

# **AR\_GERICHTE OG O1Z-15-7 vom 19. Juli 2016**

AR Gerichte, 2016-07-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar\\_gerichte\\_OG\\_O1Z-15-7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte_OG_O1Z-15-7)

FR: AR\_GERICHTE OG O1Z-15-7 du 19 juillet 2016

IT: AR\_GERICHTE OG O1Z-15-7 del 19 luglio 2016

## **Regeste**

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

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 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).

### **E. 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. Seite 15 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).

## **E. 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. Seite 16 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). Seite 17 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 Seite 18

### **E. 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).

### **E. 4**

**Rechtzeitigkeit der Berufung** Die Berufung wurde rechtzeitig erklärt (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Seite 6

### **E. 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.

### **E. 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 könnte<sup>3</sup>. 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. Seite 7 Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt und andererseits auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht, die nach Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind<sup>4</sup>. 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 praxismässig in der schriftlichen Urteilsausfertigung korrigiert (Art. 334 ZPO).

## **E. 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.

### **E. 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. Seite 8 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.

### **E. 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 beigepflichtet 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. betriebsrechtlichen 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. Seite 9 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 angebehrte 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 Pfandvertrages 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 Pfand Eigentümers, dass sich das Pfandrecht nicht oder nur zum Teil auf die Miet- oder Pachtzinse erstrecken solle - eine Frage, die nicht Prozessgegenstand sei. Seite 10 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 Grundpfandrechtes (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.

### **E. 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 gehen<sup>5</sup>. 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. Seite 11 Rechtsverhältnissen mit Dritten, sofern ein Feststellungsinteresse des Klägers gegenüber dem Beklagten besteht<sup>6</sup>. 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 kann<sup>7</sup>. 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 einzutreten<sup>8</sup>.

#### **E. 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.

#### **E. 7.5**

Zufolge 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

#### **E. 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. Seite 12 um sie dem Richter auf dem Wege einer Feststellungsklage separat zu unterbreiten, wie wenn er um ein Rechtsgutachten ersuchen würde<sup>9</sup>. Das Bundesgericht sieht für die vorliegende Konstellation die Klage auf Pfandverwertung gemäss Art. 151 ff. SchKG vor<sup>10</sup>. 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 mitbetriebene Grundpfandgläubiger involviert ist<sup>11</sup>. 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 Konkursöffnung nicht eingestellt (Art. 206 Abs. 1 SchKG)<sup>12</sup>. Selbst bei Fehlen des Schuldners, zum Beispiel

#### **E. 9**

Aufl. 2013, § 33 Rz. 5 ff. 12 CHRISTIOPH KÄSER/KATHRIN HÄCKI, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 151 SchKG. Seite 13 beim Untergang einer juristischen Person infolge Konkurses, ist die Betreibung auf Pfandverwertung ausschliesslich gegen den Pfand Eigentümer zu richten<sup>13</sup>. 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 Betreibung 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)<sup>14</sup>. - Nach Auffassung des Obergerichts hat das Bundesgericht die strengen Voraussetzungen für eine Feststellungsklage auch in einem neuesten Entscheid<sup>15</sup> 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).

#### **E. 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.

#### **E. 14**

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

**E. 15**

Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2015 vom 20. Oktober 2015, E. 6.2.2 und 6.2.3. Seite 14  
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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.