

ZA 24 7

Beschwerde beim BGer hängig

**Urteil vom 5. Dezember 2024
Zivilabteilung**

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichter Franz Odermatt,
Oberrichter Erwin Odermatt,
Oberrichter Denis Guberinic,
Oberrichterin Fabienne Weger,
Gerichtsschreiberin Helene Reichmuth.

Verfahrensbeteiligte

A.____,

vertreten durch Alois Bissig, Rechtsanwalt,
Panoramastrasse 4a, 6373 Ennetbürgen,

Klägerin und Berufungsklägerin,

gegen

B.____,

vertreten durch Dr. iur. Raphaël Haas, Rechtsanwalt,
Rudolf & Bieri AG, Ober-Emmenweid 46, Postfach 1846,
6021 Emmenbrücke 1,

Beklagte und Berufungsbeklagte.

Gegenstand

Aberkennungsklage

Berufung gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 2. Februar 2024 (ZK 21 23).

Sachverhalt:

A.

Die Berufungsbeklagte betrieb die Berufungsklägerin gestützt auf den Zahlungsbefehl Nr. ___ des Betreibungsamtes Nidwalden vom 22. September 2020 auf Verwertung eines Grundpfandes für den Betrag von Fr. 138'000.– («Inhaber-Schuldbrief Nr. ___ Fr. 120'000.– gekündigt per 30. Juni 2020, Zinsen aus Schuldbrief Nr. ___ für die Jahre 2017; 2018; 2019 Fr. 6'000.– [5 %] Totalzinsen Fr. 18'000.–») nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2020 (vgl. vi-KB 2). Dagegen erhob die Berufungsklägerin Rechtsvorschlag.

Mit Rechtsöffnungsentscheid ZES 20 392 vom 12. April 2021 erkannte das zuständige Einzelgericht in SchKG in dieser Sache (vi-KB 2):

- «1. In der Betreuung Nr. ___ des Betreibungsamtes Nidwalden auf Verwertung eines Grundpfandes wird für Fr. 120'000.00 (Schuldbriefforderung gemäss Inhaberschuldbrief Nr. ___ vom 20. August 2008) nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2020 sowie für Fr. 18'000.– (Zinsen für die Jahre 2017 bis 2019 gemäss Inhaber-Schuldbrief Nr. ___ vom 20. August 2008) nebst 5 % Zins seit dem 22. September 2020 die provisorische Rechtsöffnung erteilt.
2. In der Betreuung Nr. ___ des Betreibungsamtes Nidwalden auf Verwertung eines Grundpfandes wird für das Grundpfandrecht gemäss Inhaber-Schuldbrief Nr. ___ vom 20. August 2008 (über Fr. 120'000.–), lastend auf dem Grundstück Nr. ___, Grundbuch I. ___, die provisorische Rechtsöffnung erteilt.
3. Im Mehrbetrag (weitergehendes Zinsbegehren) wird das Rechtsöffnungsbegehren abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann (für Betreuungskosten: Verweis auf Art. 68 Abs. 2 SchKG).
4. [Prozesskosten]
5. [Zustellung]»

B.

Am 3. Mai 2021 reichte die Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Alois Bissig, beim Kantonsgericht Nidwalden eine Aberkennungsklage ein mit den Anträgen:

- «1. Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der beklagten Partei mit Entscheid des Einzelgerichtes in SchKG vom 12. April 2021 – ZES 20 392 – provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, nicht besteht. Entsprechend ist die vom Kantonsgericht (Einzelgericht in SchK) mit Entscheid vom 12. April 2021 erteilte provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ___ des Betreibungsamtes Nidwalden auf Verwertung eines Grundpfandes für Fr. 120'000.00 nebst 5 % seit dem 1. Juli 2020 und für Fr. 18'000.00 nebst 5 % seit dem 22. September 2020 sowie die Verwertung des Grundpfandes gemäss Inhaber-Schuldbrief Nr. ___ lastend auf dem Grundstück Nr. ___, GB I. ___, aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der beklagten Partei.»

Die Berufungsbeklagte, vorinstanzlich vertreten durch C.____, verlangte mit Klageantwort vom 30. Mai 2021 die Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (vi-act. 3):

Mit Replik vom 29. April 2022 liess die Berufungsklägerin ihre Rechtsbegehren um drei Anträge erweitern (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 3-5):

- «1. Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der Beklagten mit Entscheid des Einzelgerichts SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, nicht besteht.
2. Der Entscheid der provisorischen Rechtsöffnung durch das Einzelgericht SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 sei aufzuheben.
3. Die Kosten der provisorischen Rechtsöffnung im Verfahren vor dem Einzelgericht SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 seien der Beklagten aufzuerlegen.
4. Der Klägerin sei eine Kosten- und Parteientschädigung im Verfahren vor dem das Einzelgericht SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 zuzusprechen.
5. Die Betreuung Nr. __ des Betreibungsamtes Nidwalden vom 22. September 2020 sei zu löschen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.»

Mit Duplik vom 11. Juni 2022 stellte die Berufungsbeklagte folgende Anträge:

- «1. Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche die Beklagte mit Entscheid des Einzelgerichts vom 12. April 2021 – ZES 20 392 – provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, zu Recht besteht.
2. Es sei in der Betreuung Nr. __ des Betreibungsamtes Nidwalden auf Verwertung eines Grundpfandes für Fr. 120'000.00 (Schuldbriefforderung gemäss Inhaberschuldbrief Nr. __ vom 20. August 2008) nebst 5% Zins seit dem 1. Juli 2020 sowie für Fr. 18'000.00 (Zinsen für die Jahre 2017 bis 2019 gemäss Inhaberschuldbrief Nr. __ vom 20. August 2008) nebst 5% Zins seit dem 22. September 2020 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
3. Es sei in der Betreuung Nr. __ des Betreibungsamtes Nidwalden auf Verwertung eines Grundpfandes für das Grundpfandrecht gemäss Inhaber-Schuldbrief Nr. __ vom 20. August 2008 (über Fr. 120'000.00), lastend auf dem Grundstück Nr. __, Grundbuch I. __, die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.»

C.

Das Kantonsgericht Nidwalden erkannte mit Urteil ZK 21 23 vom 2. Februar 2024:

- «1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die mit Zahlungsbefehl Nr. __ des Betreibungsamtes Nidwalden betriebene Teil-Forderung von Fr. 18'000.00 (Zinsen für die Jahre 2017 bis 2019 gemäss Inhaber-Schuldbrief Nr. __ vom 20. August 2008), für welche nebst 5 % Zins seit dem 22. September 2020 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde (ZES 20 392), aberkannt.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Die Gerichtskosten für das vorliegende Verfahren betragen Fr. 6'000.00 (inkl. Auslagen). Sie gehen vollumfänglich zu Lasten der Klägerin.

Die Gerichtskosten werden mit dem klägerischen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'500.00 verrechnet und sind in dieser Höhe bezahlt. Die Klägerin wird angewiesen, der Gerichtskasse Nidwalden mit beiliegendem Einzahlungsschein die Restanz von Fr. 3'500.00 zu bezahlen.

4. Die Klägerin hat der Beklagten eine Parteienentschädigung von pauschal Fr. 300.00 zu bezahlen.
5. [Zustellung]»

D.

Dagegen liess die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 26. April 2024 Berufung mit folgenden Anträgen erheben:

- «1. Der Entscheid vom 2. Februar 2024 des Kantonsgerichts Nidwalden sei aufzuheben, soweit die Forderung der Beklagten von der Vorinstanz nicht bereits aberkannt worden ist, und die vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehren wie folgt gutzuheissen:
1. Es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der Beklagten mit Entscheid des Einzelgerichts SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, nicht besteht.
 2. Die Kosten der provisorischen Rechtsöffnung im Verfahren vor dem Einzelgericht SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 seien der Beklagten aufzuerlegen.
 3. Der Klägerin sei eine Kosten- und Parteienentschädigung im Verfahren vor dem Einzelgericht SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 zuzusprechen.
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.
2. Ev. sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhaltes und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.»

Der von der Prozessleitung eingeforderte Gerichtskostenvorschuss im Betrage von Fr. 3'000.– wurde innert erstreckter Frist bezahlt.

E.

Mit Berufungsantwort vom 14. Juni 2024 liess die Berufungsbeklagte, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Haas, die vollumfängliche Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin, beantragen.

F.

Mit Berufsreplik vom 14. August 2024 und Berufungsduplik vom 19. September 2024 erneuerten die Parteien jeweils ihre Anträge je innert erstreckter Frist. Damit war der Rechtschriftenwechsel abgeschlossen.

G.

Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die Streitsache anlässlich ihrer Sitzung vom 5. Dezember 2024 in Abwesenheit der Parteien abschliessend beraten und beurteilt. Auf die Parteivorbringen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:**1.****1.1**

Angefochten ist das Urteil ZK 21 23 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 2. Februar 2024, mittels welchem die berufungsklägerische Aberkennungsklage vom 3. Mai 2021 teilweise gutgeheissen wurde, soweit darauf eingetreten worden war. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist das Rechtsmittel der Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO [SR 272]; Art. 309 und 319 ZPO e contrario), sofern der Streitwert über Fr. 10'000.– liegt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert von Fr. 10'000.– ist vorliegend zweifellos erreicht, die Vorinstanz ging von einem Bestand der Schuldbriefforderung von Fr. 120'000.– aus. Das Rechtsmittel der Berufung ist somit zulässig.

Berufungsinstanz ist das Obergericht Nidwalden, dessen Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]) in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 3 GerG). Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO). Die Berufungsklägerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil, ist durch das angefochtene Urteil hinlänglich berührt und somit zur Berufung berechtigt.

Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung vom 26. April 2024 wurde fristgerecht eingereicht und entspricht den Formanforderungen. Auf die Berufung ist demnach – unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen – einzutreten.

1.2

Die Berufungsklägerin verlangt mit Antrags-Ziff. 1.1, es sei festzustellen, dass die Forderung, für welche der Beklagten mit Entscheid des Einzelgerichts SchK des Kanton Nidwaldens vom 12. April 2021 provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei, nicht bestehe. Der Aberkennungsprozess ist ein negativer Feststellungsprozess (vgl. DOMINIK VOCK/DANIÈLE MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 159), womit das Rechtsbegehren grundsätzlich zulässig ist und darauf eingetreten werden kann. Nicht eingetreten werden kann hingegen auf die Antrags-Ziff. 1.2 und 1.3, mit welchen die Berufungsklägerin eine Abänderung der Kostenverteilung im Verfahren um provisorische Rechtsöffnung verlangt. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, zielt der Aberkennungsprozess nicht darauf ab, den Rechtsöffnungsentscheid zu beurteilen. Die Aberkennungsklage ist kein Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid. Sie wird inhaltlich auch nicht durch das vorangegangene Rechtsöffnungsverfahren präjudiziert. Dem Urteil im Rechtsöffnungsprozess kommt aufgrund des anders gelagerten Streitgegenstandes keine Rechtskraftwirkung für die Aberkennungsklage zu (vgl. vorinstanzliche E. 3.1). Die Aberkennungsklage leitet vielmehr ein Verfahren vor dem ordentlichen Gericht ein, in welchem sich das Gericht mit der Frage befasst, ob die in Betreuung gesetzte Forderung besteht oder nicht. Das ordentliche Gericht entscheidet mithin endgültig in einem Feststellungsentscheid über den materiellen Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung und beinhaltet insofern einen anders gelagerten Streitgegenstand. Das Rechtsöffnungsverfahren ist hingegen lediglich ein Urkundenprozess, dessen Ziel darin besteht, das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels zu überprüfen. Entsprechend würdigt der Rechtsöffnungsrichter nur die Beweiskraft der vom Gläubiger vorgelegten Urkunde, nicht aber die Gültigkeit der Forderung an sich (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 5A_568/2010 vom 4. November 2010 E 2.1; DOMINIK VOCK/DANIÈLE MEISTER-MÜLLER, a.a.O., S. 152; STAEHELIN/BAUER/LORANDI, BSK-SchKG, 2021, Art. 83 SchKG). Auf die Berufungsanträge Ziff. 1.2 und 1.3 kann daher nicht eingetreten werden. Die Kostenauflegung und das Zusprechen einer Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren hätten gemäss Art. 319 ff. ZPO innert 10 Tagen mittels Beschwerde gegen den Entscheid vom 12. April 2021 geltend gemacht werden müssen (vgl. Rechtsmittelbelehrung im Urteil ZES 20 392 vom 12. April 2021).

1.3

Der Vollständigkeit halber sei nochmals festgehalten, dass die Aberkennungsklage der Berufungsklägerin vom 3. Mai 2021 nur auf die Schuldbriefforderung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 des Rechtsöffnungsentscheids vom 12. April 2021 Bezug genommen hat. Die Grundpfandverwertung des Grundpfandrechts gemäss Inhaberschuldbrief Nr. __ war somit nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Aberkennungsverfahrens. Dem Dispositionsgrundsatz entsprechend kann diese somit auch nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sein (vgl. vorinstanzliche E. 3.2 und 8.3).

1.4

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); die Berufungsinstanz verfügt über vollständige Überprüfungsbefugnis in der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger bzw. die Berufungsklägerin inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. u.a. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; Urteile des BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1; 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, muss die Rechtsmittelinstanz nicht überprüfen und hat grundsätzlich Bestand. Die Berufungsinstanz ist nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Beanstandungen haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen. Das Berufungsverfahren ist nicht die Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen (vgl. zum Ganzen BGE 138 III 374

E. 4.3.1; 142 III 413 E. 2.2.4; REETZ/THEILER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 36 zu Art. 311 ZPO). Soweit sich die Berufungsklägerin bei ihrer Argumentation also nicht konkret mit der vorinstanzlichen Begründung auseinandersetzt und insbesondere nicht relevante Ausführungen zur Vorgeschichte macht, wird auf die Berufung nicht eingetreten.

2.

Das Obergericht als Rechtsmittelinstanz eröffnet seinen Entscheid mit einer schriftlichen Begründung (Art. 318 Abs. 2 ZPO). Wird der angefochtene Entscheid lediglich bestätigt, kann die Begründung sehr knapp ausfallen. Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG (SR 173.110) müssen Entscheide, die – wie der vorliegende – der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art, insbesondere die Angabe der angewendeten Gesetzesbestimmungen, enthalten. Aus dem Entscheid muss klar hervorgehen, von welchem festgestellten Sachverhalt die Vorinstanz ausgegangen ist und welche rechtlichen Überlegungen sie angestellt hat. Das Bundesgericht hatte aber bereits zu Art. 51 OG (aSR 173.110; in Kraft bis 31. Dezember 2006), dem Art. 112 BGG nachempfunden ist, erkannt, es sei zulässig, ohne neue Motive auf die schriftliche Begründung des erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen, sofern vor der zweiten Instanz keine beachtlichen Gründe vorgebracht werden, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen habe. Der Verweis führt dazu, dass das Bundesgericht die Rechtsanwendung im Lichte der erstinstanzlichen Erwägungen überprüft. Für das heute geltende Bundesgerichtsgesetz hat das Bundesgericht diese Praxis bestätigt. Keine weitergehenden Rechte ergeben sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV [SR 101]; Art. 53 Abs. 1 ZPO). Die daraus ableitbare Pflicht, Urteile zu begründen, schliesst nicht aus, dass die zweite Instanz, soweit sie das angefochtene Urteil bestätigt und auch mit der Begründung einiggeht, auf die Begründung der ersten Instanz verweist. Denn in diesem Fall wissen die Betroffenen, aus welchen Gründen die zweite Instanz ihrem Antrag nicht gefolgt ist. Sie können die Gründe im erstinstanzlichen Urteil nachlesen. Anders ist es nur, wenn die Betroffenen vor der zweiten Instanz beachtliche Gründe vorbringen, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen hat, sei es, dass diese Gründe vor erster Instanz noch nicht vorgebracht wurden, aber trotzdem vor zweiter Instanz neu vorgebracht werden dürfen, oder sei es, dass sie vor erster Instanz schon vorgebracht wurden, diese aber dazu in der Entscheidbegründung nicht Stellung bezogen hat (Urteile des BGer 5A_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1; 4A_434/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 1.2; je mit Hinweisen).

3.

3.1

Die Berufungsklägerin rügt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine unrichtige Rechtsanwendung. Im Wesentlichen wiederholt sie ihre im vorinstanzlichen Verfahren vertretenen Standpunkte, wonach die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 unwirksam sei und der Inhaberschuldbrief Nr. ___ nicht für die Sicherung «*privater Zwecke*» und auch nicht für eine Forderung in der Höhe von Fr. 120'000.– zur Verfügung gestanden habe. Ausserdem sei die Berufungsbeklagte nicht rechtmässig in den Besitz des Inhaberschuldbriefs gelangt, weshalb ihr die Stellung als Grundpfandgläubigerin abzusprechen sei.

3.2

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, nebst dem Darlehensvertrag vom 17. November 2010 – auf welchen sich die Klägerin im Zusammenhang mit Einreden aus dem Grundverhältnis berufe – liege die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 im Recht, deren Gültigkeit von der Klägerin bestritten werde. Anhand verschiedener Belege sei die klägerische Behauptung, wonach über den Betrag von Fr. 50'000.– hinaus keine Zahlungen geflossen seien, widerlegt. Mit Abschluss der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 hätten die Vertragsparteien beabsichtigt, gegenseitige (bzw. die Gesellschaften D.___ betreffende) finanzielle Ansprüche zu bereinigen. Der klägerische Einwand, es handle sich bei dieser Urkunde bloss um einen Entwurf, überzeuge basierend auf der Aktenlage nicht. Die Klägerin müsse sich sowohl die Unterschrift D.___ auf der genannten Urkunde als auch die in Vertretung E.___ angebrachte Unterschrift von F.___, handelnd für die G.___ GmbH, entgegenhalten lassen. Das klägerische Argument hinsichtlich der fehlenden Zeichnungsberechtigung F.___ verfange nicht. Der Handelsregisterauszug vom 19. Februar 2008 (KB 14) sei von vornherein untauglich, denn er lasse keinen Rückschluss auf die Zeichnungsberechtigung F.___ zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 zu.

Auch dem klägerischen Argument hinsichtlich der fehlenden Zustimmung zur Verwendung des Inhaberschuldbriefes im Hinblick auf die Saldovereinbarung vom Jahr 2013 könne nicht gefolgt werden. Soweit für die Frage nach der Gültigkeit der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 überhaupt relevant, sei nämlich erstellt, dass die Zustimmung der Klägerin zur Verwendung des streitgegenständlichen Inhaberschuldbriefes als Sicherungsmittel entgegen ihren eigenen Behauptungen klarerweise an die Verwendung durch ihren Ehemann, D.___, geknüpft gewesen sei. In diesem Sinne sei denn auch das Schreiben der Klägerin vom

18. November 2010 (BB 4) zu verstehen, in dem sie ausdrücklich bestätige, dass der Schuldbrief Nr. ___ der H.___ AG für Fremdfinanzierungen zur Verfügung stehe. Im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag vom 17. November 2010 (KB 3/BB 3) sei klar, dass diese Zustimmung mit Blick auf D.___ erfolgt sei. Abgesehen davon lasse sich aus der Bestätigung (BB 4) nicht ableiten, dass die Klägerin die Verwendung des Schuldbriefes durch ihren Ehemann für private Zwecke ausgeschlossen hätte. Dass D.___ den Schuldbrief sehr wohl nach seinem eigenen Gutdünken habe benutzen dürfen, würden die klägerischen Ausführungen zur Übergabe des Inhaberschuldbriefes von E.___ an die Beklagte nahelegen. Die Zustimmung der Klägerin zur Verwendung des Inhaberschuldbriefes dürfte basierend auf den Akten ohne Zweifel an D.___ – und nicht ausschliesslich an die H.___ AG im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag vom 17. November 2010 – geknüpft gewesen sein. Es sei der Klägerin nicht gelungen, die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 zu entkräften. Daran würden selbst die aktenkundigen Schreiben von F.___ (BB 1/KB 13 und BB 9), denen das Gericht aufgrund derer inhaltlicher Widersprüchlichkeit und aufgrund des Näheverhältnisses zur Klägerin nur geringe Beweiskraft zumesse, nichts ändern (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.6.4).

Schliesslich sei, unabhängig davon, ob nun altes oder neues Recht anwendbar sei, in Übereinstimmung mit den Parteien von einer Sicherungsübereignung auszugehen, welche die Vertragsparteien zur Besicherung der gewährten (und anerkannten) Darlehenssumme von Fr. 125'000.– gewählt haben. Darauf lasse nicht zuletzt die Tatsache schliessen, dass die H.___ AG, handelnd durch D.___ und E.___ bereits anlässlich des Darlehensvertrags vom 17. November 2010 eine Sicherungsabrede getroffen haben (vgl. vorinstanzlicher E. 7.5 ff., insbesondere E. 7.5.6.5).

Die Klägerin bestreite weiter, dass die Beklagte rechtmässige Grundpfandgläubigerin und als solche zur Betreuung auf Grundpfandverwertung betreffend den Inhaberschuldbrief Nr. ___ berechtigt sei. In casu sei E.___ gestützt auf die mit D.___ getroffene Sicherungsabrede Eigentümer des streitgegenständlichen Inhaberschuldbriefes geworden. Als solcher habe er – trotz schuldrechtlicher Verpflichtung gegenüber D.___ den Schuldtitel nicht ohne die gesicherte Forderung weiterzueräussern – über den Inhaberschuldbrief verfügen und diesen schenkungsweise an die Beklagte weitergeben dürfen. Ein Formmangel bezüglich des Schenkungsversprechens könne angesichts der unbestrittenen Übergabe des Pfandtitels an die Beklagte ausgeschlossen werden. Zusammenfassend sei folglich von einer rechtsgültigen Schenkung des Pfandtitels an die Beklagte auszugehen, gestützt auf welche diese rechtmässige Eigentümerin des Inhaberschuldbriefes und damit Grundpfandgläubigerin der

darin verbrieften Forderung geworden sei. Am Rande sei erwähnt, dass E. __ sämtliche Ansprüche gegenüber D. __ – und damit auch die gesicherte Forderung – mit Datum vom 31. Januar 2022 an die Beklagte abgetreten habe, womit er seiner obligatorischen Verpflichtung gegenüber D. __ (nachträglich) nachgekommen sei (vgl. vorinstanzliche E. 7.6).

Die Schuldbriefforderung gestützt auf den Schuldbrief Nr. __ sei sodann rechtmässig per 30. Juni 2020 gekündigt worden und sei fällig (vgl. vorinstanzliche E. 7.7).

Abzustellen in puncto Grundverhältnis sei auf die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013, welcher eine gesicherte Forderung in Höhe von Fr. 125'000.–, zahlbar bis spätestens am 30. Juni 2014, zugrunde liege. Es ergebe sich hinsichtlich Einreden aus diesem Grundverhältnis, dass (Zins-) Zahlungen in Höhe von Fr. 3'100.– zu berücksichtigen seien (vgl. vorinstanzliche E. 7.8). Ob diese anerkannte Teilzahlung nun der Rückzahlung der gesicherten Forderung diene oder ob diese – wie die Beklagte vorbringe – an die Zinsschuld anzurechnen sei, sei vorliegend nicht von Bedeutung und könne offenbleiben. Basierend auf einer gesicherten Forderung von Fr. 125'000.– sei eine (Zins-) Zahlung im Betrag von Fr. 3'100.– mit Blick auf die im betroffenen Inhaberschuldbrief verbrieft Forderung im Betrag von Fr. 120'000.–, deren Verwertung mit Zahlungsbefehl Nr. __ des Betreibungsamtes Nidwalden verlangt werde, ohnehin nicht von Belang (vgl. vorinstanzliche E. 7.9).

Die Beklagte habe den Inhaberschuldbrief per 30. Juni 2020 gekündigt. Aufgrund des kalendermässig genau bestimmaren Kündigungstermins liege ein Verfalltagsgeschäft vor, sodass die Klägerin mit Ablauf des 30. Juni 2020 ohne Weiteres in Verzug geraten sei. Die Klägerin schulde der Beklagten bezugnehmend auf die Schuldbriefforderung im Betrag von Fr. 120'000.– folglich Verzugszins in der gesetzlichen und in Betreuung gesetzten Höhe von 5 % seit dem 1. Juli 2020 (vgl. vorinstanzliche E. 7.10).

Abschliessend hat die Vorinstanz dementsprechend festgehalten, dass die in Betreuung gesetzte Teil-Forderung von Fr. 120'000.– (Schuldbriefforderung gemäss Inhaberschuldbrief Nr. __ vom 20. August 2008) nebst 5 % Zins seit dem 1. Juli 2020 bestehe. Die Aberkennungsklage vom 3. Mai 2021 sei bezugnehmend auf diese Teil-Forderung abzuweisen. Eine Forderung in Höhe von Fr. 18'000.– betreffend die Zinsen der Jahre 2017 bis 2019 gemäss Inhaberschuldbrief Nr. __ nebst 5 % Zins seit dem 22. September 2020 sei hingegen nicht erstellt, weshalb die Aberkennungsklage in diesem Punkt gutzuheissen sei (vgl. vorinstanzliche E. 7.11).

3.3

Auf diese zutreffenden Erwägungen kann grundsätzlich verwiesen werden, zumal – wie die nachstehenden Erwägungen zeigen werden – die Berufungsklägerin dagegen keine stichhaltigen Argumente vorzutragen vermag.

4.

4.1

Die vorliegende Streitigkeit ist im Ursprung auf einen zwischen E.____ und der H.____ AG, handelnd durch deren Verwaltungsratspräsidenten D.____, am 17. November 2010 abgeschlossenen Darlehensvertrag zurückzuführen. Die Darlehenssumme betrug Fr. 50'000.– mit einer Verzinsung von 5 % p.a. und wurde per 18. Mai 2011 zur Rückzahlung fällig (vi-KB 3). Unbestritten ist, dass E.____ in der Folge Fr. 50'000.– zu Gunsten der H.____ AG überwies und eine Beteiligung in der Höhe von Fr. 28'750.– erwarb (vi-KB 3 und 6). In Ziff. 2 des Darlehensvertrags vereinbarten die Parteien, dass die Darlehensnehmerin einen Inhaberschuldbrief in der Höhe von Fr. 120'000.– als Sicherheit für das Darlehen und die Beteiligung hinterlegt. Die Darlehensnehmerin bestätigte ausdrücklich, dass der Inhaberschuldbrief zur freien Verfügung steht und keinerlei Ansprüche Dritter bestehen; der Inhaberschuldbrief sei unbelastet (vi-KB 3).

Es handelt sich dabei um den Inhaberschuldbrief Nr. ____ vom 20. August 2008 (vi-KB 5), welcher anlässlich des Vertragsschlusses unstrittig an E.____ (Darlehensgeber und Fiduziar) ausgehändigt wurde (vgl. auch Ziff. 2 des Darlehensvertrags: «*Mit Unterschrift dieser Vereinbarung bestätigt der Darlehensgeber den Erhalt des Inhaber-Schuldbriefes.*»). Die Berufungsklägerin als Drittpfandgeberin hatte der Verwendung des Schuldbriefes als Sicherungsmittel zugestimmt («*Hiermit bestätige ich ausdrücklich, dass der Schuldbrief Nr. ____ der H.____ AG für Fremdfinanzierungen zur Verfügung steht.*»; vi-BB 4). Sie stellt sodann weder den rechtsgültigen Abschluss des erwähnten Darlehens noch den Austausch von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich in Frage. Ebenso wenig bestreitet sie, dass das Darlehen am 18. Mai 2011 zur Rückzahlung fällig war und sie räumt ein, dass D.____ in der Folge versuchte, weitere Finanzierungen für die H.____ AG sowie für sich selbst zu erhalten. In diesem Zusammenhang habe es Zahlungen von E.____ an die H.____ AG und an D.____ gegeben (vgl. Berufung Rz. 16, S. 9).

Weiter steht fest, dass E.____ den streitgegenständlichen Inhaberschuldbrief später an die Berufungsbeklagte übergab, welche per 30. Juni 2020 die Kündigung des Schuldbriefes

gemäss Art. 847 ZGB aussprach. Diese Kündigung blieb von der Berufungsklägerin unbestritten. Die Berufungsbeklagte machte im vorinstanzlichen Verfahren sodann von Beginn weg geltend, sie sei zur Verwendung des Inhaberschuldbriefes berechtigt (gewesen), da D. ___ seinen Verpflichtungen gestützt auf die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 nicht nachgekommen sei. Damit verknüpft sie den Inhaberschuldbrief und dessen Verwendung als Sicherungsmittel mit dieser Vereinbarung.

4.2

Zur Verdeutlichung des Sachverhalts sei ausserdem nochmals festgehalten, dass die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin auf Verwertung eines Grundpfandes für den Betrag von Fr. 138'000.– (Inhaberschuldbrief Nr. ___ vom 20. August 2008 für Fr. 120'000.–, gekündigt per 30. Juni 2020; Zinsen für die Jahre 2017, 2018 und 2019 Fr. 18'000.–) nebst 5 % Zins seit dem 1. Januar 2020 betrieben hat. Ihr Rechtsöffnungsbegehren stützte sie auf den Inhaberschuldbrief Nr. ___ und legte im Rechtsöffnungsverfahren entsprechend eine beglaubigte Kopie der Errichtungsurkunde vor (vgl. Entscheid ZES 20 391 vom 12. April 2021).

Wie bereits im Rechtsöffnungsverfahren erläutert, ist ein nicht spezifiziertes Rechtsöffnungsbegehren immer als auf die Schuldbriefforderung *und* das Grundpfandrecht gerichtet zu verstehen, weshalb der streitgegenständliche Inhaberschuldbrief grundsätzlich auch für das Pfandrecht einen tauglichen provisorischen Rechtsöffnungstitel darstellt (vgl. Entscheid ZES 20 391 vom 12. April 2021, E. 3.2.4; MEIER/SCHLEGEL, in: ZZZ Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, 2020, S. 308 mit Hinweis auf DANIEL STAEHELIN, in: Staehelin/Bauer [Hrsg.], Basler Kommentar SchKG I, 3. Aufl. 2021, Art. 82 N. 166 f.). Die Rechtsöffnungsrichterin erwog sodann, die Schuldbriefforderung sei rechtmässig per 30. Juni 2020 gekündigt worden und erteilte sowohl für die Schuldbriefforderung von Fr. 120'000.– und die geforderten Schuldbriefzinsen von Fr. 18'000.– wie auch für das Grundpfandrecht die provisorische Rechtsöffnung. Die Einwendungen der Berufungsklägerin wurden abgewiesen. Dieser Rechtsöffnungsentscheid ist in Rechtskraft erwachsen und kann im vorliegenden Aberkennungsverfahren nicht mehr angefochten werden (vgl. auch E. 1.2 oben).

4.3

Die Berufungsklägerin macht sodann geltend, die Berufungsbeklagte habe die Rechtsöffnung ausdrücklich nur gestützt auf den Inhaberschuldbrief verlangt und auch das Kantonsgericht habe sich im Entscheid ZES 20 392 vom 12. April 2021 ausschliesslich auf den Inhaberschuldbrief als tauglichen Rechtsöffnungstitel (vgl. Urteil des BGer 5A_481/2007 vom 6. November 2007 E. 3) bezogen und nicht auf eine bestimmte, dadurch abgesicherte Schuld im Sinne einer Sicherungsübereignung Bezug genommen (vgl. Beschwerde Rz. 20, S. 10).

Was die Berufungsklägerin damit zum Ausdruck bringen will, bleibt unklar. An dieser Stelle sei jedoch auf die vorinstanzliche Erwägung 7.5.4 verwiesen, wonach die Gläubigerin die Wahl hat, für die Grundforderung die Betreuung auf Pfändung einzuleiten und als Rechtsöffnungstitel eine Urkunde über die persönliche Verpflichtung (z.B. Darlehensvertrag oder Schuldanerkennung) vorzulegen, oder wie vorliegend für die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht die Betreuung auf Grundpfandverwertung anzuheben. In diesem Fall kann sie als Rechtsöffnungstitel für die Grundpfandforderung *und* das Grundpfandrecht den Inhaberschuldbrief einreichen (vgl. Urteil des BGer 5A_481/2007 vom 6. November 2007 E. 3), denn er ist selbst ein Wertpapier (vgl. Art. 842 ff., Art. 860 ff. ZGB), das die Forderung und die Pfandsicherheit verkörpert. Die Gläubigerin muss denn auch im summarischen Rechtsöffnungsverfahren (vgl. 251 Abs. 1 lit. a ZPO) nicht dartun, dass ihr die Schuldnerin die im Schuldbrief verbriefte Summe tatsächlich schuldet. Es obliegt vielmehr der Schuldnerin, mit persönlicher Einrede (Art. 872 ZGB) glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG), dass sie einen Teil oder die gesamte Schuld zurückbezahlt oder dass ihre wirkliche Schuld nie die im Schuldbrief bezifferte Summe betragen hat (vgl. DANIEL STAEHELIN, AJP/PJA 10/94 S. 1264 mit Hinweis auf BGE 105 III 128 E. b). Eine Urkunde über die Grundforderung braucht im summarischen Rechtsöffnungsverfahren also nicht zwingend vorgelegt zu werden. Die materielle Einrede, dass es sich nur um eine Sicherung handelt und keine Fälligkeit der gesicherten Forderung besteht, muss der Schuldner gegebenenfalls im Rahmen eines Aberkennungsprozesses nach Art. 83 Abs. 2 SchKG geltend machen (vgl. dazu auch die vorinstanzlichen Erwägungen 7.5.3 und 7.5.4; Art. 872 ZGB; DANIEL STAEHELIN, AJP/PJA 10/94 S. 1265).

4.4

Die Berufungsklägerin macht ausserdem geltend, das Obergericht habe zu prüfen, ob das Feststellungsbegehren der Berufungsbeklagten betreffend den Bestand der Forderung ohne

weiteres im Lichte der Verhandlungsmaxime in den Antrag auf Abweisung der Aberkennungsklage umgedeutet werden könne (vgl. Beschwerde Rz. 20, S. 10).

Mit dem Rechtsbegehren der Beklagten (vgl. vorinstanzliche Duplik vom 11. Juni 2022) hat sich bereits die Vorinstanz in ihrer Erwägung 3.2 auseinandergesetzt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren von einem juristischen Laien vertreten war, entschied sie, das Feststellungsbegehren betreffend den Bestand der Forderung, für welche die provisorische Rechtsöffnung erteilt worden sei, könne in einen Antrag um Abweisung der Aberkennungsklage umgedeutet werden. Die Berufungsklägerin erläutert nicht substantiiert, inwiefern dies fehlerhaft sein soll. Soweit also überhaupt darauf einzutreten ist, sei ergänzend festgestellt, dass die Berufungsbeklagte mit ihrem Antrag offensichtlich die Abweisung des klägerischen Antrags erreichen wollte. Die Rüge der Berufungsklägerin ist nicht nur unsubstantiiert, sondern auch unbegründet.

5.

5.1

Die Berufungsklägerin rügt weiter, die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 sei nicht rechtsgültig (vi-BB 8) und macht in diesem Zusammenhang zunächst geltend, die Vorinstanz habe den Beweisantrag zur Befragung von F.____ als Zeugen zu Unrecht abgelehnt und sich in Widersprüche verstrickt.

5.2

Die Vorinstanz hat sich eingehend mit dem Beweisantrag auseinandergesetzt und dessen Ablehnung ausführlich und nachvollziehbar begründet. Sie hat insbesondere auch zu den von F.____ ausgestellten und im Recht liegenden Urkunden vi-BB 1/vi-KB13 und vi-BB 9 Stellung genommen (vgl. vorinstanzliche E. 4.3).

Die Berufungsklägerin beantragte erstinstanzlich die Befragung von F.____ als Zeugen, da er als Verfasser und Mitunterzeichner der Vereinbarung bezeugen könne, dass es sich bei diesem Dokument lediglich um einen Entwurf handle, der dazu gedient habe, eine weitergehende Finanzierung zu erwirken. Aus den Akten geht hervor, dass F.____ zu diesem Beweisthema bereits zwei Urkunden mit Datum vom 19. Januar 2021 (vi-BB 9) bzw. 20. Dezember 2021 (vi-BB 1/vi-KB 13) verfasst hatte. Der anbotene Zeuge hat insbesondere mit Unterzeichnung der als vi-BB1/vi-KB 13 im Recht liegenden Urkunde genau das unterschriftlich bestätigt, wozu die Berufungsklägerin den Zeugen befragt haben wollte (vgl.

vorinstanzliche E. 4.3). Weshalb die Vorinstanz vor diesem Hintergrund nicht von einer Zeugenbefragung hat absehen dürfen, bleibt unergründlich.

Kommt hinzu, dass die Glaubwürdigkeit von F.____ durch die inhaltliche Widersprüchlichkeit der bereits im Recht liegenden Urkunden ohnehin zweifelhaft war (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.6.4). Während F.____ in seiner Erklärung vom 19. Januar 2021 (vi-BB 9) festhielt, er wisse nicht, ob je Geld für den Betrag ab Fr. 50'000.– bis Fr. 125'000.– geflossen sei, konnte er sich rund acht Monate später plötzlich daran erinnern, dass nach dem 17. November 2010 keinerlei Zahlungen über seine Gesellschaft von E.____ an die H.____ AG oder D.____ erfolgten und dass es sich beim Darlehen in der Höhe von Fr. 50'000.– um das erste und einzige Darlehen handle (vi-BB 1/vi-KB 13). Verschiedene E-Mailkorrespondenzen zeigen zudem auf, dass F.____ auch nach dem 17. November 2010 in Kenntnis über weitere von E.____ an D.____ oder die H.____ AG getätigte Zahlung war (vgl. vi-BB 7, vi-BB 10, vi-BB 17). Dennoch bestätigte F.____ am 20. Dezember 2021 für D.____ das Gegenteil (vgl. vi-BB 1/vi-KB 13).

Ausserdem hat die Vorinstanz die Ablehnung des Antrags zu Recht damit begründet, dass die Klägerin zur genannten Beweisthematik keinerlei weitere Beweismittel genannt habe, obgleich der zu beweisende Umstand (fehlende/-r Zahlungseingang/-eingänge) typischerweise dem zuverlässigeren Urkundenbeweis (Kontoauszüge) zugänglich sei. Die Berufungsklägerin macht dazu geltend, sie hätte fehlende Zahlungseingänge nicht mit Urkunden beweisen können. Sie verkennt dabei, dass sie entsprechend dem Grundsatz von Art. 8 ZGB als Klägerin in der Aberkennungsklage (Art. 85a SchKG) unter anderem die Beweislast dafür trägt, dass die mit dem Inhaberschuldbrief gesicherte Forderung nicht oder nicht mehr existiert oder nicht fällig ist (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.6.1; Urteil des BGer 4A_201/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.1). Mit der Vereinbarung vom 8. Oktober 2013 liegt eine Schuldanerkennung über Fr. 125'000.– vor. Wendet die Berufungsklägerin ein, diese Forderung sei inzwischen (teilweise) getilgt, so liegt es an ihr, die entsprechenden Zahlungsflüsse aufzuzeigen. Dazu eignen sich Kontoauszüge zweifellos besser als die Aussagen von Zeugen.

Ergänzend führte die Vorinstanz aus, dass die Befragung von F.____ als Zeugen nicht zuletzt auch in antizipierte Beweisminderung abzulehnen wäre (vgl. auch vorinstanzliche E. 4.5.2 f.), denn seit dem strittigen Lebensvorgang sei zum einen sehr viel Zeit verstrichen und zum anderen sei angesichts der Gesamtumstände von einem besonderen Näheverhältnis zur Klägerin auszugehen. Gerade aufgrund der inhaltlichen Widersprüchlichkeit der vorerwähnten Aussagen musste angenommen werden, dass sich F.____ nach rund zehn Jahren seit Abschluss der Vereinbarung/Schuldanerkennung vom 8. Oktober 2013 nicht mehr oder nicht mehr hinreichend an zu beweisende erhebliche Tatsachen erinnern kann und sein

Erinnerungsvermögen mit dem Verlauf der Zeit offenbar nachliess bzw. allmählich verblasste, was im Übrigen gemäss Rechtsprechung nichts Aussergewöhnliches ist und zu den allgemeinen Prozessrisiken gehört (vgl. Urteil des BGer 4A_366/2023 vom 1. September 2023 E. 2.3.3). Zum besonderen Näheverhältnis zwischen F.____ und der Berufungsklägerin lässt sich schliesslich feststellen, dass F.____ nicht nur während acht Jahren sein Firmendomizil an der Adresse der Berufungsklägerin in I.____ hatte (vgl. Berufung S. 4 mit Verweis auf vi-BB 16), sondern auch weitere Umstände ein besonderes, nicht rein geschäftliches Näheverhältnis stützen. Dass es an der J.____ in I.____/NW nie einen Telefonanschluss der G.____ GmbH gegeben haben soll, ist mit vi-BB 16 klar widerlegt. Die Berufungsklägerin räumte ausserdem selbst ein, dass in den Jahren 2014 bis 2023 ein entsprechendes Firmendomizil bestand (Berufung, S. 5). Ob die Korrespondenzadresse und der Telefonanschluss wie behauptet in K.____ war, ist letztlich nicht ausschlaggebend. Ein besonderes persönliches Näheverhältnis lässt zudem auch die Korrespondenz unter den Beteiligten vermuten. So wurde etwa zwischen der G.____ GmbH und D.____ eine Solidarhaftung über Fr. 15'000.– vereinbart (vgl. vi-BB 10) und D.____ schlug in einer E-Mail vom 22. Juni 2013 vor, er würde F.____ gegenüber persönlich seinen Erbanteil verbürgen (vgl. vi-BB 7). Ein besonderes persönliches Näheverhältnis im Sinne der Rechtsprechung durfte bei den gegebenen Umständen auch zur Ehefrau bzw. zur Berufungsklägerin vermutet werden, auch wenn diese behauptet, sie sei über das Firmendomizil nicht erfreut gewesen und habe F.____ in all den Jahren höchstens ein halbes Dutzend Mal gesehen. Letztlich ergibt sich die subjektive Untauglichkeit der Zeugenbefragung von F.____ als Beweismittel aber ohnehin bereits aus den vorgängig dargelegten Gründen. Auch ohne Vorliegen eines persönlichen Näheverhältnisses, hätte sich daher die Abweisung des Beweisantrags gerechtfertigt. Wie das geschäftliche Verhältnis von F.____ zu E.____ war, spielt an dieser Stelle keine Rolle, denn es geht nicht um die Zeugenbefragung von E.____, sondern um jene von F.____. Nachdem F.____ zwischenzeitlich verstorben ist wäre sowieso fraglich, ob überhaupt noch ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung dieser Rüge besteht.

6.

6.1

Die Berufungsklägerin rügt ebenfalls die vorinstanzliche Ablehnung der von der Berufungsbeklagten – «falls überhaupt nötig» (vgl. vi-Duplik S. 8) – beantragten Konfrontationsbefragung der Zeugen E.____, D.____ und F.____.

6.2

Die Vorinstanz hat ihren Entscheid auch in diesem Punkt nachvollziehbar begründet (vgl. vorinstanzliche E. 4.6). Sie hat im Wesentlichen ausgeführt, das beklagliche Begehren genüge nicht den Anforderungen an ein formgerecht angebotenes Beweismittel. Es lasse sich dem Beweis Antrag insbesondere nicht entnehmen, wozu die Zeugen konfrontiert werden sollen. Wie die nachfolgenden Erwägungen sodann zeigen werden, hat die Berufungsbeklagte den Urkundenbeweis erbracht, dass sie zur Pfandverwertung berechtigt ist. Eine Zeugenbefragung bzw. eine Konfrontation der beantragten Zeugen erübrigt sich daher im vorliegenden Fall per se. Es ist nicht erkennbar, inwiefern eine Zeugenbefragung bzw. eine Zeugenkonfrontation einen Mehrwert hätten bringen können. Die Vorinstanz stellte daher zu Recht fest, dass bereits aus den eingereichten Urkunden hervorgehe, dass die klägerischen Behauptungen widersprüchlich und unglaubhaft seien. Es handle sich um reine Schutzbehauptungen, weshalb darauf nicht abzustellen sei (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.6.4).

7.

7.1

Die Berufungsklägerin macht schliesslich geltend, die Vorinstanz sei in tatsächlicher Hinsicht zu Unrecht davon ausgegangen, bezüglich der pfandgesicherten Forderung sei auf die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 abzustellen. Diese Vereinbarung sei nicht verbindlich und das verlangte Beweismass nicht erreicht. Es handle sich dabei lediglich um einen Entwurf ohne Rechtswirkung. Aus den von der Vorinstanz genannten Zahlungen von Fr. 14'000.– per 20. Dezember 2010 und Fr. 1'000.– per 24. November 2011 lasse sich zudem nicht vorbehaltlos schliessen, bis zum 8. Oktober 2013 seien von E.____ oder von wem auch immer zusätzliche Gelder an die H.____ AG geflossen, die auch noch über den Inhaberschuldbrief der Klägerin pfandgesichert seien. Mit der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 habe man nicht eine «*verworrene Situation*» bereinigen, sondern eine zusätzliche Finanzierung für die Zukunft anstreben wollen. Ausserdem werde die Zeichnungsberechtigung von F.____ für die G.____ GmbH verneint.

Selbst wenn die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 rechtswirksam wäre, so habe der streitgegenständliche Inhaberschuldbrief Nr. ____ nicht zur Absicherung privater Schulden des D.____, sondern ausschliesslich für Fremdfinanzierungen der H.____ AG. In der Vereinbarung werde als Schuldner allein D.____ erwähnt. Die H.____ AG werde nicht genannt. Der Inhaberschuldbrief sei dem Ehemann D.____ nicht zur Verwendung für «*private Zwecke*» übergeben worden. Die Bestätigung vom 18. November 2010 (vgl. vi-BB 4) lasse nicht den

Schluss zu, die Berufungsklägerin habe die Verwendung für private Zwecke einschliessen wollen. Der Schuldbrief habe auch nicht der Sicherung einer Forderung in der Höhe von Fr. 120'000.– gedient. Diese Einschränkungen seien allen Beteiligten bekannt gewesen. Endgültig bewiesen sei hingegen das ursprüngliche Darlehen vom 17. Oktober 2010 (vgl. E-Mail von D.____ an E.____ vom 31. Oktober 2018; BK 4).

Die Vorinstanz habe sodann lediglich Teilrückzahlungen des ursprünglichen Darlehens von Fr. 50'000.– in der Höhe von Fr. 3'100.– anerkannt. Wieso die von F.____ unterzeichneten Bestätigungen von Rückzahlungen auf der KB 9 in fünf Positionen in der Höhe von total Fr. 16'000.– nicht rechtsgenügend belegt sein sollen, sei nicht nachvollziehbar. Auch an den übrigen in der Klage geltend gemachten Rückzahlungen werde festgehalten. In dieser Situation habe jede Partei direkt und schlüssig zu beweisen, was sie wann, wem und aus welchem Grund bezahlt und wem sie wie viel allenfalls zurückbezahlt habe. Das bilde jedoch nicht wirklich Gegenstand dieses Verfahrens, wo es nur um die pfandgesicherte Forderung gehe. Schliesslich sei keine Forderung im Konkurs der H.____ AG geltend gemacht worden und die Vorinstanz habe sich bei der Sachverhaltsfeststellung nicht an die Beweislastverteilung gemäss Art. 8 ZGB gehalten.

7.2

Vorab sei ergänzend zu den vorinstanzlichen Erwägungen nochmals zusammengefasst, dass Gegenstand einer Aberkennungsklage (vgl. Art. 83 Abs. 2 SchKG) die Frage ist, ob die Schuldbriefforderung, für welche provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde, materiellen Bestand hat.

Im Aberkennungsprozess richtet sich die Beweislast trotz «vertauschter Parteirollen» nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB. Es findet keine Umkehr der Beweislast statt und wie im Anerkennungsprozess hat der Gläubiger und Beklagte Bestand, Umfang, Fälligkeit seiner Forderung zu beweisen (BGE 130 III 285 E. 5.3.1); der Kläger und Schuldner allfällige Einreden (z.B. Tilgung, Verjährung, fehlende Fälligkeit etc.). Kann weder der Gläubiger den Bestand, noch der Schuldner den Nichtbestand der Forderung beweisen, so muss die Klage gutgeheissen werden (Urteil des BGer 4A_201/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.1). Da die Aberkennungsklage eine materiell-rechtliche Klage ist, hat der Gläubiger den vollen Beweis zu erbringen. Glaubhaftmachung genügt nicht (VOCK/MEISTER-MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl. 2018, S. 159).

Wenn eine Aberkennungsklage nach einer Betreuung auf einen Inhaberschuldbrief mit Sicherungsabrede erhoben wird, ergeben sich zusätzliche Beweisanforderungen aufgrund der

besonderen Natur des Schuldbriefs und der Sicherungsabrede. Ein Drittpfandverhältnis und ein Gläubigerwechsel (z. B. durch Zession oder Übergabe des Inhaberpapiers) ziehen zusätzliche Konsequenzen nach sich, die es zu berücksichtigen gilt. In diesem Fall muss der Gläubiger nämlich generell nachweisen, dass er zur Verwertung berechtigt ist. Der Gläubiger muss also nicht nur den Besitz des Inhaberschuldbriefs nachweisen, sondern gegebenenfalls auch den Bestand und die Fälligkeit der gesicherten Grundforderung und dass er deshalb berechtigt ist, den Schuldbrief zu verwerten (Sicherungsfall). Bei einem Gläubigerwechsel muss der Gläubiger – sofern von der Aberkennungsklägerin bestritten – ausserdem beweisen, dass der Inhaberschuldbrief korrekt an ihn übertragen wurde und dass er tatsächlich berechtigter Gläubiger ist (vgl. Art. 8 ZGB).

Da das Grundverhältnis bei der Sicherungsübereignung fortbesteht und vereinbart ist, dass der Gläubiger die Schuldbriefforderung nur insoweit geltend machen darf, wie seine Forderung aus dem Grundverhältnis nicht erfüllt wird, kann der Schuldner der Schuldbriefforderung auch alle Einreden aus dem Grundverhältnis als persönliche Einreden entgegenhalten. Besteht hingegen ein Drittpfandverhältnis, so kann der Drittpfandgeber nicht alle persönlichen Einreden des Hauptschuldners aus dem Grundverhältnis geltend machen. Ihm stehen nur die sogenannten akzessorischen Einreden offen, nicht jedoch die rein persönlichen Einreden des Schuldners (z.B. Irrtum, Täuschung); es sei denn, es lägen besondere Umstände vor (vgl. vorinstanzliche E. 7.8.1; vgl. zum Ganzen auch Urteile des BGer 4A_201/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 131 III 268 E. 3.1; 5A_311/2020 vom 13. Mai 2020 E. 3 mit Hinweis auf BGE 134 III 71 E. 3).

7.3

7.3.1

Die Berufungsbeklagte hat als Beweismittel unstrittig den Original-Inhaberschuldbrief Nr. ___ vom 20. August 2008 (vi-BB 11) und die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 (vi-BB 8) ins Recht gelegt.

Die Vereinbarung vom 8. Oktober 2013 ist im Wortlaut und in ihrer Gültigkeit klar. Sie wurde sowohl von D. ___ wie auch von E. ___ bzw. dessen Vertreter F. ___ (als Vertreter der G. ___ GmbH) handschriftlich unterzeichnet. Die Unterschrift beider Parteien signalisiert unmissverständlich ihre Absicht, eine verbindliche Vereinbarung eingehen zu wollen.

Die Vereinbarung ersetzt sodann gemäss Ziffer 1 alle vorherigen Verträge des Gläubigers über Darlehen, Vorschüsse und Gewinnbeteiligungen jeglicher Art im Zusammenhang mit D. ___ und

dessen Gesellschaften. Gemäss Ziffer 2 und 5 wurde eine einmalige Zahlung über Fr. 125'000.– per Saldo aller Ansprüche, zahlbar bis 20. März 2014, akzeptiert. Falls die zu erwartende Erb-Auszahlung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt sei, werde das Verfalldatum bis 30. Juni 2014 verlängert (vgl. Ziff. 3). Als Sicherheit diene der von Frau A.____ verpfändete «Schutzbrief» (recte: Schuldbrief) über Fr. 120'000.–, gekündigt per 31. Dezember 2013. Die Kündigung werde demnach auf den 30. Juni 2014 verlängert. Die neuen Darlehen zur Teil-Finanzierung der Erbangelegenheit von D.____ würden über die G.____ GmbH laufen und seien nicht Gegenstand dieser Vereinbarung (vgl. Ziff. 6).

In Ziffer 2 der Vereinbarung wird zudem ausdrücklich auf einen Vorschlag von D.____ vom 22. Juni 2013 verwiesen. Dabei handelt es sich um eine E-Mail von D.____ an F.____, in welcher D.____ unter anderem auf die Schuld «C.____» Bezug nimmt und als endgültiges Zahlungsziel für den Betrag von Fr. 125'000.– den 20. März 2014 vorschlug. Er beauftragte F.____, E.____ von seinem Vorschlag zu überzeugen (vgl. vi-BB 7). D.____ brachte dabei klar zum Ausdruck, dass er einen Abschluss der offenen Schulden wollte. Wie die Vorinstanz treffend feststellte (vgl. E. 7.5.6.4), musste es F.____ in der Folge gelungen sein, E.____ von diesem Vorschlag zu überzeugen, weshalb die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 unterzeichnet wurde. Der Zusammenhang zwischen dem von D.____ in der E-Mail vom 22. Juni 2013 gemachten Vorschlag und der streitgegenständlichen Vereinbarung ist offensichtlich. Die Vorinstanz durfte daher zweifelsohne von der Rechtsgültigkeit dieser Vereinbarung überzeugt sein. Dass es sich dabei lediglich um einen unverbindlichen Entwurf handelt, vermag die Berufungsklägerin nicht zu beweisen und findet im Übrigen weder in der Vereinbarung selbst noch in den anderen Akten eine Grundlage. Die Berufungsklägerin brachte diese Behauptung denn auch erst in der vorinstanzlichen Replik vom 29. April 2022 vor. Zuvor war von einem Entwurf nie die Rede.

Es lässt sich daher festhalten, dass sich die Berufungsklägerin die Unterschrift von D.____ auf der genannten Urkunde zweifellos entgegenhalten lassen muss. Inwiefern hier das verlangte Beweismass nicht erreicht sein soll, erschliesst sich dem Gericht nicht.

7.3.2

Entgegenhalten lassen muss sich die Berufungsklägerin ausserdem die in Vertretung E.____s angebrachte Unterschrift von F.____, handeln durch die G.____ GmbH. Wie bereits die Vorinstanz in ihrer Erwägung 7.5.6.4 ausgeführt hat, verfängt das Argument hinsichtlich der fehlenden Zeichnungsberechtigung F.____s nicht, denn der Handelsregisterauszug vom 19. Februar 2008 (vi-KB 14), auf welchen sich die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang beruft, ist von

vornherein untauglich. Dieser verneint lediglich die Zeichnungsberechtigung im Jahre 2008, gibt hingegen keine Auskunft über die Zeichnungsberechtigung von F.____ im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013.

Die Berufungsbeklagte hat sodann glaubhaft ausgeführt (vgl. Berufungsantwort, Rz. 23, S. 9), Ansprechperson von E.____ bei der G.____ GmbH sei offensichtlich F.____ gewesen. Entsprechend sei anzunehmen, dass es für E.____ irrelevant gewesen sei, ob er beim Abschluss der Vereinbarung formell durch die G.____ GmbH oder durch F.____ persönlich vertreten werde. Massgebend sei für ihn offensichtlich nur gewesen, dass die Vereinbarung in seinem Namen abgeschlossen werde. Entsprechend habe sich seine Bevollmächtigung nicht nur auf die G.____ AG selbst bezogen, sondern auch auf F.____ persönlich. Für D.____ habe es irrelevant gewesen sein müssen, durch wen die Vertragspartei vertreten werde, seien die Rechtswirkungen des Vertrags ohnehin bei E.____ eingetreten.

Und selbst wenn die sich die Bevollmächtigung lediglich auf die G.____ GmbH bezogen hätte, wäre zu berücksichtigen gewesen, dass F.____ sowohl vor der Unterzeichnung der Vereinbarung als auch danach gegen aussen im Einverständnis der G.____ GmbH als ihr (zeichnungsberechtigter) Vertreter aufgetreten sei. So beispielsweise in seiner Stellungnahme vom 19. Januar 2021 (vi-BB 9) oder in seiner E-Mail an E.____ vom 12. Juli 2018 (vi-BB 10). Ebenfalls habe er offenbar gemäss Berufungsklägerin im Jahr 2015 bzw. 2016 Monatsraten der Gläubiger "C.____" und Schuldner: "D.____" dokumentiert (vi-KB 9) und sei somit ebenfalls für die G.____ GmbH aufgetreten. Er habe die G.____ GmbH in Bezug auf alle Geschäfte, welche der Zweck der Gesellschaft mit sich gebracht habe oder zu welchen er beauftragt worden sei, vertreten. E.____ habe daher davon ausgehen dürfen bzw. müssen, dass F.____ diese Vertretungsmacht zukomme, zumal er unbestrittenermassen zu Beginn im Handelsregister eingetragener Zeichnungsberechtigter der G.____ GmbH gewesen sei. Es hätten im Übrigen keinerlei Hinweise dafür bestanden, dass die Zeichnungsberechtigung nicht gegeben gewesen sei. Ob F.____ im Innenverhältnis, d.h. im Verhältnis zur G.____ GmbH tatsächlich zu deren rechtmässigen Vertretung im Rahmen der Vereinbarung vom 8. Oktober 2013 befugt gewesen sei, sei für E.____ bzw. die Rechtsgültigkeit seiner Vertretung unwesentlich. Diesen beklagischen Ausführungen kann aufgrund der vorliegenden Akten voll und ganz zugestimmt werden und die bestrittene Zeichnungsberechtigung von F.____ ist damit nachgewiesen.

Ausserdem wendet die Berufungsbeklagte berechtigterweise ein, dass selbst wenn im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung tatsächlich lediglich eine Berechtigung der G.____ GmbH zum Vertragsabschluss bestanden hätte, die von F.____ unterzeichnete Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 in der Folge von E.____ genehmigt

worden wäre. Die Genehmigung eines Vertrags stellt nämlich ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar, welches an keine bestimmte Form gebunden ist und daher auch konkludent erklärt werden kann (ROLF WATTER, Basler Kommentar OR I, N. 6 zu Art. 38 OR). Die Genehmigung hat zur Folge, dass das Rechtsgeschäft zwischen dem Vertretenen und dem Dritten Rechtswirkung entfaltet, so wie es der Vertreter abgeschlossen hat. In diesem Sinne wirkt die Genehmigung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses (ROLF WATTER, Basler Kommentar OR I, N. 8 zu Art. 38 OR). Es ist daher mit der Berufungsbeklagten einig zu gehen, dass es irrelevant ist, ob die Berechtigung von F. __ bereits vor Unterzeichnung der Vereinbarung oder erst danach bestanden hat.

Ebenso berechtigt ist der Einwand, das Bestreiten der gültigen Vertretung sei nunmehr geradezu rechtsmissbräuchlich. D. __ hat die Gültigkeit der Vereinbarung vom 8. Oktober 2013 bzw. die Gültigkeit der Vertretung offenbar nie in Frage gestellt. Insbesondere informierte er sich nie über eine Genehmigung des Vertrags durch E. __ und setzte auch nie eine Frist für eine nachträgliche Genehmigung des Vertrags an. Grund hierfür kann nur sein, dass beide Parteien die Vereinbarung zweifellos als gültig anerkannt haben. Sofern die Berufungsklägerin, welche selbst nicht Partei des Vertrags war, nun – über zehn Jahre nach Abschluss der Vereinbarung – die gültige Vertretung des Gläubigers plötzlich infrage stellt, verdient dies in der Tat keinen Rechtsschutz (vgl. Art. 2 ZGB). Hinsichtlich der im Berufungsverfahren neu aufgelegten E-Mail vom 31. Oktober 2018 ist sodann festzustellen, dass es sich dabei gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO um ein unzulässiges Novum handelt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese E-Mail aus dem Jahre 2018 nicht bereits früher zugänglich gewesen wäre und vor erster Instanz hätte aufgelegt werden können. Kommt hinzu, dass damit auch nicht das Gegenteil bewiesen wäre. Wie die Berufungsbeklagte nämlich zu Recht ausführt, wurde diese E-Mail von der Berufungsklägerin aus dem Kontext gerissen. Es ist tatsächlich nicht ersichtlich, aus welchem Grund die monatlichen Zahlungen an die Berufungsbeklagte überwiesen werden sollten. Und keinesfalls ist mit der kurzen E-Mail bzw. Aussage von D. __, wonach der Vertrag vom 17. November 2010 noch immer Gültigkeit habe, dargetan, dass die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 keinen Bestand hätte.

7.3.3

Ebenso findet die Behauptung, man habe eine zusätzliche Finanzierung für die Zukunft anstreben wollen, in den Akten keine Stütze. Der Wortlaut der Vereinbarung ist klar und unmissverständlich: Gemäss Ziffer 1 der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober

2013 (vi-BB 8) ersetzt diese alle vorherigen Verträge des Gläubigers (E.___) über Darlehen, Vorschüsse und Gewinnbeteiligungen jeglicher Art im Zusammenhang mit D.___ und dessen Gesellschaften. Es wurde vereinbart, den Vorschlag von D.___ vom 22. Juni 2013, eine einmalige Zahlung über Fr. 125'000.– per Saldo aller Ansprüche und zahlbar bis 20. März 2014, zu akzeptieren (Ziff. 2). Falls die zu erwartende Erbauszahlung bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt sei, werde das Verfalldatum bis 30. Juni 2014 verlängert (Ziff. 3). Als Sicherheit diene der von Frau A.___ (Berufungsklägerin) verpfändete "Schutzbrief" (recte: Schuldbrief) über Fr. 120'000.–, gekündigt per 31. Dezember 2013. Die Kündigung werde demnach auf den 30. Juni 2014 verlängert (Ziff. 4). In der einmaligen Zahlung von Fr. 125'000.– (o/oo) per Saldo aller Ansprüche des Gläubigers seien alle Darlehen, Vorschüsse, Gewinnbeteiligungen, und Zinse per Saldo aller Ansprüche abgegolten (Stand 22. Juni 2013) (Ziff. 5). Die neuen Darlehen zur Teil-Finanzierung der Erbangelegenheit von D.___ würden über die G.___ GmbH laufen und seien nicht Gegenstand dieser Vereinbarung (Ziff. 6). Von einer «*zusätzlichen Finanzierung für die Zukunft*» kann hier also keine Rede sein. Die Behauptung, dass die Ziffer 2 der Vereinbarung lediglich ein Vorschlag sei bzw. eine zukünftige Regelung anstrebe, stimmt weder mit dem klaren Wortlaut der Bestimmung noch mit der E-Mail vom 22. Juni 2013 (vi-BB 7) überein. Die Ziffer 6 der Vereinbarung nimmt neue Darlehen zur Teil-Finanzierung der Erbangelegenheit sogar ausdrücklich von der streitgegenständlichen Vereinbarung aus. Die Vorbringen der Berufungsklägerin sind nicht nachvollziehbar und finden weder in der Vereinbarung selbst noch in den übrigen Akten Halt.

7.4

Die Berufungsklägerin erhebt sodann sinngemäss die Einrede, der Inhaberschuldbrief habe nicht für die geltend gemachte Forderung verwendet werden dürfen, weil diese durch die Sicherungsabrede nicht gedeckt sei bzw. beruft sie sich auf einen beschränkten Sicherungszweck.

7.4.1

7.4.1.1

Die Sicherungsübereignung bezweckt, dass der Gläubiger Eigentümer des Schuldbriefs wird (fiduziarisches Eigentum). Diese Rechtsposition wird im Innenverhältnis durch die Sicherungsabrede begrenzt. Inhalt der Sicherungsabrede ist insbesondere die Verpflichtung des Grundpfandgläubigers, das Eigentum am Pfandtitel nur soweit zu gebrauchen, als dass es der Sicherungszweck erfordert, sowie die Rückerstattungspflicht bei Erlöschen der gesicherten Forderung. Die Sicherungsabrede bedarf grundsätzlich keiner spezifischen Form

(Art. 11 Abs. 1 OR; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, N. 1844a ff.; BGE 140 III 180 E. 5.1.1). Die Parteien können mit einer Sicherungsabrede vereinbaren, dass ausschliesslich eine bestimmte Forderung durch das Pfand gesichert wird; eine Erweiterung auf neue Forderungen ohne ausdrückliche Zustimmung wäre dann unwirksam. Wurde hingegen nichts dergleichen vereinbart, dann ist der Inhaberschuldbrief abstrakt und sichert auch spätere oder neue Forderungen – solange sie vom Sicherungszweck gedeckt sind (vgl. BGE 115 II 349 E. 3).

7.4.1.2

Vorliegend geht aus den aufgelegten Akten keine Einschränkung des Sicherungszwecks auf das Darlehen vom 17. November 2010 hervor. Der Bestätigung der Berufungsklägerin und Pfandgeberin vom 18. November 2010 (vi-BB 4) ist vielmehr zu entnehmen, dass der Inhaberschuldbrief Nr. ___ vom 16. September 2008 der H.___ AG für Fremdfinanzierungen (Mehrzahl !) zur Verfügung stehe. Sodann hat die Berufungsklägerin auch ausdrücklich anerkannt, dass weiterer Finanzierungsbedarf bestanden hat (vgl. Berufung Rz. 11, S. 6). Weiter wird im Darlehensvertrag vom 17. November 2010 explizit ausgeführt, der Inhaberschuldbrief stehe zur freien Verfügung (vi-BB 3). Der streitgegenständliche Inhaberschuldbrief sollte mithin offensichtlich auch der Absicherung weiterer, zukünftiger Verbindlichkeiten dienen. Eine Sicherungsabrede, welche den Sicherungszweck explizit auf das Darlehen vom 17. November 2010 beschränkt, liegt nicht vor.

7.4.1.3

Die Vorinstanz hat sodann schlüssig dargetan, weshalb dem klägerischen Argument hinsichtlich der fehlenden Zustimmung zur Verwendung des Inhaberschuldbriefes im Hinblick auf die Saldovereinbarung vom Jahr 2013 nicht gefolgt werden kann. Soweit für die Frage nach der Gültigkeit der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 überhaupt relevant, sei nämlich erstellt, dass die Zustimmung der Klägerin zur Verwendung des Inhaberschuldbriefes als Sicherungsmittel entgegen ihren eigenen Behauptungen klarerweise an die Verwendung durch ihren Ehemann, D.___, geknüpft gewesen sei. In diesem Sinne sei denn auch die Bestätigung der Berufungsklägerin vom 18. November 2010 (vi-BB 4) zu verstehen, worin die Klägerin bestätigt habe, dass der Schuldbrief Nr. ___ der H.___ AG für Fremdfinanzierungen zur Verfügung stehe. Im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag vom 17. November 2010 (vi-KB 3/vi-BB 3) sei klar, dass diese Zustimmung mit Blick auf D.___ erfolgt sei. Abgesehen davon lasse sich aus der Bestätigung vom

18. November 2010 nicht ableiten, dass die Klägerin die Verwendung des Schuldbriefes durch ihren Ehemann für «private Zwecke» ausgeschlossen habe. Dass D.____ den Schuldbrief sehr wohl nach seinem eigenen Gutdünken habe benutzen dürfen, würden auch die klägerischen Ausführungen zur Übergabe des Inhaberschuldbriefes von E.____ an die Beklagte nahelegen. Denn die Klägerin räume in ihrer Klage (Rz. 10, S. 5) gleich selbst ein, dass D.____ eine gewisse Verfügungsberechtigung hinsichtlich des streitgegenständlichen Inhaberschuldbriefes zukomme. Die Zustimmung zur Verwendung des Inhaberschuldbriefes dürfte damit ohne Zweifel an D.____ – und nicht ausschliesslich an die H.____ AG im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag vom 17. November 2010 – geknüpft gewesen sein. Auf diese zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen (7.5.6.4) kann ebenfalls verwiesen werden.

Schliesslich wendet die Berufungsbeklagte zu Recht ein, dass die Frage, ob D.____ rechtsgenügend von der Berufungsklägerin ermächtigt war, über den Schuldbrief zu verfügen, das Rechtsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und D.____ und nicht jenes zwischen der Berufungsklägerin und E.____ oder der Berufungsbeklagten betrifft. D.____ gab sich ausserdem stets als Verfügungsberechtigter aus (vgl. bspw. vi-BB 6) und als Ehegatte stand er in einem besonderen Näheverhältnis zur Berufungsklägerin. Auch die E-Mail-Korrespondenz wurde im Namen beider Ehegatten versandt (vgl. bspw. vi-BB 5) und Zahlungen von E.____ erfolgten teilweise auf das Gemeinschaftskonto der Ehegatten (vgl. bspw. vi-BB 5). D.____ selbst setzte den Schuldbrief – auch nach der Bestätigung vom 18. November 2010 – zur Sicherung seiner ausstehenden Verpflichtungen und jener seiner Gesellschaften ein (vgl. bspw. vi-BB 5 und 8). Die Berufungsbeklagte argumentiert ebenfalls zu Recht, dass E.____ auch aufgrund der Umstände und dem Verhalten von D.____ annehmen durfte und musste, dass dieser berechtigt war, über den Inhaberschuldbrief (über das ursprüngliche Darlehen hinaus) zu verfügen. E.____ als Gläubiger der Grundforderung muss sich schliesslich keine Einreden aus dem Verhältnis zwischen dem Schuldner der Grundforderung (D.____) und dem Drittpfandgeber (Berufungsklägerin) entgegenhalten lassen. Dies gilt umso mehr für die nicht in die Geschäftsbeziehung involvierte Berufungsbeklagte.

7.5

Es lässt sich somit insoweit festhalten, dass die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 rechtsgültig zustande gekommen ist und die darin enthaltene Forderung über Fr. 125'000.– durch den Inhaberschuldbrief Nr. ____ gesichert ist. Dieser diente zwar ursprünglich zur Sicherung des Darlehens vom 17. November 2010, später jedoch rechtmässig der Sicherung der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013,

welche alle vorherigen Verträge des Gläubigers über Darlehen, Vorschüsse und Gewinnbeteiligungen jegliche Art im Zusammenhang mit D.____ und dessen Gesellschaften ersetzt hat (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.6). Das Darlehen vom 17. November 2010 ist daher nicht mehr die hier massgebliche Grundforderung. Der Zusammenhang zwischen dem Inhaberschuldbrief und der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 wird schliesslich aus den gesamten Umständen und vor allem auch aus der Ziffer 4 der Vereinbarung (vi-BB 8) klar ersichtlich, wonach der Schuldbrief der Berufungsklägerin die Schuld von Fr. 125'000.– sichern soll. Der Inhaberschuldbrief dient nunmehr zweifellos als Sicherheit für die Forderung über Fr. 125'000.– und mangels fristgerechter Erfüllung kann nun die im Inhaberschuldbrief verbriefte Forderung verwertet werden. Dass sich die Pfandsicherung alleine auf das Darlehen vom 17. November 2010 bezieht, wurde widerlegt.

7.6

Die Berufungsklägerin wendet weiter ein, selbst wenn die Vereinbarung vom 8. Oktober 2013 rechtswirksam wäre, sei zu beachten, dass allein D.____ als Schuldner erwähnt werde.

Es ist zwar nicht üblich, persönlich für die Gesellschaft Schulden anzuerkennen. Als Eigentümer und Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift konnte D.____ jedoch ohne Weiteres im Namen der Gesellschaft eine Schuldanererkennung machen und die Forderung mit einem Inhaberschuldbrief besichern. Gemäss Ziffer 1 der Vereinbarung werden denn auch sämtliche vorherigen Verträge über Darlehen, Vorschüsse und Gewinnbeteiligungen jeglicher Art im Zusammenhang mit D.____ *und dessen Gesellschaften* ersetzt (vi-BB 8). Die Vereinbarung ist damit klar und unmissverständlich. D.____ wollte den Schuldbrief zur Sicherung dieser Forderungen einsetzen, unabhängig davon, ob sie gegenüber ihm persönlich oder der H.____ AG bestanden.

Die von der Berufungsklägerin genannten und von der Vorinstanz beurteilten Verpflichtungen gegenüber E.____ sind im Übrigen ohnehin alle im Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung der H.____ AG erfolgt. Dies gilt unbestrittenermassen für das Darlehen von Fr. 50'000.– und die Beteiligung von Fr. 28'750.00 (vi-BB 3). Aber auch der Nachtragskredit von Fr. 14'000.– (zzgl. Fr. 6'000.– Rückzahlung gemäss Mail vom 20. Dezember 2010 [vi-BB 13]) erfolgte zur Finanzierung der H.____ AG, wobei D.____ als Sicherheit den «*Schuldbrief Haus I.____*» explizit genannt und den Nachtrag in seinem eigenen und im Namen der Berufungsklägerin versandt hat (vi-BB 5). Ebenso wurde der Nachtragskredit vom 6. Dezember 2011 im Umfang von Fr. 15'000.– (mit einer fixen Erfolgsbeteiligung von Fr. 10'000.–) der H.____ AG gewährt (vi-BB 6). In der Höhe entsprechen diese Darlehen inkl. Rückzahlung denn auch ungefähr der

Schuldanerkenntnis vom 8. Oktober 2013 von Fr. 125'000.–, welche gemäss Ziff. 4 der Vereinbarung mittels dem Inhaberschuldbrief Nr. __ gesichert wurde (vi-BB 8). Daher zielt auch dieses Argument der Berufungsbeklagten ins Leere.

7.7

7.7.1

Schliesslich argumentiert die Berufungsklägerin, es sei nicht nachgewiesen, welche Zahlungen von wem an wen überwiesen worden seien. Jede Partei, die daraus Rechte ableite, habe den vollen Beweis zu erbringen.

Die Berufungsbeklagte hat sowohl den Original-Inhaberschuldbrief wie auch die unmissverständliche Vereinbarung/Schuldanerkenntnis vom 8. Oktober 2013 ins Recht gelegt und den Zusammenhang zwischen Schuldbriefforderung und (neuer) Grundforderung nachgewiesen. Die Vereinbarung wurde erwiesenermassen gerade deswegen abgeschlossen, weil durch die verschiedenen Zahlungsflüsse die finanzielle und administrative Situation zwischen den Parteien unübersichtlich geworden war. Mit einer einmaligen Zahlung von Fr. 125'000.– per Saldo aller Ansprüche des Gläubigers sollten alle Darlehen, Vorschüsse, Gewinnbeteiligungen und Zinsen abgegolten werden (vgl. Ziff. 1 und 5 der Vereinbarung). Damit ist sie ihrer Beweispflicht hinreichend nachgekommen, hat sie nicht nur den Besitz des Pfandbriefes nachgewiesen, sondern auch den Bestand der gesicherten Forderung. Es ist Sache der Aberkennungsklägerin, sich gegen diese Vereinbarung/Schuldanerkenntnis vom 8. Oktober 2013 zu verteidigen. Gegen das Darlehen kann sie hingegen keine Einreden mehr vorbringen, da dieses nicht mehr die Forderung darstellt, die vom Pfandrecht gedeckt ist. Sie ist daher nicht Gegenstand des vorliegenden Aberkennungsprozesses.

Was nun im Einzelnen vor Abschluss der Vereinbarung/Schuldanerkenntnis vom 8. Oktober 2013 von wem an wen und wann überwiesen wurde, spielt damit grundsätzlich keine Rolle mehr, denn damit sollten mit einer einmaligen Zahlung von Fr. 125'000.– per Saldo aller Ansprüche des Gläubigers alle Darlehen, Vorschüsse, Gewinnbeteiligungen und Zinsen abgegolten werden bzw. wurden alle offenen Zahlungen von E.__ mittels dem streitgegenständlichen Inhaberschuldbrief besichert. Dementsprechend räumt auch die Berufungsklägerin ein, dies bilde nicht wirklich Gegenstand dieses Verfahrens, in dem es nur um die pfandgesicherte Forderung gehe (vgl. Berufung Rz. 17, S. 9). Im Übrigen wird dazu auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen (vgl. E. 7.5.6.4), wonach über die ursprünglichen Fr. 50'000.– (Darlehen) und Fr. 28'750.– (Beteiligung) hinaus und vor dem 8. Oktober 2013

durchaus noch weitere Zahlungen geflossen seien, was die Berufungsklägerin im vorliegenden Verfahren nun auch explizit einräumt (vgl. Berufung Rz. 16, S. 9). Bereits die Zahlungen an die H.__ AG von Fr. 14'000.– per 20. Dezember 2010 (Rückzahlung Fr. 20'000.–; vgl. vi-BB 5 und 13), Fr. 1'000.– per 24. November 2011 (vi-BB 17) und Fr. 15'000.– (Rückzahlung Fr. 25'000.–, vi-BB 6), ergeben offene Forderungen von rund Fr. 125'000.–. Die Rückzahlung dieser Beträge konnte die Berufungsklägerin nicht substantiiert nachweisen.

7.7.2

Wie bereits dargelegt, geht es in der Aberkennungsklage nicht nur um die Schuldbriefforderung als solche, sondern auch um die Existenz der durch den Schuldbrief gesicherten Forderung. Das Gericht hat mithin auch über den Bestand und die Höhe der Grundforderung zu entscheiden und nicht nur über den Bestand der Schuldbriefforderung. Wenn die Grundforderung nicht mehr besteht oder getilgt wurde, besteht auch kein rechtlicher Anspruch mehr aus dem Schuldbrief. Damit entfällt die Möglichkeit, aus dem Schuldbrief zu betreiben oder zu pfänden (vgl. vorinstanzliche E. 7.8.3).

Die Berufungsklägerin vermochte keine Schuldtilgungen substantiiert vorzubringen. Ihre Einreden beziehen sich denn auch hauptsächlich auf den Darlehensvertrag vom 17. November 2010 (vi-BB 3/vi-KB 3). So machte sie vor Vorinstanz geltend, die gesicherte Forderung in Höhe von Fr. 50'000.– sei im Umfang von ca. Fr. 30'000.– (vi-Klage Rz. 10, S. 5) bzw. Fr. 29'000.– (vi-Klage Rz. 11, S. 5) bzw. mindestens Fr. 36'1000.– (vi-Replik Rz. 15, S. 8) zurückbezahlt worden. In puncto Grundverhältnis ist jedoch wie gesagt auf die Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 abzustellen (vgl. auch vorinstanzliche E. 7.5.6 und 7.8.3) und die gesicherte Forderung beträgt Fr. 125'000.–, zahlbar bis spätestens am 30. Juni 2014 (vi-BB 8). Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zu Recht auch auf die Ziffer 1 der Vereinbarung verwiesen (vgl. vorinstanzliche E. 7.8.3), worin die Vertragsparteien festgehalten haben, alle vorherigen Verträge des Gläubigers (E.__) über Darlehen, Vorschüsse und Gewinnbeteiligungen jeglicher Art im Zusammenhang mit D.__ und dessen Gesellschaften mit der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 würden ersetzt (vi-BB 8). Allfällige Zahlungen D.__s bzw. der H.__ AG an E.__ vor Abschluss der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 – gestützt auf welche die Klägerin vorliegend Einreden aus dem Grundverhältnis geltend mache – seien vor diesem Hintergrund unbeachtlich. Dies betreffe namentlich die Zahlung vom 5. Oktober 2011 (vi-KB 10, vi-BB 15). Des Weiteren legte die Vorinstanz nachvollziehbar dar, weshalb auch die übrigen von der Berufungsklägerin geltend gemachten Zahlungen (vgl. vi-KB 9, 11, 12 und vi-BB 14)

unbeachtlich seien. Zusammengefasst ergebe sich, dass in puncto Einreden aus dem Grundverhältnis (Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013) lediglich (Zins-) Zahlungen in Höhe von Fr. 3'100.– zu berücksichtigen seien. Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden. Dass die unter vi-KB 9 aufgeführten Positionen nicht angerechnet werden können, ist sodann offensichtlich. Aus der Urkunde kann weder rechtsgenügend der Grund, der Zeitpunkt oder der Empfänger der angeblichen Ratenzahlungen eindeutig bestimmt werden. Die Berufungsklägerin legt auch keine Bankbelege auf.

7.8

Soweit die Berufungsklägerin einwendet, es sei auch keine Forderung im Konkurs der H. __ AG geltend gemacht worden, übersieht sie, dass die Berufungsbeklagte nicht verpflichtet ist, ihre Ansprüche im Konkursverfahren geltend zu machen. Es steht ihr ohnehin frei, ihre Ansprüche aus der Grundforderung mittels Betreuung auf Pfändung einzuleiten oder wie vorliegend für die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht die Betreuung auf Grundpfandverwertung anzuheben. Es handelt sich sodann um ein Drittpfand und der Inhaberschuldbrief bezieht sich auf eine Liegenschaft, die nicht im Eigentum der H. __ AG steht. Die Forderung musste mithin nicht im Konkurs eingegeben werden, denn die Konkursmasse betrifft nur das Eigentum der H. __ AG. Die Drittpfandgläubigerin hat hier ein «Sonderrecht», das unabhängig vom Konkurs des Schuldners bzw. der H. __ AG geltend gemacht werden kann. Die Verwertung erfolgt auf Antrag beim Betreibungsamt und nicht im Rahmen des Konkursverfahrens (vgl. Art. 151 i.V.m. Art. 219 i.V.m. Art. 244 SchKG; STAEHELIN/BAUER/LORANDI, in: Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs II, Basler Kommentar SchKG, 3. Aufl. 2020, N. 49 zu Art. 219 SchKG; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5. Aufl. 2012).

7.9

Nach dem Gesagten kann der Berufungsklägerin auch nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die Vorinstanz habe sich nicht an die Beweislastverteilung gehalten.

8.

8.1

Die Berufungsklägerin bestreitet schliesslich seit dem Rechtsöffnungsverfahren (vgl. vi-KB 2 E. 4.2), dass die Berufungsbeklagte rechtmässige Grundpfandgläubigerin und als solche zur Betreuung auf Grundpfandverwertung betreffend den Inhaberschuldbrief Nr. __ berechtigt sei.

Sie rügt insbesondere, die rechtlichen Voraussetzungen der Übertragung eines Inhaberschuldbriefes im Sinne einer Sicherungsübereignung von der Vorinstanz seien nicht richtig angewendet worden. Der rechtmässige Übergang des Inhaberschuldbriefes auf E.____ wird dagegen nicht in Frage gestellt. Die Berufungsklägerin räumt sogar ausdrücklich ein, der Darlehensvertrag vom 17. November 2010 (ihrer Ansicht nach das massgebliche Grundgeschäft) genüge den objektiv wesentlichen Punkten einer Sicherungsabrede (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.3).

8.2

Die Vorinstanz hat die Grundsätze zum Schuldbrief sowie zur Besicherung von Krediten durch Schuldbriefe – insbesondere die vorliegend massgebliche Sicherungsübereignung und deren Wirkung – und das Drittpfand grundsätzlich korrekt dargelegt (vgl. vorinstanzliche E. 7.5.1 bis 7.5.4; vgl. auch BGE 115 II 155, 352 f.; STAEHELIN, BSK-ZGB-II, Art. 842 ZGB mit Hinweisen). Ebenso hat sie rechtliche Ausführungen zur schenkungshalber Übergabe von Inhaberschuldbriefen gemacht (vgl. vorinstanzliche E. 7.6.2). Auf diese Erwägungen kann unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden.

Zusammengefasst und präzisierend sei festgehalten, dass die Errichtung und Begebung eines Papier-Schuldbriefs vom Schuldner an den ersten Gläubiger (Art. 861 ZGB) streng zu unterscheiden ist von der in Art. 864 ZGB geregelten Übertragung des Schuldbriefs durch den Gläubiger an einen neuen Gläubiger (vgl. STAEHELIN, BSK-ZGB-II, N. 3 zu Art. 864 ZGB). Gemäss Art. 864 Abs. 1 ZGB bedarf es zur Übertragung der Schuldbriefforderung der Übergabe des Pfandtitels an den Erwerber. Durch die Übertragung des Schuldbriefs wird sowohl die Schuldbriefforderung als auch das Grundpfandrecht übertragen. Eine separate Übertragung von Schuldbriefforderung oder Grundpfandrecht ist ausgeschlossen. Im Prinzip müssen für eine gültige Übertragung von Papier-Schuldbriefen folgende Voraussetzungen erfüllt sein: ein gültiger Übertragungsgrund (Art. 184 ff. OR), ein Verfügungsgeschäft des Veräusserers sowie die Übertragung des Besitzes am Schuldbrief an den Erwerber. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen genügt, damit die Übertragung stattfindet. Sie erfolgt gültig, selbst wenn der Schuldbriefschuldner (noch) nicht entsprechend informiert wurde. Für die Übertragung von Papier-Schuldbriefen bedarf von Gesetzes wegen keiner Grundbuchhandlung (ZK-STEINAUER, Art. 864 N. 5 f., N. 24, 26; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 864 N. 1 ff.). In den meisten Fällen besteht der Übertragungsgrund («causa»), in einer (entgeltlichen oder unentgeltlichen) Übertragungsvereinbarung, wie beispielsweise einem Kauf- oder Schenkungsvertrag (vgl. Art. 184 ff. OR). Die Tatsache, dass der Papier-

Schuldbrief ein Wertpapier ist, hat keine Auswirkungen auf die kausale Natur der Übertragung. Die Übertragung ist nur gültig, wenn sie auf einem gültigen Übertragungsgrund beruht (Urteil des BGer 5A_210/2007 E. 4.5.1). Der Übertragungsgrund unterliegt – vorbehaltlich des Vermächnisses in der Form einer Verfügung von Todes wegen – keinem Formerfordernis (Art. 11 Abs. 2 OR; ZK-STEINAUER, Art. 864 N. 30). Die Schenkung von beweglichen Sachen (inkl. Wertpapieren wie hier der Inhaberschuldbrief) gilt durch Übergabe als vollzogen. Deshalb ist die schenkungshalbe Übergabe eines Inhaberschuldbriefs formfrei gültig. Die Erfüllung des Übertragungsgrunds erfolgt zunächst über das Verfügungsgeschäft des Veräusserers, in welchem dieser seinen Willen ausdrückt, die Schuldbriefforderung zu übertragen. Dieses Verfügungsgeschäft ist insofern vertraglicher Natur, als die Willenseinigung von Veräusserer und Erwerber erforderlich ist, damit die Schuldbriefforderung in Erfüllung des Übertragungsgrunds auf den Erwerber übergeht (ZK-STEINAUER, Art. 864 N. 35). Für Inhaberschuldbriefe unterliegt das Verfügungsgeschäft keinem Formerfordernis. Das Verfügungsgeschäft unterscheidet sich sodann von der Besitzübertragung des Titels, die eine Änderung der Sachherrschaft daran bildet. Allerdings geht das Verfügungsgeschäft insofern mit der Besitzübertragung einher, als Veräusserer und Erwerber sich darüber einigen, mit der Besitzübertragung ausdrücken zu wollen, dass der Veräusserer in Erfüllung des Übertragungsgrunds den Besitz zugunsten des Erwerbers aufgibt. Das Verfügungsgeschäft ist erst gültig, wenn der Übertragende auch die Verfügungsmacht über die Schuldbriefforderung hat (ZK-STEINAUER, Art. 864 N. 37, 50). Schliesslich bedarf es für den Erwerb von Papier-Schuldbriefen noch der Übertragung des Besitzes am Titel durch den Veräusserer («traditio») an den Erwerber (ZK-STEINAUER, Art. 864 N. 55).

Auch ein Inhaberschuldbrief, der sicherungshalber erstellt wurde, kann vom bisherigen Gläubiger an einen neuen Gläubiger übergeben werden, denn Inhaberpapiere sind Wertpapiere und können per Definition durch Übergabe übertragen werden (Art. 860 ff. ZGB). Allein das Weiterveräussern des Schuldbriefs ändert jedoch nicht die zugrundeliegende Sicherungsbeziehung am Pfandobjekt. Für die rechtliche Übertragung der gesicherten Forderung bedarf es jedoch zusätzlich einer Zession, andernfalls der neue Gläubiger zwar den Schuldbrief besitzt, die Grundforderung jedoch nicht direkt geltend machen kann (vgl. STAEHELIN, BSK-ZGB-II, N. 4 zu Art. 864 ZGB mit Verweis auf N. 25 zu Art. 858 ZGB; DANIEL STAEHELIN, AJP/PJA 10/94 S. 1269; vgl. auch vorinstanzliche E. 7.5.1 ff. und 7.6.1). Ebenso ist der Inhaberschuldbrief bei Drittpfandverhältnissen voll übertragbar, da das Pfandrecht gegenüber dem Grundstück besteht – nicht gegenüber der Person des Pfandgebers. Der Drittpfandgeber muss der Übertragung nicht zustimmen, denn das Pfandrecht haftet weiterhin

am Grundstück, unabhängig davon, wer der neue Gläubiger ist. Die Sicherungsfunktion beeinflusst die zivilrechtliche Übertragbarkeit des Inhaberschuldbriefs nicht. Auch bei Drittpfandverhältnissen ist der Inhaberschuldbrief mithin voll übertragbar. Eine Zustimmung des Pfandgebers wäre einzig notwendig, wenn mit dem neuen Gläubiger eine neue Sicherungsabrede getroffen würde (vgl. zum Ganzen BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 864 N. 1 ff.; ZK-STEINAUER, Art. 864 N. 1 ff.; BSK-ZGB II-LENZ, Art. 884 N. 45 ff.; MARKUS MÜLLER, „Sicherungsübereignung“ in der Schweizerischen Juristen-Zeitung [SJZ]; DANIEL STAEHELIN, AJP/PJA 10/94, S. 1255 ff.; ALEXANDRA DAL MOLIN-KRÄNZLIN, Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten, in: LBR Band Nr. 110, Rz. 653 f.).

8.3

Die ursprünglichen Vertragsparteien E.____ (Darlehensgeber) und H.____ AG (Darlehensnehmerin), vertreten durch D.____, haben als Sicherheit für das Darlehen von Fr. 50'000.– sowie die Beteiligung von Fr. 28'750.– die Übergabe des Inhaberschuldbriefes Nr. ____ in der Höhe von CHF 120'000.– vereinbart (vi-KB 3). Der Schuldbrief wurde anlässlich des Vertragsschlusses unstrittig an E.____ ausgehändigt und die Berufungsklägerin (Pfandgeberin) hat der Verwendung des Schuldbriefes als Sicherungsmittel zugestimmt (vi-KB 4). E.____ wurde damit nicht nur Gläubiger der Grundpfandforderung sowie des Grundpfandrechts, sondern auch Eigentümer des streitgegenständlichen Inhaberschuldbriefes (vgl. auch vorinstanzliche E. 7.6.1). Als solcher durfte er – trotz schuldrechtlicher Verpflichtung, den Schuldbrief nicht ohne die gesicherte Forderung weiterveräußern – über den Inhaberschuldbrief verfügen und diesen schenkungsweise an die Berufungsbeklagte weitergeben (vgl. vorinstanzliche E. 7.6.3).

Der streitgegenständliche Inhaberschuldbrief wurde durch formfreie Schenkung an die Berufungsbeklagte übertragen (vgl. Art. 239 OR und Art. 922 ZGB). Damit besteht ein rechtsgültiger Übertragungsgrund («causa»). Ein Formmangel bezüglich des Schenkungsversprechens kann angesichts der – unbestrittenen – Übergabe des Pfandtitels (Art. 864 Abs. 1 ZGB) an die Berufungsbeklagte ausgeschlossen werden. Selbst wenn einfache Schriftlichkeit für die Schenkung angenommen würde, hat die Vorinstanz ausgeführt, weshalb der Mangel nach Übergabe als geheilt gelte (vgl. vorinstanzliche E. 7.6.2). Auch die Voraussetzung des Verfügungsgeschäfts des Veräußerers ist vorliegend offenkundlich erfüllt. Der Inhaberschuldbrief wurde an die Berufungsbeklagte übergeben und sie hat die Verfügungsmacht darüber.

E.____ hat sodann sämtliche Ansprüche gegenüber D.____ und seinen Gesellschaften und insbesondere die hier gesicherte Forderung aus der Vereinbarung/Schuldanererkennung vom 8. Oktober 2013 (nachträglich) mit Datum vom 31. Januar 2022 an die Berufungsbeklagte abgetreten (vgl. vi-BB 12). Damit ist er auch seiner obligatorischen Verpflichtung gegenüber D.____ nachgekommen. Die Berufungsbeklagte legte die Abtretungserklärung im vorinstanzlichen Verfahren mit Duplik vom 11. Juni 2022 auf. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist es zulässig, die Zession der zugrunde liegenden Forderung im Aberkennungsprozess zum Nachweis der Legitimation nachzureichen. Dies gilt insbesondere, wenn der Schuldbrief wie vorliegend bereits übertragen und dadurch das Pfandrecht begründet wurde (vgl. BGE 140 III 372 E. 3.2.3 mit Hinweisen; 128 III 44 E. 5; Urteil des BGer 4C.211/2001 vom 1. November 2001 E. 3b). Da das Bundesgericht für das ordentliche Verfahren erkannt hat, dass die Parteien zweimal die Möglichkeit haben, sich unbeschränkt zu äussern, war die Auflage der Zession mit Duplik vom 11. Juni 2022 rechtzeitig (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2).

Der diesbezügliche Einwand der Berufungsklägerin ist somit unbegründet. Die Zession wurde sodann rechtsgültig in schriftlicher Form vorgenommen (Art. 165 Abs. 1 OR) und die Berufungsbeklagte ist damit vollständig in die Rechte von E.____ eingetreten und hat ein abgetretenes Recht aus einem bestehenden Sicherungsvertrag.

Die vorliegende Sicherungsabrede schloss eine Weitergabe des Inhaberschuldbriefs Nr. ____ nicht aus. Zudem steht fest, dass die hier massgebliche Grundforderung über Fr. 125'000.– vom ursprünglichen Zweck gedeckt ist bzw. der Schuldbrief als Sicherheit für diese Forderung dient (vgl. auch vi-BB 4). Die gesicherte Forderung wird somit von der ursprünglichen Sicherungsabrede mitumfasst. Der Schuldbrief wurde korrekt übertragen (Besitzübergabe) und es liegt auch keine missbräuchliche Erweiterung ohne Bezug zur ursprünglichen Sicherungsabrede vor. Die Berufungsbeklagte wurde neue Sicherungsgläubigerin. Eine neue Sicherungsabrede oder die Zustimmung der Berufungsklägerin war nicht notwendig, weshalb auch die von der Berufungsklägerin geltend gemachten objektiv wesentlichen Punkte einer Sicherungsabrede hier keine Rolle spielen (vgl. STAEHELIN, BSK-ZGB-II, N. 4 zu Art. 864 ZGB mit Verweis auf N. 25 zu Art. 858 ZGB; DANIEL STAEHELIN, AJP/PJA 10/94 S. 1269; vgl. auch vorinstanzliche E. 7.5.1 ff. und 7.6.1, 7.6.3).

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Berufungsbeklagte rechtmässig in den Besitz des Inhaberschuldbriefs Nr. ____ gelangt ist und auch die gesicherte Forderung rechtmässig an sie abgetreten wurde (vi-BB 12). Sie ist daher voll gläubigerberechtigt. Auch diese Rüge zielt daher

ins Leere. Die Kündigung des Inhaberschuldbriefes per 30. Juni 2020 sowie die Fälligkeit wird von der Berufungsklägerin nicht bestritten (vgl. vorinstanzliche E. 7.7.2 f.).

9.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Berufung unbegründet und vollumfänglich abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. Es liegt weder eine falsche Sachverhaltsfeststellung noch eine falsche Rechtsanwendung vor.

10.

10.1

Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

10.2

Die Entscheidgebühr des Obergerichts als Berufungsinstanz richtet sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erster Instanz massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). In Verfahren mit einem Streitwert über Fr. 60'000.– bis Fr. 150'000.– betragen die Entscheidgebühren vor dem Kantonsgericht zwischen Fr. 2'500.– und Fr. 6'000.– (Art. 7 Abs. 1 PKoG). Somit betragen die Gerichtskosten vor Obergericht zwischen Fr. 1'650.– und Fr. 4'000.–. Innerhalb dieses Rahmens bemessen sich die Gebühren nach der persönlichen und wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Partei, der Schwierigkeit der Sache, dem Umfang der Prozesshandlungen und nach dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung (Art. 2 Abs. 1 PKoG). Die Kosten für Vorladungen, Telekommunikation, die Ausfertigung und Zustellung von Entscheiden sowie für die Rechtskraftbescheinigung sind in den Gebühren enthalten (Art. 2 Abs. 2 PKoG). Die vorliegende Streitigkeit scheint für die Parteien von erheblicher persönlicher und wirtschaftlicher Bedeutung zu sein. In Anbetracht dessen sowie angesichts der Schwierigkeit der Sache und dem Zeitaufwand für die Verfahrenserledigung rechtfertigen sich für das vorliegende Berufungsverfahren Gerichtskosten von pauschal Fr. 4'000.–. Sie werden mit dem Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin von Fr. 3'000.– verrechnet und sind in diesem Umfang bezahlt (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin hat die Restanz von Fr. 1'000.– nach Rechtskraft der Gerichtskasse zu überweisen.

10.3

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu; die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Das Honorar nach Zeitaufwand beträgt zwischen Fr. 220.– und Fr. 250.– pro Stunde (Art. 34 Abs. 2 PKoG). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). Bei einem Streitwert über Fr. 100'000.– bis Fr. 200'000.– beträgt das ordentliche Honorar vor der ersten Instanz zwischen Fr. 6'500.– bis Fr. 21'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG), womit das ordentliche Honorar im Berufungsverfahren zwischen Fr. 1'300.– und Fr. 12'600.– beträgt. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätzen sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG).

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2024 reichte Rechtsanwalt Haas dem Gericht eine Kostennote im Betrag von Fr. 11'487.80 (Honorar Fr. 10'317.50 [37.70 Std. à Fr. 270.– und Fr. 300.–], Auslagen [3%] Fr. 309.50, Mehrwertsteuer [8.1 %] Fr. 860.80) ein. Beim gerichtsblichen Maximalstundenansatz von Fr. 250.– entspräche dies knapp 41 Arbeitsstunden. Zwar liegt das geltend gemachte Honorar innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens, indes ist nicht jede im Honorarrahmen liegende Forderung gerechtfertigt; massgeblich sind vielmehr die Kriterien gemäss Art. 33 PKoG. Hier ist zu berücksichtigen, dass die tatsächliche und rechtliche Komplexität des Berufungsverfahrens überschaubar war und die erstinstanzlich nicht anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte vor Vorinstanz mit ihren Anträgen vollumfänglich obsiegte und hier lediglich noch zu den erhobenen (in der Menge überschaubaren) Rügen der Berufungsklägerin Stellung nehmen musste. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Kriterien ergibt sich eine angemessene Parteientschädigung zugunsten der Berufungsbeklagten von Fr. 6'680.60 (Honorar Fr. 6'000.–; Auslagen [3%] Fr. 180.–, Mehrwertsteuer [8.1 %] Fr. 500.60).

Demgemäss erkennt das Obergericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.– gehen ausgangsgemäss zu Lasten der Berufungsklägerin, werden dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet und sind in diesem Umfang bezahlt. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet die Restanz von Fr. 1'000.– innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Urteils an die Gerichtskasse zu bezahlen.
3. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 6'680.60 zu bezahlen.
4. [Zustellung].

Stans, 5. Dezember 2024

OBERGERICHT NIDWALDEN**Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. HSG Helene Reichmuth

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG [SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG. Streitwert: Fr. 138'000.–.