

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Entscheid vom 18. Mai 2015

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin S. Rohner Oberrichter R. Aebischer, H. Zingg, M. Winiger Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1Z 13 6
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin Klägerin	A___ GmbH vertreten durch: RA AA___
Berufungsbeklagte Beklagte	B___ AG vertreten durch: RA BB___
Gegenstand	Forderung

Rechtsbegehren

a) der Klägerin und Berufungsklägerin:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Beklagte sei gerichtlich zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 55'567.85 nebst Zins zu 5 % seit 15. April 2012 zu bezahlen.
2. Der von der Beklagten am 16. Mai 2012 in der Betreuung-Nr. 212600458 des Betreibungsamtes C___ erhobene Rechtsvorschlag sei aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

im Berufungsverfahren:

1. Das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden, 2. Abteilung (K2Z 12 45), vom 25. September / 8. November 2013 sei aufzuheben.
2. Die Beklagte sei gerichtlich zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 55'567.85 nebst Zins zu 5 % seit 15. April 2012 zu bezahlen.
3. Der von der Beklagten am 16. Mai 2012 in der Betreuung-Nr. 212600458 des Betreibungsamtes C___ erhobene Rechtsvorschlag sei aufzuheben.
4. Eventuell sei die Angelegenheit zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur neuerlichen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge inkl. Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren.

b) der Beklagten und Berufungsbeklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

Es sei die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

im Berufungsverfahren:

Es sei die Klage abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) ist ein Transportunternehmen. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) arbeitete als Subunternehmerin für die Beklagte. In der Klage geht es im Wesentlichen um drei Punkte. Die Klägerin wehrt sich erstens gegen eine Parkplatzgebühr in Höhe von CHF 5'164.80, die ihr die Beklagte für das Jahr 2008 mit der Schlussabrechnung per 31. Dezember 2008 abgezogen hatte. Bei der zweiten Forderung geht es um Fahrten, die die Klägerin für die Beklagte für deren Kundin D___ AG (im Folgenden: D___) ausführte. Die Beklagte gewährte ihrer Kundin, der D___, eine Rückerstattung von CHF 5'673.10 für das Jahr 2008 und von CHF 3'364.80 für das Jahr 2009. Diese Rückerstattungen soll die Beklagte der Klägerin ohne deren Einverständnis abgezogen haben, weshalb die Klägerin die Vergütung dieser Beträge von total CHF 9'037.90 fordert. Im dritten und wesentlichen Teil der Klage fordert die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von Transportfahrten in Höhe von CHF 41'684.65 inkl. 7.6 % Mehrwertsteuer, die ihr die Beklagte aus verschiedenen Gründen nicht vergütet haben soll. Die Beklagte bestreitet die Klage vollumfänglich.

B. Prozessgeschichte vor Kantonsgericht

Die Vermittlungsverhandlung fand am 10. Juli 2012 in Herisau statt. Die Klagebewilligung wurde am gleichen Tag ausgestellt und übergeben (act. 1). Die Klägerin liess die Klage mit Eingabe vom 7. Oktober 2012 beim Kantonsgericht einreichen (act. 2). Die Klageantwort datiert vom 10. Dezember 2012 (act. 7). In der Folge wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik datiert vom 7. Februar 2013 (act. 11), die Duplik vom 6. Mai 2013 (act. 17). Die Hauptverhandlung fand am 25. September 2013 statt. Das Urteil erging am gleichen Tag (act. 22). Die Beklagte verlangte am 7. Oktober 2013 rechtzeitig die schriftliche Begründung des Urteils (act. 25).

C. Urteil der Vorinstanz

Das Kantonsgericht, 2. Abteilung, wies die Klage mit Urteil vom 25. September 2013 ab. Die amtlichen Kosten im Umfang von insgesamt CHF 9'200.00 wurden der Klägerin auferlegt, unter Verrechnung der von ihr geleisteten Vorschüsse (CHF 200.00 Kosten

Schlichtungsverfahren und CHF 6'000.00 Kostenvorschuss). Weiter wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 9'330.45 zu bezahlen.

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

D. Schriftenwechsel im Berufungsverfahren

- a) Nach rechtzeitig verlangter schriftlicher Begründung liess die Klägerin gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 15. November 2013 erfolgte (act. 29), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 16. Dezember 2013 die Berufung erklären (act. B 1).
- b) Der Prozess wurde am 19. Dezember 2013 der 1. Abteilung des Obergerichts zur Beurteilung zugewiesen (act. B 5).
- c) Mit Verfügung vom 20. Dezember 2013 wurde die Klägerin verpflichtet, einen Vorschuss von CHF 9'000.00 zu leisten (act. B 6). Dieser ging am 6. Januar 2014 bei der Gerichtskasse ein (act. B 7).
- d) Die Berufungsantwort datiert vom 12. Februar 2014 (act. B 9).
- e) Mit Verfügung vom 18. Februar 2014 wurde den Parteien mitgeteilt, dass weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine mündliche Verhandlung angeordnet werde und das Gericht den Fall aufgrund der Akten entscheide (act. B 11).
- f) Am 4. Juli 2014 gewährte der Einzelrichter des Kantonsgerichts der Beklagten eine definitive Nachlassstundung von 6 Monaten bis 7. Januar 2015 (vgl. Publikation im Amtsblatt Appenzell Ausserrhoden vom 18. Juli 2014, act. B 17).
- g) Daraufhin sistierte die Verfahrensleitung das Berufungsverfahren zwischen der A___ GmbH und der B___ AG und ersuchte den Sachwalter um Erstattung eines Berichts über Verlauf und Abschluss der Nachlassstundung (act. B 18).
- h) Der Bericht des Sachwalters ging am 7. November 2014 beim Obergericht ein (act. B 19).
- i) Am 12. Januar 2015 bestätigte die Einzelrichterin des Kantonsgerichts den mit Sachwalterbericht vom 5. November 2014 vorgelegten ordentlichen Nachlassvertrag zwi-

schen der B___ AG und ihren Gläubigern und erklärte diesen auch für die nicht zustimmenden Gläubiger als verbindlich (act. B 23).

- j) In der Folge ersuchte das Obergericht den klägerischen Rechtsvertreter um Bekanntgabe, ob er unter diesen Umständen an der Berufung festhalte oder nicht und kündigte die Durchführung der Beratung für den ersten Fall auf den 18. Mai 2015 an (act. B 25).
- k) Mit Eingabe vom 10. März 2015 erklärte RA AA___ namens der Klägerin, dass an der Berufung festgehalten werde und nahm - insbesondere mit Bezug auf die Kostenfolgen - Stellung zu den Auswirkungen des Nachlassvertrags (act. B 26).
- l) Die abschliessende Vernehmlassung von RA BB___ datiert vom 17. März 2015 (act. B 29).

E. Entscheid des Obergerichts

Das Obergericht führte seine Beratung am 18. Mai 2015 durch und eröffnete sein Urteil den Parteien anschliessend im Dispositiv (act. B 32).

F. Verzicht auf Rechtsmittel

In der Folge verzichteten beide Parteien auf die Einlegung von Rechtsmitteln gegen das Urteil des Obergerichts (act. B 33 und B 35) und es wird deshalb praxisgemäss lediglich eine Kurzbegründung ausgefertigt.

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Prozessvoraussetzungen, Kostenvorschuss

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 Obergerichtes ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz (JG, bGS 145.31).

Die Berufung wurde in Berücksichtigung des Umstandes, dass der letzte Tag auf einen Sonntag fiel, rechtzeitig erklärt (Art. 311 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 142 Abs. 3 ZPO, act. B 1).

1.2 Streitwert

1.2.1 Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, sind den Parteien schriftlich zu eröffnen. Sie müssen unter anderem eine Rechtsmittelbelehrung einschliesslich Angabe des Streitwerts enthalten, soweit dieses Gesetz eine Streitwertgrenze vorsieht (Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG).

1.2.2 Bei der vorliegenden Streitsache handelt es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Demnach ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, sofern der Streitwert mindestens CHF 30'000.00 beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Das Kantonsgericht hat den Streitwert gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO auf CHF 55'567.85 beziffert (act. B 2, E. 1.2, S 4). Die Zuspprechung dieser Summe verlangte die Klägerin auch in der Berufung (act. B 1, S. 2).

1.2.3 Vorliegend gilt es zu prüfen, ob und allenfalls welche Auswirkungen sich aufgrund des Nachlassvertrages für den Streitwert ergeben.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, nachdem die von der A___ GmbH gestellte Forderung nur noch 23 % wert sei, habe sich der Streitwert in diesem Umfang reduziert und zwar einzig auf Veranlassung der Gegenpartei (act. B 26). Die Beklagte nahm dies zur Kenntnis, äusserte sich aber nicht materiell dazu (act. B 29).

1.2.4 Im Berufungsverfahren massgebend ist derjenige Streitwert, der sich aus den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren ergibt und nicht etwa der bei Einreichung der Klage gegebene Streitwert, der zur Festlegung der sachlichen Zuständigkeit der ersten Instanz und der Verfahrensart ausschlaggebend war. Entgegen der im Vorentwurf vorgesehenen Regelung ist auch nicht bloss auf die Differenz zwischen den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren und dem Dispositiv des angefochtenen Entscheids (das sogenannte Gravamen) abzustellen, obschon diese Differenz dem eigentlichen Rechtsschutzinteresse

des Rechtsmittelklägers an der Weiterziehung entsprechen würde¹. Die Berufungsinstanz ist bei der Bestimmung des Streitwerts nicht an die Berechnungen der Vorinstanz gebunden. Vielmehr hat im Berufungsverfahren eine erneute Streitwertberechnung zu erfolgen².

Wird der Streitwert erst nach der Eröffnung des angefochtenen Entscheids, insbesondere während des Berufungsverfahrens, vermindert, ändert dies nichts mehr an der Zulässigkeit der Berufung. Dispositionsakte (Vergleich, Anerkennung, Rückzug) im Berufungsverfahren haben somit keinen Einfluss mehr auf den massgebenden Streitwert. Dasselbe gilt für eine Klageänderung nach Art. 317 Abs. 2 ZPO³. Fraglich ist, ob tatsächliche Veränderungen des Streitwerts, also die Erhöhung oder Verminderung des objektiven Werts (Verkehrswert) des Streitgegenstandes, wie etwa die Kursänderung von herausverlangten Wertschriften oder die Werteinbusse eines Unterhaltsanspruches durch den Tod des Unterhaltspflichtigen, nach Begründung der Rechtshängigkeit beachtlich sind. In der Lehre sind hier zwei unterschiedliche Meinungen auszumachen:

Da für die Streitwertberechnung die Verhältnisse im Zeitpunkt vor Fällung des angefochtenen Entscheids massgebend sind, ist nach *Benedikt Seiler*⁴ und *Peter Reetz bzw. Stefanie Theiler*⁵ grundsätzlich nicht einzusehen, weshalb nicht auch tatsächliche Veränderungen des Streitwerts bis zu diesem Zeitpunkt zu berücksichtigen sind. Für die Zulässigkeit der Berufung sind auch tatsächliche Veränderungen des Streitwerts, die sich zwischen Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage und der Fällung des angefochtenen Entscheids ereignen, zu beachten. Damit besteht zwar eine Differenz zum Verfahren vor Bundesgericht, doch entspricht diese Ansicht einerseits dem Wortlaut von Art. 308 Abs. 2 ZPO und andererseits auch dem Zweck des Streitwerterfordernisses, welcher darin besteht, dass die Weiterzugsmöglichkeit und der angestrebte Erfolg in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen.

Andere Autoren⁶ orientieren sich an der Rechtsprechung zum Bundesgerichtsgesetz und zum alten Organisationsgesetz, welche den Streitwert im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit fixieren und gehen davon aus, dass dies aufgrund der bewussten Angleichung an diese Ordnung auch für die ZPO gelten sollte.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die Lehre geteilter Meinung ist, ob tatsächliche Veränderungen des Streitwerts (z.B. infolge Kursschwankungen, Wertverminde-

¹ *Martin H. Sterchi*, Berner Kommentar, Bern 2012, N. 29 zu Art. 308; *Benedikt Seiler*, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N. 652 f.

² *Benedikt Seiler*, a.a.O., Rz. 651

³ *Benedikt Seiler*, a.a.O., Rz. 654

⁴ *Benedikt Seiler*, a.a.O., Rz. 657

⁵ *Peter Reetz/Stefanie Theiler* in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2013, N. 39 und 42 zu Art. 308

⁶ *Urs H. Hoffmann-Nowotny*, Kommentar, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, N. 57 zu Art. 308; *Martin H. Sterchi*, a.a.O., N. 31 zu Art. 308

rungen etc.) im Berufungsverfahren noch zu berücksichtigen sind oder nicht. Einig ist sich die Lehre, dass Dispositionsakte der Parteien im Berufungsverfahren nicht beachtlich sind⁷.

- 1.2.5 Vorliegend geht es nicht um einen Dispositionsakt der Parteien wie eine Klageanerkennung, einen Vergleich etc., sondern aufgrund der Verbindlicherklärung des Nachlassvertrages durch die Einzelrichterin um eine nachträgliche, tatsächliche Veränderung des Streitwerts. Praktische Auswirkungen haben die oben erwähnten Differenzen insbesondere bezüglich des Weiterzuges an das Bundesgericht. Beträgt der Streitwert nur noch CHF 12'780.60 (23 % von CHF 55'567.85), ist die Beschwerde in Zivilsachen nämlich nicht (mehr) gegeben (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Gegen eine Berücksichtigung spricht, dass solche Veränderungen im Verfahren vor dem Bundesgericht auch keine Rolle spielen, und dies aus Gründen einer einheitlichen Handhabung der Prozessgesetze auch für die ZPO gelten sollte. Für eine Berücksichtigung lässt sich anführen, dass die Weiterzugsmöglichkeit und der angestrebte Erfolg in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen sollten.

Für das Obergericht überwiegt das Argument der einheitlichen Handhabung der Prozessgesetze und es geht deshalb von einem unveränderten Streitwert von CHF 55'567.85 aus.

1.3 Beweisanträge

- 1.3.1 Das Kantonsgericht hielt fest (act. B 2, E. 2.1, S. 5), die Klägerin habe an Schranken - nebst neuen Behauptungen - auch diverse neue Beweismittel offeriert. Nebst der Edition von diversen Unterlagen habe sie eine Expertise für den Wert der Fahrten/Entgelt des Transporteurs sowie die Befragung von E___, F___, G___ und H___ beantragt. Bei diesen neuen Vorbringen und neu offerierten Beweismitteln handle es sich durchwegs um unechte Noven. Die Klägerin hätte die entsprechenden Ausführungen und Beweisanträge bereits in der Replik stellen können und daher auch stellen müssen. Inwiefern die Verspätung entschuldbar sei, sei nicht gesagt worden. Somit könnten die neu gestellten Beweisanträge sowie die in Rz. 28 bis 34 vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen nicht berücksichtigt werden.

⁷

Benedikt Seiler, a.a.O., N. 654 zu Art. 308; *Urs Hoffmann-Nowotny*, a.a.O., N. 56 zu Art. 308; *Peter Reetz/Stefanie Theiler*, a.a.O., N. 40 zu Art. 308

- 1.3.2 Die Klägerin liess in der Berufungserklärung (act. B 1, S. 10 f.) ausführen, bereits in der Klageschrift seien die Einvernahme des Zeugen K___ und die persönliche Befragung von L___ als verantwortlichem Organ beantragt worden. Die Klägerin habe gemäss Art. 152 ZPO ein Recht darauf, dass diese Beweise abgenommen würden. Die Beklagte gebe ja selbst zu, dass die von der Klägerin aufgelisteten Transporte zumindest teilweise stattgefunden hätten. Die Vorinstanz sei somit nicht berechtigt gewesen, die Klage in diesem Themenkreis ohne Durchführen eines Beweisverfahrens abzuweisen. Auch hielt sie am Begehren um Edition des vollständigen Vertrags zwischen der Beklagten und der D___ fest (act. B 1, S. 9).
- 1.3.3 Nach Ansicht der Beklagten (act. B 9, S. 5 f.) sind die Beweismittel überwiegend verspätet angeboten worden und die rechtzeitig angemeldeten sind nicht von Relevanz.
- 1.3.4 Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Beweisanträge sind zu substantiieren⁸. Die antizipierte Beweismittelwürdigung ist unter anderem zulässig, wenn das Gericht glaubt, dass sich an seiner Überzeugung nichts ändern wird⁹.
- 1.3.5 Bezüglich der Beweismittel, welche vom Kantonsgericht als verspätet bezeichnet und nicht abgenommen wurden, kann vollumfänglich auf dessen zutreffende Begründung verwiesen werden.

Was der Zeuge K___ aussagen soll, führt die Klägerin nicht aus. Aufgrund ihrer Schilderung entsteht der Eindruck, dass er bestätigen soll, dass die Beklagte in seinem Fall ebenfalls Transporte nicht vergütet hat und andere Transporte zu spät vergütet wurden (act. 2, S. 7 f.). Dass K___ etwas darüber aussagen kann, ob L___ die bestrittenen Transporte ausgeführt hat oder nicht, behauptet die Klägerin allerdings selbst nicht. Selbst wenn K___ bestätigen könnte, dass die Beklagte bei ihm nicht alle Transporte vergütet hat, diese zu spät bezahlt hat etc., wäre das nur ein Indiz, dass sie im Fall von L___ gleich vorgegangen ist. Einen Beweis für den Umfang der nicht vergüteten Transporte und ein Fundament für den von der Klägerin verlangten Betrag, würde eine solche Aussage jedoch nicht liefern.

⁸ Peter Guyan, Basler Kommentar, Basel 2013, N. 3 und 3a zu Art. 152
⁹ Hans Schmid, Kurzkommentar Oberhammer/Domej/Haas, Basel 2014, N. 14 ff. zu Art. 157; Franz Hasenböhler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel /Genf 2013, N. 24 ff. und 35 ff. zu Art. 152

Nach Auffassung des Gerichts besteht sodann keine Veranlassung, L___ persönlich zu befragen. Denn bezüglich der von ihm behaupteten Transporte ist kaum anzunehmen, dass von ihm etwas anderes zu erfahren sein wird, als was er mit der Klage für das Gericht aufgeschrieben und eingereicht hat. Kommt hinzu, dass das Obergericht - wie die Vorinstanz - von einem Verzicht der Klägerin auf ihre Ansprüche aus den behaupteten Transporten ausgeht (E. 2.4.5) und deren Umfang somit für den Ausgang des Verfahrens ohnehin nicht relevant ist.

Grundsätzlich hat die Klägerin das Klagefundament zu behaupten und darzulegen. Es ist nicht Sache des Gerichts, die Gegenpartei via das richterliche Fragerecht dazu anzuhalten, dass sie der Klägerin das Klagefundament liefert, wenn diese es versäumt hat, die relevanten Beweisanträge rechtzeitig zu stellen. Dies gilt umso mehr, als für das vorliegende Verfahren die Dispositionsmaxime gilt und beide Parteien anwaltlich vertreten sind¹⁰.

Auch dem Editionsbegehren betreffend die Vereinbarung mit der D___ braucht nicht stattgegeben zu werden, da das Obergericht sich der Auffassung der Vorinstanz anschliesst, welche davon ausgeht, dass die Klägerin auf die erfolgten Abzüge nicht reagiert und diese demzufolge akzeptiert hat (E. 2.3.5).

Demnach kann im Berufungsverfahren von Beweiserhebungen abgesehen werden.

2. Materielles

2.1 Vorbemerkung

Vor dem Obergericht sind - wie bereits vor der ersten Instanz - drei Positionen zu prüfen.

2.2 Parkplatzmiete für das Jahr 2008

2.2.1 Das **Kantonsgericht** hat erwogen (act. B 2, E. 2.2.2, S. 7 f.), in den Akten befinde sich die „Quittung“ Nr. 136369 der Beklagten an die Klägerin mit Datum vom 31. Dezember 2008 (act. 3/6). Dabei gehe es um die „Parkplatzmiete 2008“ von 12 Mal CHF 400.00,

¹⁰ Thomas Sutter-Somm/Gregor von Arx in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel /Genf 2013, N. 27 und 30 f. sowie 38 bis 40 zu Art. 56; Myriam A. Gehri, Basler Kommentar, ZPO, Basel 2013, N. 12 ff. zu Art. 56

zzgl. Mehrwertsteuer von 7.6%, total CHF 5'164.80. Weiter gebe es den Vermerk, dass der Betrag innert 30 Tagen netto zahlbar sei bis 4. Februar 2009. Zu berücksichtigen sei zunächst, dass es sich gemäss den Ausführungen der Klägerin bei dieser „Quittung“ um einen Abzug von der Schlussabrechnung handelte. Geld sei dabei keines geflossen. Im Unterschied zur Rechtsprechung, wonach bei Rechnungsstellung nur die vorbehaltlose Zahlung, nicht aber ein Stillschweigen als Anerkennung der Forderung gelte, liege der Fall hier gerade umgekehrt. Denn da der Abzug bereits gemacht worden sei, hätte sich die Klägerin sofort, spätestens aber innert der fiktiven Zahlungsfrist von 30 Tagen, gegen den Abzug für die Parkplatzmiete wehren müssen. Dies habe sie nicht getan. Ein Protest sei auch ausgeblieben, obwohl für das Jahr 2009 explizit eine Parkplatzmiete vereinbart worden sei. Erst über drei Jahre später habe der Rechtsvertreter der Klägerin dem Rechtsvertreter der Beklagten mit Schreiben vom 27. März 2012 mitgeteilt, dass die Klägerin mit dem Abzug der Parkplatzmiete 2008 nicht einverstanden sei. Das Verhalten der Klägerin spreche daher dafür, dass auch ein Konsens für die Parkplatzmiete für das Jahr 2008 bestanden habe. Die Beklagte habe jedenfalls annehmen dürfen, dass die Klägerin reagieren würde, wenn sie mit dem Abzug für die Parkplatzmiete 2008 nicht einverstanden gewesen wäre. Die Klägerin habe daher davon ausgehen müssen, dass ihr Stillschweigen als Annahme zu deuten war. Damit sei spätestens durch das Verhalten der Klägerin der Vertrag über die Parkplatzmiete für das Jahr 2008 in Höhe von total CHF 5'164.80 zustande gekommen, weshalb der Abzug in entsprechender Höhe gerechtfertigt gewesen sei. Die Klage sei daher in diesem Punkt abzuweisen.

- 2.2.2 Die **Klägerin** liess dagegen im Wesentlichen einwenden (act. B 1, S. 5 ff.), die Beklagte habe von Oktober 2004 bis Dezember 2008 nie gegen das Abstellen des LKW's der Klägerin auf dem Gelände der Beklagten opponiert. Offenbar seien sich die Parteien während Jahren stillschweigend einig gewesen, dass die Klägerin den Wagen unentgeltlich auf dem Gelände parkieren dürfe. Indem die Vorinstanz für das Jahr 2008 das Bestehen eines Mietvertrages vermute bzw. fingiere, verletze sie einerseits die Regeln über das Zustandekommen von Verträgen und andererseits über die Bestimmungen von Art. 8 ZGB; es bestehe keine natürliche Vermutung für das Bestehen eines Mietvertrages. Die Klägerin habe den Abzug nie gebilligt, weder ausdrücklich noch stillschweigend. Der Verweis auf Art. 1 und 6 OR helfe nicht weiter, da die Klägerin keine Willensäusserung getätigt habe, auch keine stillschweigende. Die Beklagte habe kein Recht, zu vermuten, das (einstweilige) Stillschweigen dürfe als Annahme gedeutet werden. Blosses Schweigen auf einen Antrag bedeute gerade keine Annahme. Dies gelte insbesondere hier, wo ja der angebliche Vertrag resp. die Vertragsänderung sich einzig zu Gunsten der Beklagten und zu Lasten der Klägerin auswirke. Vorliegend könne auch nicht mit der besonderen Natur des Geschäfts (im Sinne von Art. 6 OR) argumentiert werden. Art. 6 OR finde keine

Anwendung, wenn nur eine Rechnung zugestellt werde. Schweigen gelte gerade nicht als Anerkennung der Verpflichtung. Die Beklagte habe nie eine Offerte gemacht und es hätten auch nie mündliche Verhandlungen bezüglich eines Mietzinses im Jahre 2008 stattgefunden. Folglich könne es auch keinen Akzept, weder ausdrücklich noch stillschweigend, geben. Eine vorbehaltlose Zahlung der Abrechnung durch die Klägerin sei ebenfalls nicht erfolgt, womit weder eine Anerkennung noch eine vertragliche Vereinbarung über den Fakturabetrag impliziert werde. Für die Auffassung der Vorinstanz, die Klägerin hätte sich gegen den Abzug innert einer fiktiven Zahlungsfrist von 30 Tagen wehren müssen, gebe es keine gesetzliche Grundlage. Etwas anderes zu behaupten, heisse, die Vorschriften über die Verjährung auszuhebeln. Die Forderung der Klägerin sei noch nicht verjährt.

2.2.3 Die **Beklagte** verwies demgegenüber auf die Ausführungen der Vorinstanz und bezeichnete diese als absolut schlüssig (act. B 9, S. 3). Zu ergänzen bleibe lediglich, dass ein - bestrittener - Rückforderungsanspruch der Klägerin verjährt wäre, weil die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben habe. Die Klägerin lasse sodann vortragen, dass „zwischen den Parteien ab 2009 eine formlose Vereinbarung darüber bestanden habe, dass die Klägerin der Beklagten für das Parkieren eine Gebühr bezahlen sollte“. Damit falle deren ganze Argumentation zusammen. Wenn sie zugestehe, dass seit 2009 eine formlose Vereinbarung bestand, die dadurch zustande gekommen sei, indem die Klägerin nicht gegen den Mietzinsabzug in der Schlussrechnung 2009 protestiert habe, müsse dasselbe auch für 2008 gelten.

2.2.4 Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird (Art. 6 OR). Nach Art. 6 OR ist damit nicht nur gebunden, wer eine explizite Erklärung seines Vertragswillens (hier: Akzept) abgibt, sondern auch, wer dem Anschein zufolge diesen Vertragswillen besitzt und daher mangels Gegenerklärung im Vertrag behaftet wird¹¹. Ein Vertrag kommt trotz Stillschweigens zustande, wenn einerseits der Offerent in guten Treuen und angesichts sämtlicher Umstände, die er kennt oder kennen muss, die Gewissheit haben darf, dass der Stillschweigen bewahrende Oblat das Angebot annehmen will bzw. andernfalls reagieren würde. Andererseits muss der Oblat nach den Umständen, die er kennt oder kennen kann, sich Rechenschaft geben, dass der Offerent sein Stillschweigen als Annahme

¹¹ Eugen Bucher, Basler Kommentar, OR I, Basel 2011, N. 1 zu Art. 6

deuten wird bzw. darf¹². Die Beweislast für die Anwendbarkeit von Art. 6 OR liegt bei der Partei, die trotz Unterbleibens einer expliziten Annahmeerklärung das Zustandekommen eines Vertrages behauptet. Ihr obliegt der Nachweis, dass der Gegner im massgeblichen Zeitpunkt Kenntnis von den von expliziter Erklärung dispensierenden Umständen hatte¹³. Bei Rechnungsstellung ist in aller Regel das Stillschweigen des Adressaten nicht als Anerkennung der fakturierten Forderung zu betrachten. Allein die vorbehaltlose Zahlung derselben impliziert eine Anerkennung und damit eine vertragliche Vereinbarung über den Fakturabetrag¹⁴.

2.2.5 Die Schlussabrechnung vom 31. Dezember 2008 befindet sich nicht bei den Akten, lediglich die Quittung Nr. 136369 vom selben Datum (act. 3/6).

2.2.6 Den obigen Ausführungen (E. 2.2.1) kann das **Obergericht** sich vollumfänglich anschliessen und es kann somit grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden¹⁵. Aus Sicht des Obergerichtes sind lediglich folgende Ergänzungen anzubringen:

- Hinzuweisen ist auf zwei neuere Bundesgerichtsentscheide, welche unter Berufung auf Art. 6 OR das stillschweigende Zustandekommen resp. die Änderung eines Vertrages bejaht haben¹⁶. In beiden Fällen ging das Bundesgericht davon aus, dass aufgrund der konkreten Umstände (einmal widerspruchloses Abtippen der Kündigung einer Versicherungspolice durch die betroffene Arbeitnehmerin, einmal Nichtreagieren auf eine Rechnung über einen Pauschalreisevertrag, wobei eine entsprechende Offerte seit längerer Zeit in der Schwebe war und der Zeitpunkt der Reise in die Nähe rückte) davon aus, dass sich nach Treu und Glauben, Recht und Billigkeit eine Reaktion aufgedrängt hätte. Dies gilt nach Auffassung des Obergerichtes auch im vorliegenden Fall.
- Die Forderung über CHF 5'164.80 wäre aber auch abzuweisen, wenn nicht vom (stillschweigenden) Zustandekommen eines Mietvertrages für das Jahr 2008 ausgegangen würde. In diesem Fall wäre die Beklagte nämlich ungerechtfertigt bereichert (Art. 62 abs. 2 OR). Allerdings verjährt der Bereicherungsanspruch nach Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des

¹² Eugen Bucher, a.a.O., N. 3 zu Art.6

¹³ Eugen Bucher, a.a.O., N. 6 zu Art.6

¹⁴ Eugen Bucher, a.a.O., N. 9a zu Art.6 mit Verweis auf BGE 112 II 500

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 3.1

¹⁶ Urteile des Bundesgerichts 4A_555/2014 vom 12. März 2015 und 4A_434/2014 vom 27. März 2015

Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). Die Schlussabrechnung und die Quittung datieren vom 31. Dezember 2008. Die erste ersichtliche Reaktion der Klägerin stellt das Schreiben von RA AA___ an RA BB___ vom 27. März 2012 dar (act. 3/19). Damals, d.h. mehr als drei Jahre nachdem die Klägerin vom angeblich ungerechtfertigten Abzug durch die Beklagte Kenntnis erhalten hat, war der Anspruch aber bereits verjährt.

Zusammenfassend ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

2.3 Abzug von CHF 9'037.90 zufolge Rückerstattungen an die D___ AG

2.3.1 Gemäss dem **Kantonsgesetz** ist richtig (act. B 2, E. 2.3.2, S. 9 f), dass der (nicht unterzeichnete) Dienstleistungsvertrag zwischen der Beklagten und der D___, wenn er denn so bestand, die Klägerin nicht direkt betroffen habe. Es habe auch keine explizite Vereinbarung bestanden, wonach die Klägerin den von der Beklagten gegenüber der D___ gewährten Umsatzbonus mitzutragen habe. Allerdings hätten die Parteien vereinbart, dass die Klägerin zu 79 bzw. 80 % am Bruttoumsatz partizipiere, oder wie sie selbst schreibe, sie der Beklagten eine Kommission von 20 % des Bruttoumsatzes (Beklagte: 21 %) zu zahlen gehabt habe. Die Ansicht der Beklagten, dass die Klägerin aufgrund der Vereinbarung über die Umsatzbeteiligung eben doch an den Rückerstattungen an die D___ partizipiere, gehe daher nicht ganz fehl. Auf jeden Fall hätte die Klägerin die Abzüge zufolge der Rückerstattungen an die D___ innert angemessener Frist anfechten müssen. Denn gleich wie beim Abzug für die Parkplatzmiete habe es sich auch hier um eine Anpassung des Saldos gehandelt, wobei kein Geld geflossen sei. Die Rechnung mit dem Abzug für das Jahr 2008 datiere vom 31. Januar 2009, jene für das Jahr 2009 vom 31. Dezember 2009. Die Klägerin habe aber weder auf den ersten, noch auf den zweiten Abzug reagiert. Erst im Schreiben des Rechtsvertreters der Klägerin vom 27. März 2012 an den Rechtsvertreter der Beklagten und damit über zwei bzw. drei Jahre später habe sich die Klägerin mit den Abzügen nicht einverstanden gezeigt (vgl. act. 3/19). Die Beklagte habe daher aufgrund der Vereinbarung über die Beteiligung am Bruttoumsatz davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin stillschweigend mit den vorgenommenen Abzügen einverstanden gewesen war; die Klage sei in diesem Punkt abzuweisen.

2.3.2 Die **Klägerin** liess geltend machen (act. B 1, S. 8 f.), die Beklagte habe auch hier einen ungerechtfertigten Abzug vorgenommen, ohne dass es diesbezüglich zwischen den Parteien eine Vereinbarung gebe. Die vorinstanzlich vorgenommene Klageabweisung beruhe auf den gleichen unrichtigen Argumenten wie im Themenkreis „Parkplatzmiete“.

Trotz eines formellen Editionsgesuches habe die Beklagte weder die konkrete Vereinbarung mit der D___ vorlegen können noch habe sie den Nachweis angetreten, dass sie mit dieser Nachverhandlungen geführt habe. Das Schriftstück, welches sie ins Recht gelegt habe, sei ein blosses Vertragsmuster, das die Beklagte nicht als Vertragspartei aufführe und nicht unterschrieben sei. Das Kantonsgericht habe es unterlassen, die von der Beklagten geschaffene, unklare Situation auszuräumen. Es sei daher davon auszugehen, dass die von der Beklagten behauptete Vereinbarung nicht existiere. Letztlich stelle sich die Vorinstanz wie bereits bei der Parkplatzmiete auf den Standpunkt, die Abzüge unter dem Titel Rückerstattungen D___ hätten innert angemessener (welcher?) Frist angefochten werden müssen. Damit würden wiederum die Art. 127 ff. OR verletzt. Eine derartige „Pflicht zur Rüge“ gebe es nicht. Das Gericht dürfe einen Anspruch nur dann abweisen, wenn er im technischen Sinne verjährt sei und nicht schon deswegen, weil es möglich gewesen wäre, sich früher zu wehren.

2.3.3 Die **Beklagte** bezeichnete die vorinstanzlichen Ausführungen als schlüssig (act. B. 9, S. 3 f.). Diese würden sich im Wesentlichen auf das Bestreiten einer Vereinbarung zwischen den Parteien beschränken; dies nota bene, obwohl im erstinstanzlichen Verfahren von den Parteien übereinstimmend dargelegt worden sei, dass der von der Beklagten erzielte Bruttoumsatz im Verhältnis von 80 zu 20 bzw. 79 zu 21 verteilt werden solle. Zwischen den Parteien sei vereinbart worden, dass die Klägerin einen Anspruch von 79 Prozent an dem von ihr gefahrenen und von der Beklagten vermittelten Umsatz habe, während die Beklagte für ihre Leistung 21 Prozent behalte. Der Massstab für die vertragliche Leistung sei also der von der Klägerin erzielte Umsatz. Wenn sich dieser nachträglich reduziere, reduziere sich gleichermassen ihr Anspruch gegenüber der Beklagten.

2.3.4 Dass die Beklagte der D___ einen „Bonus“ bezahlt ist ebenso wenig bestritten wie die Höhe der Abzüge von CHF 5'673.10 für das Jahr 2008 und von CHF 3'364.80 für das Jahr 2009. Die Höhe dieser Abzüge gegenüber der Klägerin wie auch die der daraufhin erfolgten Rückerstattungen an die D___ ergeben sich im Übrigen aus den Akten (act. 3/8, 3/9, 8/9 und 8/10). Die Grundlage für die Rückerstattungen an die D___ durch die Beklagte findet sich in Ziff. 4.7 auf S. 3 der Dienstleistungsvereinbarung (act. 18/17; die im Recht liegende Vereinbarung ist jedoch nicht unterzeichnet und die Beklagte wird nicht als Vertragspartnerin aufgeführt). Demnach zahlt der Auftragnehmer der D___ einen Jahresbonus von 1 % bei einem Umsatz unter CHF 1'000'000.00 oder 1.5 % bei einem Jahresumsatz über CHF 1'000'000.00. Nicht bestritten ist weiter, dass die Klägerin die von ihr behaupteten Fahrten für die D___ durchführte. Es stellt sich aber die Frage, ob zwischen den Parteien eine Vereinbarung besteht, wonach die Beklagte Bonuszahlungen, die sie an die D___ leistete, auf die Klägerin überwälzen darf.

2.3.5 Auch in diesem Punkt kann umfassend auf die schlüssigen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden¹⁷. Das **Obergericht** erachtet insbesondere die Schlussfolgerung, dass die Klägerin aufgrund der (unbestrittenen) Vereinbarung über die Umsatzbeteiligung auch an den Rückerstattungen an die D___ partizipiert, als folgerichtig. Und auch das Argument, dass die Klägerin hier - gleich wie beim Abzug für die Parkplatzmiete - nicht innert angemessener Frist reagierte, ist überzeugend. Umso mehr als die Klägerin in der Berufung keine neuen Beweismittel oder Argumente vorgebracht hat, welche eine andere Betrachtung nahelegen würden. Mithin ist die Klage auch bezüglich dieses Teilaspekts abzuweisen.

2.4 Nicht bezahlte Transporte

2.4.1 Die **Vorinstanz** führte aus (act. B 2, E. 2.4.2, S. 10 f.), die Klägerin sei aufgrund von Art. 8 ZGB beweisbelastet und müsse beweisen, dass sie die von ihr behaupteten Fahrten ausgeführt habe, dass der Auftrag hierzu von der Beklagten gekommen sei, wie der Auftrag zu vergüten gewesen sei und dass noch keine Bezahlung erfolgt sei. Bei den von der Klägerin eingereichten und von der Beklagten bestrittenen Aufstellungen handle es sich um reine Parteibehauptungen, die äusserst zurückhaltend zu würdigen seien. Andere Beweismittel lägen nicht vor bzw. seien nicht rechtzeitig vorgebracht worden und seien daher unbeachtlich. Die von der Klägerin erstmals an Schranken offerierten Beweismittel könnten zufolge dem Novenverbot in Art. 229 ZPO nicht abgenommen werden (vgl. Ziff. 2.1). Durch die von den Parteien beantragten Parteibefragungen dürften auch keine neuen Erkenntnisse gewonnen werden. Die Forderungen der Klägerin in Bezug auf die noch offenen Transportrechnungen seien daher nicht ansatzweise bewiesen und die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen. Hinzu komme, dass L___ bei seiner Befragung durch die Kantonspolizei Appenzell Ausserrhoden am 23. Januar 2010 erklärt habe, dass er gegenüber der Beklagten Anfang 2008 auf die ihm zustehenden Transporte bzw. offenen Transportrechnungen verzichtet habe (vgl. act. 18/23). Soweit er bzw. die Klägerin die Forderungen aus den Jahren 2004 bis 2007 wegen der Einleitung des Strafverfahrens gegen ihn trotzdem geltend mache (act. 18.23 Frage 39), sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Verzicht von Anfang 2008 nicht gültig sein sollte. L___ habe damit als Geschäftsführer der Klägerin rechtsgültig auf deren Ansprüche in Bezug auf noch offene Transportrechnungen für die Jahre 2004 bis 2008 verzichtet. Damit wären, wäre die Klage nicht ohnehin mangels Beweisen abzuweisen, ohnehin lediglich noch die

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 3.1

Forderungen aus dem Jahr 2008 in Höhe von CHF 3'946.90 zu beurteilen gewesen. Die Klage sei auch aus diesem Grund abzuweisen.

2.4.2 Auf die von der **Klägerin** in diesem Zusammenhang verlangten Beweisabnahmen wurde bereits eingegangen (E. 1.3). Weiter brachte diese vor (act. B 2, S. 12), es werde bestritten, dass L___ anlässlich seiner Befragung durch die Kantonspolizei am 23. Januar 2010 auf die ihm zustehenden Transporte bzw. offenen Transportrechnungen verzichtet habe. Dieser Einwand gehe allein schon deswegen fehl, weil dieser angebliche „Verzicht“ nicht gegenüber der B___ AG ausgesprochen wurde und weil es in der Befragung um eine ganz andere Thematik gegangen sei. L___ sei an diese Einvernahme nicht als Geschäftsführer der Klägerin vorgeladen worden, sondern als Privatperson mit einer Strafanzeige konfrontiert worden. Auf Frage 39 des Polizeibeamten, wie er sich zur Zivilforderung der Beklagte stelle, habe L___ diese bestritten und erklärt: „Dann zeige ich Ihnen einmal meine Forderungen, welche ich gegenüber der B___ AG habe. Zudem werde ich jetzt auch noch die offenen Forderungen aus dem Jahr 2004 bis 2007 geltend machen [...]“. Davon, dass L___ anlässlich der Befragung für die Klägerin auf die ihr zustehenden Transporte bzw. offenen Transportrechnungen verzichtet habe, könne also keine Rede sein.

2.4.3 Die **Beklagte** hielt daran fest (act. B 9, S. 6 f.), dass L___ (auch als Privatperson) darauf zu beharren sei, dass er auf (angeblich) offene Transportrechnungen der Klägerin verzichtet habe. Dies habe er nur in seiner Eigenschaft als Inhaber und Bevollmächtigter der Klägerin tun können.

2.4.4 Anlässlich der Befragung durch einen Beamten der Kriminalpolizei gab L___ am 23. Januar 2010 zu Protokoll, was folgt (act. 18/23):

„Frage 14:

Haben Sie dies gegenüber den Firmeninhabern gesagt?

Von der Literzahl war nie die Rede. Wir hatten dann mal ein Gespräch Anfang 2008 und dort wurde ich zur Rede gestellt. Ich habe dies dann so erklärt, ich gab ihnen meine Fehler zu und sie ihre Fehler. Wir haben dann miteinander abgeschlossen und der Fall war erledigt und zu den Akten gelegt worden.

Frage 15:

Gaben Sie anlässlich dieses Gesprächs noch weitere Dieselbezüge ohne entsprechende Bezugseinträge auf der aufliegenden Liste zu?

Ich brachte zum Gespräch meine Tankliste mit und ich gab nochmals zu, dass ich noch weitere Bezüge ohne entsprechendes Aufnotieren vollzogen habe. Ich habe dies aber begründet, weshalb ich dies so getan habe. ... Dass mir die Firma B___ AG unterschlagen hat und mir Transporte, welche ich für sie ausgeführt hatte, nicht berappt haben.

...

Frage 23:

Dies wäre aber ganz klar Diebstahl. Was sagen Sie dazu?

Moment, ich habe den Diebstahl aber nachträglich zugegeben und auch bezahlt. Ich habe nachträglich auf noch offene Transportrechnungen, welche ich für die Firma B___ AG verrichtet habe, verzichtet.

...

Frage 28:

Ich muss Ihnen aber auch hier sagen, dass Sie mehrfache Diebstähle begangen haben. Was sagen Sie dazu?

Ja, richtig. Diese Sache wurde aber anlässlich des Gesprächs in Ordnung gebracht. Ich habe meine Schuld zugegeben und habe zudem auf mir zustehende Transporte verzichtet. Danach hätte es eigentlich einen Neuanfang gegeben. Ich sehe nun aber ein, dass dieser Neuanfang nur von meiner Seite her war, ansonsten wäre ich ja jetzt nicht bei ihnen.

...

Frage 39:

Der Geschädigtenvertreter macht eine Zivilforderung in der Höhe von ca. CHF 54'634.00 geltend (angenommener durchschnittlicher Literpreis von CHF 1.74) Anerkennen Sie diese Forderung?

Nein. Dann zeige ich Ihnen mal meine Forderungen, welche ich gegenüber der Firma B___ AG habe (übergibt eine Liste mit offenen Rechnungen). Zudem werde ich jetzt auch noch die offenen Forderungen aus dem Jahr 2004 bis 2007 geltend machen, nein so etwas lasse ich mir nicht bieten“.

- 2.4.5 Auch in diesem Punkt erachtet das **Obergericht** das Urteil der Vorinstanz als schlüssig und überzeugend; es kann somit vollumfänglich auf die erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden¹⁸.

Zum Einwand der Klägerin in der Berufungserklärung, es könne keine Rede davon sein, dass L___ für die Klägerin in der Befragung vom 23. Januar 2010 auf die ihr zustehenden Entschädigungen aus Transporten verzichtet habe, ist folgendes zu ergänzen: Wenn man den gesamten Verlauf der Einvernahme (vgl. E. 2.4.4) und nicht bloss die Antwort auf Frage 39 betrachtet, wird deutlich, dass L___ zunächst sehr wohl von einem Verzicht auf die ihm zustehenden Ansprüche aus Transporten gesprochen hat. In der Antwort auf Frage 39 des Polizeibeamten hat er auf die Information, dass die Beklagte ihm gegenüber eine happige Zivilforderung erhebt, lediglich durchblicken lassen, dass er sich dann nicht mehr an seinen Verzicht gebunden fühlt. Wie das Kantonsgericht zu Recht ausführt, ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb der Verzicht von Anfang 2008 nicht gültig sein sollte. Umso mehr als L___ diesbezüglich keine Willensmängel (zum Beispiel Irrtum oder Täuschung) vorbringt, aufgrund derer ein Verzicht allenfalls ungültig sein könnte. Auch hier wären allerdings zeitliche Schranken zu beachten, so muss der Getäuschte oder Irrrende die Anfechtung eines Vertrages wegen Willensmängeln nach Art. 31 OR innerhalb

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2013 vom 19. März 2014 E. 3.1

eines Jahres seit Kenntnis des Willensmangels erklären. Hier hat L___ sicher Ende Januar 2010 von der Erhebung der Zivilforderung durch die Beklagte Kenntnis erhalten. Die Klage wurde indessen erst im Juli 2012 erhoben. Eine Anfechtung wegen Willensmängeln wäre also von vorneherein zu spät erfolgt und wurde im Übrigen auch nie geltend gemacht.

Es bleibt somit dabei, dass auch die Teilforderung aus den angeblich nicht bezahlten Transporten abzuweisen ist.

2.5 Fazit

Nach dem Gesagten ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

3 Kosten

3.1 Vorinstanzliche Kosten

Nachdem das Obergericht die Berufung in Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts vom 25. September 2013 abgewiesen hat, bleibt es selbstredend beim erstinstanzlichen Kostenspruch. Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass dieser sich am Prozessausgang orientiert und die festgesetzten Beträge sich im Rahmen der anwendbaren Bestimmungen bewegen.

3.2 Gerichtskosten im Berufungsverfahren

- 3.2.1 In ihrer Stellungnahme vom 10. März 2015 liess die **Klägerin** vorbringen (act. B 26), aufgrund des Nachlassverfahrens habe sich der Streitwert der Forderung auf 23 % reduziert und zwar einzig auf Veranlassung der Beklagten. Die A___ GmbH hätte von einer Berufung abgesehen, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass die Gegenpartei ein Nachlassverfahren anstrebt, um das Gros ihrer Schulden auf diesem Weg abzuschütteln. Folge dieses Verhaltens müsse sein, dass die B___ AG nach Massgabe der von ihr verursachten wirtschaftlichen Gegenstandslosigkeit resp. Streitwertreduktion von 77 % vorweg für die amtlichen und ausseramtlichen Kosten aufzukommen habe oder anders

ausgedrückt, dass sie auch im Falle des vollständigen Obsiegens im Verhältnis 23/77 für die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens aufzukommen habe.

3.2.2 Die **Beklagte** liess vortragen (act. B 29), es sei für sie im Zeitpunkt, als die Klägerin die Berufung anhängig gemacht habe, nicht absehbar gewesen, dass es zu einem schuld-
betreibungs- und konkursrechtlichen Verfahren kommen werde. Die Behauptung, der Streitwert habe sich einzig auf Veranlassung der Gegenpartei reduziert, sei falsch. Aus den Prozessakten gehe im Übrigen unmissverständlich hervor, dass die Klägerin die Liquidität der Beklagten immer wieder in Frage gestellt habe. Das Postulat, der Beklagten die Prozesskosten auch bei ihrem Obsiegen aufzuerlegen, sei völlig unhaltbar. Im erstinstanzlichen Verfahren habe sich ergeben, dass die Klage im Ganzen unbegründet gewesen sei, bei teilweiser Begründetheit aber an der Prozessführung der Klägerin gescheitert wäre. Dazu sei überklagt worden. Es bestehe somit kein Grund, bei der Kostenverteilung von Art. 106 ZPO abzuweichen.

3.2.3 Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Von diesen Verteilungsgrundsätzen kann das Gericht abweichen und die Prozesskosten in bestimmten Fällen nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 ZPO). Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht oder wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. e und f ZPO).

Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Ein Fehlbetrag wird von der kostenpflichtigen Person nachgefordert (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.2.4 Zunächst ist festzuhalten, dass die Klage nicht gegenstandslos geworden ist; vielmehr hatte das Obergericht sämtliche Teilaspekte der Klage materiell zu beurteilen. Oben (vgl. E. 1.2) wurde dargelegt, dass nach wie vor von einem Streitwert von CHF 55'567.85 ausgegangen wird und sich dieser aufgrund des Nachlassvertrags nicht verändert hat. Mit Blick auf den Umfang und die Bedeutung der Sache sowie den Streitwert, erachtet das Obergericht für das Berufungsverfahren eine Entscheidegebühr von CHF 6'000.00 als angemessen (Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Gebührenordnung, bGS 233.3).

Im Berufungsverfahren ist die Klägerin vollständig unterlegen. Der Umstand, dass ihre Forderung aufgrund des Nachlassvertrages auch bei einem vollumfänglichen Obsiegen nur in einem reduzierten Betrag hätte geschützt werden können, kommt somit nicht zum Tragen. Es sind also keine besonderen Umstände ersichtlich, die eine Verteilung der Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Folglich hat die Klägerin die vollen Gerichtskosten zu tragen. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in Höhe von CHF 9'000.00 wird angerechnet und der Mehrbetrag von CHF 3'000.00 ist zurück zu erstatten.

3.3 Parteientschädigungen im Berufungsverfahren

Die Parteientschädigung richtet sich nach denselben, bereits oben erwähnten Grundsätzen (Art. 95 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 und 107 ZPO).

RA BB___ macht eine Entschädigung von CHF 3'239.90 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) geltend (act. B 30) und stützt sich dabei auf Art. 20 lit. a Anwaltstarif, bGS 145.53). Die Kostennote ist tarifgemäss und die Klägerin hat die Beklagte ausgangsgemäss mit diesem Betrag zu entschädigen.

Das Obergericht erkennt:

1. Die Berufung wird in Bestätigung des Urteils der 2. Abteilung des Kantonsgerichts Appenzel Ausserrhoden vom 25. September 2013 (K2Z 12 45) vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 6'000.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 9'000.00. Der Mehrbetrag von CHF 3'000.00 ist der Berufungsklägerin durch die Gerichtskasse zurückzuerstatten.
3. Die A___ GmbH hat die B___ AG für die Kosten ihrer Rechtsvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 3'239.90 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.
4. Nachdem beide Parteien schriftlich Verzicht auf Ergreifung eines Rechtsmittels erklärt haben, reduziert sich die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr um einen Drittel, d.h. auf CHF 4'000.00, und es wird lediglich eine Kurzbegründung zugestellt. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Berufungsklägerin den Saldo von CHF 5'000.00 zurückzuerstatten.

Das vorliegende Urteil ist am 28. Mai 2015 in Rechtskraft erwachsen.

5. Zustellung am 30. Juli 2015 an:
 - RA AA___, eingeschrieben
 - RA BB___, eingeschrieben
 - Vorinstanz (Verfahren K2Z 12 45)

Der Obergerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Barbara Schittli