

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Entscheid vom 21. August 2017

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident W. Kobler Oberrichterinnen S. Rohner, D. Cadosch Oberrichter H. P. Blaser, H. Zingg Obergerichtsschreiberin B. Widmer
Verfahren Nr.	O1Z 17 2
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin Klägerin	A___ AG vertreten durch: RA AA___
Berufungsbeklagter Beklagter	B___ vertreten durch: RA BB___
Gegenstand	Forderung

Rechtsbegehren

a) Klägerin und Berufungsklägerin:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

aaa) vor Vermittler:

1. Die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von CHF 200'000.00 aus Solidarbürgschaft vom 25.05.2011 zu bezahlen.
2. In der Betreuung Nr. 20142498 des Betreibungsamtes Appenzeller Mittelland sei die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der beklagten Partei.

bbb) in der Klageschrift und der Replik:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 200'000.00 solidarisch haftend mit der C___ AG, D___, zu bezahlen.
2. Es sei in der Betreuung Nr. 20142498, Betreibungsamt Appenzeller Mittelland, für die Forderung von CHF 200'000.00 definitive Rechtsöffnung zu erteilen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

ccc) an Schranken (sinngemäss):

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 200'000.00 solidarisch haftend mit der C___ AG zu bezahlen.
2. In der Betreuung Nr. 20142498 sei für die Forderung von CHF 200'000.00 der Rechtsvorschlag zu beseitigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

bb) im Berufungsverfahren:

1. Das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden, 2. Abteilung, vom 15. November 2016 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 200'000.00 solidarisch haftend mit der C___ AG zu bezahlen.
3. In der Betreuung Nr. 20142498, Betreibungsamt Appenzeller Mittelland, sei für die Forderung von CHF 200'000.00 der Rechtsvorschlag zu beseitigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

b) Beklagter und Berufungsbeklagter:

aa) im erstinstanzlichen Verfahren:

aaa) vor Vermittler (sinngemäss):

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

bbb) in der Klageantwort, der Duplik und an Schranken:

1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Das Gesuch um definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 20142498, Betreibungsamt Appenzeller Mittelland, für eine Forderung von CHF 200.000.00 sei abzuweisen.

Unter Kostenfolge.

bb) im Berufungsverfahren:

Die Berufung sei abzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Sachverhalt

A. Übersicht

B___ ist Mitglied des Verwaltungsrates der C___ AG mit Sitz in D___. Diese Firma bezweckt den Betrieb eines Architekturbüros und nannte sich bis 27. März 2012 „E___ AG“ (act. B 4/36/4/1). B___ unterzeichnete vor dem öffentlichen Notar am 25. Mai 2011 eine Bürgschaftsurkunde. Gemäss darin aufgeführtem Bürgschein vom 11./25. Mai 2011 verpflichtete er sich gegenüber der A___ AG (bzw. deren Rechtsvorgängerin A1___ AG), als Alleinbürge für die Hauptschuldnerin E___ AG im Maximal-Betrag von CHF 200'000.00 solidarisch zu haften (act. B 4/36/4/2). Am 14. Januar/ 14. März 2013 schloss die C___ AG mit der A___ AG einen „Rahmenvertrag Kredit“ ab, worin der Kreditrahmen von ursprünglich CHF 600'000.00 auf CHF 315'000.00 gekürzt wurde (act. B 4/36/4/3+4; act. B 1, S. 4). Ausserdem gewährte die A___ AG der C___ AG zwei Darlehen. Ein erstes Darlehen datierte vom 14. Januar 2013 und betrug CHF 115'000.00 (Darlehensnummer 188.893.300.01, kurz Darlehen 300.01 genannt; act. B 4/36/4/4). Ein zweites Darlehen in der Höhe von CHF 200'000.00 (Darlehensnummer 188.893.301.10, kurz Darlehen 301.10 genannt) wurde der C___ AG am 5. November 2013 gewährt (act. B 4/36/4/5). Wegen Zahlungsausständen kündigte die A___ AG am 26. Mai 2014 gegenüber der C___ AG per

sofort den Rahmenvertrag vom 14. Januar 2013 sowie die beiden Darlehen per 13. Juli 2014 (act. B 4/36/4/8). Das genannte Kündigungsschreiben stellte die A___ AG B___ an dessen Privatadresse in F___ zu, unter Hinweis auf dessen Solidarbürgschaft vom 25. Mai 2011 zugunsten der C___ AG (act. B 4/36/4/9). Am 31. Juli 2014 forderte die A___ AG von B___ wegen ausgebliebener Rückzahlung der gekündigten Darlehen 300.01 und 301.10 die Bezahlung des Bürgschaftsbetrages von CHF 200'000.00 bis 29. August 2014 (act. B 4/36/4/10). Da B___ der Zahlungsaufforderung nicht nachkam, leitete die A___ AG die Betreibung gegen ihn ein. Gegen den Zahlungsbefehl vom 7. November 2014 in der Betreibung Nr. 20142498 über CHF 200'000.00 erhob B___ am 17. November 2014 Rechtsvorschlag (act. B 4/36/4/11).

B. Prozessgeschichte

Am 21. November 2014 stellte die A___ AG das Vermittlungsbegehren gegen B___ . Die Vermittlungsverhandlung fand am 15. Januar 2015 vor dem Vermittleramt Kreis 1, Appenzeller Hinterland, statt. Gleichentags wurde der Klägerin die Klagebewilligung ausgehändigt (act. B 4/36/2). Mit Eingabe vom 17. April 2015 liess die Klägerin die Klage gegen B___ fristgerecht beim Kantonsgericht einreichen (act. B 4/36/1); dieses Verfahren wurde unter der Nr. K2Z 15 13 geführt. Die Klageantwort datiert vom 26. August 2015 (act. B 4/36/10). Es wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Klägerin liess die Replik am 13. Januar 2016 einreichen (act. B 4/36/20). Die Duplik wurde mit Eingabe vom 22. April 2016 eingereicht (act. B 4/36/27A). Die Vorsitzende teilte den Parteien am 13. Mai 2016 mit, dass eine Vereinigung der Verfahren K2Z 15 12 (A___ AG gegen C___ AG) und K2Z 15 13 beabsichtigt sei und den Parteien wurde Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt (act. B 4/36/29). Die Parteien teilten mit Schreiben vom 17. Mai 2016 (A___ AG, act. B 4/36/30) und vom 25. Mai 2016 (B___, act. B 4/36/31) ihre Zustimmung mit. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 26. Mai 2016 wurden die Verfahren K2Z 15 12 und K2Z 15 13 vereinigt und unter der Verfahrensnummer K2Z 15 12 weitergeführt. Das Verfahren K2Z 15 13 wurde als erledigt am Protokoll abgeschrieben (act. B 4/36/32). Am 15. November 2016 fand die Hauptverhandlung statt (act. B 4/38). Es wurden gleichentags unter der Verfahrens Nr. K2Z 15 12 zwei separate Urteile gefällt (gegen C___ AG: act. B 4/41; gegen B___: act. B 4/42).

C. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Kantonsgerichtes, 2. Abteilung, vom 15. November 2016 wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtskosten von CHF 13'700.00 wurden der Klägerin auferlegt, unter Verrechnung mit den von ihr geleisteten Vorschüssen von CHF 9'200.00. Die Klägerin wurde verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'342.20 (inkl. Barauslagen und 8 % MWSt) zu bezahlen.

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

D. Schriftenwechsel und Urteil im Berufungsverfahren

- a) Nach fristgemäss verlangter schriftlicher Begründung (act. B 4/46A und 4/47) liess die Klägerin gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 18. Januar 2017 erfolgt war (act. B 4/52), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters RA AA___ vom 17. Februar 2017 (act. B 1) rechtzeitig die Berufung erklären.
- b) Am 22. März 2017 ging die Berufungsantwort des beklagischen Rechtsvertreters RA BB___ ein (act. B 8).
- c) Mit Verfügung der Verfahrensleitung vom 1. Mai 2017 wurde den Parteien angezeigt, dass der vorliegende Prozess spruchreif sei und sich nun in der Phase der Urteilsberatung befinde (act. B 10).
- d) Am 21. August 2017 wurde die Streitsache ohne mündliche Verhandlung beraten.

Auf die Ausführungen in den Schriftstücken gemäss den vorerwähnten lit. a bis c wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Prozessuales

1.1 Prozessvoraussetzungen / Zuständigkeit

Die vom Gericht von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (Art. 60 ZPO), aufgeführt in Art. 59 Abs. 2 ZPO, sind vorliegend erfüllt. Betreffend die örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in deren Erwägung 1.1 verwiesen werden, worin die örtliche Zuständigkeit der appenzell-ausserrhodischen Gerichte bejaht wird. Im Übrigen hat der Berufungsbeklagte im Berufungsverfahren die örtliche Zuständigkeit der Gerichte von Appenzell Ausserrhoden nicht mehr bestritten, weshalb das Obergericht allein schon zufolge Einlassung (Art. 18 ZPO) zuständig ist. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz (JG, bGS 145.31).

1.2 Streitwerte

1.2.1 Rechtsmittelstreitwert nach Art. 308 Abs. 2 ZPO / Streitwert des Berufungsverfahrens

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also z. B. den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG (HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 53 zu Art. 308 ZPO). Die Berufungsklägerin verlangt vom Berufungsbeklagten vor beiden Instanzen je die Bezahlung von CHF 200'000.00; letzterer beantragt jeweils vollumfängliche Klageabweisung, soweit auf die Klage einzutreten sei. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 200'000.00, so dass die Streitwertgrenze gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist.

Der Streitwert nach Art. 308 Abs. 2 ZPO ist aufgrund der von den Parteien in beiden Instanzen gleichbleibend gestellten Rechtsbegehren identisch mit demjenigen des Berufungsverfahrens. Letzterer Streitwert ist insbesondere für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens und für die Zulässigkeit der Beschwerde in

Zivilsachen massgebend (SAMUEL RICKLI, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2014, Rz. 439 ff.).

1.2.2 Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, verlangt die Berufungsklägerin vor Obergericht die Bezahlung von CHF 200'000.00, währenddem der Berufungsbeklagte die Abweisung der Klage beantragt, jedoch nicht Anschlussberufung nach Art. 313 ZPO erhoben hat. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

1.3 Vereinigung

Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses selbständig eingereichte Klagen vereinigen. Von dieser Möglichkeit hat das Kantonsgericht Gebrauch gemacht und die von der A___ AG parallel zum Verfahren gegen B___ anhängig gemachte Klage gegen die C___ AG miteinander vereinigt und unter der Verfahrensnummer K2Z 15 12 weitergeführt, aber zwei separate Urteile erlassen. Wie die Vorinstanz in Erwägung 1.5 ausgeführt hat, geht es im Verfahren gegen die C___ AG um eine Forderung aus Darlehen und in demjenigen gegen B___ um eine Forderung aus Bürgschaft. Welches sind die Folgen der Vereinigung? Bei der Vereinigung von Klagen (Bst. c) werden – genau besehen – nicht die Klagen, sondern nur die der Beurteilung der den einzelnen Klagen dienenden Verfahren zwecks Vereinfachung des Prozesses zu einem einzigen Verfahren vereinigt; und es ergeht ein Entscheid für jedes einzelne Rechtsbegehren, wie wenn für jedes Rechtsbegehren ein separater Prozess durchgeführt worden wäre (ADRIAN STAEHELIN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 125 ZPO). Bei der Vereinigung von Klagen bleibt deren materielle Eigenständigkeit ungeachtet ihrer Verbindung erhalten, was bedeutet, dass die Klagen ihre eigenes Schicksal haben, auch wenn über sie formell im gleichen Verfahren verhandelt wird (Urteile des Obergerichts Zürich LA160026 vom 23. Dezember 2016 E. 1 und LA160027 vom 16. Dezember 2016 E. 2.3). Die Vorbringen einer Partei gelten nicht für alle Verfahrensbeteiligte, sondern nur für die Rechtsbeziehungen der Partei, die die Vorbringen gemacht hat (MARTIN KAUFMANN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 24 zu Art. 125 ZPO).

1.4 Noven

Die **Berufungsklägerin** lässt vorbringen, sie reiche gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO als kläg. act. 12 bis 14 neue Beweismittel ein. Die Voraussetzungen von 317 ZPO seien erfüllt. Die Berufungsklägerin habe keinen Anlass gehabt anzunehmen, dass der Berufungsbeklagte die erfolglose Mahnung im Sinne von Art. 496 Abs. 1 OR trotz gerichtsnotorischer Geltendmachung der Belangung der Hauptschuldnerin durch die Berufungsklägerin bestreiten würde. Hätte der Berufungsbeklagte die mit der Klage behauptete Belangung der Hauptschuldnerin rechtzeitig mit der Klageantwort bestritten, hätte die Berufungsklägerin ihre Behauptung in der Replik substantiieren und die entsprechenden Beweismittel offerieren können.

Der **Berufungsbeklagte** ist der Ansicht, die neuen Beweismittel kläg. act. 12 bis 14 seien nicht zu berücksichtigen, weil sie schon im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgelegt werden müssen. Die Sachverhaltsergänzung der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren sei unzulässig, da es sich bei den Behauptungen und neu eingereichten Beweismitteln allesamt um unzulässige Noven handle.

Im Berufungsverfahren ist die Zulässigkeit von Noven in Art. 317 ZPO geregelt. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie: a. ohne Verzug vorgebracht werden; und b. trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Als echte Noven sind vor zweiter Instanz nur solche Tatsachen und Beweismittel zu qualifizieren, die erst nach dem Aktenschluss im erstinstanzlichen Verfahren *entstanden* sind (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 317 ZPO). Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen, die sich schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Die Novenregelung in Art. 317 Abs. 1 ZPO umfasst echte und unechte Noven (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 56 ff. zu Art. 317 ZPO; KARL SPÜHLER, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 317 ZPO; GASSER/RICKLI, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 317 ZPO).

Im Berufungsverfahren wurden von der Berufungsklägerin folgende Noven eingereicht: kläg. act. 12-14 (akturiert als B 3/12-14). Bei act. B 3/12 handelt es sich um einen Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland vom 4. August 2014 für eine Forderung der A___ AG gegen die C___ AG, bei act. B 3/13 um eine Zahlungsaufforderung der A___ AG an die C___ AG vom 30. September

2014 sowie bei act. B 3/14 um eine Klagebewilligung des Vermittleramtes Kreis 1 Appenzeller Hinterland in Sachen A___ AG gegen C___ AG vom 15. Januar 2015.

Bei den ersten beiden Dokumenten handelt es sich zweifellos um sogenannte unechte Noven, da diese Beweismittel bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 15. November 2016 existierten und somit ohne weiteres vor Kantonsgericht hätten eingereicht werden können. Unbehelflich ist der Einwand der Berufungsklägerin, sie habe nicht annehmen müssen, dass der Berufungsbeklagte die erfolglose Mahnung im Sinn von Art. 496 Abs. 1 OR trotz gerichtsnotorischer Geltendmachung der Belangung der Hauptschuldnerin durch die Berufungsklägerin bestreiten würde. Hier stellt sich die Frage, ob sie vor erster Instanz die zumutbare Sorgfalt beachtet hat (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 50 zu Art. 317 ZPO). Dies muss verneint werden. Es liegt aufgrund der in casu der Berufungsklägerin obliegenden Behauptungslast an ihr, dem Gericht im Verfahren gegen B___ die relevanten, rechtsbegründenden Tatsachen vorzutragen. D. h., es sind alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Norm zu behaupten, welche deren Rechtsbegehren stützen. Was nicht behauptet wird, ist für das Gericht inexistent (Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 16 43 vom 14. Juni 2016, in: CAN 2017 Nr. 4 S. 14). Die Forderung der Berufungsklägerin stützt sich auf Art. 496 Abs. 1 OR. Gemäss dieser Bestimmung kann der Solidarbürge belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden ist. Die erfolglose Mahnung des Hauptschuldners gehört somit zum Klagefundament und es hätte der Berufungsklägerin oblegen, dieses Tatbestandselement von Art. 496 Abs. 1 OR bereits vor erster Instanz nach Massgabe von Art. 229 ZPO vorzutragen (weiteres dazu in Erwägung 2.2.2). Dies hat die Berufungsklägerin erst im Berufungsverfahren getan, womit sie vor Kantonsgericht die ihr zumutbare Sorgfalt im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO nicht beachtet hat. Somit handelt es sich bei act. B 3/12 und B 3/13 um unzulässige Noven, welche nicht zu berücksichtigen sind. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass der ZPO die Idee zugrunde liegt, dass der Prozess vor erster Instanz abschliessend zu führen ist und grundsätzlich auch in diesem Verfahren alle Tatsachen und Beweismittel vorzubringen sind (CHRISTOPH REUT, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, Rz. 338).

Bezüglich act. B 3/14 kann offen gelassen werden, ob es sich hierbei um ein Novum handelt. Die Klagebewilligung der A___ AG gegen die C___ AG wurde im Verfahren gegen B___ zwar nicht eingereicht, jedoch wurde immerhin in der Klageschrift vom 17. April 2015 darauf hingewiesen, dass ebenfalls gegen die Hauptschuldnerin

C___ AG mit gleichem Datum Klage eingereicht worden sei (act. B 4/36/1, S. 3). Hier ist zu beachten, dass offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen keines Beweises bedürfen (Art. 151 ZPO) und die Klageeinleitung gegen die C___ AG beim gleichen Gericht als gerichtsnotorisch gelten kann (vgl.: Urteil des Bundesgerichts 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.1, worin etwa die Offenkundigkeit von Handelsregistereinträgen bejaht wurde). Daraus folgt ebenfalls, dass die für eine Klageeinleitung Voraussetzung bildende Klagebewilligung von der Gerichtsnotorietät miterfasst und somit kein Novum ist. Dies muss jedoch nicht abschliessend geklärt werden, da aus den Ausführungen in Erwägung 2.2.2 hervorgeht, dass act. B 3/14 bei der materiellen Beurteilung keine Relevanz zukommt.

Im Übrigen kann es bei der vorinstanzlichen Erwägung 1.4 betreffend Unzulässigkeit des neuen Vorbringens des Berufungsbeklagten an Schranken, es sei nicht belegt, dass der Kredit an die C___ AG ausbezahlt worden sei, mangels Anfechtung bleiben.

2. Materielles

2.1 Erfolgreiche Mahnung nach Art. 496 Abs. 1 OR

2.2.1 Qualifikation der Mahnung nach Art. 496 Abs. 1 OR

Die **Berufungsklägerin** lässt vor **Kantonsgesicht** ausführen, zur Orientierung diene, dass in derselben Angelegenheit gegen die Hauptschuldnerin C___ AG mit gleichem Datum ebenfalls Klage eingereicht worden sei. Es werde dem Gericht überlassen, die beiden Klagen zur Vereinfachung zu vereinigen. Die Hauptschuldnerin habe sich nicht an die vertraglichen Verpflichtungen gehalten, weshalb die Berufungsklägerin die Positionen gekündigt habe. Da die Hauptschuldnerin die geschuldeten Beträge per Kündigungstermin 13. Juli 2014 nicht bezahlt habe, sei der Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 31. Juli 2014 aufgefordert worden, den verbürgten Betrag von CHF 200'000.00 bis spätestens 29. August 2014 zu bezahlen. Die verbürgte Hauptschuld sei seit 13. Juli 2014 fällig. Der Berufungsbeklagte sei als Vertreter der Hauptschuldnerin und auch als Solidarbürge separat über die Kündigung und die ausstehenden Beträge informiert worden. Es sei nicht zu hören, dass keine Mahnung erfolgt sei, da dies eine neue Behauptung sei. Es sei erst nach erfolglosem Mahnen gekündigt worden. Es werde auf die Eingaben verwiesen. Dies sei auch aus dem Verfahren gegen den

Berufungsbeklagten und dem Kündigungsschreiben selbst ersichtlich. Der Berufungsbeklagte habe selber die Mahnung ins Recht gelegt.

Die **Berufungsklägerin** lässt vor **Obergericht** vorbringen, die Mahnung müsse nach der Fälligkeit der Hauptschuld gegenüber der Hauptschuldnerin erfolgen. Die Mahnung sei eine empfangsbedürftige Erklärung. Dabei könne die Mahnung auch durch die direkte Belangung des Hauptschuldners ersetzt werden (Hinweis auf Berner Kommentar, N. 21a zu Art. 496 OR). Mit der Klageeinleitung gegen die Hauptschuldnerin habe die Berufungsklägerin ihre „Mahnpflicht“ im Sinne von Art. 496 Abs. 1 OR erfüllt. Mit der Behauptung der Klageeinleitung gegen die Hauptschuldnerin sei die Berufungsklägerin ihrer Behauptungslast nachgekommen. Der Berufungsbeklagte habe es unterlassen, diese Behauptung zu bestreiten. Die Beweislast für das Vorliegen einer Mahnung liege bei der Berufungsklägerin. Die Berufungsklägerin habe die Hauptschuldnerin für die Hauptschuld im August 2014 betrieben. Die in der Klageschrift erwähnte Klageeinleitung gegen die Hauptschuldnerin sei als Mahnung nach Art. 496 Abs. 1 OR zu qualifizieren. Soweit die Vorinstanz die Gerichtsnotorietät der Klageeinleitung gegen die Hauptschuldnerin verkenne, wende sie Art. 55 und Art. 150 ZPO nicht richtig an.

Der **Berufungsbeklagte** lässt vor **Kantonsgesicht** einwenden, die Hauptschuld sei nicht fällig. Zudem sei die Bürgschaft mangels hinreichender Bestimmung der garantierten Schuld ungültig. Es habe keine Mahnung nach der Kündigung gegeben. Dies sei nicht einmal behauptet worden. Die Mahnung sei eine anspruchsbegründende Tatsache, die von der Berufungsklägerin zu behaupten gewesen wäre.

Der **Berufungsbeklagte** lässt vor **Obergericht** geltend machen, in Bezug auf die Frage der erfolglosen Mahnung seien ausschliesslich die Akten aus dem Verfahren K2Z 15 13 zu berücksichtigen, nicht aber jene aus dem ursprünglichen Verfahren K2Z 15 12. Die später vorgenommene Vereinigung der Verfahren vermöge daran nichts zu ändern, weil zwei getrennte Sachurteile ergehen würden. Durch den Umstand des Einreichens einer Klage gegen die Hauptschuldnerin könne nicht gleichzeitig auf das Vorliegen einer Betreibung gegen dieselbe geschlossen werden. Das Gericht dürfe nicht ohne Antrag der Parteien Akten aus anderen Verfahren beiziehen. Entscheidend sei nicht, was der Richter schon wisse, sondern was die Parteien vorbringen würden. Da die Berufungsklägerin die Tatsache einer erfolglosen Mahnung nicht behauptet habe, weder explizit noch implizit, habe diese Tatsache vom Berufungsbeklagten auch nicht bestritten werden können. Auf Seite 3 der Klageschrift habe die Berufungsklägerin lediglich „zur Orientierung“ mitgeteilt, dass gegen die Hauptschuldnerin Klage eingereicht werde. Die Behauptung der Klageeinleitung sei nicht gleichbedeutend mit der Behauptung der erfolglosen

Mahnung. Die Klageeinleitung habe nicht als Mahnung qualifiziert werden müssen. Eine Klageeinleitung sei keine Mahnung und könne eine Mahnung nicht ersetzen. Die Mahnung habe vor der gerichtlichen Durchsetzung zu erfolgen.

Vorab ist festzustellen, dass die beiden Positionen „Darlehen 300.01 vom 14. Januar 2013 – Fälligkeit der Hauptforderung“ (vorinstanzliche Erwägung 2.1) sowie „Darlehen 300.10 vom 5. November 2013 – Passivlegitimation der Hauptschuldnerin“ (vorinstanzliche Erwägung 2.2) nicht Gegenstand der Berufung sind. Die Berufungsklägerin wendet sich einzig gegen die von der Vorinstanz in Erwägung 2.3 beurteilte Belangbarkeit des Bürgen.

Wer sich als Bürge unter Beifügung des Wortes „solidarisch“ oder mit andern gleichbedeutenden Ausdrücken verpflichtet, kann vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung der Grundpfänder belangt werden, sofern der Hauptschuldner mit seiner Leistung im Rückstand und erfolglos gemahnt worden oder seine Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist (Art. 496 Abs. 1 OR). Folglich sind Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Solidarbürgen nur Leistungsrückstand und erfolglose Mahnung des Hauptschuldners oder seine offenkundige Zahlungsunfähigkeit (CHRISTOPH M. PESTALOZZI, in: Basler Kommentar, OR I, 6. Aufl. 2015, N. 1 zu Art. 496 OR; BGE 81 II 60 S. 65). Die Mahnung des Hauptschuldners (vorbehältlich dessen Insolvenz) ist zwingend, damit der Solidarbürge belangt werden kann (Art. 496 Abs. 1 OR). Hingegen ist eine Betreibung des Hauptschuldners nicht erforderlich, sie kann aber die Mahnung ersetzen (Art. 510 Abs. 3 OR). Indes gilt nicht das Betreibungsbegehren als Mahnung i.S.v. Art. 496 OR, sondern erst der zugestellte Zahlungsbefehl. Geht dieser dem Hauptschuldner wie *in casu* erst zu, *nachdem* der Bürge belangt worden ist, wird Art. 496 OR verletzt, selbst wenn der Hauptschuldner anschliessend Rechtsvorschlag erhebt (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Finanzmarktprivatrecht – Rechtsprechungschronik 2009/2010 (Teil 1), in: recht 2011 S. 94). Die Mahnung nach Art. 496 Abs. 1 OR muss nach Eintritt der Fälligkeit erfolgen (CHRISTOPH M. PESTALOZZI, a.a.O., N. 7 zu Art. 496 OR). Ein beim Hauptschuldner auf sechs Wochen ordnungsgemäss gekündigtes Darlehen, das von einem Solidarbürgen gesichert wird, muss bei Ablauf der Kündigungsfrist beim Hauptschuldner nach Art. 496 Abs. 1 OR noch einmal speziell abgemahnt werden, bevor der Solidarbürge belangt werden kann (CHRISTOPH M. PESTALOZZI, a.a.O., N. 7 zu Art. 496 OR). Eine besondere Form für die Mahnung ist nicht vorgeschrieben (MARKUS VISCHER, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 496 OR). Die substantiierte, aus Beweisgründen vorzugsweise

schriftliche Mahnung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Gläubigers an den Schuldner, deren Unterlassung folgenreich sein kann (CHRISTOPH M. PESTALOZZI, a.a.O., N. 7 zu Art. 496 OR).

Eine erfolglose Mahnung der Hauptschuldnerin C___ AG vor Belangung des Solidarbürgen B___ ist somit ein Tatbestandselement des Anspruchsgrundlage bildenden Art. 496 Abs. 1 OR und deren Vorhandensein absolut zwingend. Unstrittig handelt es sich deshalb dabei um eine rechterzeugende Tatsache, wie dies die Vorinstanz in Erwägung 2.3.2 (S. 16) und 2.3.3 zutreffend ausgeführt hat.

2.2.2 Behauptungslast der Berufungsklägerin

Im vorliegenden Forderungsprozess gilt die Verhandlungsmaxime. Demzufolge haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_456/2015 vom 6. Juni 2016, in: Pra 106 [2017] Nr. 70 E. 4.1). Nach Art. 221 Abs. 1 ZPO hat die Klage unter anderem die erforderlichen Tatsachenbehauptungen (lit. d) sowie die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen (lit. e) zu enthalten. Die Tatsachenbehauptungen dienen der Begründung der Rechtsbegehren; sie stellen das Klagefundament dar (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 16 46 vom 28. September 2016 E. 4 b/bb). Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 16 46 vom 28. September 2016 E. 4 b/bb). Wesentlich ist, dass in der Klageschrift nirgends vorgebracht wird, es bestehe eine Sicherungsabrede bzw. diese umfasse auch die geltend gemachte Forderung. Das Bestehen einer solchen Sicherungsabrede würde eine Tatsachenbehauptung, mithin ein Vorbringen tatsächlicher Natur, darstellen (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 16 46 vom 28. September 2016 E. 4 d/cc). Insofern, als die Berufungsklägerin dies im Hinblick auf Bestehen und Umfang einer Sicherungsabrede unterlässt, kommt sie ihrer Behauptungs- und Substantiierungslast nicht nach (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 16 46 vom 28. September 2016 E. 4 d/cc). Eine Tatsachenbehauptung braucht nicht alle Einzelheiten zu enthalten; es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechender Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (Urteile des Bundesgerichts 4A_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 4.1 und 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.2). Stellvertretend für die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung ist

BGE 127 III 365 zu nennen, welcher auch in der Literatur mehrfach zitiert wird und der die Thematik der Behauptungslast dergestalt zusammenfasst, dass zunächst das materielle Recht bestimme, wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen dabei inhaltlich zu substantiieren seien, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden könnten (Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 16 43 vom 14. Juni 2016, in: CAN 2017 Nr. 4 S. 14).

Wie die Vorinstanz in Erwägung 2.3.2 zutreffend ausgeführt hat, trägt die Berufungsklägerin die Beweislast dafür, dass sie die C___ AG erfolglos gemahnt hat, bevor sie den Berufungsbeklagten als Solidarbürgen in Anspruch nahm.

Die Berufungsklägerin hat sich weder in der Klageschrift (act. B 4/36/1) noch in der Replik (act. B 4/36/20) zu der ihr obliegenden, zwingend einzuhaltenden Mahnpflicht geäußert. Insbesondere auf Seite 6 der Klageschrift wird dargelegt, wie es zur Kündigung der Darlehen kam und danach wird direkt zur Belangung des Berufungsbeklagten übergeleitet. Auf eine Mahnung oder eine Betreibung der Hauptschuldnerin wird mit keinem Wort eingegangen. Wie in vorstehender Erwägung 1.4 ausgeführt, reicht die Berufungsklägerin erstmals im Berufungsverfahren mit act. B 3/12+13 Dokumente ein, welche belegen, dass sie gegen die Hauptschuldnerin die Betreibung eingeleitet bzw. den ausstehenden Forderungsbetrag gemahnt hat. Wie in Erwägung 1.4 erwähnt wird, stehen deren Berücksichtigung im vorliegenden Verfahren jedoch die Novenverbote nach Art. 229 ZPO und Art. 317 Abs. 1 ZPO entgegen, wäre der Berufungsklägerin doch mit der zu erwartenden Sorgfalt die Einreichung bereits in der erstinstanzlichen Klageschrift möglich gewesen.

Was die als gerichtsnotorische Tatsache zu betrachtende Klagebewilligung gegen die C___ AG vom 15. Januar 2015 anbelangt (vgl. Erwägung 1.4), ist darauf hinzuweisen, dass Mahnung und Klageeinleitung nicht gleichgesetzt werden können, weil eine Mahnung Voraussetzung für die Entstehung des Anspruches gegen den Solidarbürgen ist. Die Mahnung ist deshalb zwingend ein eigener Akt, der von der Durchsetzung des Anspruches zu unterscheiden ist. Aus der Klagebewilligung kann die Berufungsklägerin daher nichts ableiten. Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgen könnte und die Klagebewilligung als Mahnung im Sinne von Art. 496 Ab. 1 OR qualifizieren würde, würde dies an der Beurteilung nichts ändern. Die Belangung des Solidarbürgen durch die A___ AG fand mehrere Monate vor Ausstellung der Klagebewilligung gegen die Hauptschuldnerin statt. So

forderte die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten bereits am 31. Juli 2014 zur Bezahlung des Bürgschaftsbetrages von CHF 200'000.00 auf (act. B 4/36/4/10) und der Zahlungsbefehl gegen ihn wurde am 17. November 2014 zugestellt (act. B 4/36/4/11).

2.2.3 Kann die Mahnung durch die direkte Belangung des Hauptschuldners ersetzt werden?

Einzugehen ist sodann auf den Hinweis der Berufungsklägerin auf folgendes Zitat aus dem Berner Kommentar (SILVIO GIOVANOLI, in: Berner Kommentar, 2. Aufl. 1978, N. 21a zu Art. 496 OR): „Selbstverständlich kann die Mahnung in der Regel durch direkte Belangung des Hauptschuldners ersetzt werden, sofern diese zweckentsprechend erfolgt.“ Zu beachten ist, dass der Berufungsklägerin am 15. Januar 2015 die Klagebewilligung gegen die Hauptschuldnerin ausgestellt wurde. Was sind die Auswirkungen? Das Obergericht hält an der vorstehend geäusserten Auffassung fest, dass Mahnung und Klageeinleitung im vorliegenden Kontext nicht gleichzusetzen sind und folglich die erforderliche Mahnung auch nicht durch die Klageeinleitung ersetzt werden kann. Wie ebenfalls dargelegt, ändert die fragliche Literaturstelle jedoch im Ergebnis an der Beurteilung nichts, da die Gläubigerin den Solidarschuldner unbestritten bereits vor Klageeinleitung gegen die Hauptschuldnerin in die Pflicht genommen hat und aufgrund der Aktenlage eine vorgängige Mahnung der Hauptschuldnerin nicht nachgewiesen ist.

Abschliessend ist auf KURT HAEFELI hinzuweisen, wonach dem Bürgen gegenüber dem Gläubiger alle Einwendungen und Einreden zustehen, die dem Hauptschuldner zustehen. Der Bürge kann beispielsweise geltend machen, dass die Hauptschuld nicht entstanden, nicht fällig, untergegangen oder nicht klagbar ist (in: Abegg/Geissbühler/Haefeli/Huggenberger [Hrsg.], Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 3. Aufl. 2012, S. 274). Der Solidarbürge kann die Einrede der fehlenden Mahnung des Hauptschuldners erheben (KURT HAEFELI, a.a.O., S. 275). Zwar wird hier von „Einrede“ gesprochen, nach Ansicht des Obergerichts handelt es sich aber nicht um eine „technische“ Einrede, wie beispielsweise die Einrede der Verjährung. Vorliegend gehört, wie vorstehend aufgezeigt, die Mahnung zum Klagefundament, welches dem Gericht bereits im Behauptungsstadium zu unterbreiten ist. Dabei steht es dem Beklagten frei, „einredeweise“ geltend zu machen, die erforderliche Mahnung fehle. Mit anderen Worten bestreitet der Beklagte damit das Vorliegen des Klagefundamentes. Und wenn es an einem hinreichenden Sachvorbringen fehlt, bleibt auch der Beweis aus (Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 16 43 vom 14. Juni 2016, in: CAN

2017 Nr. 4 S. 14). Eine „Einrede“ ist diesfalls nicht erforderlich, „schadet“ aber auch nicht.

2.2.4 Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Berufungsklägerin das Vorhandensein der „erfolglosen Mahnung“ im Sinne von Art. 496 Abs. 1 OR nicht rechtsgenügend behauptet hat. Die Berufung ist daher vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Kantonsgerichts vom 15. November 2016 zu bestätigen.

3. Prozesskosten

3.1 Erstinstanzliche Gerichtskosten und Parteientschädigungen

Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht hat keine neue Entscheidung getroffen, sondern das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 15. November 2016 bestätigt (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Somit kann es bei den im erstinstanzlichen Urteil in den Ziffern 2 und 3 getroffenen Regelungen der Prozesskosten bleiben.

3.2 Gerichtskosten im Berufungsverfahren

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss hat die vor Obergericht vollumfänglich unterliegende Berufungsklägerin die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Gerichtsgebühr von CHF 7'500.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3). Der von der Berufungsklägerin geleistete Kostenvorschuss von CHF 7'500.00 wird mit der festgesetzten Gerichtsgebühr in dieser Höhe verrechnet.

3.3 Parteientschädigungen im Berufungsverfahren

Unter Hinweis auf vorstehende Erw. 3.2 und Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Berufungsklägerin dem obsiegenden

Berufungsbeklagten den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten seiner berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) im zweitinstanzlichen Verfahren vollumfänglich zu bezahlen. Die Honorarnote von RA BB___ vom 2. Mai 2017 im Betrag von CHF 10'175.65, inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer (act. B 11), bedarf der Korrektur. Berechnungsgrundlage für ein Honorar in Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 20 Anwaltstarif (bGS 145.53) bildet das mittlere Honorar. Dieses macht bei einem Streitwert von CHF 200'000.00 gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. e Anwaltstarif CHF 15'700.00 aus. Gestützt auf Art. 20 lit. a Anwaltstarif beträgt das Honorar für das Rechtsmittelverfahren im schriftlichen Verfahren 20 bis 50 %. Als angemessen erachtet das Obergericht 40 %, was ausgehend vom mittleren Honorar von CHF 15'700.00 einem Betrag von CHF 6'280.00 entspricht. Hinzu kommen Barauslagen von CHF 4.20, was CHF 6'284.20 ergibt. Zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % bzw. CHF 502.75 resultiert ein Betrag von CHF 6'786.95. Folglich hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten für die Kosten seiner Rechtsvertretung im vorliegenden Verfahren in dieser Höhe zu entschädigen.

Das Obergericht erkennt:

1. Die Berufung wird unter Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 15. November 2016 (K2Z 15 12) vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 7'500.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'500.00.
3. Die Berufungsklägerin hat den Berufungsbeklagten für die Kosten seiner Rechtsvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 6'786.95 (inkl. Barauslagen und MWSt) zu entschädigen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 200'000.00.
5. Zustellung am 20. Februar 2018 an:
 - die Parteien über ihre Rechtsvertreter
 - Vorinstanz Verfahren Nr. K2Z 15 12

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. W. Kobler

B. Widmer, Fürsprecherin