B 3/66). Die Parteien wurden zur Beweisabnahme inklusive Schlussvorträge auf den 20. November 2018 vorgeladen (act. B 3/70-75A). An der Verhandlung vom 20. November 2018 wurden W___ als Partei (act. B 3/77) und J___ als Zeuge (act. B 3/78) einvernommen. Das Kantonsgericht fällte gleichentags sein Urteil; es stellte fest, dass die mit Betreuung Nr. 21582033 vom 31. Juli 2015 gegenüber der X___ AG in Betreuung gesetzte Forderung

von CHF 380'000.00 nebst Zins nicht bestehe und hob die Betreuung vollumfänglich auf (act. B 2; KZZ 16 9).

- 1.3 Am 11. Februar 2019 liess Y___ gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 20. November 2018 rechtzeitig die Berufung erklären (act. B 1). Der Einzelrichter des Obergerichts gewährte ihm mit Verfügung vom 18. März 2019 die unentgeltliche Rechtspflege. Mit der Rechtsverteidigung wurde RA lic. iur. O___ beauftragt (act. B 5). Die Berufungsantwort datiert vom 6. Mai 2019 (act. B 8). Die Streitsache wurde am 5. November 2019 ohne mündliche Verhandlung beraten.
- 1.4. Das Obergericht hat am 5. November 2019 sein Urteil gefällt und anschliessend den Parteien im Dispositiv eröffnet (act. B 17). Beide Parteien haben auf die Einlegung von Rechtsmitteln gegen dieses Urteil verzichtet (act. B 18 und B 19), so dass das Urteil am 27. November 2019 in Rechtskraft erwachsen ist. Praxisgemäss wird lediglich eine Kurzbegründung ausgefertigt und die folgenden Ausführungen enthalten die wesentlichen Entscheidungsmotive des Obergerichts.

2. Prozessuales

- 2.1 Bezüglich der vom Gericht von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO), aufgeführt in Art. 59 Abs. 2 ZPO, ergibt sich ohne weiteres, dass diese erfüllt sind, insbesondere die örtliche und sachliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Bezüglich Zuständigkeit kann auf die zutreffende vorinstanzliche Erwägung 1.2 verwiesen werden. Auch im Berufungsverfahren sind die örtliche und sachliche, wie auch die funktionelle Zuständigkeit des Obergerichts gegeben (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO, Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz, JG, bGS 145.31), was von den Parteien im Übrigen nicht bestritten worden ist.

Vor Obergericht ebenfalls nicht strittig war die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts (siehe vorinstanzliche Erwägung 1.3).

- 2.2 Der Berufungskläger lässt vor Obergericht vorbringen, ohne entsprechenden Antrag sei das Kantonsgericht nicht befugt gewesen, das Verfahren eigenständig in eine Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG umzudeuten. Die Berufungsbeklagte lässt entgegen,

die Vorinstanz sei dazu berechtigt und auch verpflichtet gewesen. Es stellt sich die Frage, ob die Abteilung oder die Vorsitzende des Kantonsgerichts für den Entscheid vom 29. Juni 2016, mit welchem die Aberkennungsklage in eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG umgedeutet wurde, zuständig war. Die Abteilung hat den Entscheid der Vorsitzenden in die Prozessgeschichte des angefochtenen Urteils übernommen (act. B 2, S. 5 ff.) und daraufhin materiell behandelt, wenn auch im formellen Teil nicht abgehandelt. Für das Nichteintreten war die Vorsitzende gestützt auf Art. 32 JG zuständig. Beim Entscheid auf Entgegennahme als Klage nach Art 85a SchKG handelte es sich um eine prozessleitende Verfügung, welche nicht angefochten werden konnte, weil es sich dabei nicht um einen End- oder Zwischenentscheid im Sinne von Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO gehandelt hat (bezüglich letzterem: siehe Art. 237 ZPO). Einen solchen Entscheid hätte nur die Abteilung treffen können, so dass dagegen weder das Rechtsmittel der Berufung noch, mangels eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, die Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO zur Verfügung standen. Sodann lautet das Rechtsbegehren bei der Aberkennungs- und der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG gleich. Bei ansonsten gleichen und erfüllten Prozessvoraussetzungen ist es Sache des Gerichts, auf welcher rechtlichen Grundlage es das Begehren beurteilen will. Aus diesen Gründen war die Weiterführung des Verfahrens durch die Vorinstanz nach Art. 85a SchKG zulässig.

- 2.3 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 Vorinstanz beziffert in Erwägung 1.1 den Streitwert zutreffend mit CHF 380'000.00. Gestützt auf Art. 91 Abs. 1 ZPO sind Zinsen nicht zu berücksichtigen. Dazu gehören die laufenden und die rückständigen Zinsen (BEATRICE VAN DE GRAAF, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 12 zu Art. 91 ZPO). Somit wird die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht und die Berufung ist zulässig.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens bemisst sich anhand der in der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort gestellten Begehren unter Einschluss einer allfälligen Anschlussberufung (SAMUEL RICKLI, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2014, Rz. 440). Letzterer Streitwert ist insbesondere für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens und für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen massgebend (SAMUEL RICKLI, a.a.O., Rz. 439 ff.). Der Streitwert nach Art. 308 Abs. 2 ZPO ist vorliegend aufgrund der von beiden Parteien in beiden Instanzen gleichbleibend gestellten Rechtsbe-

gehen identisch mit demjenigen des Berufungsverfahrens und gilt auch für die Streitwertgrenze nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG.

3. Materielles (Kurzbeurteilung)

3.1 Beweislast

Der Berufungskläger lässt bezüglich Beweislast darauf hinweisen, dass er eine von W___ unterzeichnete, abstrakte Schuldanerkennung eingereicht habe, womit der Bestand, die Fälligkeit wie auch der Umfang der Forderung belegt seien. Eine abstrakte Schuldanerkennung führe zu einer Beweislastumkehr. Die Berufungsbeklagte lässt einwenden, die Schuldanerkennung sei nicht abstrakt, sondern nenne als Grund die Geschäfte zwischen dem Berufungskläger und W___ bzw. der X___ Ltd.

Die Vorinstanz hat in Erwägung 1.4.2 zutreffend darauf hingewiesen, dass bei einer Klage nach Art. 85a SchKG der Gläubiger, somit der Berufungskläger, die Beweislast für den Bestand und den Umfang der Forderung (rechtsbegründende Tatsachen) trägt. Die Schuldnerin, somit die X___ AG, trägt die Beweislast für rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen. Der Bestand der Vollmacht oder eine Vollmachtsmitteilung ist von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft, also üblicherweise vom Dritten (ZÄCH/KÜNZLER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 164 zu Art. 33 OR). Ist der Umfang der Vollmacht oder der Vollmachtsmitteilung streitig, so gilt dasselbe wie für deren Bestand. Wo das Gesetz den Umfang der Vollmacht bestimmt, ist der Beweis allerdings einfacher (ZÄCH/KÜNZLER, a.a.O., N. 165 zu Art. 33 OR). Vorliegend geht es um ein Organ einer Aktiengesellschaft (vgl. Art. 718 und 718a OR). Hier kann eine stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden. Der Interessenkonflikt vermag die Vertretungsmacht nur zu begrenzen, wenn er für den Dritten erkennbar war oder dieser ihn wenigstens bei gebührender Sorgfalt hätte erkennen müssen (BGE 126 III 361 E. 3a). Der blosse Interessenkonflikt schliesst aus Gründen der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern lässt sie nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen (BGE 126 III 361 E. 3a). Eine Berufung des Dritten auf seinen guten Glauben ist nur ausgeschlossen, falls er die Begrenzung kannte oder nach Art. 3 Abs. 2 ZGB unaufmerksam war. Aus Verkehrsschutzüberlegungen dürfen dabei an die Sorgfalt des Dritten keine hohen Anforderungen gestellt werden (ROLF WATTER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Aufl. 2016, N. 11 zu Art. 718a OR). Höhere Anforderungen können allenfalls dort

gelten, wo das Organ erkennbare Eigeninteressen verfolgt, nämlich bei den sog. Eigengeschäften (ROLF WATTER, a.a.O., N. 11 zu 718a OR).

Im vorliegenden Fall ist die Vertretungsbefugnis des einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrates der X___ AG, W___ (act. B 3/3/2), grundsätzlich gegeben (vgl. Art. 718 Abs. 1 und Art. 781a OR). Somit muss die Berufungsbeklagte den Interessenkonflikt und dessen Erkennbarkeit für den Berufungskläger nachweisen, weil sie eine Einschränkung der Vertretungsmacht geltend macht und zudem die Vermutung des guten Glaubens gilt (Art. 3 ZGB).

3.2 Abzahlungsvereinbarung - Interessenkonflikt: Eigengeschäft von W___?

Der Berufungskläger lässt vorbringen, bei der Abzahlungsvereinbarung vom 21. Januar 2015 handle es sich nicht um ein Eigengeschäft, weil das einzige und wesentliche Aktivum der X___ Ltd. auf die X___ AG übertragen worden sei. Die Berufungsbeklagte lässt entgegnen, es seien keine Geschäftsaktivitäten von der X___ Ltd. auf die X___ AG verlagert worden.

Die Vereinbarung vom 21. Januar 2015 (act. B 3/10A/31) nimmt in Ziffer 1 ausdrücklich Bezug auf die Vereinbarung vom 11. Februar 2013. In jenem Zeitpunkt war die X___ AG noch gar nicht gegründet bzw. existierte noch nicht. Die Gegenleistung für die Schuldanerkennung besteht im Verzicht von Y___ auf die 20 % Aktien der X___ AG, die ihm in der Vereinbarung vom 11. Februar 2013 zugesprochen worden waren. Diese Gegenleistung entlastet die X___ AG nicht, weil nicht sie, sondern W___ Schuldner und Adressat der Aktienherausgabepflicht war. Der Berufungskläger geht bei der Begründung seiner Forderung über CHF 380'000.00 davon aus, dass Rechte oder Aktiven von der X___ Ltd. auf die X___ AG übertragen worden seien. Ein solcher Übertrag ist aber nicht nachgewiesen. Dass das Geschäft vom 21. Januar 2015 nicht die X___ AG betraf, geht im Übrigen deutlich aus dem E-Mail von RA lic. iur. O___ an W___ vom 21. Januar 2015 (act. B 3/10A/25) hervor, worin dieser ausführt: „Herr Ryser ist bereit, beim Abschluss einer solchen Abzahlungsvereinbarung auf die versprochenen 20 % der Aktien der X___ AG zu verzichten. Sie wären damit hinsichtlich der X___ AG nicht eingeschränkt (im Gegenzug wird diese aber als solidarisch haftende aufgenommen).“ Es ging also nur um den Aktienanspruch von Y___ gegenüber W___ und die X___ AG hätte dieses Geschäft absichern sollen. Das Obergericht kommt gestützt auf diese Überlegungen wie die Vorinstanz zum Schluss, dass es sich bei der Abzahlungsvereinbarung vom 21. Januar 2015 um ein unzulässiges Eigengeschäft handelt, so dass auf die zutreffende vorinstanzliche Erwägung 2.3.1 verwiesen werden kann.

3.3 Keine Gefahr einer Benachteiligung, weil W___ Alleinherrscher/-aktionär ist?

Der Berufungskläger lässt geltend machen, W___ habe immer den Eindruck vermittelt, er sei Alleinaktionär bzw. kontrolliere die X___ AG. J___ habe die Aktien erst 2016 von seinem Stiefvater erhalten. Die Berufungsbeklagte lässt einwenden, D___ sei Aktionär mit 35 % und J___ mit 65 %. Letztere seien 2014 von der SL___ AG AG an J___ übertragen worden.

Dem Berufungskläger wurde im erstinstanzlichen Verfahren der Hauptbeweis für die Tatsachenbehauptung auferlegt, dass W___ Alleinaktionär oder beherrschender Aktionär der X___ AG ist (act. B 3/39). Gemäss Auszug aus dem Aktienbuch der X___ AG gehören seit dem 3. November 2014 65 % der Aktien J___ und 35 % D___ (act. B 3/42/4). Es kann auf die in der vorinstanzlichen Erwägung 2.2.4 aufgeführte Rechtsprechung des Bundesberichts zu Eigengeschäften eines Alleinaktionärs verwiesen werden. Wie in Erwägung 3.1 festgehalten, hat die Berufungsbeklagte den Interessenkonflikt und dessen Erkennbarkeit für den Berufungskläger nachzuweisen. Den Nachweis eines Interessenkonfliktes hat die Berufungsbeklagte erbracht. Gestützt auf die vorerwähnte Rechtsprechung kann ein solcher aber aufgehoben werden, wenn ein Alleinaktionariat besteht. Dafür trägt der Berufungskläger die Beweislast (rechtsbegründende Tatsache).

Im Aktienbuch der X___ AG hat D___ unterschriftlich den Besitz von 35 % der Aktien per 3. November 2014 bestätigt (act. B 3/42/4). Der Berufungskläger hat vor Kantonsgericht diesen Besitz bestritten (act. B 3/48A, S. 2 Ziff. 1). Eine Zeugenbefragung hat der Berufungskläger nach Zustellung des Aktienbuches nur bezüglich J___ verlangt (act. B 3/48A, S. 2 Ziff. 2), nicht aber bezüglich D___. Hingegen hat der Berufungskläger in der Duplik D___ als Zeuge angeboten u.a. zur Frage der bisherigen und der aktuellen Aktionäre der X___ AG und deren Anteile (act. B 3/28A, S. 12 ff.). Nach Ansicht des Obergerichts geht der vorgenannte Antrag vor, weil er auf den konkretisierten Sachverhalt Bezug nimmt; von einer Einvernahme von D___ ist daher abzusehen. Eine Einvernahme von D___ kann aber auch deshalb unterbleiben, weil der Berufungskläger nicht behauptet, dieser sei zwar Aktionär, halte die Aktien aber nur treuhänderisch. Ohne eine solche Behauptung könnte D___ keine entsprechende Frage gestellt werden. In diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben darf, dass D___ das Protokoll der 1. ordentlichen Generalversammlung vom 21. März 2016 als Protokollführer unterzeichnet hat (act. B 3/42/7). Ferner hat der Berufungskläger in der Berufungsschrift die Rolle von D___ als Aktionär nur am Rande und ohne Begründung in Frage gestellt („vermeintlicher

Aktionär“ in act. B 1, S. 14, 17, 20) und sich im Wesentlichen auf W___ und J___ konzentriert (vgl. act. B 1, S. 6 ff.). Somit ist mindestens von einem Aktienbesitz von 35 % von D___ auszugehen. W___ ist demzufolge bei Abschluss der Abzahlungsvereinbarung am 21. Januar 2015 nicht Alleinaktionär oder beherrschender Aktionär der X___ AG gewesen. Demzufolge bestand mindestens bezüglich D___ die Gefahr einer Benachteiligung seiner Aktionärsinteressen.

3.4 Zustimmung der X___ AG zum Eigengeschäft?

Der Berufungskläger lässt ausführen, die Zustimmung zur Abzahlungsvereinbarung sei durch sämtliche Aktionäre ad hoc erfolgt, weil W___ damals Aktionär gewesen sei oder als uneingeschränkter Vertreter seines Stiefsohnes und auch von D___ gehandelt habe. Die Berufungsbeklagte lässt einwenden, weder J___ noch D___ hätten die Vereinbarung gesehen oder ihr zugestimmt.

Die Vorinstanz hat in Erwägung 2.2.3 massgeblich darauf abgestellt, dass ein formeller Beschluss der Generalversammlung vorliegen müsse. Sie hat sich dafür auf BGE 126 III 361 E. 5 gestützt. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid aber einen anfechtbaren Beschluss nur im Zusammenhang mit einem Mehrheitsaktionär als handelndem Organ verlangt, um der Minderheit einen Schutz zu gewähren. Würde man auf die Aussagen von W___ als Zeugen abstellen, hätte D___ mit 35 % der Aktien von der Vereinbarung vom 21. Januar 2015 gewusst und wäre damit einverstanden gewesen (act. B 3/77, S. 5). Die restlichen 65 % der Aktien waren entweder durch D___ oder W___ vertreten, weil gemäss Protokoll der Generalversammlung vom 21. März 2016 100 % der Aktien vertreten waren (act. B 3/42/7), obwohl nur die vorgenannten Personen anwesend waren. Weil W___ ja zweifellos mit der Vereinbarung vom 21. Januar 2015 einverstanden war, ergäbe sich - ohne dass geklärt werden müsste, ob D___ oder W___ J___ vertreten haben - dass 100 % der Aktien mit der Vereinbarung einverstanden gewesen wären. Bei dieser Sachlage wäre der Minderheitenschutz kein Thema und es wäre kein formeller Beschluss der Generalversammlung erforderlich. Es wäre von der von Y___ in der Berufungsschrift angesprochenen „Zustimmung ad hoc“ (act. B1, S. 20) auszugehen. Das Protokoll der Generalversammlung vom 21. März 2016 enthält zur Abzahlungsvereinbarung nichts. Nun hat aber das Kantonsgericht W___ nur im Zusammenhang mit der Frage „Alleinaktionär oder beherrschender Aktionär“ befragt, was sich aus dem Beweisbeschluss vom 1. Juni 2018 ergibt (act. B 3/58). Die Aussage von W___ zur Zustimmung von D___ zur Vereinbarung vom 21. Januar 2015 gehörte somit nicht zum Beweisthema und ist deshalb nicht verwertbar, weil das Thema Zustimmung in keiner Behauptung der Parteien enthalten ist. Im Anwendungsbereich der ZPO wird von „überschiessenden Be-

weisergebnissen“ gesprochen (FRANZ HASENBÖHLER, Das Beweisrecht der ZPO, 2015, S. 192 Rz. 5.57; BGE 142 III 462 E. 4.3 ff.). Anzuführen ist, dass die richterliche Fragepflicht auf die Behauptungsphase beschränkt ist und im Beweisverfahren nicht zur Anwendung kommt (MARKUS/HUBER-LEHMANN, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung - Substantiierung und richterliche Fragepflicht, ZBJV 154/2018 S. 294). D.h. der Richter hat sich nicht auf die materielle Wahrheit zu fokussieren und etwa durch Fragen an Zeugen möglichst viel in Erfahrung zu bringen. Massgebend ist das durch die Behauptungen der Parteien erstellte Korsett. Auch die Parteien sind in ihren Stellungnahmen zu den Einvernahmen von W___ und J___ (act. B 3/76) mit keinem Wort auf eine Zustimmung zur Vereinbarung eingegangen. Folglich ist die Behauptung von Y___ in der Berufungsschrift, es habe eine Zustimmung ad hoc gegeben, als Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren, wie dies die X___ AG geltend macht (act. B 8, S. 11). Dieses Novum hätte schon vor Kantonsgericht im Rahmen der Stellungnahmen vorgebracht werden können, weshalb es sich vor Obergericht um ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO handelt. Selbst wenn man dieses Novum zulassen würde, müsste die Aussage von W___ auf dessen Glaubwürdigkeit beurteilt werden, denn die X___ AG hat deren Richtigkeit bestritten. Hier ist zu berücksichtigen, dass W___ ein grosses Interesse daran hat, dass die X___ AG für sein Eigengeschäft haftet. Zudem ist er nicht als Zeuge, sondern „nur“ als Partei befragt worden, allerdings nach Art. 192 ZPO und damit unter Strafandrohung gemäss Art. 306 StGB. Das Obergericht gelangt daher zum Schluss, dass nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts erstellt ist, dass D___ der Abzahlungsvereinbarung zugestimmt hat, zumal die Vereinbarung offensichtlich seinen Interessen und denjenigen der X___ AG zuwiderlief. Eine Zustimmung der X___ AG zur Abzahlungsvereinbarung ist demnach zu verneinen.

3.5 Interessenkonflikt (Eigengeschäft) für Y___ erkennbar?

Der Berufungskläger lässt vorbringen, er sei gutgläubig gewesen, weil er nicht habe erkennen können, dass der einzige Verwaltungsrat vermeintlich gegen die Interessen der Berufungsbeklagten agiert habe. W___ sei als wirtschaftlich Berechtigter respektive Vertreter der X___ Ltd. und der X___ AG aufgetreten. Die Berufungsbeklagte lässt darauf hinweisen, dass es für Y___ erkennbar gewesen sei, dass W___ gegen die Interessen der X___ AG gehandelt habe. Y___ habe nicht gutgläubig gehandelt.

Das Obergericht teilt die Auffassung der Vorinstanz in Erwägung 2.3.4 vollumfänglich, dass der Berufungskläger den Interessenkonflikt hätte erkennen können und müssen und nicht gutgläubig gewesen ist. Insbesondere, weil der Berufungskläger bzw. dessen Rechtsvertreter aus dem Handelsregister hätten ersehen können, dass keine Vermögenswerte der X___ Ltd. auf die X___ AG übergegangen sind und zudem die einzige

Gegenleistung an die Klägerin für die solidarische Übernahme einer Schuld über CHF 380'000.00 der Rückzug der zu Unrecht eingeleiteten Betreuung war. Es kann daher vollumfänglich auf die überzeugenden Erwägungen 2.3.4 der Vorinstanz verwiesen werden.

3.6 Fazit

Wie vorstehend aufgezeigt, wird ein Interessenkonflikt und dessen Erkennbarkeit für den Berufungskläger bejaht, weshalb es an der Vertretungsmacht von W___ zum Abschluss der Abzahlungsvereinbarung für die X___ AG fehlte. Daraus folgt, dass die Vereinbarung vom 21. Januar 2015 für die X___ AG nicht wirksam ist (BGE 126 III 361 E. 3a) und der Berufungskläger ihr gegenüber keine Forderung hat. Die Betreuung Nr. 21582033 des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland vom 31. Juli 2015 ist somit aufzuheben. Die Berufung wird vollumfänglich abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts vom 20. November 2018 bestätigt.

4. Prozesskosten

4.1 Erstinstanzliche Gerichtskosten und Parteientschädigungen

Der Berufungskläger lässt geltend machen, die Berufungsbeklagte sei vor Vorinstanz bezüglich Aberkennungs- und Feststellungsklage unterlegen. Auch im Falle eines Unterliegens des Berufungsklägers im Berufungsverfahren seien die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigungen des erstinstanzlichen Verfahrens zumindest hälftig auf die Verfahrensparteien aufzuteilen.

Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hat keine Ausführungen zu allfälligen Auswirkungen des Entscheides der Vorsitzenden vom 29. Juni 2016 auf die Kostenverteilung gemacht. Wie bereits in vorstehender Erwägung 2.2 erwähnt, ist es fraglich, ob es korrekt war, dass die Verfahrensleiterin auf die Aberkennungs- und die negative Feststellungsklage nicht eingetreten ist. Eine „Klage“ besteht aus den Rechtsbegehren und dem von der klagenden Seite vorgebrachten Tatsachenstoff. Die ihm unterbreiteten Fakten muss das Gericht gestützt auf den Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) im Rahmen der Rechtsbegehren in jeder Hinsicht rechtlich würdigen (PAUL OBERHAMMER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 57

ZPO). Nach PAUL OBERHAMMER ist den Parteien sogar das Recht abzusprechen, den Streitgegenstand auf einzelne Rechtsgründe zu beschränken (a.a.O., N. 4 zu Art. 57 ZPO). Wenn eine rechtliche Grundlage aus prozessualen Gründen nicht in Frage kommt, eine andere aber schon, kann die Klage nach der zweiten Grundlage materiell beurteilt werden. Auf die Klage wird also eingetreten. Korrekterweise müsste es dann im Dispositiv heissen, dass Art. 83 Abs. 2 SchKG und Art. 88 ZPO nicht angewendet werden können. Wird das Rechtsbegehren gutgeheissen und stellt das Gericht auf eine andere rechtliche Grundlage ab, als es die klagende Partei vorschlug, liegt in diesem Abweichen kein Unterliegen. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht die gesamten Prozesskosten dem Berufungskläger auferlegt. Somit kann es bei der im erstinstanzlichen Urteil in der in Ziffer 4 der Erwägung getroffenen Regelung der Prozesskosten bleiben (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4.2 Gerichtskosten im Berufungsverfahren

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat der Berufungskläger auch die zweitinstanzlichen Prozesskosten, also auch die Gerichtskosten, zu übernehmen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Sache angemessen erachtet das Obergericht eine Gerichtsgebühr von CHF 10'000.00 (Art. 19 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. c Gebührenordnung, bGS 233.3), welche zufolge Rechtsmittelverzichts um einen Drittel auf CHF auf CHF 6'666.65 zu reduzieren ist. Da Y___ im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, werden die ihm auferlegten Gerichtskosten von CHF 6'666.65 vorläufig auf die Staatskasse genommen; vorbehalten bleibt seine Nachzahlungspflicht nach Art. 123 Abs. 1 ZPO.

4.3 Parteientschädigungen im Berufungsverfahren

Unter Hinweis auf die vorstehende Erwägung 4.2 hat der unterliegende Berufungskläger der obsiegenden Berufungsbeklagten den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten ihrer berufsmässigen Vertretung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Der seinerzeitige Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten hat vor Obergericht am 6. Mai 2019 eine 15-seitige Berufungsantwort eingereicht (act. B 8) und am 12. Juni 2019 das Mandat niedergelegt (act. B 11). Der Schriftenwechsel war damit abgeschlossen. Eine Kostennote hat RA Dr. iur. P___ nicht eingereicht (vgl. act. B 12, B 15). Gemäss Art. 20 lit. a Anwaltstarif (bGS 145.53) beträgt das Honorar für das Rechtsmittelverfahren im schriftlichen Verfahren 20 bis 50 %. Das Obergericht erachtet angesichts des einfachen

Schriftenwechsels sowie des Fallumfangs eine Entschädigung von 35 % als angemessen, was ausgehend vom mittleren Honorar von CHF 21'640.00 (vgl. vorinstanzliche Erwägung 4.4) einen Betrag von CHF 7'574.00 ergibt. Unter Verweis auf die Begründung in der vorinstanzlichen Erwägung 4.4 ist auf diesem Betrag keine Mehrwertsteuer geschuldet.

Unterliegt die unentgeltlich prozessführende Partei, so wird der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Das von RA lic. iur. O___ geltend gemachte Honorar, inkl. Barauslagen und MWSt, von CHF 5'808.70 (act. B 14) erweist sich als tarifkonform, so dass er in dieser Höhe aus der Staatskasse zu entschädigen ist. Gestützt auf BGE 141 III 560 ist die Mehrwertsteuer auf der Entschädigung für RA lic. iur. O___ trotz Wohnsitzes von Y___ in Frankreich geschuldet, da der Staat der Empfänger dieser Dienstleistungen ist (E. 2 und 3). Y___ wird ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass er gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO eine Nachzahlungspflicht hat.

Das Obergericht erkennt:

1. Die Berufung wird unter Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 20. November 2018 (KZZ 16 9) vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 10'000.00, werden dem Berufungskläger auferlegt. Die Parteien haben auf Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet, weshalb die Gerichtsgebühr um einen Drittel, d.h. um CHF 3'333.35 auf CHF 6'666.65 reduziert wird. Zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an Y___ werden die ihm auferlegten Gerichtskosten von CHF 6'666.65 vorläufig auf die Staatskasse genommen; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht von Y___ nach Art. 123 Abs. 1 ZPO.
3. Der Berufungskläger hat die Berufungsbeklagte für die Kosten ihrer Rechtsvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 7'574.00 zu entschädigen. Auf diesem Betrag sind keine Barauslagen und keine MWSt geschuldet.
4. Zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung an Y___ im Berufungsverfahren wird sein Rechtsvertreter RA lic. iur. O___ mit CHF 5'808.70 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Staatskasse entschädigt; vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht von Y___ nach Art. 123 Abs. 1 ZPO.
5. Dieser Entscheid ist vollstreckbar.
6. Versand am 9. April 2020 an:
 - RA lic. iur. O___, Basel, eingeschrieben
 - X___ AG, , eingeschrieben
 - die Vorinstanz (KZZ 16 9), interne Post

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Walter Kobler

Barbara Widmer, Fürsprecherin