

Beschluss vom 13. Juni 2017

ZK1 2016 33

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,
Kantonsrichter Walter Christen, Hannelore Räber,
Pius Schuler und Jörg Meister,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen **A.** _____
Klägerin und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt C. _____,

gegen

B. _____,
Beklagte und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____,

betreffend Forderung (Abtretungsvertrag)
(Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 26. Juli 2016,
ZGO 2015 13);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Am 22. Dezember 2014 schlossen die Parteien einen Abtretungsvertrag, worin die Klägerin der Beklagten 500 Stammanteile der E._____ GmbH mit Sitz in K._____ zu nominal je Fr. 100.00 zu einem Preis von insgesamt Fr. 50'000.00 abtrat (Vi-KB 1). In Ziffer 5 erklärte die Klägerin, dass die Gesellschaft per 31. Dezember 2014 schuldenfrei sei. Gleichentags unterzeichnete die Klägerin einen separaten Forderungsverzicht per 31. Dezember 2014 über sämtliche, von ihr privat und als Besitzerin der F._____ AG und der G._____ GmbH bestehenden Forderungen gegenüber der Schuldnerin E._____ GmbH (Vi-KB 8).

Mit E-Mail vom 23. Dezember 2014 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie mache von ihrem Vertragsrücktrittsrecht Gebrauch und kündige den am 22. Dezember 2014 geschlossenen Abtretungsvertrag über die E._____ GmbH (Vi-KB 4).

Am 3. Februar 2015 behielt sich die Beklagte gegenüber der Klägerin sämtliche Mängelrechte und eine Wandelung des Abtretungsvertrages ausdrücklich vor mit der Begründung, die Klägerin habe ihre „kaufvertragliche“ Zusicherung nicht eingehalten, wonach die E._____ GmbH per 31. Dezember 2014 schuldenfrei sei (Vi-KB 12).

Mit Schreiben vom 23. Februar 2015 an die Klägerin focht die Beklagte den Abtretungsvertrag vom 22. Dezember 2014 wegen Grundlagenirrtums und absichtlicher Täuschung an. Eventualiter erklärte die Beklagte Wandelung desselben. Überdies bot die Beklagte der Klägerin an, ihr sämtliche 500 Stammanteile der E._____ GmbH abzutreten. Für den Fall des Nichtzustandekommens der Rückabwicklung des Vertrages behielt sich die Beklagte vor, umgehend die Insolvenzerklärung der E._____ GmbH bzw. deren Bilanzdeponierung einzuleiten (Vi-KB 14).

Am 25. Februar 2015 forderte die Klägerin die Beklagte auf, den fälligen Kaufpreis von Fr. 50'000.00 zu bezahlen. Da die Beklagte den Rechnungsbetrag nicht leistete, leitete die Klägerin beim Betreibungsamt Arth gegen die Beklagte die Betreuung ein und forderte einen Betrag von Fr. 50'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 2015 (Vi-KB 19). Gegen den am 13. März 2015 ausgestellten Zahlungsbefehl erhob die Beklagte am 17. März 2015 Rechtsvorschlag (Vi-KB 19).

Auf Ersuchen der Beklagten vom 9. März 2015 eröffnete das Bezirksgericht Meilen mit Urteil vom 12. März 2015 den Konkurs über die E. _____ GmbH wegen Zahlungsunfähigkeit (Vi-BB 6).

B. An der Schlichtungsverhandlung vor dem Vermittleramt Arth vom 7. Juli 2015 konnten die Parteien keine Einigung erzielen, weshalb gleichentags der Klägerin die Klagebewilligung ausgestellt wurde (Vi-KB B). Am 9. November 2015 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Schwyz Klage gegen die Beklagte ein mit folgenden Rechtsbegehren (Vi-act. 1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 50'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 16. Februar 2015 zu bezahlen.
2. Es sei der Klägerin in der gegen die Beklagte eingeleiteten Betreuung Nr. XXX des Betreibungsamtes Arth (Zahlungsbefehl vom 13. März 2015) definitive Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 50'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 2015 und Kosten des Zahlungsbefehls von CHF 103.30 zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Am 15. Dezember 2015 reichte die Beklagte die Klageantwort ein und stellte folgende Rechtsbegehren (Vi-act. 5):

1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es sei in den Urteilsabwägungen festzuhalten, dass sich die Betreuung Nr. XXX des Betreibungsamtes Arth infolge Abweisung der

Klage als unbegründet erweist und daher die Voraussetzungen dafür vorliegen, diese Betreibung zu löschen, auf jeden Fall aber Dritten über diese Betreibung keine Auskunft erteilt werden darf.

3. Die Klägerin sei zur Bezahlung der Gerichtskosten und einer angemessenen Parteientschädigung (zzgl. MWST) zu verurteilen.

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 10. Februar 2016 unterzeichneten die Parteien einen Vergleich, den die Klägerin fristgerecht mit Eingabe vom 18. Februar 2016 widerrief (Vi-act. 9-11).

An der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 hielten die Parteien replicando und duplicando an ihren Rechtsbegehren fest. Die Beklagte stellte zudem die Ergänzungsanträge, dass der Rechtsvorschlag in der fraglichen Betreibung nicht zu beseitigen und ein Klagevorbehalt der Beklagten gegen die Klägerin wegen Schadenersatz vorzumerken sei (Vi-act. 16).

Am 26. Juli 2016 wies das Bezirksgericht Schwyz die Klage ab, auferlegte die Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidungsgebühr von Fr. 4'500.00 und den Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 400.00, der Klägerin und verpflichtete diese, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 6'600.00 zu bezahlen (inkl. Auslagen und 8 % Mehrwertsteuer).

C. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 14. September 2016 fristgerecht Berufung mit folgenden Rechtsbegehren (KG-act. 1):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 26. Juli 2016 (Proz. ZGO 201513) sei aufzuheben.
2. In Gutheissung der Klage sei
 - a) die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 50'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 16. Februar 2015 zu bezahlen;
 - b) der Klägerin in der gegen die Beklagte eingeleiteten Betreibung Nr. XXX des Betreibungsamtes Arth (Zahlungsbefehl vom 13. März 2015) definitive Rechtsöffnung für den Betrag von CHF 50'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 2015 und Kosten des Zahlungsbefehls von CHF 103.30 zu erteilen.

3. Eventualiter sei die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und anschliessender Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Subeventualiter sei das Beweisverfahren durch die Berufungsinstanz durchzuführen und die Sache danach vom Berufungsgericht neu zu entscheiden.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer; Mehrwertsteuer, MWSt-Nummer von C. _____: CHE-XXX) zulasten der Berufungsbeklagten.

Mit Berufungsantwort vom 17. Oktober 2016 (KG-act. 7) trägt die Beklagte auf Abweisung der Berufung an, soweit darauf einzutreten sei. Sie beantragt ausserdem, es seien die Verfahrensanträge bezüglich Rückweisung an die Vorinstanz und Durchführung eines Beweisverfahrens vollumfänglich abzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin.

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit für die Berufung erforderlich – in den Erwägungen Bezug genommen;-

in Erwägung:

1. Es ist unbestritten, dass die Klägerin mit Vertrag vom 22. Dezember 2014 der Beklagten 500 Stammanteile der E. _____ GmbH zu nominal je Fr. 100.00 zu einem Preis von insgesamt Fr. 50'000.00 abtrat (Vi-KB 1) und dass die Beklagte diese Summe nie bezahlte, weil sie sich darauf beruft, bei Vertragsabschluss zum einen sich in einem wesentlichen Grundlagenirrtum nach Art. 23 OR i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR befunden zu haben und zum anderen von der Klägerin i.S.v. Art. 28 OR absichtlich getäuscht worden zu sein. Denn entgegen der Zusicherung in Ziffer 5 des Abtretungsvertrags sei die E. _____ GmbH per 31. Dezember 2014 nicht schuldenfrei gewesen. Die Vorinstanz bejahte in Auslegung des Abtretungsvertrags einen Grundla-

genirrtum wie auch eine absichtliche Täuschung, weshalb der Abtretungsvertrag für die Beklagte einseitig unverbindlich sei. Da die Beklagte gleich nach Erhalt der Jahresrechnung 2014 bei der Klägerin moniert, den Vertrag also nachträglich nicht genehmigt habe, sei die Klage abzuweisen. Die Klägerin rügt dies im Berufungsverfahren.

2. Ziffer 5 des Abtretungsvertrags vom 22. Dezember 2014 lautet wie folgt (Vi-KB 1, S. 1):

„Die Verkäuferin erklärt, dass die Gesellschaft über das Inventar gemäss Anhang zu diesem Vertrag verfügt und per 31. Dezember 2014 schuldenfrei ist. Gewährleistung gemäss OR-Rechtsprechung.“

Strittig ist, was die Parteien im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vom 22. Dezember 2014 unter „Schuldenfreiheit“ verstanden und ob diese erfüllt war oder nicht.

3. a) Es besteht Einigkeit darüber, dass die provisorische Bilanz per 30. November 2014 (Vi-KB 9) integrierender Bestandteil des Abtretungsvertrags vom 22. Dezember 2014 bildete bzw. als notwendige und zentrale Grundlage für die Willensbildung beider Parteien zum Abschluss des erwähnten Vertrags aufzufassen war (angef. Urteil, E. 1 S. 4 und E. 4.2.2 S. 9; KG-act. 1, S. 6 Ziff. 2; KG-act. 7, S. 10-13 Rz 33-45). In dieser provisorischen Bilanz werden ein kurzfristiges Fremdkapital von Fr. 9'238.10 und ein langfristiges Fremdkapital von Fr. 0.00 ausgewiesen. Im Vorjahr waren noch zwei Darlehen aufgeführt, jenes von A. _____ (Rangrücktritt) im Betrag von Fr. 292'199.50 und jenes der G. _____ GmbH (mit Rangrücktritt) in der Höhe von Fr. 30'000.00 (Vi-KB 9, S. 1, Kto-Nrn. 2000 – 2503; Darlehensverzicht, vgl. Vi-KB 8). In der Jahresrechnung 2014, die der Beklagten am 21. Januar 2015 zugestellt wurde (angef. Urteil, E. 1 S. 4; Vi-KB 11 unten; Vi-act. 15, Beilage 19, S. 2), werden indessen ein kurzfristiges Fremdkapital von

Fr. 21'633.40 und ein langfristiges Fremdkapital von Fr. 52'000.00, bestehend aus den „Rückstellungen Steuern 2014“, verbucht. Im Vorjahr existierte das Konto „Rückstellungen Steuern 2014“ natürlich noch nicht (Vi-KB 10, S. 1, Kto-Nrn. 2000 – 2600).

b) Die Vorinstanz führte aus, in der Zwischenbilanz vom 30. November 2014 stünden den Aktiven in der Höhe von Fr. 44'120.53 ein Fremdkapital von Fr. 9'238.10 gegenüber. In der Jahresrechnung 2014 würden Aktiven von Fr. 40'168.99 und ein Fremdkapital von Fr. 74'133.40 ausgewiesen. Die E._____ GmbH sei deshalb per 31. Dezember 2014 überschuldet gewesen, und zwar im Wesentlichen wegen des langfristigen Fremdkapitals in der Höhe von Fr. 52'500.00, das im Zusammenhang mit den Forderungsverzichten (vgl. Vi-KB 8) stehenden Rückstellungen für die Gewinnsteuern 2014 entstanden sei (vgl. angef. Urteil, E. 4.2 und 4.2.1 S. 8).

c) Die Klägerin bringt zur Begründung ihres Hauptantrags auf Gutheissung ihrer Klage (KG-act. 1, S. 2 Antrag-Ziff. 2) im Wesentlichen vor, sie habe an der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 replicando festgehalten, dass aus rechtlichen Gründen keine Gewinnsteuern hätten entstehen können, weshalb die E._____ GmbH zu keinem Zeitpunkt überschuldet gewesen sei. Daher habe die Zwischenbilanz per 30. November 2014 die finanziellen Verhältnisse der E._____ GmbH bezüglich des langfristigen Fremdkapitals völlig korrekt wiedergegeben. Der von der Beklagten bei Vertragsabschluss angeblich vorgestellte und der tatsächliche Sachverhalt seien hinsichtlich des langfristigen Fremdkapitals identisch gewesen und somit sei ein Irrtum ausgeschlossen (KG-act. 1, S. 7 Ziff. 3). In der Folge habe die bereits damals anwaltlich vertretene Klägerin, ohne irgendwelche Abklärungen bezüglich der Richtigkeit der in der Bilanz per 31. Dezember 2014 enthaltenen Gewinnsteuern vorzunehmen, für die E._____ GmbH die Insolvenzerklärung abgegeben. Dies ändere aber nichts an der Gültigkeit bzw. Verbindlichkeit des Abtretungsvertrags vom 22. November 2014 (KG-act. 1, S. 8 Ziff. 5).

Die Beklagte wendet ein, die Jahresrechnung 2014 sei von der Klägerin bzw. von ihrer Hilfsperson, der H._____ AG, erstellt worden. In der Bilanz wie auch in der Erfolgsrechnung würden unstrittig Rückstellungen für Steuern 2014 im Betrag von Fr. 52'500.00 aufgeführt. Darauf sei die Klägerin zu behaupten. Es gehe nicht an, nachträglich diese Steuerrückstellungen als irrelevant darzustellen. Die Klägerin selber habe in ihrer Klage noch eine andere Auffassung vertreten als in ihrer Replik. Auch habe die Beklagte bei der Klägerin umgehend wegen der Jahresabschlussrechnung 2014 und der darin neu enthaltenen Steuerrückstellungen nachgefragt, sei an die H._____ AG (Hilfsperson der Klägerin) verwiesen worden, die bestätigt habe, dass die Gewinnsteuern in der bilanzierten Höhe angefallen seien und nur noch untergeordnet Verlustrechnungen erfolgen könnten. Unter diesen Umständen könne von der Beklagten nicht verlangt werden, sie hätte die Jahresrechnung näher überprüfen müssen. Es wäre daher folgerichtig gewesen, bereits in der Zwischenbilanz Steuerrückstellungen zu bilden, da die gleiche Bilanz die Darlehenschulden nicht mehr enthalten habe (KG-act. 7, S. 10 f. Rz 34 – 39).

d) Die Klägerin führte in ihrer Klageschrift vom 9. November 2015 aus, sie habe die Beklagte mehrmals darauf hingewiesen, dass ihr Verzicht und jener der G._____ GmbH auf die beiden Darlehensforderungen gegenüber der E._____ GmbH für letztere erhebliche Gewinnsteuern auslösen würden. Trotzdem habe die Beklagte dies zur Bedingung für die Übernahme der Stammanteile der E._____ GmbH gemacht (Vi-act. A/I, S. 5 Ziff. 8). Die Klägerin trug weiter vor, in der Jahresrechnung 2014 der E._____ GmbH seien die Passivdarlehen von ihr und der G._____ GmbH entsprechend dem von ihr für sich und die G._____ GmbH am 22. Dezember 2014 erklärten Forderungsverzicht ausgebucht. Dafür enthalte dieselbe Rechnung *folgerichtig* auf der Passivseite eine *Rückstellung* für die aus dem Forderungsverzicht entstandene Gewinnsteuer im Betrag von Fr. 52'500.00 (Vi-act. A/I, S. 6 Ziff. 12). Die Klägerin ging somit in der Klageschrift selber davon aus, dass bei der E._____ GmbH Gewinnsteuern entstanden waren, für

welche Rückstellungen gebucht werden mussten. In der anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 vorgetragenen Replik hielt die Klägerin indes fest, die Steuerforderung von Fr. 52'500.00 sei am 31. Dezember 2014 noch nicht entstanden, weshalb sie von der von der Klägerin zugesicherten Schuldenfreiheit der E._____ GmbH gar nicht habe erfasst sein können (Vi-act. 16, klägerische Plädoyernotizen, S. 3 f. Ziff. 3). Dazu ist zu bemerken, dass die Klägerin spätestens bei Ausarbeitung der Jahresrechnung vom 31. Dezember 2014 damit rechnete, dass wegen ihres Forderungsverzichts und desjenigen der G._____ GmbH gegenüber der E._____ GmbH (Vi-KB 8) Gewinnsteuern in der Höhe von rund Fr. 52'500.00 anfallen würden, ansonsten sie darin keine Rückstellungen vorgenommen hätte. Eine Rückstellung erfolgt zulasten der Erfolgsrechnung, wenn aufgrund von vergangenen Ereignissen in künftigen Geschäftsjahren voraussichtlich ein Mittelabfluss erwartet wird, der also nicht ganz sicher, aber doch wahrscheinlich ist (Lipp, in: Roberto/Trüeb, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2016, N 12 und 14 zu Art. 960e OR). Daher war die E._____ GmbH – entgegen der Zusicherung der Klägerin in der Vereinbarung vom 22. Dezember 2014 – per 31. Dezember 2014 nicht schuldenfrei, sondern i.S.v. Art. 820 OR überschuldet, weil nicht einmal mehr das Fremdkapital durch die Aktiven gänzlich gedeckt war (vgl. Jörg/Arter, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2015, S. 48).

Die Jahresrechnung 2014 wurde der Beklagten am 21. Januar 2015 zugestellt (vgl. E. 2a vorne). In der Folge gelangte die Beklagte an die Klägerin bzw. mit E-Mail vom 25. Januar 2015 an I._____ von der H._____ AG zwecks Aufklärung über die Position „Rückstellungen Steuern 2014“ im Betrag von Fr. 52'500.00 (Vi-act. KB 11 bzw. Vi-act. 15, Beilage 19). Mit E-Mail vom 29. Januar 2015 antwortete I._____ der Beklagten. Darin hielt er fest, der steuerbare Gewinn 2014 betrage Fr. 275'479.00 und das steuerbare Kapital 2014 belaufe sich auf Fr. 50'000.00 (Vi-act. 15, Beilage 19). Die Beklagte versuchte also, weitere Informationen über die in der Jahresrechnung 2014 auf-

geführten Gewinnsteuern (vgl. Vi-KB 10, S. 1, Kto-Nr. 2600) zu erhalten, weshalb sie diesbezüglich – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht noch zusätzliche Abklärungen treffen musste, umso mehr sie unbestrittenermassen keine Fachfrau oder Spezialistin im Rechnungswesen ist (vgl. angef. Urteil, E. 4.4 S. 10; KG-act. 1). Mit Schreiben vom 23. Februar 2015 an die Klägerin focht die Beklagte den Abtretungsvertrag vom 22. Dezember 2014 wegen Grundlagenirrtums und absichtlicher Täuschung an, erklärte eventualiter Wandelung desselben und wies die Klägerin für den Fall, dass diese bei der Rückabwicklung des Vertrages nicht gehörig mitwirken werde, darauf hin, aller Voraussicht nach umgehend die Insolvenz der E._____ GmbH zu erklären bzw. deren Bilanz zu deponieren (Vi-KB 14). Die Beklagte durfte somit am 9. März 2015 (ohne Weiteres) den Einzelrichter am Bezirksgericht Meilen darum ersuchen, über die E._____ GmbH den Konkurs durch Insolvenzerklärung nach Art. 191 SchKG zu eröffnen, welchem Gesuch mit Urteil vom 12. März 2015 entsprochen wurde (Vi-BB 6).

4. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die Beklagte habe nach Treu und Glauben nicht mit dem Anfall von hohen Gewinnsteuern rechnen müssen. Die Klägerin vermöge nicht zu beweisen, dass sie die Beklagte auf die Entstehung von Gewinnsteuern hingewiesen habe. Denn es sei nicht erstellt, dass der Zeuge J._____ an den Vertragsverhandlungen teilgenommen habe, weshalb dieser zum Inhalt dieser Verhandlungen keine sachdienlichen Hinweise liefern könne. Aber selbst wenn sich gestützt auf die Aussagen des Zeugen J._____ ein natürlicher Konsens i.S. der klägerischen Behauptungen erstellen liesse, wäre die Klage abzuweisen. Daher könne auf die Einvernahme des Zeugen J._____ verzichtet werden (angef. Urteil, E. 2.2 f. S. 5 f. mit Hinweis auf E. 5.1 f. und E. 4.3 S. 10).

a) Die Klägerin bringt vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren J._____ als Zeugen offeriert (und die Beweisaussagen der Parteien beantragt, vgl. E. 3c hinten), um den Nachweis zu erbringen, was die Parteien in

den vorvertraglichen Verhandlungen hinsichtlich der Schuldenfreiheit vereinbart hätten. In antizipierter Beweiswürdigung habe die Vorinstanz zu Unrecht nur auf die von der Klägerin bestrittenen Behauptungen der Beklagten abgestellt, ohne J._____ als Zeuge zu befragen, womit sie Art. 152 und 157 ZPO sowie Art. 8 ZGB verletzt habe. Die Vorinstanz habe bezüglich der Glaubwürdigkeit des Zeugen J._____ ohne weitere Prüfung die beklagte Argumentation übernommen, auf die Befragung von J._____ verzichtet und somit willkürlich gehandelt, da die Glaubwürdigkeit eines Zeugen erst bei der Beweiswürdigung zu prüfen sei. Ausserdem habe die Klägerin nicht verspätet konkretisiert, J._____ sei nicht nur beim Erstkontakt, sondern auch bei den ersten Besprechungen anwesend gewesen (KG-act. 1, S. 8-14 Ziff. 6-23).

Die Beklagte wendet ein, die Klägerin habe nicht ausreichend substantiiert, was der Zeuge J._____ bezüglich der Schuldenfreiheit genau bestätigen könne. Selbst das verspätete Vorbringen der Klägerin, wonach J._____ nicht nur beim Erstkontakt, sondern auch bei den „ersten Besprechungen“ dabei gewesen sei, sei ungenügend substantiiert. Ausserdem fehle J._____ die Zeugenqualität. Die Vorinstanz habe daher in antizipierter Beweiswürdigung auf die Befragung des Zeugen J._____ verzichten dürfen (KG-act. 7, S. 13-15 Rz 46-54).

aa) Massgebend ist primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409; BGer, Urteil 5A_473/2011 vom 29. Mai 2012, E. 6), was in Art. 18 OR für den Fall, da Wortlaut und Wille völlig auseinanderklaffen, ausdrücklich festgehalten wird (Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, OR AT, Band I, 2014, Rz 1200). Da die empirische resp. subjektive gegenüber der normativen bzw. objektivierten Vertragsauslegung Vorrang hat, muss das Gericht vorerst nach dem wirklichen Willen der Parteien forschen (Urteil LB120044-O/U des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. März 2013, E. 3.3.2 S. 7 f.). Erst wenn sich der wirkliche Wille nicht mehr

(mit Sicherheit) feststellen lässt bzw. unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien deren Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409; BGer, Urteil 5A_473/2011 vom 29. Mai 2012, E. 6). Daher ist vorliegend zuerst zu prüfen, ob die Klägerin mit dem Zeugen J. _____ zu beweisen vermöchte, was die Parteien in den vorvertraglichen Verhandlungen hinsichtlich der Schuldenfreiheit tatsächlich vereinbarten.

bb) Nach dem in Art. 55 Abs. 1 ZPO statuierten Verhandlungsgrundsatz haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. In einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren muss jede Partei die Tatsachen, welche vom Gericht bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden sollen, behaupten bzw. bestreiten (Behauptungs- bzw. Bestreitungslast). Die rechtserheblichen Tatsachenbehauptungen müssen so präzise und detailliert formuliert sein, dass die Gegenpartei zu diesen im Einzelnen Stellung nehmen kann, sie vom Gericht nachvollzogen werden können, eine rechtliche Subsumtion möglich ist und über sie Beweis abgenommen werden kann. Das Beweisverfahren darf aber nicht dazu dienen, ungenügendes Parteivorbringen zu vervollständigen, d.h. die Begründung darf nicht Folge des Beweisverfahrens sein. Das bedeutet, dass der Lebenssachverhalt so konkret wie möglich unter Auslassung allgemeiner, diffuser Behauptungen, Sammelbegriffen und Wertungen etc. dem Gericht zu unterbreiten ist. Ob eine rechtliche Subsumtion möglich ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht. Es sind alle Elemente eines anspruchsbegründenden Tatbestandes mit konkreten Tatsachenbehauptungen zu belegen. Es dürfen aber keine übertriebenen Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt werden. Es genügt, wenn die Tatsachen in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet wurden (Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 20 ff. zu Art. 55 ZPO; Oberhammer, in: Oberham-

mer/Domej/Haas, Kurzkommentar ZPO, 2014, N 12 zu Art. 55 ZPO; Dolge, in: Dolge, Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 20-23).

Die Klägerin führte anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 replicando aus, mit der im Abtretungsvertrag vom 22. Dezember 2014 zugesicherten „Schuldenfreiheit“ seien lediglich die von ihr und der ihr nahestehenden G._____ GmbH gegenüber der E._____ GmbH gewährten Darlehen im Gesamtbetrag von Fr. 322'199.50 gemeint gewesen. Diesbezüglich offerierte die Klägerin J._____ als Zeugen (Vi-act. 16, klägerische Plädoyernotizen, S. 2 f. Ziff. 3). Denselben Zeugen offerierte die Klägerin für ihre Behauptung, wonach zwischen den Parteien ein natürlicher Konsens darin bestanden habe, dass die Klägerin für sich und die G._____ GmbH gegenüber der E._____ GmbH auf die Darlehensforderungen verzichtet und die Beklagte alle mit dem üblichen Geschäftsgang eines Kosmetikinstituts verbundenen Passiven übernehme (Vi-act. 16, klägerische Plädoyernotizen, S. 8 Ziff. 12.6). Die Beklagte entgegnete duplicando, J._____ sei nie an einer Besprechung zwischen den Parteien anwesend gewesen, an denen Details oder gar Abschlüsse der Gesellschaft besprochen worden seien bzw. wenn es darum gegangen sei, inhaltlich oder vertraglich zu verhandeln. Er sei nur bei der Erstbesprechung dabei gewesen, an der es darum gegangen sei, die Parteien bekannt zu machen, den Vertrag zu unterzeichnen und zu feiern (Vi-act. 16, beklagtische Plädoyernotizen, S. 4 Ziff. 5; Vi-act. 16, Protokoll der Hauptverhandlung, S. 5 unten und S. 6 oben). Diese Ausführungen der Beklagten gingen über das Vorbringen der Klägerin in der Replik hinaus bzw. entgegen dem Vorbringen der Beklagten (vgl. KG-act. 7, S. 14 Rz 52) bestritt diese duplicando nicht nur die Behauptungen der Klägerin in der Replik. Die Beklagte machte nämlich neue, konkrete Angaben zur Anwesenheit bzw. Nichtanwesenheit von J._____ an den Vertragsverhandlungen. Es geht nicht an, J._____ deshalb nicht als Zeugen zu befragen, weil die Klägerin nicht weiter darlegte, was bei den „ersten Besprechungen“ genau erwähnt wurde. Daher sind die Ausführungen der Klägerin in der Stellungnahme zu den Noven nicht ver-

spätet und zu hören, da diese Gegenstand der Hauptverhandlung bildeten und somit von Art. 229 Abs. 2 ZPO umfasst werden, wonach neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden können, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattfand (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Denn der Eintritt der Novenrechtsschranke setzt erst nach „Ende Beginn“ der Hauptverhandlung – der „Beginn dauert bis zum Abschluss der ersten beiden Parteivorträge (Art. 228 ZPO) – ein, wenn das Gericht vom Verhandlungs- ins Beweisstadium überleitet (Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2013, N 8 zu Art. 229 ZPO).

Die Klägerin bestritt anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 in der Stellungnahme zu den Noven das Vorbringen in der beklagischen Duplik. J._____ sei von Anfang an bei den Vertragsverhandlungen dabei gewesen, bei welchen die Schuldenfreiheit thematisiert worden sei. Dort sei klar gewesen, dass mit „Schuldenfreiheit“ die Darlehensschulden gemeint gewesen seien. Daher sei J._____ als vollwertiger Zeuge zu befragen (Vi-act. 16, S. 11 Abs. 2). Dieses Vorbringen ist als ausreichend substantiiert zu qualifizieren. Insoweit vermag das Vorbringen der Beklagten in ihrer Stellungnahme zu den Noven nicht zu überzeugen, wonach die Klägerin nicht substantiiere, was J._____ für einen Beweis würde antreten können bzw. nicht erwähne, was der Zeuge wann wo gehört habe (Vi-act. 16, Protokoll der Hauptverhandlung, S. 14 Abs. 4).

cc) Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Partei zwar das Recht, in einem Verfahren, welches in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind. Der bundesrechtliche Beweisführungsanspruch schliesst freilich die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus. Es bleibt dem Sachgericht unbenommen, von

beantragten Beweiserhebungen deshalb abzusehen, weil es sie von vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten (BGer, Urteil 5_423/2014 vom 5. November 2014, E. 3.4 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Auch die fehlende Glaubwürdigkeit einer Person schliesst deren Befragung generell nicht aus. Ebenso wenig ist eine Person vom Zeugnis ausgeschlossen, wenn sie ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat (Weibel/Walz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 6 zu Art. 169 ZPO; Müller, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, 2016, N 8 und 12 zu Art. 169 ZPO). Ein Zeuge darf daher durchaus befangen und parteiisch sein. Erst auf dem Weg der Beweiswürdigung wird sich das Gericht mit der Glaubwürdigkeit des Zeugen auseinandersetzen haben (Müller, a.a.O., N 12 zu Art. 169 ZPO). Ausgeschlossen ist dagegen, wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Prozessausgang hat und somit zur Anfechtung des Urteils legitimiert ist (Weibel/Walz, a.a.O., N 6 zu Art. 169 ZPO).

Nach dem Gesagten rechtfertigen die Umstände, dass J._____ der Lebenspartner der Klägerin ist und ein persönliches oder finanzielles Interesse am Prozessausgang haben könnte, nicht, in antizipierter Beweiswürdigung auf dessen Befragung als Zeugen zu verzichten, weil damit allenfalls Anhaltspunkte zum natürlichen Konsens des Abtretungsvertrages vom 22. Dezember 2014 herbeigeschafft werden könnten.

dd) Nicht zu verfangen vermag die Begründung der Vorinstanz, wonach die Klage selbst dann abzuweisen wäre, wenn sich gestützt auf die Aussagen des

Zeugen J._____ ein natürlicher Konsens i.S. der klägerischen Behauptungen erstellen liesse (vgl. angef. Urteil, E. 5.1 – 5.3). Denn hätte die Beklagte bei Abschluss des Abtretungsvertrages vom 22. Dezember 2014 (gestützt auf die Zeugenaussage J._____ oder allenfalls aus anderen Gründen (vgl. E. 3b und c hinten) gewusst, dass noch Gewinnsteuern anfielen, hätte sie sich weder in einem Irrtum befinden können und von der Klägerin aufgeklärt werden müssen noch von der Klägerin absichtlich getäuscht werden können.

b) aa) Sodann bringt die Klägerin vor, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren zum Beweis ihrer Behauptung, wonach sie die Beklagte vor Abschluss des Abtretungsvertrages vom 22. Dezember 2014 mehrmals darauf hingewiesen habe, dass ein Forderungsverzicht (Verzicht auf die Darlehen der Klägerin von Fr. 292'199.50 und der G._____ GmbH von Fr. 30'000.00) Steuerfolgen nach sich ziehen könnte, ebenso die Beweisaussage der Parteien offeriert. Die Vorinstanz begründe nicht, weshalb sie dieses Beweismittel nicht abgenommen habe (KG-act. 1, S. 12 Ziff. 17 f. und S. 14 f. Ziff. 23).

Die Beklagte entgegnet, selbst wenn die Parteien einen entsprechenden Antrag gestellt hätten, hätten sie keinen Anspruch auf Beweisaussage, da Art. 192 ZPO eine Kann-Vorschrift sei, weshalb das Gericht auf eine Beweisaussage verzichten dürfe (KG-act. 7, S. 16 Rz 61).

bb) Nach Durchführung der Zeugenbefragung J._____ (vgl. E. 3c hinten) wird zu entscheiden sein, ob eine Beweisaussage der Parteien noch nötig sein wird. Dabei wäre Art. 192 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, wonach das Gericht eine oder beide Parteien von Amtes wegen zur Beweisaussage unter Strafdrohung verpflichten kann. Keine Einigkeit besteht in der Literatur darin, ob die Beweisaussage dazu dient, letzte Zweifel des Gerichts zu beseitigen und daher nur mit gewisser Zurückhaltung anzuordnen ist (bejahend Müller, a.a.O., N 5 zu Art. 192 ZPO; verneinend Bühler, Berner Kommentar, Band II, 2012, N 18 zu Art. 191 und 192 ZPO). Die Beweisaussage ist in der Regel

erst am Ende eines Beweisverfahrens anzuordnen, stellt aber trotzdem kein subsidiäres Beweismittel dar (Müller, a.a.O., N 5 f. zu Art. 192 ZPO; Bühler, a.a.O., N 60 f. zu Art. 192 und 192 ZPO). Es besteht kein Anspruch auf Durchführung einer Beweisaussage (jedenfalls solange das Gericht im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens handelt; Müller, a.a.O., N 17 zu Art. 192 ZPO; Hafner, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., N 3 zu Art. 192 ZPO; im Ergebnis nicht anders Bühler, a.a.O., N 66 zu Art. 191 und 192 ZPO). Stellen die Parteien trotzdem einen Antrag auf Anordnung einer Beweisaussage, muss sich das Gericht mit diesem Rechtsbegehren nicht auseinandersetzen bzw. muss darauf nicht eintreten. Indessen hat das Gericht seine Beweiswürdigung im Urteil im Einzelnen nachvollziehbar zu erörtern. Daraus muss zumindest im Ergebnis hervorgehen, dass der frühere prozessleitende Entscheid, die Beweisaussage anzuordnen bzw. darauf zu verzichten, auf pflichtgemässigem Ermessen beruht (Müller, a.a.O., N 17 f. zu Art. 192 ZPO). Nach Bühler (a.a.O., N 65 zu Art. 191 und 192 ZPO) ist die Frage, ob das Gericht auf die Beweismittel der Parteibefragung und/oder der Parteiaussage verzichten darf, nach den für eine zulässige antizipierte Beweiswürdigung geltenden Regeln zu beantworten.

c) Die Klägerin offerierte verschiedene Beweismittel, insbesondere den Zeugen J._____ und die Beweisaussage der Parteien, zum natürlichen Konsens des Abtretungsvertrages vom 22. Dezember 2014. Die Vorinstanz führte diesbezüglich überhaupt kein Beweisverfahren durch, nahm also keinen von der Klägerin offerierten Beweis ab, sondern stellte lediglich auf die von den Parteien eingereichten Akten ab und wies die Klage ab. Nach dem Gesagten ist darin eine Verletzung von Art. 8 ZGB zu erblicken (vgl. Schmid/Lardelli, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2010, N 7 zu Art. 8 ZGB mit Hinweisen; Walter, in: Hausheer/Walter, Berner Kommentar, 2012, N 58 zu Art. 8 ZGB mit Hinweisen). Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, den Sachverhalt anstelle des erstin-

stanzlichen Gerichts zu erstellen (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, S. 665 Rz 1536). Daher ist das angefochtene Urteil aufzuheben sowie zur Beweisabnahme und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, da es sich nicht lediglich um kleinere Klagelücken handelt (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO; Sterchi, in: Hausheer/Walter, a.a.O., N 10 zu Art. 318 ZPO; Spühler, a.a.O., N 5 zu Art. 318 ZPO; Reetz/Hilber, a.a.O., N 35 zu Art. 318 ZPO). Die Vorinstanz unterliess es nämlich vollkommen, den primär massgebenden und übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien vorerst zu erforschen. Nur wenn sich dieser Wille nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen liesse bzw. unbewiesen bliebe, wären zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien deren Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Ausserdem ist so gewährleistet, dass die Streitsache auf kantonalen Ebene zweimal von Instanzen mit voller Kognition beurteilt werden kann (vgl. Volkart, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO, 2011, N 5 zu Art. 318 ZPO). Darüber hinaus beantragt auch die Klägerin, dass, für den Fall der Nichtgutheissung ihrer Klage, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben sowie zur Durchführung des Beweisverfahrens und anschliessender Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Nur subeventualiter stellt die Klägerin das Rechtsbegehren, es sei das Beweisverfahren durch das Kantonsgericht durchzuführen.

d) Weil die Vorinstanz den *wirklichen* Willen der Parteien festzustellen haben wird, können vorliegend die Vorbringen der Parteien zur Ermittlung des *mutmasslichen* Willens der Parteien (vgl. KG-act. 1, S. 13 f. Ziff. 21 f.; KG-act. 7, S. 15 f. Ziff. 55-60) offen gelassen werden. Falls die Vorinstanz den wirklichen Willen der Parteien nicht feststellen können, wird sie wiederum den mutmasslichen Willen der Parteien ermitteln müssen. Bei der allfällig zu beantwortenden Frage, ob die Aktiven die Passiven übersteigen, wird die Vorinstanz auch zu prüfen haben, ob die neue Aufnahme der beiden Konten „KK A. _____“ von Fr. 2'783.70 und „Gutscheine (nicht eingelöst)“ von

Fr. 6'878.65 in das kurzfristige Fremdkapital der Jahresrechnung 2014, welches sich somit von Fr. 9'238.10 (Vi-KB 9, S. 1) auf Fr. 21'633.40 erhöhte (Vi-KB 10, S. 1), sich mit der vertraglich zugesicherten „Schuldenfreiheit“ vereinbaren lässt. Die Klägerin ist der Auffassung, dass das Konto „Gutscheine (nicht eingelöst)“ von Fr. 6'878.65 keinen Einfluss auf die Liquidität der Gesellschaft habe und durch einige Stunden Arbeit hätte abgearbeitet werden können, sofern die Gutscheine überhaupt je eingelöst worden wären. Der Passivposten „Kontokorrent A. _____“ in der Höhe von Fr. 2'787.70 sei durch den Forderungsverzicht der Klägerin vom 22. Dezember 2014 getilgt, d.h. die Klägerin habe gegenüber der Gesellschaft auf die Bezahlung verzichtet (Vi-act. 16, Plädoyernotizen der Klägerin, S. 3 Ziff. 4). All dies ist vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass die Aktiven gemäss Jahresrechnung 2014 Fr. 40'168.99 betragen (Vi-KB 10) und der Preis für die Abtretung der 500 Stammanteile der E. _____ GmbH sich auf total Fr. 50'000.00 belief (Vi-KB 1). Allerdings trug die Beklagte bereits im vorinstanzlichen Verfahren vor, der grösste Aktivposten „aktivierte Umbaukosten von Fr. 18'800.00, Bilanz Kto 1550“ sei nicht werthaltig. Die Bilanz 2014 zu Liquidationswerten umfasse gerade etwa das Mieterkautionssparkonto im Wert von rund Fr. 9'000.00, zumal sich aus dem geringen Mobiliar nicht viel herausholen lasse, weshalb die Gesellschaft überschuldet gewesen sei (Vi-act. 16, S. 9 Abs. 1). Auch diesen Einwand der Beklagten wird die Vorinstanz zu prüfen haben.

5. Zusammenfassend ist die Berufung teilweise gutzuheissen, das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 26. Juli 2016 aufzuheben sowie die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtskosten sind für das vorliegende Berufungsverfahren pauschal auf Fr. 2'500.00 festzusetzen und werden vom geleisteten Kostenvorschuss der Klägerin von Fr. 4'500.00 bezo-

gen. Die Beklagte hat der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 2'500.00 zu bezahlen. Die Klägerin reicht keine Kostennote ein, weshalb die Kosten für deren berufsmässige Vertretung im Berufungsverfahren nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen sind (vgl. § 6 Abs. 1 GebTRA). In Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. den §§ 2, 8 und 11 GebTRA ist die Parteientschädigung auf Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) festzulegen;-

beschlossen:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 26. Juli 2016 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von pauschal Fr. 2'500.00 werden der Beklagten auferlegt. Sie werden vom geleisteten Kostenvorschuss der Klägerin von Fr. 4'500.00 bezogen. Die Beklagte hat der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 2'500.00 zu bezahlen.
3. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.00.

5. Zufertigung an Rechtsanwalt C._____ (2/R), Rechtsanwalt D._____ (2/R) und an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

14. Juni 2017 rfl