

GR_GERICHTE ZK1 2017 69 vom 26. September 2019

GR Gerichte, 2019-09-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2017_69

FR: GR_GERICHTE ZK1 2017 69 du 26 septembre 2019

IT: GR_GERICHTE ZK1 2017 69 del 26 settembre 2019

Regeste

Feststellung der Unzulässigkeit der Subrogation/Zustimmung zu Pfandänderung | Berufung ZGB Sachenrecht

Erwägungen

E. 1

Es sei festzustellen, dass die Beklagte 2 (Anmerkung des Verfassers: A._____) nicht berechtigt ist, als gesamthandschaftliche Drittpfandgeberin in diejenigen Darlehensschulden zu subrogieren, welche der Kläger als Schuldner gegenüber der D._____ oder einer anderen Bank hat, und die mittels Verpfändung der folgenden, im Gesamteigentum der Beklagten stehenden Grundstücke gesichert werden: L.-S.- Parzellen Nr. ____ (GBV ____)/ Nr. ____ (GBV ____)/ Nrn. _____, _____ Miteigentumsanteile an StWE-Grundstück Nr. ____ (al- le im Grundbuch der Gemeinde O.1____). 2.1. Die Beklagten seien unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verurteilen, ihre Zustimmung zu vertraglichen Änderungen der folgenden Grundpfandrechte zu erteilen: - Grundpfandrecht im 1. Rang über CHF 6'180'000, lastend als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr.____ (GBV ____) und Nr. ____ (GBV ____), beide im Grundbuch der Gemeinde O.1____; - Grundpfandrechte im 1. Rang über CHF 1'940'000 sowie im 2. Rang über CHF 700'000 beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nrn. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. ____ (alles im Grundbuch der Gemeinde O.1____). Die Zustimmung habe sich zu erstrecken auf: - die Aufteilung der nominellen Pfandsumme von CHF 6'180'000 auf zwei neu zu bestellende Inhaberschuldbriefe, lastend beide parallel im 1. Rang als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr. ____ (GBV ____) und Nr. ____ (GBV ____), Grundbuch der Gemeinde O.1____, mit den Pfandsummen von CHF 3'180'000 und CHF 3'000'000 und einem Maximalzinsfuss von je 10%. - die Bestellung eines Inhaberschuldbriefes über CHF 1'940'000, lastend im 1. Rang als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nrn. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE- Grundstück Nr. _____, mit einem Maximalzinsfuss von 10%. - die Bestellung eines Inhaberschuldbriefes über CHF 700'000, lastend im 2. Rang als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nrn. _____,

E. 1.1

Beim angefochtenen Entscheid, welcher offensichtlich eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von über CHF 10'000.00 (und auch CHF 30'000.00) zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Entscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids, beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der Entscheid des

Bezirksgerichts Plessur (nunmehr Regionalgericht Plessur) vom 13. Dezember 2016 wurde den Parteien am 20. April 2017 mitgeteilt und der Berufungsklägerin am 21. April 2017 zuge- stellt. Die Berufung vom 19. Mai 2017 erweist sich folglich als fristgerecht. Da das Rechtsmittel zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist darauf einzu- treten.

E. 1.2

Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Kognition der Berufungsinstanz ist damit umfassend. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsmittelinstanz sämtliche gerügten Mängel frei und unbe- schränkt prüfen kann und auch muss. Aufgrund der umfassenden Kognition ist die Berufungsinstanz nicht an die im Berufungsverfahren vorgebrachten Argumente der Parteien oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, weshalb sie Rü- gen mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen kann. Mit der Beru- fung als vollkommenes Rechtsmittel können sodann nicht nur die in Art. 310 ZPO explizit genannten Berufungsgründe der unrichtigen Rechtsanwendung und der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung gerügt werden; vielmehr kann auch die Un- angemessenheit des erstinstanzlichen Entscheids geltend gemacht werden (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 2016, N 6 zu Art. 310 ZPO). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet zu erfolgen. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet, aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Ent- scheid als fehlerhaft erachtet wird. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen genau bezeichnet, die er anführt, sich mit diesen argumentativ auseinandersetzt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; Urteile des Bundesgerichts 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.1; 4A_68/2016 vom 7. November 2016 E. 4.2).

E. 4

/ 36 _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE- Grundstück Nr. _____, mit einem Maximalzinsfuss von 10%. 2.2. Eventualiter sei die Zustimmung zu den unter Ziff. 2.1. genannten Ge- schäften mit der Auflage der Neuerung der gesicherten Darlehensfor- derung zu verbinden. 2.3. Subeventualiter seien die Beklagten unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verurteilen, jeweils auf erstes Verlangen und unabhängig von der Person des Gläubigers ihre Zustimmung zur Neubestellung bzw. Wiedererhöhung der Kapital-Grundpfandverschreibungen zu erteilen, wie sie im Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 zwischen Klä- ger und Beklagten bezeichnet werden, nämlich: - Kapital-Grundpfandverschreibung im 1. Rang über CHF 6'180'000 lastend als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr. _____ (GBV _____) und Nr. _____ (GBV _____) im Grundbuch der Gemeinde O.1_____, Maximalzinsfuss 10%; - Kapital-Grundpfandverschreibungen im 1. Rang über CHF 1'940'000 sowie im 2. Rang über CHF 700'000, beide lastend je als Gesamt- pfand auf den Grundstücken Nr. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____ (alles im Grundbuch der Gemeinde O.1_____), beide mit Maximalzinsfuss 10%. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten. B. Am 11. November 2015 machte A._____ in gleicher Angelegenheit ihrer- seits eine Klage gegen B._____ und die D._____ anhängig (Verfahren Nr. 115- 2015-52). Der diesbezüglich ergangene Entscheid vom 13. Dezember 2016 (Ver- fahren Nr. 115-2015-52) zog sie ebenfalls ans Kantonsgericht von

Graubünden weiter (ZK1 17 70). C. Mit Eingabe vom 13. November 2015 anerkannte C._____ den in der Klage- schrift (Verfahren Nr. 115-2015-45) geschilderten Sachverhalt. D. In ihrer Klageantwort vom 20. November 2015 liess A._____, vertreten durch Dr. iur. René Locher, das Folgende beantragen: 1. Es sei auf das Begehren des Klägers betreffend Feststellung der Un- zulässigkeit der Subrogation (klägerisches Rechtsbegehren Ziff. 1) nicht einzutreten; eventualiter sei dieses Begehren abzuweisen. 2. Es seien die Begehren des Klägers auf Zustimmung der Beklagten zu Pfandänderungen, eventualiter auf Neubestellung von Grundpfandver- schreibungen (klägerisches Rechtsbegehren Ziff. 2.1 – 2.3) bis zum

E. 4.1

Die Vorinstanz stellte einleitend fest, dass der Berufungsbeklagte 1 seinen beiden Kindern, der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten 2, mit Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 die Liegenschaften "F._____" und "_____" zu Gesamteigentum geschenkt habe. Gemäss Vertrag sollten die Beru- fungsklägerin und der Berufungsbeklagte 2 eine einfache Gesellschaft bzw. mit

E. 4.2

Sodann prüfte die Vorinstanz, ob die Parteien mit Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 die Subrogationsmöglichkeit der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten 2 wegbedungen hätten. Ausgehend vom Vertragswortlaut gelangte sie dabei zum Schluss, dass die Parteien dem Berufungsbeklagten 1 maximale Freiheit betreffend Finanzierung und Geschäftstätigkeit belassen woll- ten. So seien ihm Freiheiten und Spielräume betreffend die Rückzahlung und Wiederaufnahme von Hypotheken gewährt worden. Diese Absicht zeige sich auch ohne entsprechende explizite Absichtserklärung im Vertragstext, worin selbst für den Fall der gänzlichen oder teilweisen Tilgung weder die Pfandstellen gelöscht werden sollten und er neue Bankdarlehen eingehen könne. Sodann werde festge- halten, dass der Berufungsbeklagte 1 frei sei, die Grundpfandschulden bis zum

E. 5

/ 36 Entscheid des Bezirksgerichts Plessur im Verfahren zwischen der Be- klagten und der D._____ betr. Subrogation (Proz. Nr. 115-2015-52) zu sistieren; eventualiter seien die klägerischen Rechtsbegehren Ziffn. 2.1 – 2.3 abzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers. E. Im zweiten Schriftenwechsel sowie anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Dezember 2016 haben die Parteien ihre Rechtsbegehren bestätigt. F. Mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 (Proz. Nr. 115-2015-45), mitgeteilt am 20. April 2017, erkannte das Bezirksgericht Plessur was folgt: 1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte A._____ nicht berechtigt ist, als gesamthandschaftliche Drittpfandgeberin in diejenige Darlehensschuld zu subrogieren, welche der Kläger als Schuldner gegenüber der D._____ oder einer anderen Bank hat, und die mittels Verpfändung der folgenden, im Gesamteigentum der Beklagten stehenden Grunds- tücke gesichert werden: L.-S.-Parzellen Nr. _____ (GBV _____) / Nr. _____ (GBV _____) Nr. _____, _____ Miteigentumsanteile an StWE- Grundstück Nr. _____ (alle im Grundbuch der Gemeinde O.1_____). 2. Die Beklagten seien unter Strafdrohung von Art. 292 StGB, wonach derjenige, der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn er- lassenen Verfügung nicht Folge leistet, mit Busse bestraft werden kann, zu verurteilen, ihre Zustimmung zu vertraglichen Änderungen der folgenden Grundpfandrechte zu erteilen: - Grundpfandrecht

im 1. Rang über CHF 6'180'000.00, lastend als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr. _____ (GBV _____) und Nr. _____ (GBV _____) im Grundbuch der Gemeinde O.1 _____; - Grundpfandrechte im 1. Rang über CHF 1'940'000.00 sowie im 2. Rang über CHF 700'000.00 beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nr. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____. Die Zustimmung hat sich zu erstrecken auf: - die Aufteilung der nominellen Pfandsummen von CHF 6'180'000.00 auf zwei neu zu bestellende Inhaberschuldbriefe, lastend beide parallel im 1. Rang als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr. _____ (GBV _____) und Nr. _____ (GBV _____) im Grundbuch der Gemeinde O.1 _____, mit den Pfandsummen von CHF 3'180'000.00 und CHF 300'000.00 [sic!] und einem Maximalzinsfuss von je 10%.

E. 5.1

Die Berufungsklägerin moniert die vorinstanzliche Vertragsauslegung. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass der wirklich übereinstimmende Wille der Parteien nicht habe ermittelt werden können. Daher habe sie sich auf den mutmasslichen Willen, welcher nach dem Vertrauensprinzip aufgrund aller Umstände des Vertragsabschlusses zu ermitteln sei, abgestützt. Im Wesentlichen habe die

E. 5.2

Der Berufungsbeklagte 1 weist im Wesentlichen auf die seiner Ansicht nach zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen hin, wonach die Parteien ihm zur Beibehaltung seiner Geschäftstätigkeit grösstmögliche Finanzierungsfreiheiten überlassen hätten, womit sich eine Subrogationsmöglichkeit nicht verbinden lasse (act. A.2, S. 15, Ziff. 35.). Entgegen dem berufungsklägerischen Vorbringen sei die Person des Gläubigers bzw. der Gläubigerbank für ihn wichtig. Die Dauer des Darlehensverhältnisses sei für Banken von entscheidender Bedeutung. Müsse eine Bank jederzeit befürchten, dass eine Drittperson in die Forderung subrogiert, störe dies die Planbarkeit. Hypothekarverhältnisse zwischen Banken und Privatschuldnern seien auf längere Zeit ausgerichtet. So sei die D. _____ seit Jahrzehnten seine Vertrauensbank gewesen. Es sei notorisch, dass im Hypothekargeschäft mit Banken auf eine Verlängerung des auslaufenden Darlehens vertraut werden könne. Demgegenüber verhalte sich die Berufungsklägerin nicht wie eine Hypothekarbank. Diese hätte als Gläubigerin nicht nur kein Interesse an einer Verlängerung der Darlehen, da sie ihr Geld nicht im Bankgeschäft verdiene. Vielmehr habe sie sogar ausdrücklich erklärt, wegen angeblicher Überbelehnung die Rückzahlung mittels Subrogation erzielen zu wollen. Die fehlende Verlängerung des Darlehens führe zu einem stark vergrösserten Risiko der Pfandverwertung, was wiederum zu einer Veränderung der Eigentumsverhältnisse führe und aufgrund des Doppelaufbaus auch in einem Entzug der Nutzniessung des Berufungsbeklagten 1 und dessen Ehefrau enden könne. Auch verlöre die einfache Gesellschaft unter den Geschwistern ihren Zweck (vgl. act. A.2, S. 13, Ziff. 31 ff.). Eine Drittbankfinanzierung sei derzeit nicht möglich, weil es vorliegend (noch) um ein mittels Grundpfandverschreibung gesichertes Darlehen gehe. Auch verkenne die Berufungsklägerin, dass bereits die drohende Subrogation Banken verscheuchen würde, dies umso

E. 6

/ 36 - die Bestellung eines Inhaberschuldbriefes über CHF 1'940'000.00, lastend im 1. Rang als Gesamtpfand auf den Grundstücke Nr. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück, Nr. _____, mit einem Maximalzinsfuss von

10%. - die Bestellung eines Inhaberschuldbriefes über CHF 700'000.00, lastend im 2. Rang als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nr. _____, 73704 sowie den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____, mit einem Maximalzinsfuss von 10%. 3. a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 30'530.00 (Entscheidgebühren CHF 30'000.00, Pauschale Schlichtungsverfahren CHF 500.00, Kosten der Beweisführung CHF 30.00) gehen zu Lasten von A. _____ und werden mit den geleisteten Vorschüssen in Höhe von CHF 30'650.00 verrechnet. B. _____ werden CHF 120.00 durch das Gericht zurückerstattet, sobald der vorliegende Entscheid vollstreckbar geworden ist. b) A. _____ hat B. _____ eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 20'429.25 (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu bezahlen und die geleisteten Vorschüsse in Höhe von CHF 30'560.00 zu ersetzen. 4. (Rechtsmittel) 5. (Mitteilung) G. Gegen diesen Entscheid liess A. _____ (nachfolgend Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 19. Mai 2017 Berufung ans Kantonsgericht von Graubünden erheben, mit den Anträgen: 1. Es sei die Berufung gutzuheissen und 2. das Begehren des Berufungsbeklagten 1 (B. _____, Anmerkung des Verfassers) auf Feststellung der Unzulässigkeit der Subrogation (gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 vom 8. Oktober 2015) sowie das Begehren des Berufungsbeklagten 1 auf Zustimmung der Berufungsklägerin zu Pfandänderungen, eventualiter auf Neubestellung von Grundpfandverschreibungen (gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2.1 – 2.3 vom 8. Oktober 2015) abzuweisen; 3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsbeklagten 1 und 2 (C. _____, Anmerkung des Verfassers). H. Mit Schreiben vom 21. Juni 2017 wiederholte C. _____ (nachfolgend Berufungsbeklagter 2) gegenüber dem Vorsitzenden der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden seine Klageanerkennung und teilte seinen Verzicht auf die Teilnahme am Berufungsverfahren mit.

E. 6.1

In casu streiten sich die Parteien über die Bedeutung der folgenden Passage in dem Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 (vgl. vorinstanzliches act. 2/1, S. 2 f., Ziff. I): Die Beschenkten und Nutzniessungsbelasteten sind damit einverstanden, dass die Kapitalhypotheken mit den heutigen Pfandsummenhöhen [...] beibehalten und somit selbst im Falle der gänzlichen oder teilweisen Tilgung weder ganz noch teilweise gelöscht werden. Sie erklären sich ferner damit einverstanden, dass die Kapitalgrundpfandverschreibungen im Falle ihrer Umwandlung in Inhaberschuldbriefe bei vollständiger Tilgung den Nutzniessern ausgeliefert und als Sicherheit für neue Bankdarlehen verwendet werden. Für den Fall der gänzlichen Tilgung der Grundpfandschulden durch die Nutzniesser erteilen die Beschenkten durch Unterzeichnung dieses Vertrages ihre Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden auf den nominalen Betrag der Kapitalgrundpfandverschreibung bzw. verpflichten sich, die entsprechende Zustimmung auf erstes Verlangen zu erteilen. Anhand dieses Textteils gilt es zu prüfen, ob die Parteien auf die Möglichkeit zur Subrogation gemäss Art. 827 ZGB bzw. Art. 110 OR verzichtet haben.

E. 6.2

Zunächst bedarf es allgemeiner Ausführungen zur strittigen Subrogation. Obschon die Vorinstanz einleitend festhält, dass die Subrogation sowohl allgemein in Art. 110 OR und speziell für Grundpfandrechte in Art. 827 ZGB geregelt sei, geht sie auf die mögliche Unterscheidung nicht weiter ein. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Bei Art. 827 ZGB handelt es sich lediglich um einen Anwendungsfall von Art. 110 Ziff. 1 OR (Urteil des Bundesgerichts 4C.15/2004 vom 12. Mai 2004 E. 5.1.). Daran ändert auch nichts, dass

in Art. 827 Abs. 1 ZGB explizit ausgeführt wird, dass die Intervention voraussetzt, dass der Schuldner "zur Tilgung der Forderung befugt ist". Denn was in Art. 827 ZGB ausdrücklich so gesagt wird, ist in Art. 110 OR als selbstverständlich unterstellt (Alfred Koller, Schweizerisches OR AT, 4. Auflage, Bern 2017, N 36.19). Eine Unterscheidung zwischen den Bestimmungen zu treffen, erübrigt sich folglich (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BZ.2005.71 vom 13. März 2006 E. 3.b). Die Legalsubrogation ist der gesetzliche Übergang der Gläubigerstellung auf einen Dritten, der den Altgläubiger gestützt auf ein eigenes (Art. 110 Ziff. 1 OR) oder ein

E. 6.3

Das Zustandekommen des Schenkungsvertrages ist nicht strittig, vielmehr liegt ein reiner Auslegungstreit vor, weshalb der Vertragstext (vgl. E. 6.1.) auszu- legen ist. Die Vorinstanz gab diesbezüglich korrekt die relevanten Auslegungs- elemente wieder (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.b. ff.). So ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Partei- en erforderlich (ausdrücklich oder stillschweigend; vgl. Art. 1 OR). Primäres Ziel der gerichtlichen Vertragsauslegung ist die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien (subjektive Auslegung). Lässt sich der überein- stimmende wirkliche Wille ermitteln, bestimmt sich der Vertragsinhalt ausschliess- lich danach, was sich bereits aus Art 18 Abs. 1 OR ergibt, welcher als allgemeiner

E. 6.4

Vorab ist klarzustellen, dass die Vorinstanz entgegen dem Vorbringen der Berufungsklägerin den Vertragstext subjektiv und nicht objektiviert (normativ) aus- legte. Dabei ist sie zweistufig vorgegangen, indem sie in einem ersten Schritt ge- stützt auf den Wortlaut des Vertragstextes den Willen ermittelte, dass die Ver- tragsparteien dem Berufungsbeklagten 1 eine maximale Freiheit betreffend die Finanzierung und Geschäftstätigkeit einzuräumen beabsichtigten. Eine solche Ab- sicht lasse sich direkt aus dem Vertragstext entnehmen, wenn darin festgehalten werde, "selbst im Falle der gänzlichen oder teilweisen Tilgung weder ganz noch teilweise gelöscht werden". Die Parteien hätten den Willen gehabt, dem Beru- fungsbeklagten 1 die Möglichkeit zu geben, die Finanzierung der Liegenschaften frei zu ändern bzw. anzupassen. Sodann hielt die Vorinstanz fest, dass sich ein mögliches Subrogationsverbot nicht aus einer rein grammatikalischen Auslegung ergeben würde, sodass die weiteren bzw. ergänzenden Auslegungsmittel beizu- ziehen seien. Dabei ermittelte sie jedoch wiederum, diesmal jedoch in Berücksich- tigung der Entstehungsgeschichte des Vertrages, der Begleitumstände sowie des Vertragszweckes, den wirklichen Willen der Vertragsparteien. Dass sich dieser Wille auf Subrogationsverzicht aus weiteren Indizien ergibt und sich nicht unmit- telbar auf den Wortlaut stützen kann, charakterisiert die Auslegung nicht als objek- tivierte Auslegung.

E. 7

/ 36 I. Mit Berufungsantwort vom 22. Juni 2017 liess B._____ (nachfolgend Beru- fungsbeklagter 1), vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Eva Druey Just, das Folgende beantragen: 1. Die Berufung sei abzuweisen 2. Eventualiter, sollte die Berufung teilweise gutgeheissen und Ziff. 2 des Dispositives des angefochtenen Entscheides durch das Kantonsge- richt aufgehoben werden, sei das vorinstanzliche Eventualbegehren Nr. 2.3 des Berufungsbeklagten 1 gutzuheissen. Dieses lautet wie folgt: 2.1 Eventualiter seien die

Beklagten (=die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte 2) unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verurteilen, jeweils auf erstes Verlangen und unabhängig von der Person des Gläubigers ihre Zustimmung zur Neubestellung bzw. Wiedererhöhung der Kapital-Grundpfandverschreibungen zu erteilen, wie sie im Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 zwischen Kläger und Beklagten bezeichnet werden, nämlich: - Kapital-Grundpfandverschreibung im 1. Rang über CHF 6'180'000, lastend als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr. _____ (GBV _____) und Nr. _____ (GBV _____) im Grundbuch der Gemeinde O.1_____, Maximalzinsfuss 10%; - Kapital-Grundpfandverschreibungen im 1. Rang über CHF 1'940'000 sowie im 2. Rang über CHF 700'000, beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nrn. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____ (alles im Grundbuch der Gemeinde O.1_____), beide mit Maximalzinsfuss 10%. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin. J. Mit Verfügung vom 24. Mai 2017 forderte der Vorsitzende der I. Zivilkammer die Berufungsklägerin zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von CHF 20'000.00 bis zum 15. Juni 2017 auf, dessen Eingang innert Frist verzeichnet wurde. K. Auf die weiteren Ausführungen in den Akten, im angefochtenen Entscheid und in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen

E. 7.1

wurde der Zweck des Schenkungsvertrages dahingehend ermittelt, als dem Berufungsbeklagten 1 eine möglichst umfassende Finanzierungs- und Geschäftsfreiheit eingeräumt werden sollte. Dieser verfolgte Zweck lässt bei einer ganzheitlichen Betrachtung des Vertragsgefüges (vgl. zum systematischen Element der Auslegung auch die Urteile des Bundesgerichts 4A_220/2013 vom 30. September 2013 E. 4.4.5.; 4A_71/2012 vom 27. November 2012 E. 5.1.) unweigerlich nur den

E. 7.3

Angesichts der ermittelten Indizien (Vertragszweck, Begleitumstände und Entstehungsgeschichte; vgl. E. 7.1. und E. 7.2.2. ff.) ist der vorinstanzliche Schluss eines Subrogationsverbotes nachvollziehbar, lässt sich die Subrogation doch insbesondere mit dem Vertragszweck (umfassende Finanzierungsfreiheit sowie Geschäftsfreiheit und aufgeschobener tatsächlicher Vermögensaufteilung) nur schwer vereinbaren. Dennoch geht die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens insoweit fehl, als die Vorinstanz einen umfassenden Subrogationsverzicht erkennen möchte. Dieser Schluss lässt nämlich unberücksichtigt, dass in casu zwei mögliche Interventionsausgangslagen unterschieden werden können. Ohne weiteres lässt sich aus dem Vertrag ein Subrogationsverzicht für die Konstellation eruieren, solange der Berufungsbeklagte 1 in guten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt. In dieser Konstellation kann sich dieser nach wie vor frei seiner Finanzierung widmen und seiner Geschäftstätigkeit nachgehen. Ein konkretes Interventionsinteresse, begründet durch den drohenden Eigentumsverlust, besteht nicht. Es wurde dargetan, dass die jederzeitige bei Erfüllbarkeit der Forderung bestehende Interventionsmöglichkeit mit Subrogationswirkung das Vertragsgefüge

E. 8

/ 36

E. 8.1

Nachdem feststeht, dass mit Schenkungsvertrag auf die Möglichkeit zur Subrogation solange verzichtet wurde, bis ein Zahlungsbefehl der Pfandgläubigerin bzw. des Pfandgläubigers zugestellt wurde, bliebe entsprechend dem klägerischen Rechtsbegehren Ziffer 1 noch zu prüfen, ob in grundsätzlicher Hinsicht

E. 8.2

Vorliegend ist eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO zu beurteilen. Die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts oder Rechtsverhältnisses wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zugelassen, wenn die klagende Partei an der sofortigen gerichtlichen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges (tatsächliches oder rechtliches) Interesse hat. Dies wird insbesondere dann bejaht, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind, die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung beseitigt werden kann und die Fortdauer dieser Ungewissheit der klagenden Partei nicht mehr zugemutet werden darf, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit behindert. Bei negativen Feststellungsklagen ist auch das Interesse der beklagten Partei zu berücksichtigen. Diese soll in der Regel den Zeitpunkt, in dem sie ihre Forderung gerichtlich geltend machen will, selber wählen können und nicht ohne weiteres durch ein klägerisches Begehren auf Feststellung, dass eine Forderung nicht bestehe, zu vor- und für sie vielleicht unzeitiger Prozessführung gezwungen werden. In derartigen Fällen sind die beidseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen (BGE 136 III 523 E. 5; 131 III 319 E. 3.5; 120 II 20 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4C.192/2004 vom 11. August 2004 E. 2.1; vgl. Daniel Füllemann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2016, N 7 ff. zu Art. 88 ZPO). Gleich wie das Rechtsschutzinteresse hat folglich auch das Feststellungsinteresse aktuell zu sein (vgl. BGE 122 II 279 E. 3.a). Kann das Feststellungsinteresse nicht in dieser Weise bejaht werden, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung (Art. 59 abs. 2 lit. a ZPO) und das Gericht hat ohne Prüfung der materiellen Rechtslage auf die Klage nicht einzutreten.

E. 8.3

Hinsichtlich des geltend gemachten schutzwürdigen Interesses hat die Vorinstanz dieses bejaht, weil der Berufungsbeklagte 1 über ein ausgewiesenes Interesse an der Klärung der bestehenden Sachlage, mithin der Frage, ob die Berufungsklägerin zur Subrogation berechtigt sei, verfüge. So sei mit Blick für die Zukunft endgültig und in allgemeiner Form unabhängig von den Spezifitäten des Einzelfalles zu klären, ob eine Subrogation möglich sei oder nicht. Für den Beru-

E. 8.4

Vor dem Hintergrund des Gesagten erweist sich die Berufung insofern als begründet, als vertraglich kein absoluter Subrogationsausschluss vereinbart worden war. Der Wille der Vertragsparteien zielte darauf ab, die Möglichkeit zur Subrogation lediglich für die Zeit bis zur Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung, d.h. bis Zustellung des Zahlungsbefehls durch die Darlehens- und Pfandgläubigerin, wegzubedingen. Damit braucht für diese Dauer nicht mehr geklärt zu werden, ob die gemeinschaftliche Verbindung unter der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten 2 aufgrund des Gesamthandprinzips der alleinigen Geltendmachung des Subrogationsrechts entgegenstünde. Ob das Gesamthandprinzip sodann auch nach Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens der alleinigen Ausübung des Subrogationsrechts entgegenstehen

würde, ist mangels aktuellen Feststellungsinteresses nicht weiter zu prüfen. Auf die Klage kann in diesem Punkt nicht eingetreten werden.

E. 9

/ 36 2.1. Das Novenrecht richtet sich im Berufungsverfahren nach Art. 317 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. zum Novenbegriff Peter Reetz/Sarah Hilber, a.a.O., N 31 zu Art. 317 ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten Noven zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Zeitpunkt, in welchem Tatsachen und Beweismittel vor erster Instanz letztmals vorgebracht werden konnten, entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits im Zeitpunkt der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz vorhanden waren (Art. 229 Abs. 1 ZPO). Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_621/2012 vom 20. März 2013 E. 5.1). 2.2. Die Partei, welche vor der Berufungsinstanz Noven einbringen will, trägt die entsprechende Substantiierungslast und auch die Beweislast für das unverzügliche Einbringen der Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO sowie die Anwendung der geforderten zumutbaren Sorgfalt im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO (vgl. Peter Reetz/Sarah Hilber, a.a.O., N 45 zu Art. 317 ZPO). Im Falle echter Noven hat die betroffene Partei demzufolge darzulegen, dass das Einbringen der neuen Tatsachen und/oder Beweismittel in das Verfahren ohne Verzug erfolgte. Im Falle unechter Noven ist überdies genau zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hatte vorgebracht werden können (vgl. hierzu das Urteil des Bundesgerichts 5A_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.1 m.w.H.). Die Voraussetzungen sind detailliert darzulegen (Peter Reetz/Sarah Hilber, a.a.O., N 61 zu Art. 317 ZPO). Der Nachweis der unverzüglichen Einbringung beziehungsweise der Unmöglichkeit früheren Handelns hat bereits mit dem Einbringen der Noven in das Verfahren und nicht erst bei Bestreitung durch die Gegenpartei zu erfolgen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Zulässigkeit des Vorbringens von neuen Tatsachen und/oder Beweismitteln durch die Berufungsinstanz von Amtes wegen und nicht erst auf Antrag der Gegenpartei hin zu prüfen ist (Art. 57 ZPO). Fehlt es an einer substantiierten Begründung, bleiben die Noven grundsätzlich unbeachtlich. Eine Begründung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Zulässigkeit der Noven offenkundig und unzweifelhaft ist (vgl. Karl Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar,

E. 9.1

Schliesslich erwog die Vorinstanz in ihrem Entscheid hinsichtlich des Klagebegehrens, die Berufungsklägerin sowie den Berufungsbeklagten 2 zu verpflichten, ihre Zustimmung zu vertraglichen Änderungen zu erteilen (vgl. vorinstanzliches act. 1, Begehren Ziff. 2.1.), dass "die Beschenkten durch Unterzeichnung des Vertrages ihre Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden auf den nominalen Betrag der Kapitalgrundpfandverschreibung" erteilen. Die Voraussetzung der "gänzlichen Tilgung" stelle darum keine echte Voraussetzung dar, sondern führe lediglich einen

Anwendungsfall explizit auf. Die Zustimmungsverpflichtung umfasse nicht nur die Beibehaltung oder Neubestellung von Grundpfandverschreibungen sondern auch die Umwandlung bzw. Erstellung von Inhaberschuldbriefen. Die Finanzierungsfreiheit des Berufungsbeklagten 1 umfasse selbstredend auch die Begründung der infolge Tilgung gelöschten Grundpfand im 1. Rang über CHF 1'940'000.00 sowie im 2. Rang über CHF 700'000.00, beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nr. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____, alles im Grundbuch der Gemeinde O.1_____. Die Löschung des Grundpfandes sei durch das vertragswidrige Verhalten der Berufungsklägerin provoziert worden. Dementsprechend sei auch nicht relevant, ob eine Neubegründung durch den Schenkungsvertrag vom

E. 9.2

Umstritten ist wiederum die Auslegung des folgenden im Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 enthaltenen Textteils (vgl. vorinstanzliches act. 2/1, S. 2 f., Ziff. I) "Die Beschenkten und Nutzniessungsbelasteten sind damit einverstanden, dass die Kapitalhypothesen mit den heutigen Pfandsummenhöhen [...] beibehalten und somit selbst im Falle der gänzlichen oder teilweisen Tilgung weder ganz noch teilweise gelöscht werden. Sie erklären sich ferner damit einverstanden, dass die Kapitalgrundpfandverschreibungen im Falle ihrer Umwandlung in Inhaberschuldbriefe bei vollständiger Tilgung den Nutzniessern ausgeliefert und als Sicherheit für neue Bankdarlehen verwendet werden. Für den Fall der gänzlichen Tilgung der Grundpfandschulden durch die Nutzniesser erteilen die Beschenkten durch Unterzeichnung dieses Vertrages ihre Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden auf den nominalen Betrag der Kapitalgrundpfandverschreibung bzw. verpflichten sich, die entsprechende Zustimmung auf erstes Verlangen zu erteilen."

E. 10

/ 36 Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N 10 zu Art. 317 ZPO). 2.3. Es ist vor allem die Berufungsklägerin, die im Rahmen ihrer Berufung diverse Noven vorträgt. Angesichts der Tatsache, dass der Berufungsbeklagte 1 die Zulässigkeit dieser Noven einleitend rügt, ist vorab in gedrängter Form deren Zulässigkeit zu prüfen. Erstmalig trägt die Berufungsklägerin im Rahmen der Berufung vor, dass der Berufungsbeklagte 1 begonnen habe, Kunstwerke zu verkaufen, um Verluste aus der Geschäftstätigkeit zu decken (vgl. act. A.1, S. 4, Ziff. 7). Sodann bringt sie erstmalig die Behauptungen in den Prozess ein, dass ihr Informationen, welche sie über die Belastung der Liegenschaft verlangt habe, verweigert worden seien und dass die Zusage der Ehefrau des Berufungsbeklagten 1, ihr Einsicht in die finanziellen Verhältnisse zu gewähren, unerwartet zurückgezogen worden sei (vgl. act. A.1, S. 4, Ziff. 8). Weiter wird nunmehr neu vorgebracht, dass Tatsache sei, dass die Übertragung mit anschliessender Einräumung der Nutzniessung an den Berufungsbeklagten 1 und dessen Ehefrau als Gegenleistung der Beschenkten steuerlich mit einem Steuerbetrag von rund CHF 328'500.00 abgerechnet worden sei (vgl. act. A.1, S., 10, Ziff. 31). Ebenso neu ist das Vorbringen, die Umwandlung von Grundpfandverschreibungen in Inhaberschuldbriefe habe eine wesentliche Verschlechterung der Lage der Dritteigentümer zur Folge (vgl. act. A.1, S. 14, Ziff. 42). Angesichts der vorstehend in E. 2.1. ff. umschriebenen Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO können die soeben aufgeführten Noven unabhängig ihrer möglichen Relevanz für das vorliegende Verfahren nicht berücksichtigt werden, zumal die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung nicht ansatzweise durch die Berufungsklägerin substantiiert

wurden. Über die Zulässigkeit weiterer Noven wird so- weit erforderlich im jeweiligen Sachzusammenhang entschieden. 3. Vorab bedarf ein prozessualer Aspekt einer näheren Betrachtung. So stellt der Berufungsbeklagte 1 in Ziff. 2 seiner Berufungsantwort den folgenden Eventu- alantrag: 2. Eventualiter, sollte die Berufung teilweise gutgeheissen und Ziff. 2. des Dispositives des angefochtenen Entscheides durch das Kantonsge- richt aufgehoben werden, sei das vorinstanzliche Eventualbegehren Nr. 2.3 des Berufungsbeklagten 1 gutzuheissen. Dieses lautet wie folgt: 2.1. Eventualiter seien die Beklagten (=die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte 2) unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zu verurteilen, jeweils auf erstes Verlangen und unabhängig von der

E. 11

/ 36 Person des Gläubigers ihre Zustimmung zur Neubestellung bzw. Wiedererhöhung der Kapital-Grundpfandverschreibungen zu er- teilen, wie sie im Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 zwischen Kläger und Beklagten bezeichnet werden, nämlich: - Kapital-Grundpfandverschreibung im 1. Rang über CHF 6'180'000.00, lastend als Gesamtpfand auf den L.-S.- Parzellen Nr. _____ (GBV _____) und Nr. _____ (GBV _____) im Grundbuch der Gemeinde O.1_____, Maximalzinsfuss 10%; - Kapital-Grundpfandverschreibungen im 1. Rang über CHF 1'940'000 sowie im 2. Rang über CHF 700'000, beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nrn. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____ (alles im Grundbuch der Ge- meinde O.1_____), beide mit Maximalzinsfuss 10%. In seiner Eingabe bestätigte der Berufungsbeklagte 1, keine Anschlussberufung erheben zu wollen (vgl. act. A.3, S. 9, Ziff. 18). Im Rahmen der Berufungsantwort ist der Berufungsbeklagte grundsätzlich nur berechtigt, zu den Rechtsmittelanträ- gen des Berufungsklägers Stellung zu nehmen bzw. die Abweisung derselben und damit die Bestätigung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu ver- langen. Der Berufungsbeklagte, welcher vor erster Instanz mit seinem Hauptbe- gehren durchgedrungen ist bzw. obsiegte, kann mangels Beschwer weder Beru- fung noch Anschlussberufung erheben. Indes kann er von der Berufungsinstanz (eventualiter) verlangen, dass sie sein Eventualbegehren, welches er vor erster Instanz gestellt hat (und über das infolge Guttheissung seines Hauptbegehrens von der ersten Instanz nicht entschieden worden ist), im Berufungsverfahren trotz fehlender eigener Berufung bzw. Anschlussberufung prüft, wenn die Berufungsin- stanz die von der ersten Instanz vorgenommene Guttheissung des Hauptbegeh- rens des Berufungsbeklagten aufhebt (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, a.a.O., N

E. 11.1

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, worunter die Ge- richtskosten und die Parteientschädigung fallen (vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO) der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Die Prozesskosten beider Verfahren (des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens) sind dabei anhand der Entscheidung des Berufungsgerichts (neu) zu verteilen. Unter Berücksichtigung des Ausgangs des Berufungsverfahrens ist der Beru- fungsbeklagte 1 mit seinem anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens gestellten Begehren Ziff. 1 um Feststellung, dass die Berufungsklägerin nicht berechtigt sei, als gesamthandschaftliche Drittpfandgeberin in die erwähnten Darlehensschulden des Berufungsbeklagten 1 zu subrogieren, nur insoweit durchgedrungen, als fest- gestellt wird, dass dies infolge vertraglichen Ausschlusses bis zur Einleitung eines Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung durch die Pfandgläubigerin

vorliegt. Für die nach Einleitung folgende Zeitdauer ist mangels Feststellungsinteresse

E. 11.2

Darüber hinaus hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten 1 für seine Parteikosten zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Entsprechend der vorstehend in E. 11.1 festgelegten Quote hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten 1 mit 3/5 dessen Parteikosten zu entschädigen. Die Vertreterin des Berufungsbeklagten 1, Rechtsanwältin Dr. iur. Eva Druey, reichte dem Gericht eine Kostennote von Gesamthaft CHF 20'429.25 ein (vgl. vorinstanzliches act. 53). Die Kostennote wird seitens der Berufungsklägerin nicht beanstandet. Entsprechend hat die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten 1 für das vorinstanzliche Verfahren mit CHF 12'257.55 (inkl. Spesen und MwSt.) zu entschädigen.

E. 12

/ 36 interner Wirkung eine antizipierte Ebengemeinschaft bilden. Die Schenkung sei unter dem Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzniessung zu Gunsten des Berufungsbeklagten 1 und dessen Ehefrau E._____ erfolgt. Sämtliche Grundpfandschulden sollten beim Schenker verbleiben, welcher den Zins- und Amortisationspflichten nachzukommen habe. Es sei vereinbart worden, dass die Kapitalhypothesen zu den damaligen Pfandsummenhöhen beibehalten und auch im Falle ihrer Tilgung nicht gelöscht werden sollten und im Falle ihrer Umwandlung in Inhaberschuldbriefe bei Tilgung den Nutzniessern ausgeliefert werden müssen. Die Berufungsklägerin sowie der Berufungsbeklagte 2 hätten sich zudem dazu verpflichtet, ihre Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden bis auf den nominalen Betrag der Kapitalgrundpfandverschreibung zu erteilen. Die Berufungsklägerin habe am 30. Januar 2015 gegenüber der D._____ die Subrogation erklärt und die Herausgabe der Kreditdokumentation und Übertragung der Grundpfandverschreibung verlangt. Der Berufungsbeklagte 1 habe am 4. Februar 2015 gegenüber der D._____ mitgeteilt, dass er der Subrogation nicht zustimme. Mit Hinweis auf die gesamthandschaftliche Berechtigung habe die D._____ das Subrogationsbegehren abgelehnt. Auch habe die D._____ dem Berufungsbeklagten 1 mit Schreiben vom 23. Juli 2015 erklärt, dass angesichts der Umstände die Hypothekarschulden nicht verlängert würden und die Rückzahlung der offenen Hypothekenschulden von insgesamt CHF 3'679'000.00 per 31. Dezember 2015 verlangt würden. Im Rahmen weiterer Verhandlungen habe der Berufungsbeklagte 1 sich mit der D._____ auf eine provisorische Erneuerung der auf der Liegenschaft "_____ " lastenden Hypothek bis 31. Dezember 2018 geeinigt. Die auf dem Grundstück "F._____ " lastende Hypothek sei per 13. August 2015 vollständig zurückbezahlt worden. Die Grundpfandrechte seien gelöscht worden (vgl. angefochtener Entscheid, S. 7, Ziff. II).

E. 12.1

Nach den gleichen Grundsätzen wie für das vorinstanzliche Verfahren sind auch die Prozesskosten für das Berufungsverfahren zu verteilen. Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass die Berufungsklägerin mit ihrem Antrag um Abweisung von Klagebegehren Ziffer 1 auf Feststellung der Unzulässigkeit der Subrogation nur insoweit obsiegte, als nunmehr festgestellt wird, dass dies infolge vertraglichen Ausschlusses bis zur Einleitung eines Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung durch die Pfandgläubigerin vorliegt und für die nach Einleitung folgende Zeitdauer mangels Feststellungsinteresse nicht einzutreten ist. Im Übrigen sind die Berufungsanträge

abzuweisen. Insgesamt rechtfertigt es sich von

E. 12.2

Hinsichtlich der Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren gilt es zu konstatieren, dass der Berufungsbeklagte 1 weder eine Honorarrechnung noch eine Honorarvereinbarung ins Recht gelegt hat. Damit hat die Berufungsinstanz den Aufwand nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Berücksichtigung eines mittleren Stundenansatzes von CHF 240.00 festzusetzen. Vorliegend rechtfertigt es sich angesichts der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen, dem Berufungsbeklagten 1 eine Parteientschädigung von pauschal CHF 4'000.00 (inkl. Spesen und MwSt.) zuzusprechen.

E. 12.3

Entsprechend des in E. 12.1. festgelegten Verhältnisses hat die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte nach der Bruchteilsverrechnungsmethode für das Berufungsverfahren insgesamt mit CHF 2'400.00 (3/5 von CHF 4'000.00) zu entschädigen.

E. 13

/ 36 nominalen Betrag der Grundpfandverschreibung wieder zu erhöhen. Mit dem Schenkungsvertrag sollte folglich die Möglichkeit des Berufungsbeklagten 1 beibehalten werden, die Finanzierung der Liegenschaften frei zu ändern bzw. anzupassen. Ihm sollte die Freiheit verbleiben, zu bestimmen, in welcher Höhe und in welcher Art eine Belastung der Grundstücke aufrechterhalten bzw. neu begründet werde. Die einzige festgehaltene Limitierung der Entscheidungs- und Verfügungsfreiheit sei der festgehaltene Höchstbetrag gewesen (angefochtener Entscheid, S. 10, E. 3.a.aa). Sodann hielt die Vorinstanz fest, dass bei einer rein grammatikalischen Auslegung mangels expliziter schriftlicher Grundlage nicht auf ein Subrogationsverbot geschlossen werden könne, weshalb weitere bzw. ergänzende Auslegungsmittel wie die Entstehungsgeschichte des Vertrages, die Begleitumstände, sowie die Vertragszwecke zu berücksichtigen seien. Ein entsprechender Wille für einen Subrogationsverzicht lasse sich aus der vom Berufungsbeklagten 1 zitierten Vertragspassagen (vgl. angefochtener Entscheid E. 3.b.aa.) klar eruieren. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses habe es dem Willen der Parteien entsprochen, dem Berufungsbeklagten 1 die Möglichkeit zu geben, die Finanzierung der Liegenschaften frei zu ändern bzw. anzupassen. Einzige festgehaltene Limitierung der Entscheidungs- und Verfügungsfreiheit bilde der festgehaltene Höchstbetrag. Eine jederzeitige Subrogationsmöglichkeit würde die diesbezügliche Freiheit des Berufungsbeklagten 1 nicht nur stark einschränken, sondern würde sogar einen faktischen Übergang der wirtschaftlichen Berechtigung der Liegenschaften an eines der Kinder bewirken. Eine entsprechende Aufteilung des Vermögens und der wirtschaftlichen Verfügungsfreiheit sei nicht beabsichtigt gewesen. Dies würden die im Recht liegenden Dokumente belegen. Eine Subrogationsmöglichkeit sei mit dem gesamten Vertragszwecke und Inhalt nicht vereinbar. Jede anderweitige Auslegung wäre eine unzulässige, auf den buchstaben genau, überspitzt formalistische Auslegung und damit eine unzulässige Reduktion des wahren Vertragsinhaltes. Die aktuellen finanziellen Verhältnisse des Berufungsbeklagten 1 würden keine Rolle spielen. Der Vertrag sei in dieser Hinsicht eindeutig und vollständig. Abschliessend wies die Vorinstanz darauf hin, dass der Berufungsbeklagte 2 ebenfalls von einem Subrogationsverbot ausgehe (angefochtener Entscheid, S. 10, E. 3.a.bb).

E. 14

/ 36 Vorinstanz im Schenkungsvertrag einen Subrogationsausschluss erblickt, weil der Berufungsbeklagte 1 mit dem Beibehalten der Geschäftstätigkeit auch die Verfügungsmöglichkeit betreffend Finanzierung der Liegenschaften habe beibehalten wollen, was nach der Zeugenaussage von E._____ für die Berufungsklägerin erkennbar gewesen sei und dass die jederzeitige Subrogation einen faktischen Übergang der wirtschaftlichen Berechtigung der Liegenschaften an eines der Kinder und sogar eine Aufteilung des elterlichen Vermögens auf die Kinder hätte bewirken können (vgl. act. A.1, S. 5, Ziff. 12. ff.). Konkret rügt die Berufungsklägerin einen Verstoss gegen den Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfe nicht leichthin angenommen werden, dass eine Partei auf ein ihr zustehendes Recht verzichtet. Vielmehr müsse im Rahmen der Vertragsauslegung geprüft werden, ob die dispositive Bestimmung die Interessen der Parteien ausgewogen wahre und die betroffene Partei mit hinreichender Deutlichkeit auf die Anwendung der Bestimmung verzichtet hat. Zwar habe die Vorinstanz richtig erkannt, dass es sich bei Art. 110 Ziff. 1 OR um dispositives Recht handle. Sie habe aber die erwähnten bundesgerichtlichen Regeln der gesetzeskonformen Auslegung ausser Acht gelassen. Die Subrogation nach Art. 110 Ziff. 1 OR sehe eine sehr ausgewogene Wahrung der Interessen beider Parteien vor, erhalte der zahlende Drittpfandei- gentümer doch nicht mehr Rechte als der bisherige Pfandgläubiger. Es könne nicht leichthin angenommen werden, dass auf diese ausgewogene Regelung verzichtet worden sei. Dies namentlich auch, wenn die Berufungsklägerin dadurch der Möglichkeit beraubt würde, das Familienerbe vor dem möglichen Zugriff durch Dritte zu schützen. Für einen solchen Verzicht fehle jeglicher Anhaltspunkt. Der vom Bundesgericht geforderte deutliche Verzicht fehle. Bereits dadurch habe die Vorinstanz gegen den Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung verstossen (vgl. act. A.1, S. 6, Ziff. 14 ff.) Die Berufungsklägerin rügt sodann, dass das von der Vorinstanz erkannte Subrogationsverbot nicht mit dem Nutzniessungsrecht vereinbar sei. So auferlege Art. 727 Abs. 2 ZGB dem Nutzniessungsberechtigten die Pflicht zur schonenden Rechtsausübung. Damit sei ein Subrogationsverbot nicht vereinbar, welches weder die Rechtsstellung noch die Finanzierungsmöglichkeiten des Berufungsbeklagten 1 tangiere. Ferner sei zu beachten, dass Art. 760 ZGB ein Sicherungsanspruch bei Gefährdung der Sache durch den Nutzniesser selbst oder nach Art. 758 ZGB des Ausübungsberechtigten vorsehe. Der Gesetzgeber habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass dem Nutzniessungsbelasteten sämtliche Befugnisse verbleiben sollten, die dem Erhalt seines Eigentums dienen könnten. Fol-

E. 15

/ 36 gerichtig müsse dem Nutzniessungsbelasteten auch das Recht zur Einlösung des Pfandes nach Art. 110 Ziff. 1 OR verbleiben (vgl. act. A.1, S. 7, Ziff. 19. ff.). Weiter argumentiert die Berufungsklägerin, dass die Vorinstanz Art. 110 Ziff. 1 OR offensichtlich falsch ausgelegt habe, wenn ihrer Ansicht nach die Möglichkeit der Subrogation im Widerspruch zum Zweck des Schenkungsvertrags stehe. Durch die Subrogation würde sie nicht mehr Rechte erhalten als bereits vertraglich zwischen der D._____ und dem Berufungsbeklagten 1 vereinbart worden seien. Eine frühere Kündigung sei nicht möglich, ebenso wenig bestehe die Möglichkeit, wirtschaftlichen Druck auszuüben. Entgegen der vorinstanzlichen Behauptung sei kein faktischer Übergang der wirtschaftlichen Berechtigung der Liegenschaft an eines der Kinder möglich. Die Subrogation widerspreche nicht dem Zweck des Schenkungsvertrages (vgl. act. A.1, S. 8, Ziff. 22. ff.).

E. 16

/ 36 mehr, als die Berufungsklägerin der Meinung sei, auch in eine nicht fällige Darlehensforderung subrogieren zu können. Damit liege auf der Hand, dass die Möglichkeit einer Subrogation gegen den Sinn und Zweck des Schenkungsvertrags verstosse.

E. 17

/ 36 schuldnerisches (Art. 110 Ziff. 2 OR) Interventionsinteresse und ohne Tilgungswillen befriedigt. Anders als im Fall von Art. 114 i.V.m. Art. 68 OR erlischt das Leistungsverhältnis aufgrund der gesetzlichen Fiktion nicht. Vielmehr erfolgt ein Forderungsübergang ex lege mit allen Nebenrechten. Es liegt ein Unterfall der Legalzession vor (Rolf Weber, a.a.O., N 6 zu Art. 110 OR). Normalerweise besteht Anspruchskonkurrenz zwischen internem Leistungsgrund (Schenkungs/Darlehen/etc.) und Art. 110 OR (Corinne Zellweger-Gutknecht, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR, 6. Auflage, Basel 2015, N 8 zu Art. 110 OR), wobei Art. 110 OR den Zahlenden gegenüber anderen Anspruchsgrundlagen durch den Übergang der Forderung samt ihren Nebenrechten bevorteilt. Die Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB ist ein Anwendungsfall der Legalzession nach Art. 166 OR. Sie findet aufgrund der blossen Tatsache der Leistung durch den Drittpfand Eigentümer statt, ohne dass eine Vereinbarung zwischen diesem und dem Gläubiger notwendig wäre. Trotz dieser Eigenschaft der Subrogation enthält Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB kein zwingendes Recht (vgl. Rolf Weber, in: Hausheer [Hrsg.], Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI, Bern 2002, N 24 zu Art. 110 OR; Peter Reetz/Michael Graber, in: Furrer/Schnyder, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, N 4 zu Art. 110 OR), weil sich das weder aus der Norm selbst noch aufgrund der herkömmlichen Auslegungsmittel ergibt. Daher kann die Subrogation im Rahmen der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR) durch Vereinbarung im Voraus oder nachträglich ausgeschlossen werden (vgl. analog zur Subrogation nach Art. 149 OR Andreas Weiss, Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, in: LBR Bd. 55 [2011], S. 139 f.). Ein solcher Verzicht auf die Subrogationswirkungen ist zudem formfrei und auch konkludent möglich (Rolf Weber, a.a.O., N 25 zu Art. 110 OR; Peter Reetz/Markus Graber, a.a.O., N 4 zu Art. 110 OR).

E. 18

/ 36 Grundsatz für die Auslegung von Willenserklärungen aufgefasst wird (vgl. BGE 131 III 606 E. 4.1.). Der übereinstimmende wirkliche Wille ist als eine innere Tatsache nur indirekt mittels Indizien – im Rahmen einer gerichtlichen Beweiswürdigung – nachzuweisen (vgl. Ahmet Kut, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, N 3 zu Art. 18 OR). Insofern geht es auch bei der Ermittlung des "übereinstimmenden wirklichen Willens" stets nur um einen im weiteren Sinne "mutmasslichen" Willen (vgl. Wolfgang Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Auflage, Basel 2015, N 12 zu Art. 18 OR). Erst wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille nicht feststellen lässt, muss das Gericht mittels objektiver (normativer) Auslegung den mutmasslichen Willen der Parteien ermitteln. Der Vertrag gilt sodann mit dem Inhalt, wie er mittels subjektiver oder gegebenenfalls objektiver Auslegung ermittelt wurde (vgl. Ahmet Kut, a.a.O., N 8 zu Art. 18 OR m.w.H.). Bei der Ermittlung des wirklichen Willens sind alle Tatsachen und Faktoren zu berücksichtigen, aus denen auf die Willenslage bei Abgabe der Vertragserklärung geschlossen werden kann. Eine eigentliche Hierarchie der

Auslegungsmittel besteht nicht, gleichwohl der Wortlaut der Vertragserklärung das "primäre Willensindiz" darstellt und dass dem Wortlaut gegenüber den sonstigen Auslegungsmitteln dann ein Vorrang zukommt, wenn diese keinen sicheren Schluss auf einen anderen Sinn nahelegen (vgl. zum Ganzen Wolfgang Wiegand, a.a.O., N 18 zu Art. 18 OR). Bei der Interpretation von Worten oder Texten ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_914 vom 4. April 2014 E. 2.1.). Ein individueller Sprachgebrauch kann unter Umständen Vorrang geniessen, ähnlich die Verwendung spezifischer Fachausdrücke. Wichtiger ist jedoch der Grundsatz, wonach dafür die Bedeutung eines Wortes weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrages hat (sog. systematisches Element; vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_220/2013 vom 30. September 2013 E. 4.4.5; 4A_71/2012 vom 27. November 2012 E. 5.1.). Der Wortlaut bildet zwar die Grundlage, aber nicht die Grenze der Auslegung. Der Wortlaut ist aber immerhin solange massgebend, als die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben (vgl. Ahmet Kut, a.a.O., N 14 zu Art. 18 OR m.w.H.; vgl. auch zur Ablehnung der Eindeutigkeitsregel, wonach die ergänzenden Auslegungsmittel bei klarem Wortlaut keine Anwendung finden BGE 127 III 444 E. 1.b). Als weiteres oder ergänzendes Mittel zur Auslegung von Verträgen gilt alles, was geeignet ist, zur Feststellung des wirklichen Willens der Parteien bei Vertragsabschluss beizutragen (Ahmed Kut, a.a.O., N 13 zu Art. 18 OR; Wolfgang Wiegand,

E. 19

/ 36 a.a.O., N 26 zu Art. 18 OR m.w.H.). Als Auslegungsmittel kommen beispielsweise die Entstehungsgeschichte des Vertrages, die Begleitumstände, das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss, der Vertragszweck etc. in Frage. Von den Auslegungsmitteln sind sodann die Auslegungsregeln zu unterscheiden (Wolfgang Wiegand, a.a.O., m.w.H.). Letztere stellen Grundsätze dar, welche dem Richter bei der Ermittlung des Parteiwillens helfen sollen. Als generelle Auslegungsregeln können beispielsweise die Auslegung nach Treu und Glauben, die Auslegung ex tunc, keine Buchstabenauslegung, die systematische Auslegung sowie die Gesetzeskonforme Auslegung benannt werden. Auf die einzelnen Regeln bzw. deren Ausgestaltung wird, sofern erforderlich, an relevanter Stelle eingegangen. Die Auslegungsregeln kommen dabei unabhängig der Frage, ob eine subjektive oder eine objektive (normative) Auslegung erfolgt, zur Anwendung.

E. 20

/ 36 raum betreffend die Rückzahlung und Wiederaufnahme von Hypotheken vereinbart haben. So steht es dem Berufungsbeklagten 1 einerseits frei, die Kapitalhypotheken beizubehalten und diese gänzlich oder teilweise zu tilgen, wobei selbst bei (vollständiger) Tilgung der Schuld die Pfandsummen weiterhin bestehen bleiben. Weiter sollte auch die Art der Grundpfandsicherung abänderbar sein. So hält der Vertrag als spezifischen Fall der Umwandlung der Kapitalgrundpfandverschreibung in Inhaberschuldbriefe aufgrund vollständiger Tilgung fest, dass diese als neue Sicherheit für neue Bankdarlehen verwendet werden dürfen (vgl. vorinstanzliches act. 2/1, S. 2, Ziff. I., 4. Abschnitt). Dem Berufungsbeklagten 1 sollte folglich maximale Freiheit seinerseits betreffend Finanzierung und Geschäftstätigkeit zugestanden werden. Auch ohne entsprechende explizite Absichtserklärung im Vertragstext zeigt sich diese Absicht in der getroffenen Regelung und lässt sich direkt aus dem Vertragstext entnehmen. So lässt sich aus dem Passus "selbst im Falle der gänzlichen oder teilweisen Tilgung weder ganz noch teilweise gelöscht wer-

den" klar ableiten, dass damit eine Freiheit und damit einhergehend eine gewisse Absicherung des Berufungsbeklagten 1 bezweckt werden sollte. Dies zeigt sich sodann insbesondere auch im Verweis auf "neue Bankdarlehen" (vorinstanzliches act. 2/1, S. 2, Ziff. I., 4. Abschnitt). Bei gesamthafter Betrachtung ist sodann auch klar, dass das Festhalten der Möglichkeit zur Umwandlung der Kapitalgrundpfandverschreibung zu Inhaberschuldbriefe bei vollständiger Tilgung einzig einen einzelnen Anwendungsfall einer solchen Umwandlung nennt, der eine andere Ursache oder weitere Situation für eine Umwandlung nicht per se ausschliessen wollte. Schliesslich ist zu beachten, dass in ganz allgemeiner Art und Weise ebenso festgehalten wird, dass der Berufungsbeklagten 1 frei ist, die Grundpfandschulden bis zum nominalen Betrag der Grundpfandverschreibung wieder zu erhöhen. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beabsichtigten die Parteien damit, dem Berufungsbeklagten 1 die Möglichkeit zu geben, die Finanzierung der Liegenschaften frei zu ändern bzw. anzupassen. Insbesondere sollte dem Berufungsbeklagten 1 die Freiheit verbleiben zu bestimmen, in welcher Höhe und in welcher Art eine Belastung auf die Grundstücke aufrechterhalten bzw. neu begründet wird. Einzig festgehaltene Limitierung der Entscheidungs- und Verfügungsfreiheit war und ist folglich der festgehaltene Höchstbetrag. Entsprechend sollte dem Berufungsbeklagten 1 durch den im Schenkungsvertrag enthaltenen Abschnitt (vorinstanzliches act. 2/1, S. 2, Ziff. I., 4. Abschnitt) grösstmögliche Finanzierungsfreiheiten offengehalten bleiben. 7.2.1. Bleibt zu prüfen, ob sich aus dem Vertragstext darüber hinaus ein Subrogationsverzicht bzw. Verbot ergibt. Die Vorinstanz hat zutreffend verneint, dass ein

E. 21

/ 36 solches Verbot bei einer rein grammatikalischen Auslegung geschützt werden könnte, ginge eine solche Lesart des Vertragstextes doch zu weit. 7.2.2. Mit der Vorinstanz ist zunächst festzuhalten, dass die Vertragsparteien unbestrittenermassen beabsichtigten, dem Berufungsbeklagten 1 weiterhin eine umfassende Freiheit hinsichtlich der Finanzierung als auch in wirtschaftlicher Hinsicht zu gewähren. Dieser Zweck korreliert denn auch mit der Motivation zur Ausarbeitung des Schenkungsvertrages. Die Berufungsklägerin anerkannte, dass in der Hauptsache die damals drohenden negativen Steuerfolgen Motivation für die Ausarbeitung des Schenkungsvertrages waren (vgl. vorinstanzliches act. 11, S. 4, Ziff. 9 sowie act. A.1, S. 8, Ziff. 22). Die gesetzlich vorgesehene Subrogationsmöglichkeit nach Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 ZGB besteht (nur) bei Erfüllbarkeit bzw. Fälligkeit der Forderung (so ausdrücklich Alfred Koller, a.a.O., N 36.19; vgl. Samuel Zogg, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 6. Auflage, Basel 2019, N 10 zu Art. 827 ZGB; Urs Fasel, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, N 2 zu Art. 827 ZGB; Stephan Dusil, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2017, N 3 zu Art. 827 ZGB), sodass entgegen der vorinstanzlichen Ausführungen eine Intervention mit Subrogationsabsicht grundsätzlich nicht jederzeit, sondern erst auf Ende der vertraglichen Laufzeit bzw. rechtmässiger vorzeitiger Kündigung des Vertrages hin, möglich wäre (vgl. auch Art. 81 Abs. 1 OR). Aber auch ein auf Erfüllbarkeit der Forderung hin begrenztes Subrogationsrecht würde erheblich in die vertraglich beabsichtigten Freiheiten des Berufungsbeklagten 1 eingreifen und stünde gar im Widerspruch zu diesen. Zwar ist mit der Berufungsklägerin festzuhalten, dass sie durch Subrogation (nur) die gleichen Rechte und Pflichten wie die bisherige Gläubigerbank erhalten würde. Es gilt diesbezüglich aber darauf hinzuweisen, dass die Berufungsklägerin eben keine auf Hypothekengeschäfte spezialisierte

Gesellschaft ist, die sich in einem kompetitiven Umfeld bewegt und daran interessiert wäre, eine lange vertrauensbasierte Vertragsbeziehung zu unterhalten. Im Gegensatz zu Banken, die notorisch an längeren Vertragslaufzeiten mit regelmässigen Zinserträgen interessiert sind und entsprechend grundsätzlich problemlos eine Vertragsverlängerung eingehen, ist dies bei der Berufungsklägerin nicht der Fall. Der Berufungsbeklagte 1 muss damit rechnen, dass die Berufungsklägerin den Vertrag nicht verlängert, was sich bereits aus ihrer Amortisationsandrohung nach erfolgter Subrogation ergibt (vgl. dazu vorinstanzliches act. 2/4, Email des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin vom 12. Januar 2015). Entsprechend wäre der Berufungsbeklagte 1 auf eine neue Bankfi-

E. 22

/ 36 nanzierung angewiesen. Die Chancen, eine drittfinanzierende Bank zu finden, wären durch die berufungsklägerische Subrogationsmöglichkeit – die offensichtlich beabsichtigt, auch ausserhalb eines konkreten Vollstreckungsverfahrens zu subrogieren – eingeschränkt. Einerseits ist notorisch, dass eine solche Möglichkeit Banken von Finanzierungsgeschäften abschreckt. Die Subrogationserklärung der Berufungsklägerin vom 30. Januar 2015 (vorinstanzliches act. 2/5) veranschaulicht dies eindrücklich. So hat die langjährige kreditgebende Bank des Berufungsbeklagten 1 mit Hinweis auf die im Zusammenhang der erwähnten Subrogationserklärung resultierenden Unwägbarkeiten bereits die Nichterneuerung der Verträge angezeigt (vgl. vorinstanzliches act. 2/15). Andererseits wäre auch die Drittfinanzierung – zumindest unter den noch mittels Grundpfandverschreibungen gesicherten Darlehen – abhängig von der Mitwirkung der Berufungsklägerin, welche dadurch die Neufinanzierung konkret stören könnte. Jedenfalls zeigt sich deutlich, dass die gesetzliche Subrogationsmöglichkeit der vertraglich beabsichtigten umfassenden Freiheit des Berufungsbeklagten 1 stark einschränken würde. Das in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument der Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagte 1 werde nicht eingeschränkt, sondern könne jederzeit im Rahmen der ihm zugestanden Limiten neue pfandgesicherte Darlehen aufnehmen, ist nicht stichhaltig. Abgesehen der soeben erläuterten empfindlichen Störung des Vertragsgefüges macht eine solche Subrogationsmöglichkeit keinen Sinn, könnte doch – folgt man der berufungsklägerischen Sichtweise – der Berufungsbeklagte 1 jederzeit wieder einen neuen Darlehensvertrag mit Pfandsicherung eingehen, in welchen die Berufungsklägerin wiederum subrogieren könnte und so fort. Diese – sich zumindest theoretisch bis ins Unendliche perpetuierende – Wiederholung spricht vielmehr für den Ausschluss der Subrogation. 7.2.3. Weiter ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Liegenschaften zu gesamthänderischem Eigentum übertragen wurden. Durch die Gründung einer einfachen Gesellschaft im externen Verhältnis sowie einer antizipierten Erbengemeinschaft im internen Verhältnis (vgl. vorinstanzliches act. 2/1) sollten offensichtlich Alleingänge eines einzelnen Kindes ausgeschlossen werden und die "Gefahr" einer frühzeitigen Aufteilung des Vermögens gebannt werden. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, geht aus den im Recht liegenden Dokumenten (insbesondere aus der Mailkorrespondenz) hervor, dass die von der Berufungsklägerin angestrebte vollumfängliche oder grösstmögliche Aufteilung des elterlichen Vermögens mit Übernahme der Geschäfte nicht umzusetzen war (vgl. vorinstanzliche act. 2/6; 2/7; 2/9; 2/10 und 2/11). Aus diesen Akten erhellt schliesslich auch, dass eine solche Lösung daran scheiterte, weil der Berufungsbeklagte 1 weiterhin seine Verfügungsmöglichkeiten behalten wollte. Der nun im Recht liegende Schenkungsver-

E. 23

/ 36 trag erscheint denn auch als Ergebnis des kleinsten gemeinsamen Nenners zu sein, nachdem sämtliche thematisierten (umfassenderen) Übertragungsvarianten scheiterten. Damit ist zu konstatieren, dass im Rahmen des Abschlusses des Schenkungsvertrages beabsichtigt war, dass die übertragenen Liegenschaften nicht frühzeitig unter der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten 2 aufgeteilt werden sollten. Entgegen dem berufungsklägerischen Vorbringen stünde die Subrogationsmöglichkeit mit diesem Ziel im Konflikt. Zumindest faktisch würde durch die Subrogation der Berufungsklägerin die Möglichkeit geschaffen, einen Übergang der wirtschaftlichen Berechtigung an den Liegenschaften zu erzwingen. Denn durch Subrogation erhielte die Berufungsklägerin die Möglichkeit, das Darlehen bei Fälligkeit bzw. gar Erfüllbarkeit (vgl. dazu Samuel Zogg, a.a.O., N 10 zu Art. 827 ZGB m.w.H. auf die Lehre) zurückzufordern, ohne es zu verlängern bzw. zu erneuern. Fände der Berufungsbeklagte 1 sodann keine neue Finanzgeberin – was aus erwähnten Gründen nachvollziehbar erscheint (vgl. vorstehend E. 7.2.2.) – könnte die Berufungsklägerin das Betreibungsverfahren auf Pfandverwertung anstreben und die Verwertung der Liegenschaften erzwingen. Im Falle eines Doppelaufwurfes würde sodann gar das dem Berufungsbeklagten 1 und dessen Ehefrau eingeräumte Nutzniessungsrecht entfallen, ist dieses doch jüngeren Datums als das bestehende Grundpfandverhältnis (vgl. Art. 142 Abs. 1 SchKG). Mit anderen Worten könnte sie die Liegenschaften aus der Versteigerung (wieder) unter Anrechnung ihrer Forderung ohne bestehende Nutzniessung erwerben. 7.2.4. Unbestritten bilden die Geschäfte des Berufungsbeklagten 1 sowie auch die Privatwohnung einen Teil der mit Schenkungsvertrag übertragenen Liegenschaften. Dieser Umstand erweist sich als ein gewichtiges Indiz dafür, dass mit Weiterbestand der Geschäftstätigkeit durch den Berufungsbeklagten 1 ihm zugleich eine umfassende Verfügungsfreiheit betreffend Finanzierung belassen werden sollte, ist diese für eine weitere Geschäftstätigkeit doch von zentraler Bedeutung. Entsprechend der vorinstanzlichen Feststellung hat denn auch die Zeugin, E. _____, anlässlich ihrer Einvernahme vom 11. Oktober 2016, bestätigt, dass der Schenkungsvertrag zwecks Verhinderung der drohenden Erbschaftsbesteuerung abgeschlossen worden sei, es für den Berufungsbeklagten 1 hinsichtlich der Geschäftstätigkeit aber klar gewesen sei, dass sich nichts verändern dürfe und die wirtschaftlichen Aspekte weiterhin beim Berufungsbeklagten 1 verbleiben sollten. Es sei ausdrücklich besprochen worden, dass die wirtschaftliche Selbständigkeit des Berufungsbeklagten 1 beibehalten werden sollte (vgl. vorinstanzliches act. 48, S. 2, Ziff. 1 ff.; vgl. angefochtener Entscheid, S. 12, E. 3.b.bb).

E. 24

/ 36 7.2.5. Vor diesem Hintergrund gehen die Ausführungen der Berufungsklägerin fehl, wenn sie vorbringt, die Möglichkeit der Subrogation stehe dem Zweck des Schenkungsvertrages nicht entgegen. Wie erläutert, besteht nämlich zumindest faktisch die Möglichkeit, entgegen dem Beabsichtigten eine Aufteilung der Liegenschaften herbeizuführen. Andererseits stünde die Subrogation auch der dem Berufungsbeklagten 1 eingeräumten umfassenden Finanzierungs- und Geschäftsfreiheit entgegen. Was die Berufungsklägerin mit Hinweis auf die treuhänderische Übertragung der Liegenschaft zu belegen versucht, erhellt sich der Berufungsinstanz nicht. Auch scheinen die Vertragsparteien eine bloss treuhänderische Übertragung nie beabsichtigt zu haben, fehlen hierzu Anhaltspunkte in der bisherigen Korrespondenz sowie im Vertrag selbst, wie

beispielsweise eine Rückübertragungsverpflichtung. Es ist nicht zu bezweifeln, dass der Wille der Parteien auf eine definitive Übertragung des Eigentums an besagten Liegenschaften mittels Schenkung samt umfangreichem Nutzniessungsrückbehalt und Rückbehalt des Rechts zur Verpfändung gerichtet waren. Eine treuhänderische Übertragung ergibt sich aus dem Vertragsgefüge nicht. Nicht gehört werden kann sodann der Einwand, ein vertraglicher Ausschluss der Subrogation könne nur zwischen Drittpfand Eigentümer und Gläubiger vereinbart werden. Es lassen sich keine Gründe anführen, die diese Sichtweise stützen würden (vgl. auch vgl. Rolf Weber, a.a.O., N 24 zu Art. 110 OR; Alfred Koller, a.a.O., N 36.34 mit weiteren Hinweisen).

E. 25

/ 36 zwischen dem Berufungsbeklagten 1 und potentiellen Kreditgebern empfindlich stören würde (vgl. E. 7.2.2.). Auch die Hinweise auf das Nutzniessungsrecht sind unbehelflich. Die Berufungsklägerin verkennt nämlich, dass mit dem abgeschlossenen Schenkungsvertrag eben nicht bloss ein einfaches Nutzniessungsverhältnis begründet werden sollte, sondern gleichzeitig dem Berufungsbeklagten 1 möglichst umfangreiche Rechte eingeräumt werden sollten. Vom soeben Ausgeführten abweichend zu beurteilen ist die Sachlage, in welcher nach Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung (Zustellung des Zahlungsbefehls i.S.v. Art. 152 SchKG) die Pfandverwertung der Liegenschaften droht. Diesfalls sind die vorstehend eruierten Indizien mangels Solvenz des Berufungsbeklagten 1 kaum mehr massgebend. Weder wäre dieser in einer solchen Situation im Stande, neue Kreditgeber zu finden, sodass seine Finanzierungsfreiheit ohnehin eingeschränkt ist, noch könnte er seine Geschäftstätigkeit adäquat weiterführen. Auch der Umstand, dass keine vorzeitige Vermögensaufteilung unter den Kindern beabsichtigt war, kann in dieser Konstellation nicht als Indiz gegen einen Subrogationsverzicht herangezogen werden. In dieser Situation bestünde konkret ein Risiko, dass die Liegenschaften bei einer Verwertung von Nichtfamilienmitgliedern erworben würden. Wie aufgezeigt, war indessen stets ein zentrales Anliegen, eben dieses Familienvermögen – insbesondere infolge drohender Erbschaftssteuer – zu schützen. Bestünde nun auch bei dieser Ausgangslage ein Subrogationsverzicht, akzentuierte sich das Risiko der Verwertung. Zumindest liegt nahe, dass infolge fehlender Besserstellung der intervenierenden Drittperson (in casu die Berufungsklägerin), diese auf eine Intervention verzichten könnte. Es kann nicht leichthin angenommen werden, dass die Vertragsparteien die Zwangsverwertung der Liegenschaften dadurch in Kauf nehmen wollten. Jedenfalls fehlen nach Treu und Glauben entsprechende klare Anhaltspunkte (Urteile des Bundesgerichts 5A_865/2011 vom 24. Mai 2012 E. 3.2.; 5A_88/2012 vom 7. Juni 2012 E. 3.2.1.) im Vertragstext. Eine gesetzeskonforme (subjektive) Auslegung des Vertragspassus unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben führt folglich zum Ergebnis, dass die Subrogation lediglich ausserhalb eines konkret eingeleiteten Verfahrens auf Pfandverwertung, d.h. bis zur Zustellung des Zahlungsbefehls der Pfandgläubigerin i.S.v. Art. 69 SchKG i.V.m. Art. 152 SchKG und Art. 153 SchKG an, wegbedungen wurde.

E. 26

/ 36 auch die gesamthänderische Verbindung zwischen der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten 2 einer alleinigen Ausübung des Subrogationsrechts entgegenstehen würde (vgl. vorinstanzliches act. 1). Mit anderen Worten wäre zu prüfen, ob das Gesamthandprinzip die alleinige Subrogationsmöglichkeit auch für den Zeitpunkt nach Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung ausschliessen würde. Diese

Frage braucht jedoch nicht weiter vertieft zu werden (vgl. dazu nachfolgend E. 8.2.).

E. 27

/ 36 fungsbeklagten 1 sei sowohl für die in naher Zukunft anstehende Refinanzierung als auch für die Weiterführung der Geschäftstätigkeit und der Beziehung zur Grundpfandgläubigerin eine Klärung absolut notwendig (vgl. angefochtener Ent- scheid E. 3. in fine). Diese Ausführungen treffen nach wie vor für die Situation zu, als noch kein Betreibungsverfahren auf Pfandverwertung gegen den Berufungs- beklagten 1 eingeleitet worden ist, d.h. bis Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Art. 152 SchKG i.V.m. Art. 69 SchKG. In diesem Fall wäre der Berufungs- beklagte 1 tatsächlich durch die drohende Subrogation eingeschränkt, sodass an der Feststellung diesbezüglich ein ausgewiesenes und aktuelles Feststellungsinteresse bejaht werden kann. Indessen fehlt ein solches aktuelles Interesse hinsichtlich der Situation nach Einleitung eines Betreibungsverfahrens auf Pfandver- wertung. Es kann nicht ernstlich angenommen werden, dass die Ungewissheit über die mögliche Zulässigkeit zur alleinigen Subrogation durch die Berufungsklä- gerin nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens den Berufungsbeklagten 1 derzeit in seinem wirtschaftlichen Handeln einschränken würde. Dies umso weni- ger, als nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens durch die Gläubigerbank eine Refinanzierung wie auch die Weiterführung der Geschäftstätigkeit kaum mehr in Frage stehen dürften. Weil nun die Frage nach der Zulässigkeit zur Subrogation vor Einleitung des Vollstreckungsverfahrens bereits gestützt auf den Vertrag ver- neint werden konnte, besteht kein Interesse mehr, dieses anhand gesamthänderi- schen Kriterien zu prüfen. Wie erwähnt besteht sodann für die Zeit nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens kein Feststellungsinteresse. Jedenfalls wird ein ent- sprechendes Feststellungsinteresse für die Zeit nach Einleitung des Verfahrens auf Pfandverwertung nicht genügend substantiiert (vgl. Art. 8 ZGB).

E. 28

Dezember 2011 ebenfalls enthalten sei (vgl. angefochtener Entscheid E. 7.a). Aufgrund der gezeigten Renitenz der Berufungsklägerin sei die Verpflichtung an- tragsgemäss mit einer Strafandrohung zu versehen (vgl. angefochtener Entscheid E. 7.b).

E. 29

/ 36 9.3.1. Die Berufungsklägerin macht geltend, dass sie sowie der Berufungsbeklag- te 2 einzig verpflichtet seien, die Grundpfandverschreibung nicht zu löschen und einzuwilligen, dass der Berufungsbeklagte 1 im Rahmen dieser Grundpfandver- schreibung die Grundpfandschulden jederzeit austauschen könne. Dabei stützt sie sich auf die Vertragsstellen, wonach sie sich verpflichtet habe "[...] die Kapitalhy- potheken mit den heutige Pfandsummenhöhen [...] beibehalten und somit weder ganz noch teilweise gelöscht werden" sowie die Übernahme der Pflicht, "[...] ihre Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden auf den nominalen Betrag der Kapitalgrundpfandverschreibungen [...]" zu erteilen. Nach Auffassung der Berufungsklägerin sei lediglich das Recht zur Pfandrechterneuerung verein- bart worden. 9.3.2. In der Tat legen die von der Berufungsklägerin zitierten Stellen auf den ers- ten Blick den Schluss nahe, dass mit Schenkungsvertrag lediglich die Verpflich- tung zur Beibehaltung der Grundpfandverschreibungen verankert wurde. Ein zwei- ter Blick lässt diesbezüglich aber erkennen, dass sich die Formulierung entgegen dem berufungsklägerischem Dafürhalten nicht auf Grundpfandverschreibungen beschränkt, wird darin doch pauschal von Kapitalhypotheken bzw. Grundpfand- schulden gesprochen. Letztere Formulierung,

wonach die Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden auf den nominalen Betrag der Kapitalgrundpfandverschreibungen erteilt werden müsse, erscheint im Gesamtkontext ohnehin missglückt und unbedeutend. Denn vorliegend bedarf es – zumindest bei teilweiser Tilgung der Schuld – gerade keiner solchen Zustimmung zur Wiedererhöhung der Grundpfandschulden, besteht doch eine vertragliche Wiederauszahlungsverpflichtung (vgl. vorinstanzliches act. 2/20). Diese Formulierung spricht – wenn überhaupt – vielmehr für die Zulässigkeit einer Umwandlung der Pfandart im Wiedererhöhungsfalle, denn nur dann bedürfte es aufgrund der notwendigen öffentlichen Beurkundung der Zustimmung des Eigentümers (vgl. Samuel Zogg, a.a.O., N 13 zu Art. 824 ZGB). Anhand der erwähnten Formulierung wird somit nicht deutlich, dass keine vertragliche Pflicht auf Zustimmung zur Umwandlung vereinbart wurde. 9.3.3. Die Berufungsklägerin weist sodann auf die Formulierung hin, "dass die Kapitalgrundpfandverschreibungen im Falle ihrer Umwandlung in Inhaberschuldbriefe bei vollständiger Tilgung den Nutzniessern ausgeliefert und als Sicherheit für neue Bankdarlehen verwendet werden". Sie macht geltend, dass die Formulierung "im Falle" eine Kondition darstellen würde, gemäss welcher Inhaberschuldbriefe den Nutzniessern nur herauszugeben seien, wenn eine Umwandlung stattgefunden habe, was wiederum eine vorgängige Einigung unter den Parteien vor-

E. 30

/ 36 aussetzen würde. Die Berufungsklägerin würdigt den zitierten Satz offensichtlich falsch. Die Wendung "im Falle" wird im vorliegenden Kontext nicht als Kondition verwendet, sondern vielmehr als Option in dem Sinne, als "sollten/für den Fall", dass nunmehr Inhaberschuldbriefe vorliegen, diese im Falle ihrer Tilgung, an den Berufungsbeklagten 1 rückübertragen werden müssen. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Wendung "im Falle" nur eine konkrete Situation regelt, aber keinen Umwandlungsausschluss enthält. Es würde auch keinen Sinn ergeben, bereits im Schenkungsvertrag die Situation nach einer möglichen Umwandlung zu regeln, wenn die eigentliche Umwandlung von den Parteien noch ausgehandelt werden soll. Die Bezugnahme auf die Handhabung der Schuldbriefe bereits im Schenkungsvertrag kann nur bedeuten, dass der Vertrag das Recht auf Umwandlung schon antizipiert. Es erscheint abwegig, dass die Situation nach der Umwandlung schon im Schenkungsvertrag geregelt werden sollte, könnte sie stattdessen doch ebenso gut bei aktuellem Bedarf in eine Zusatzvereinbarung aufgenommen werden. Dieser Umstand stützt die Annahme, dass der Wille der Parteien darauf zielte, dem Berufungsbeklagten 1 ein Recht auf Pfandänderung inkl. der Umwandlung der Pfandart zuzugestehen. Jedenfalls geht das Vorbringen der Berufungsklägerin insoweit fehl, als ein Ausschluss der Zustimmungsverpflichtung zu Umwandlungen nicht klar aus dem Vertrag hervorgeht. 9.3.4. Schliesslich sei die Berufungsklägerin daran erinnert, dass der Vertragswortlaut zwar Ausgangspunkt der Auslegung aber eben nicht deren Grenze bildet (vgl. Wolfgang Wiegand, a.a.O., N 25 zu Art. 18 OR). Nur weil sich ein Vertragstext nicht explizit über den Bestand eines Rechts bzw. einer Verpflichtung äussert, bedeutet dies nicht, dass deren Einräumung nicht beabsichtigt gewesen wäre. Vielmehr ist – leitet eine Partei ein entsprechendes Recht bzw. Verpflichtung ab und lässt sich deren Bestand nicht ohne weiteres dem Vertrag entnehmen – der Vertrag entsprechend auszulegen und in einem ersten Schritt aufgrund der Auslegungsmittel sowie Auslegungsregeln der übereinstimmende wirkliche Wille zu eruieren. Wie erwähnt kommen hierbei – lässt der Wortlaut keinen ausdrücklichen Schluss zu – weitere Auslegungsmittel zum Einsatz. So spielt insbesondere der Vertragszweck bei der

Ermittlung des Parteiwillens eine entscheidende Rolle (vgl. zum Ganzen Wolfgang Wiegand, a.a.O., N 30 ff. zu Art. 18 OR). Bereits unter E.

E. 31

/ 36 Schluss zu, dass dem Berufungsbeklagten 1 auch die Umwandlung der Pfandart zugestanden werden sollte. Eine andere Lesart würde die berufungsbeklagtischen Finanzierungsmöglichkeiten auf dem Markt erheblich beeinträchtigen und wäre folglich weder mit dem Vertragszweck vereinbar noch würde diese der Vertragssystematik gerecht. So ist notorisch, dass Banken grundpfandgesicherte Forderungen in Form von Schuldbriefen bevorzugen. Die von der Berufungsklägerin erhobenen Rügen (vgl. vorstehend E. 9.3.1. und E. 9.3.3.) vermögen diesen infolge Vertragsauslegung gewonnenen Schluss, wonach es dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprach, dass eine Umwandlung der Pfandart zulässig ist, nicht zu erschüttern. 9.3.5. Entsprechend dem vorstehend Ausgeführten ist folglich festzustellen, dass dem Berufungsbeklagten 1 die vollständige Verfügungsfreiheit insbesondere auch die Neubegründung von Hypotheken zu gewähren sind, solange diese die folgenden im Vertrag genannten Grundpfandrechte nicht übersteigen: - Grundpfandrecht im 1. Rang über CHF 6'180'000.00, lastend als Gesamtpfand auf den L.-S.-Parzellen Nr. _____ (GBV _____) und Nr. _____ (GBV _____) beide im Grundbuch der Gemeinde O.1 _____; - Grundpfandrecht im 1. Rang über CHF 1'940'000 sowie im 2. Rang über CHF 700'000.00 beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nr. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____, alles im Grundbuch der Gemeinde O.1 _____. Selbstredend umfasst diese Verfügungsfreiheit auch die Neubegründung der infolge Tilgung gelöschten Grundpfandrechte im 1. Rang über CHF 1'940'000.00 sowie im 2. Rang über CHF 700'000.00 beide lastend je als Gesamtpfand auf den Grundstücken Nr. _____, _____ sowie auf den _____ Miteigentumsanteilen an StWE-Grundstück Nr. _____, alles im Grundbuch der Gemeinde O.1 _____. 9.3.6. Antragsgemäss ist die Verpflichtung mit einer Strafanordnung nach Art. 292 StGB zu verbinden, wonach derjenige, der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, mit Busse bestraft werden kann. 10. Die Berufung erweist sich somit insoweit begründet, als mit Schenkungsvertrag vom 28. Dezember 2011 kein umfassendes Subrogationsverbot vereinbart worden war. Das vertraglich vereinbarte Subrogationsverbot besteht nur bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung durch

E. 32

/ 36 die Pfandgläubigerin, mithin bis zur Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Art. 152 SchKG i.V.m. Art. 69 SchKG. Zwar beantragte der Berufungsbeklagte 1 in seinem Klagebegehren Ziff. 1 die Feststellung, dass die Berufungsklägerin nicht berechtigt sei, als gesamthandschaftliche Drittpfandgeberin alleine zu subrogieren (vgl. vorinstanzliches act. 1, Rechtsbegehren Ziffer 1). Die Frage, ob das Gesamthandprinzip der alleinigen Subrogation entgegensteht, kann vorliegend nicht beurteilt werden. Für die Zeit bis Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung durch die Gläubigerbank kann sich das Subrogationsverbot bereits auf eine vertragliche Grundlage stützen. Sodann ist für die Zeit nach Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung festzuhalten, dass die bestehende Unklarheit sowie Ungewissheit über die Subrogationszulässigkeit den Berufungsbeklagten 1 nicht in der von Art. 88 ZPO geforderten Weise wirtschaftlich hindert. Es liegt folglich kein aktuelles rechtsgenügendes Feststellungsinteresse vor. Im

Sinne eines maiore ad minus kann dem Klagebegehren Ziffer 1 insoweit entsprechen werden, als festzustellen ist, dass die Berufungsklägerin bis zur Einleitung des Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung durch die Pfandgläubigerin (Zustellung Zahlungsbefehl gemäss Art. 152 SchKG i.V.m. Art. 69 SchKG) nicht berechtigt ist, in deren Stellung zu subrogieren. Im beantragten Mehrumfang (Feststellung, dass die Berufungsklägerin infolge Gesamthandprinzips nicht berechtigt ist, alleine zu subrogieren) ist auf das Rechtsbegehren nicht einzutreten. Hinsichtlich der übrigen angefochtenen Punkte erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 33

/ 36 nicht einzutreten. Mit seinem Antrag Ziff. 2.1. (Verpflichtung zur Zustimmung zu vertraglichen Änderungen) ist er vollständig durchgedrungen. Bei dieser Ausgangslage rechtfertigt sich seine Obsiegensquote auf 4/5 festzusetzen. Demzufolge hat die Berufungsklägerin 4/5 der vorinstanzlichen Gerichtskosten in Höhe von CHF 30'530.00 (inkl. CHF 30.00 Zeugenentschädigung [Art. 95 abs. 2 lit. c ZPO] und CHF 500.00 Pauschale für das Schlichtungsverfahren [Art. 95 abs. 2 lit. a ZPO]), mithin CHF 24'424.00 zu tragen. Der Berufungsbeklagte 1 trägt CHF 6'106.00 der vorinstanzlichen Kosten. Der Berufungsbeklagte 2, C._____, unterlag zwar gleichermassen. Nachdem er jedoch bereits anlässlich der Vermittlung die Klage anerkannte, sind ihm für das vorliegende, einzig durch das Verhalten der Berufungsklägerin notwendig gewordene Verfahren, keine Kosten aufzulegen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die vorinstanzlichen Gerichtskosten werden mit dem vom Berufungsbeklagten 1 geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 30'650.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungsbeklagten 1 wird im Umfang von CHF 24'424.00 das Rückgriffsrecht auf die Berufungsklägerin eingeräumt (Art. 111 Abs. 2 sowie Art. 95 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Mehrbetrag von CHF 120.00 wird dem Berufungsbeklagten 1 aus der Gerichtskasse des Regionalgerichts Plessur zurückerstattet.

E. 34

/ 36 einem Obsiegensanteil der Berufungsklägerin von 1/5 auszugehen. Entsprechend geht die Gerichtsgebühr, die in Anwendung von Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilverfahren [VGZ; BR 320.201] auf CHF 20'000.00 festgesetzt wird, zu 4/5 zu Lasten der Berufungsklägerin und wird in diesem Umfang mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 20'000.00 verrechnet. Die vorgenannten Gerichtskosten gehen zu 1/5 zu Lasten des Berufungsbeklagten 1, welcher verpflichtet wird, seinen Anteil (d.h. CHF 4'000.00) der Berufungsklägerin direkt zu ersetzen. Der Berufungsbeklagte 2 hat sich zwar der Haltung des Berufungsbeklagten 1 angeschlossen und um Abweisung der Berufung ersucht (vgl. act. A.2). Gleichzeitig teilte er jedoch seinen Teilnahmeverzicht am Berufungsverfahren mit, sodass es sich in casu rechtfertigt, auf eine Kostenanlastung gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zu verzichten, zumal aufgrund seines Verhaltens keine zusätzlichen Kosten angefallen sind.

E. 35

/ 36 III.

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