

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Eine gegen diesen Entscheid vom Kläger und Berufungsbeklagten beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde hat dieses mit Entscheid vom 19. Juli 2016 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist (5A_436/2016).

Entscheid vom 26. Januar 2016

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin S. Rohner Oberrichter B. Oberholzer, Hp. Blaser, H. Zingg Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1Z 15 7
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin/ Beklagte	A___ GmbH vertreten durch: RA AA___
Berufungsbeklagter/ Kläger	B___ vertreten durch: RA BB___
Gegenstand	Grundpfandrecht

Rechtsbegehren

a) des Klägers, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass mit dem zwischen der Beklagten (als Grundeigentümerin) und dem Kläger (als Gläubiger) am 12. Februar 2009 abgeschlossenen Pfandvertrag über die Errichtung eines Grundpfandrechtes (Namen-Schuldbrief über CHF 500'000.00, lastend auf dem Grundstück Nr. XXX, C___) nicht ein Darlehen des Klägers an die Beklagte, sondern ein Darlehen des Klägers an die D___ AG in Liquidation sichergestellt wird.
2. Die Widerklage sei abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

im Berufungsverfahren:

1. Die Berufung vom 19. Juni 2015 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

b) der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Auf die Klage sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Klage abzuweisen.
3. Der Kläger/Widerbeklagte sei widerklageweise anzuweisen, der Beklagten/Widerklägerin das Original des Namen-Schuldbriefes Nr. 5347.3024/2009.46 vom 12. Februar 2009 innert spätestens 10 Tagen nach Rechtskrafteintritt unverseht herauszugeben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers/Widerbeklagten.

im Berufungsverfahren:

1. Ziff. 1, 3 und 4 des Urteils des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 20. Januar 2015 seien aufzuheben.
2. Auf die Klage von B___ sei nicht einzutreten.
3. Evtl. sei festzustellen, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Pfandvertrag vom 12. Februar 2009 über die Errichtung eines Grundpfandrechtes (Namen-Schuldbrief über CHF 500'000.00, lastend auf dem Grundstück Nr. XXX, C___) die Sicherstellung eines Darlehens des Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin bezweckt.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die D___ AG (mittlerweile gelöscht) führte die Disco „E___“ in der F___. Der Kläger und Berufungsbeklagte¹ B___ stellte der D___AG mehr als die Hälfte ihres Investitionsbedarfs in Form eines Darlehens zur Verfügung. Im Jahr 2009 zeigte sich, dass dieses Investitionskapital nicht ausreichte, weshalb der Kläger der D___AG mit Darlehensvertrag vom 13. Februar 2009 ein weiteres Darlehen über CHF 500'000.00 gewährte (act. B 5/3/8). Dieses Darlehen war an die Bedingung geknüpft, dass die D___AG B___ einen Schuldbrief über CHF 500'000.00 übergibt, lastend auf Parzelle Nr. XXX, C___, mit einem Vorgang von CHF 850'000.00, wovon per 31. Dezember 2008 mit CHF 650'000.00 belehnt. Am 12. Februar 2009 war ein Pfandvertrag über die Errichtung von Grundpfandrechten auf dem Grundbuchamt G___ abgeschlossen worden (act. B 5/3/7). Pfandobjekt ist die im Darlehensvertrag genannte Liegenschaft. Grundeigentümerin des belasteten Grundstücks ist die Beklagte und Berufungsklägerin². Die D___AG wird nicht erwähnt. Als zu sichernde Forderung wird ein Darlehen gegenüber der Grundeigentümerin (also der Beklagten) genannt. Nachdem die D___AG ihren Verbindlichkeiten aus den beiden Darlehensverträgen mit dem Kläger nicht mehr nachkam, kündigte dieser die Verträge. Er betrieb die D___AG und verlangte die Verwertung des Schuldbriefs (act. B 5/3/19 und B 5/3/20). Dagegen erhob die Beklagte, im Gegensatz zur D___AG, Rechtsvorschlag (a.a.O.). Der Kläger will nun gerichtlich feststellen lassen, dass der Pfandvertrag vom 12. Februar 2009 nicht ein Darlehen zwischen ihm und der Beklagten, sondern zwischen ihm und der D___AG sicherstellt. Die Beklagte bestreitet dies und ist der Ansicht, dass der Pfandvertrag die für die Darstellung des Klägers erforderlichen Vertragsmerkmale nicht enthält und diese folglich nicht öffentlich beurkundet wurden. Vor erster Instanz forderte sie widerklageweise die Herausgabe des Namensschuldbriefs.

B. Prozessgeschichte vor Kantonsgericht

Der Kläger stellte das Vermittlungsbegehren am 27. Mai 2013. Die Schlichtungsverhandlung fand am 2. Juli 2013 statt. Die Klagebewilligung wurde am

¹ Der Kläger und Berufungsbeklagte wird der Einfachheit halber im Folgenden weiter als Kläger bezeichnet.

² Die Beklagte und Berufungsklägerin wird der Einfachheit halber im Folgenden weiter als Beklagte bezeichnet.

gleichen Tag ausgestellt und dem Kläger übergeben (act. B 5/1). Dieser liess die Klage mit Eingabe vom 17. September 2013 beim Kantonsgericht einreichen (act. B 5/2). Die Klageantwort und Widerklageschrift datiert vom 20. Januar 2014 (act. B 5/8). In der Folge wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik und Widerklageantwort wurde am 2. April 2014 (act. B 5/13), die Duplik und Widerklagereplik am 25. August 2014 (act. B 5/19) und die Widerklageduplik am 29. September 2014 (act. B 5/22) eingereicht. Die Hauptverhandlung fand am 20. Januar 2015 statt (act. B 5/26). Das Urteil erging am gleichen Tag (act. B 5/31). Die Beklagte verlangte am 2. Februar 2015 rechtzeitig die Begründung des Urteils (act. B 5/34), weshalb dieses ausgefertigt wurde.

C. Urteil der Vorinstanz

Das Kantonsgericht, 2. Abteilung, hiess die Klage mit Urteil vom 20. Januar 2015 gut und stellte fest (act. B 3), dass mit dem zwischen der Beklagten und Widerklägerin (als Grundeigentümerin) und dem Kläger und Widerbeklagten (als Gläubiger) am 12. Februar 2009 abgeschlossenen Pfandvertrag über die Errichtung eines Grundpfandrechts (Namen-Schuldbrief über CHF 500'000.00, lastend auf dem Grundstück Nr. XXX, C___) nicht ein Darlehen des Klägers und Widerbeklagten an die Beklagte und Widerklägerin, sondern ein Darlehen des Klägers und Widerbeklagten an die D___ AG in Liquidation sichergestellt wird. Die Widerklage wurde abgewiesen. Die Gerichtskosten im Umfang von insgesamt CHF 18'400.00 wurden der Beklagten und Widerklägerin auferlegt, unter Verrechnung mit den vom Kläger und Widerbeklagten geleisteten Vorschüssen von CHF 12'400.00 (CHF 400.00 Kosten Schlichtungsverfahren und CHF 12'000.00 Kostenvorschuss). Weiter wurde die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten die Vorschüsse in Höhe von CHF 12'400.00 zu ersetzen und ihm eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 33'481.60 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) 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 fristgerecht verlangter schriftlicher Begründung liess die Beklagte gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 21. Mai 2015

erfolgt war (act. B 5/38), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. Juni 2015 (act. B 1) die Berufung erklären.

- b) Mit Verfügung vom 23. Juni 2014 (recte 23. Juni 2015; *Anm. der Unterzeichneten*) wurde die Beklagte verpflichtet, einen Vorschuss von CHF 18'000.00 zu leisten (act. B 4). Dieser ging am 9. Juli 2015 bei der Gerichtskasse ein (act. B 6).
- c) Die Berufungsantwort datiert vom 10. September 2015 (act. B 8).
- c) Mit Verfügung vom 14. September 2015 wurde den Parteien mitgeteilt, dass keine mündliche Verhandlung angeordnet werde und das Gericht den Fall demnächst aufgrund der Akten entscheide (act. B 9).
- d) Am 27. Oktober 2015 liess RA AA___ dem Obergericht seine Kostennote sowie diejenige von RA AAa___ vor erster Instanz zugehen (act. B 11 und B 12).

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

E. Entscheid des Obergerichts

Das Obergericht führte seine Beratung am 26. Januar 2016 durch und eröffnete sein Urteil den Parteien anschliessend im Dispositiv (act. B 13).

Erwägungen

I. Formelles

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens

Zunächst kann festgehalten werden, dass Ziffer 2 (Abweisung der Widerklage) des Urteils des Kantonsgerichts vom 20. Januar 2015 mangels Berufung in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 336 Abs. 1 ZPO).

2. Anwendbares Recht

Der zu beurteilende Pfandvertrag und der Namensschuldbrief wurden im Jahr 2009 errichtet. Per 1. Januar 2012 wurden die Art. 842 bis 874 ZGB (Schuldbrief) umfassend revidiert. Nach der Regel der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 SchlT ZGB sind für die Formvorschriften und die Auslegung des Vertragsinhalts die Regeln gemäss dem bei Vertragsschluss geltenden Recht anwendbar. Eine Umwandlung in einen Register-Schuldbrief (Art. 33b SchlT ZGB) hat nicht stattgefunden. Damit ist die im Jahr 2009 geltende Fassung des ZGB anwendbar (im Folgenden: aZGB).

3. Zuständigkeit

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

4. Rechtzeitigkeit der Berufung

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

5. Streitwert

Das Kantonsgericht hat sowohl den Streitwert für die Klage als auch denjenigen für die Widerklage auf CHF 500'000.00 beziffert und festgestellt, dass sich Klage und Widerklage vorliegend ausschliessen (act. B 3, E. 1.2, S. 5). Die Parteien haben sich zu dieser Thematik im Berufungsverfahren nicht geäußert.

Den entsprechenden Ausführungen kann das Obergericht sich vollumfänglich anschliessen und es kann somit auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Demzufolge ist auch im Berufungsverfahren von einem Streitwert von CHF 500'000.00 auszugehen.

6. Noven / Klageänderung

Der Kläger lässt vorbringen (act. B 8, S. 3), die Beklagte habe in der Berufungserklärung neu ein Eventualbegehren gestellt, was eine unzulässige Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO darstelle. Zudem seien die Behauptungen in Ziff. 26 und 27 der Berufungsschrift („die Parteien hätten im Pfandvertrag **bewusst** ein Darlehen an die Grundeigentümerin sicherstellen wollen“) neu und daher nicht zu hören.

Nach Art. 317 ZPO 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.

Eine Klageänderung ist nur noch zulässig, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 gegeben sind; und
- b. sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht.

Art. 227 Abs. 1 ZPO zufolge ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und:

- a. mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht; oder
- b. die Gegenpartei zustimmt.

Die Beklagte, die selbst Berufung erhoben hat, kann keine Klageänderung vornehmen, da gar keine von ihr erhobene Klage vorliegt, die geändert werden könnte³. Zudem würde eine Klageänderung gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO bedingen, dass diese einerseits die

³ PETER REETZ/SARAH HILBER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 74 zu Art. 317 ZPO.

Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt und andererseits auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht, die nach Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind⁴. Noven, zu welchen neue Tatsachenbehauptungen gehören, sind jedoch im Berufungsverfahren nur erlaubt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und auch bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Das Eventualbegehren stützt sich auf die erstmals mit der Berufung erhobene Tatsachenbehauptung, die Parteien hätten bewusst die Sicherstellung eines Darlehens an die Grundeigentümerin bezeichnet (act. B 1, N. 26, S. 8), während die Beklagte vor der Vorinstanz noch behauptete, sie wisse nicht, worauf die Ausgestaltung des Pfandvertrages zurückzuführen sei (act. B 5/8, Ziff. 5.4.1, S. 11).

Das Eventualbegehren beruht also auf einer neuen Tatsachenbehauptung, die bei sorgfältiger Prozessführung schon im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können. Wieso sie das Eventualbegehren erst jetzt stellt, legt die Berufungsklägerin nicht dar.

Zusammenfassend ist das in der Berufungserklärung neu gestellte Eventualbegehren nicht zulässig und darauf ist folglich nicht einzutreten. Irrtümlich fand die Beurteilung des Eventualbegehrens keinen Eingang ins Dispositiv. Dieses Versehen wird praxisgemäss in der schriftlichen Urteilsausfertigung korrigiert (Art. 334 ZPO).

7. Feststellungsklage

- 7.1 Das Kantonsgericht hat erwogen (act. B 3, E. 1.3.3, S. 6 f.), soweit die Beklagte sich auf Art. 153a SchKG berufe, sei darauf zu verweisen, dass der Gläubiger statt ein Rechtsöffnungsbegehrens zu stellen auch auf die Feststellung des Pfandrechts im ordentlichen Verfahren klagen könne. Die Beklagte könne daher aus dem Umstand, dass der Kläger nicht nach Art. 153a SchKG vorgegangen sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vorliegend gehe es um die Klärung eines Rechtsverhältnisses, an dem auch eine Dritte (D___AG in Liquidation) beteiligt sein solle. Der Kläger könne gestützt auf den Pfandvertrag und den Namensschuldbrief nicht auf das Grundpfand zugreifen, da kein Darlehensvertrag zwischen ihm und der Beklagten bestehe und es damit an der zu sichernden Forderung fehle. Ebenso wenig könne er auf die D___AG in Liquidation zurückgreifen, da diese mittlerweile gelöscht worden sei. Der Kläger könne das

⁴

PETER REETZ/SARAH HILBER, a.a.O., N. 86 f. zu Art. 317 ZPO.

Grundpfand nur verwerten lassen, wenn der Pfandvertrag das Darlehen von ihm an die D___AG in Liquidation zum Inhalt habe. Ohne die beantragte gerichtliche Feststellung könne der Kläger die Grundpfandverwertung nicht durchsetzen. Folglich bestehe eine Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers, die aufgrund des ursächlichen Darlehensvertrages mit einer Darlehenssumme von CHF 500'000.00 erheblich sei. Es sei ihm nicht zuzumuten, länger im Zustand der Rechtsunsicherheit zu verbleiben. Eine Leistungsklage gegenüber der Beklagten falle ausser Betracht, da nicht ersichtlich sei, welchen Inhalt bzw. welches Rechtsbegehren eine solche haben könnte. Dies gestehe auch die Beklagte ein. Soweit die Beklagte ausführe, dass eine Leistungsklage möglich gewesen wäre, indem das Grundbuchamt G___ zu einem Handeln anzuweisen gewesen wäre, reiche ein Verweis auf den Wortlaut von Art. 84 Abs. 1 ZPO, wonach die Leistung von der beklagten Partei zu verlangen sei. Die Feststellungsklage von B___ sei deshalb zulässig.

- 7.2 Die **Beklagte** liess in ihrer Berufungserklärung dagegen geltend machen (act. B 1, S. 4 ff.), die Vorinstanz bejahe die Zulässigkeit der Feststellungsklage und gehe unter anderem davon aus, dass eine Leistungsklage ausser Betracht falle. Dem könne nicht beigelegt werden. Mit dem Namen-Schuldbrief verfüge der Kläger über ein selbständiges und in einem Wertpapier öffentlichen Glaubens niedergelegtes Pfandrecht gegenüber der Beklagten in der Höhe von CHF 500'000.00. Dieses könne der Kläger grundsätzlich jederzeit gerichtlich geltend machen, wobei sich die Beklagte selbstverständlich weiterhin alle rechtlichen Einwände offen halte. Die vom Kläger aufgeworfene Auslegungsfrage des Pfandvertrages vom 12. Februar 2009 hätte ohne ersichtliche Rechtsnachteile im Rahmen einer entsprechenden Leistungsklage bzw. betreibungsrechtlichen Anerkennungs- oder Feststellungsklage im Sinne von Art. 153a SchKG beurteilt werden können. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die streitige Vertragsauslegung dem Gericht nicht auf dem ordentlichen Klageweg zur Beurteilung unterbreitet worden sei.

Auch prozessökonomische Gründe sprächen gegen ein solches Vorgehen. Mit dem Feststellungsurteil komme der Kläger noch nicht zu einem Vollstreckungstitel. Dazu müsste er einen zweiten Prozess anstrengen, wobei die Frage des Vertragsinhalts des Pfandvertrages vom 12. Februar 2009 für das dannzumal zuständige Gericht systemwidrig präjudiziert wäre. Ein solches aufwändiges zweistufiges Verfahren, mithin ein Doppelprozess, erscheine nicht nur als aufwändiger und kostspieliger prozessualer Leerlauf, sondern auch als übermässige Beanspruchung des Gerichts, dem kein rechtlich geschütztes Interesse der klagenden Partei gegenüberstehe. Ihm, RA AA___, sei kein Fall bekannt, in welchem eine Vertragsauslegung zum Gegenstand einer separaten Feststellungsklage gemacht worden sei.

Die weiteren Erwägungen der Vorinstanz zum Feststellungsinteresse seien ebenso erstaunlich wie falsch. Es sei nicht die Aufgabe des Gerichts, einer klagenden Partei, die offensichtlich keine rechtliche Handhabe gegen die ins Recht gefasste Person habe, über eine angeehrte Vertragsergänzung zum fehlenden Rechtstitel zu verhelfen. Der von der Vorinstanz aufgeführte Hinweis, wonach der Gläubiger anstelle eines Rechtsöffnungsbegehrens auch auf Feststellung des Pfandrechts im ordentlichen Verfahren klagen könne, führe insofern ins Leere, als dass vorliegend nicht auf Feststellung des Pfandrechts, sondern unzulässiger Weise auf Feststellung eines bestimmten Vertragsinhalts des dem Pfandrecht zugrundeliegenden Pfandvertrags geklagt worden sei. Indem die Vorinstanz trotz dieser Gründe auf die Feststellungsklage eingetreten sei, habe sie Art. 88 ZPO falsch angewendet.

Nur als Klammerbemerkung sei darauf hinzuweisen, dass sowohl die Feststellungsklage als auch das vorinstanzliche Feststellungsurteil einen rechtlich unmöglichen Inhalt habe. Der Pfandvertrag selbst stelle keine Forderung sicher. Der Pfandvertrag sei ein Rechtsgrundnachweis nach Art. 965 ZGB und begründe einen Anspruch auf Eintrag des Grundpfandrechts im Grundbuch. Die besicherte Forderung sei als solche nicht Gegenstand des Pfandvertrages. Indem das vorinstanzliche Urteil diese Grundsätze unberücksichtigt lasse, sei es bereits aus diesem Grunde aufzuheben.

Der **Kläger** liess ausführen (act. B 8, S. 4 ff.), die Vorinstanz habe die Zulässigkeit der Feststellungsklage zu Recht bejaht. Vorliegend gehe es einzig um die Frage, wie der dem Pfandrecht zugrunde liegende Pfandvertrag auszulegen sei - nach dem falschen, von den Parteien nicht gewollten Wortlaut oder nach dem von den Parteien tatsächlich beabsichtigten Inhalt. Solche Vertragsauslegungen seien typischerweise Gegenstand einer Feststellungsklage, wie die Vorinstanz in ihrem Urteil festhalte.

Eine von der Beklagten geforderte Leistungsklage scheitere daran, dass die Beklagte vorliegend gar nichts zu leisten bzw. keinen wie auch immer gearteten vertraglichen Zugeständnissen nachzukommen habe. Vielmehr habe sie bereits im Frühjahr 2009 alles getan, was für die Errichtung des Pfandrechts notwendig gewesen sei. Der einzige Makel bestehe darin, dass - aus welchen Gründen auch immer - im Pfandvertrag von einem Eigentümerpfandrecht anstatt, wie von den Parteien beabsichtigt, von einem Drittpfandrecht die Rede sei.

Art. 153a SchKG sei in casu irrelevant, da dieser als Ausnahmebestimmung (in Verbindung mit Art. 152 Abs. 2 SchKG) allein die Ausdehnung der Pfandhaft auf Miet- und Pachtzinse betreffe. Entsprechend beschlage die Feststellungsklage nach Art. 153a SchKG einzig die Einrede des Pfandeigentümers, dass sich das Pfandrecht nicht oder nur zum Teil auf die Miet- oder Pachtzinse erstrecken solle - eine Frage, die nicht Prozessgegenstand sei.

Ganz generell treffe den Gläubiger keine Pflicht, seine materiell-rechtliche Klage (hier Feststellung, wie der Vertrag auszulegen sei) gleichzeitig mit zwangsvollstreckungsrechtlichen Begehren (z.B. auf Beseitigung des Rechtsvorschlages) zu verbinden. Der Vorwurf der Beklagten, das vom Kläger gewählte Vorgehen sei prozessökonomisch unsinnig, sei schon deshalb nicht zu hören. Derartige Überlegungen seien für die Frage, ob ein Feststellungsinteresse gegeben sei oder nicht, nicht massgebend. Der Vorwurf greife auch deshalb zu kurz, weil es durchaus zweckmässig sei, zunächst über die Grundsatzfrage (Auslegung) zu befinden und sich erst später mit allfälligen zwangsvollstreckungsrechtlichen Einreden der Beklagten, die sie sich im vorinstanzlichen Verfahren und auch wieder in Ziff. 13 der Berufung vorbehalten habe, zu befassen. Komme hinzu, dass zwangsvollstreckungsrechtliche Einreden in einem materiell-rechtlichen Klageverfahren nicht beurteilt werden könnten, genauso wenig wie umgekehrt materiell-rechtliche Fragen in einem Vollstreckungsverfahren.

Mit ihrer Klammerbemerkung habe die Beklagte offenkundig versucht, Verwirrung zu stiften. Gegenstand des Pfandvertrages sei die Errichtung eines Grundpfandrechts (Namen-Schuldbrief), mit welchem eine Forderung gesichert werden solle. Im Pfandvertrag sei auf diese zu sichernde Forderung Bezug zu nehmen, da der Namen-Schuldbrief selbst die zu sichernde Forderung nicht nenne. Die Beklagte gebe die Lehrmeinung von Dürr bewusst verkürzt wieder, werde doch an der zitierten Stelle ausgeführt, dass der Grundpfandvertrag („dieser“) auf die besicherte Forderung („jene“) Bezug zu nehmen habe. Da der Pfandvertrag vom 12. Februar 2009 fälschlicherweise als zu sichernde Forderung ein Darlehen an die Grundeigentümerin nenne, sei gerichtlich festzustellen, dass mit dem Pfandvertrag nicht eine Forderung an die Grundeigentümerin, sondern an die D___AG sichergestellt werde. Dieser dem Urteil zugrunde liegende Wortlaut decke sich im Übrigen thematisch mit demjenigen im Pfandvertrag, demzufolge die Parteien fälschlicherweise die Sicherstellung eines Darlehens an die Grundeigentümerin vereinbart hätten.

- 7.3 Mit der Feststellungsklage verlangt die klagende Partei die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht (Art. 88 ZPO). Bei einer Feststellungsklage kann es auch um die inhaltliche Klarstellung eines Rechtes oder eines Vertrages gehen⁵. Eine Feststellungsklage ist ausserdem zulässig zur Klärung von

⁵ BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 88 ZPO.

Rechtsverhältnissen mit Dritten, sofern ein Feststellungsinteresse des Klägers gegenüber dem Beklagten besteht⁶.

Ein schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung einer Feststellungsklage besteht, wenn die Ungewissheit, die Unsicherheit oder die Gefährdung der Rechtsstellung des Klägers bejaht werden kann, die so stark ist, dass die Fortdauer dieser Rechtsungewissheit als unzumutbar erkannt wird, weil der Kläger dadurch in seinem Handeln und/oder seinen Entscheidungen behindert wird, was insbesondere von der Höhe der behaupteten Forderung im Verhältnis zum Vermögen des angeblichen Schuldners abhängt und die Rechtsungewissheit nicht auf andere Weise, insbesondere nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage behoben werden kann⁷. Kann das Feststellungsinteresse nicht in dieser Weise bejaht werden, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung und das Gericht hat ohne Prüfung der materiellen Rechtslage auf die Klage nicht einzutreten⁸.

7.4 Aus Sicht des **Obergerichtes** fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse an der Feststellungsklage, da die Rechtsungewissheit durch einen für die vorliegende Situation speziell vorgesehenen Rechtsweg behoben werden kann. Dies ist näher zu erläutern:

- Ein praktisches Feststellungsinteresse fehlt normalerweise beim Inhaber des Rechts, wenn diesem eine Leistungs-, Unterlassungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung steht, die sofort eingereicht werden kann und die es ihm erlauben würde, direkt die Beachtung seines Rechts oder die Erfüllung einer Forderung zu erwirken. In diesem Sinne ist die Feststellungsklage im Verhältnis zu einer Leistungsklage oder einer Gestaltungsklage subsidiär. Nur aussergewöhnliche Umstände können zur Bejahung eines Feststellungsinteresses führen, obwohl ein Vollstreckungsweg offen steht. Eine Streitsache muss nämlich grundsätzlich dem Richter auf dem zu diesem Zweck vorgesehenen Weg in ihrer Gesamtheit vorgelegt werden; der Gläubiger, der über eine Leistungsklage verfügt, kann jedenfalls nicht wählen, Rechtsfragen abzutrennen,

⁶ BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, a.a.O., N. 6 zu Art. 88 ZPO; PAUL OBERHAMMER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 88 ZPO.

⁷ BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, a.a.O., N. 7 zu Art. 88 ZPO; PAUL OBERHAMMER, a.a.O., N. 13, 15 und 17 zu Art. 88 ZPO; ALEXANDER R. MARKUS, Berner Kommentar, 2012, N. 15 zu Art. 88 ZPO.

⁸ ALEXANDER R. MARKUS, a.a.O., N. 3 zu Art. 88 ZPO; BALTHASAR BESSENICH/LUKAS BOPP, a.a.O., N. 8 zu Art. 88 ZPO; MARC WEBER, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2013, N. 17 zu Art. 88 ZPO.

um sie dem Richter auf dem Wege einer Feststellungsklage separat zu unterbreiten, wie wenn er um ein Rechtsgutachten ersuchen würde⁹.

Das Bundesgericht sieht für die vorliegende Konstellation die Klage auf Pfandverwertung gemäss Art. 151 ff. SchKG vor¹⁰. Durch Erheben eines Rechtsvorschlages wäre es der Beklagten zwar möglich, sowohl Bestand und Umfang der in Betreuung gesetzten Forderung als auch Bestand und Umfang des Pfandrechts selbst zu bestreiten. Im Umfang, in welchem dem betreibenden Gläubiger die Rechtsöffnung verweigert wird, wird er auf Anerkennung der Forderung oder Feststellung des Pfandes klagen können. Der Betreuungsweg erlaubt es somit offensichtlich, die Streitigkeit als Ganzes zu behandeln. Kommt hinzu, dass in einem Verfahren auf Pfandverwertung nebst dem Gläubiger und dem Schuldner auch der mitbetrie bene Grundpfandgläubiger involviert ist¹¹.

Der Kläger konnte daher nicht wählen und anstelle des vorgesehenen Verfahrenswegs die Frage des Inhalts der dem Grundpfandvertrag zugrundeliegenden Forderung abgetrennt und vorweg mittels Feststellungsklage beurteilen lassen.

- Das vom Kläger gewählte Vorgehen ist insofern unverständlich, als dieser im Juli 2012 ein Verfahren auf Verwertung des Grundpfandes eingeleitet hat (act. B 5/3/19 und 5/3/20). Dazu, wie dieses ausgegangen ist, hat der Kläger sich jedoch nicht geäußert und es wurde auch kein Beizug der entsprechenden Akten beantragt; im Recht liegt einzig die Stellungnahme der Beklagten zum Gesuch um provisorische Rechtsöffnung (act. B 5/3/21).

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Schuldner bei einer durch ein Drittpfand gesicherten Forderung auch dann auf Pfandverwertung zu betreiben ist, wenn - wie hier - über ihn der Konkurs eröffnet wurde. Bereits eingeleitete Betreibungen auf Drittpfandverwertung werden durch die Konkurseröffnung nicht eingestellt (Art. 206 Abs. 1 SchKG)¹². Selbst bei Fehlen des Schuldners, zum Beispiel

⁹ BGE 135 III 378 = Pra. 98 (2009) Nr. 138, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ BGE 135 III 378 = Pra. 98 (2009) Nr. 138, E. 2.3 und 2.5; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 33, Rz. 9 ff.

¹¹ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 33 Rz. 5 ff.

¹² CHRISTOPH KÄSER/KATHRIN HÄCKI, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 151 SchKG.

beim Untergang einer juristischen Person infolge Konkurses, ist die Betreuung auf Pfandverwertung ausschliesslich gegen den Pfandeigentümer zu richten¹³.

Der ordentliche Rechtsweg über das Pfandverwertungsverfahren bzw. die Klage auf Anerkennung der Forderung stünde dem Kläger aber auch heute noch offen, wenn das Rechtsöffnungsverfahren seinerzeit nicht weiter verfolgt worden sein sollte. Dazu müsste wohl eine neue Betreuung gegen die D___AG eingeleitet werden, da die Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG mittlerweile abgelaufen sein dürfte. Zudem müsste die D___AG wieder im Handelsregister eingetragen werden (vgl. Art. 164 Handelsregisterverordnung, SR 221.411)¹⁴.

- Nach Auffassung des Obergerichts hat das Bundesgericht die strengen Voraussetzungen für eine Feststellungsklage auch in einem neuesten Entscheid¹⁵ nicht gelockert. Dort wurde ausgeführt, dass die Feststellungsklage nicht schlechthin als der Leistungs- oder Gestaltungsklage nachgehend zu betrachten ist, so dass sie immer ausgeschlossen wäre, wenn auf Leistung oder Gestaltung geklagt werden kann. Vielmehr kann sich auch bei Möglichkeit der Leistungs- oder Gestaltungsklage ein selbständiges Interesse an einer gerichtlichen Feststellung ergeben. Eine solche selbständige Bedeutung wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausnahmsweise bejaht, wenn es darum geht, nicht nur die fällige Leistung zu erhalten, sondern die Gültigkeit des ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung feststellen zu lassen oder wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für den Kläger unzumutbar ist.

Dass die Gültigkeit eines Rechtsverhältnisses für dessen zukünftige Abwicklung festgestellt werden soll, wird vorliegend nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, geht es doch hier um die Feststellung des Inhaltes der einem Grundpfandvertrag zugrunde liegenden Forderung. Fragen könnte es sich dagegen, ob die Fortdauer der Ungewissheit des Inhaltes des Darlehensvertrages für den Kläger unzumutbar ist. Auch diesbezüglich finden sich in den Rechtsschriften des Klägers aber keine Ausführungen (act. B 5/3, B 5/13, B 5/27 sowie B 8).

¹³ PHILIPP KÄNZIG/MARC BERNHEIM, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl. 2010, N. 46 zu Art. 151 SchKG; Christoph KÄSER/KATHRIN HÄCKI, a.a.O.

¹⁴ DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl. 2012, N. 5 f. zu Art. 589 OR.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_280/2015 vom 20. Oktober 2015, E. 6.2.2 und 6.2.3.

Ein schutzwürdiges Interesse an der separaten bzw. vorgängigen Feststellung des Inhaltes des Pfandvertrages wurde in keiner Weise dargetan und ist mit Blick auf die oben erwähnten, dem Kläger offenstehenden Möglichkeiten auch nicht erkennbar.

7.5 Zuzufolge Fehlens eines Feststellungsinteresses ist auf die Klage somit nicht einzutreten.

Materielles

1. Auslegung und Beurkundung des Pfandvertrages vom 12. Februar 2009

Da das Obergericht die Berufung gutheisst und mangels Vorliegen eines Feststellungsinteresses auf die Klage nicht eintritt, erübrigen sich Ausführungen zum Materiellen, d.h. zur Auslegung und Beurkundung des Pfandvertrages vom 12. Februar 2009.

2. Kosten

2.1 Gerichtskosten

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

Während der Kläger vor dem Kantonsgericht mit seiner Feststellungsklage vollumfänglich obsiegt hat, ist das Obergericht auf diese nicht eingetreten. Somit hat der Kläger vor beiden Instanzen als unterliegend zu gelten. Dass die Abweisung der Widerklage durch das Kantonsgericht in Rechtskraft erwachsen ist, ändert daran nichts, da es bei der Beurteilung der Widerklage um einen völlig untergeordneten Punkt ging. Das Gleiche gilt für das neu in der Berufungserklärung der Beklagten gestellte Eventualbegehren, auf welches das Obergericht nicht eingetreten ist.

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Pauschale für das Schlichtungsverfahren und der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 ZPO). Die Entscheidgebühr bemisst sich im erstinstanzlichen Verfahren nach den Art. 17 und 20 Gebührenordnung (bGS 233.3). Die durch das Kantonsgericht festgesetzte Entscheidgebühr von CHF 18'000.00 ist angesichts des hohen Streitwerts und des doppelten Schriftenwechsels sowie der mündlichen Hauptverhandlung nicht zu beanstanden.

Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, die ausgangsgemäss vom Kläger zu tragen sind, belaufen sich unter Berücksichtigung der Kosten für das Schlichtungsverfahren also auf insgesamt CHF 18'400.00. Die Gerichtskosten sind mit den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen in Höhe von CHF 12'400.00 zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens in Höhe von CHF 10'000.00 (Art. 19 lit. b in Verbindung mit Art. 20 Gebührenordnung) hat ebenfalls der Kläger zu tragen, unter Anrechnung des von der Beklagten geleisteten Kostenvorschusses von CHF 18'000.00. Vom Restbetrag in Höhe von CHF 8'000.00 werden CHF 6'000.00 an die Unterdeckung der Gerichtskosten im erstinstanzlichen Verfahren angerechnet sowie CHF 2'000.00 der Beklagten zurückerstattet. Der Kläger wird verpflichtet der Beklagten den Betrag von CHF 16'000.00 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

2.2 Parteientschädigung

Die Parteientschädigung richtet sich nach denselben, bereits oben erwähnten Grundsätzen (Art. 95 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 106 und 107 ZPO).

RA AA___ macht für beide Instanzen eine Entschädigung von insgesamt CHF 36'315.95 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) geltend. Davon entfallen CHF 27'841.40 auf die Bemühungen von RA AAa___ vor dem Kantonsgericht und CHF 8'474.55 auf die eigenen Bemühungen im Berufungsverfahren. Die Kostennoten sind tarifgemäss (Art. 9 Abs. 1 und 2 lit. e in Verbindung mit Art. 20 lit. a Anwaltstarif, bGS 145.53) und der Kläger hat die Beklagte ausgangsgemäss mit diesem Totalbetrag zu entschädigen.

In Gutheissung der Berufung erkennt das Obergericht:

1. Es wird Vormerk genommen, dass das Urteil des Kantonsgerichtes Appenzell Ausserrhoden, 2. Abteilung, vom 20. Januar 2015 (K2Z 13 33)
 - in Dispositiv Ziffer 2 (Abweisung der Widerklage)mangels Berufung in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Auf die Feststellungsklage des Berufungsbeklagten und Klägers wird nicht eingetreten.
3. Auf das Eventualbegehren der Berufungsklägerin und Beklagten wird nicht eingetreten.
4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten im Betrag von CHF 18'400.00 werden dem Berufungsbeklagten und Kläger auferlegt, unter Anrechnung der von ihm geleisteten Vorschüsse von CHF 12'400.00 (Kosten Schlichtungsverfahren CHF 400.00 und Kostenvorschuss CHF 12'000.00).
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 10'000.00, werden dem Berufungsbeklagten und Kläger auferlegt, unter Anrechnung des von der Berufungsklägerin und Beklagten geleisteten Kostenvorschusses von CHF 18'000.00.

Vom Restbetrag von CHF 8'000.00 werden CHF 6'000.00 an die Unterdeckung der Gerichtskosten im erstinstanzlichen Verfahren angerechnet sowie CHF 2'000.00 der Berufungsklägerin und Beklagten durch die Gerichtskasse zurückerstattet. Der Berufungsbeklagte und Kläger wird verpflichtet der Berufungsklägerin und Beklagten den Betrag von CHF 16'000.00 zu ersetzen.
6. Der Berufungsbeklagte und Kläger hat die Berufungsklägerin und Beklagte für die Kosten ihrer Rechtsvertretung vor beiden Instanzen mit insgesamt CHF 36'316.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.
7. **Rechtsmittel:**

Gegen dieses Urteil steht innert einer Frist von **30 Tagen** seit Zustellung die Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 72-77 BGG, SR 173.110). Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

8. Zustellung am 6. Mai 2016 an:

- RA AA____, eingeschrieben
- RA BB____, eingeschrieben

Nach Rechtskraft an:

- Vorinstanz (K2Z 13 33)

Der Obergerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Barbara Schittli